

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL
REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

I VOLUME

51
G
Es
T

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

I VOLUME

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

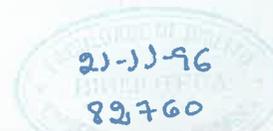
I

Conferências proferidas na Aula Magna
da Reitoria da Universidade de Lisboa,
em 3 e 4 de Julho de 1995, quando das
Jornadas de Direito Criminal.

LISBOA, 1996

G-80-7-20

Comissão de Publicação



ÍNDICE

*Sessão de Abertura
das Jornadas de Direito Criminal* I

ARMANDO GOMES LEANDRO
Director do Centro de Estudos Judiciários

*Oportunidade e Sentido da Revisão
do Código Penal Português*..... 15

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

*Crimes contra o Património
Alguns Problemas de Aplicação* 41

CUNHA RODRIGUES
Procurador-Geral da República

*A Revisão do Código Penal
Soluções de Neocriminalização* 71

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Título: Jornadas de Direito Criminal
Revisão do Código Penal

Editor: Centro de Estudos Judiciários
Largo do Limoeiro
Tel.: (01) 887 4713 / 887 6762
Fax: (01) 887 5543
1100 Lisboa

Capa, Revisão e Composição: Odete Maria de Oliveira

Impressão: Escola Tipográfica do Colégio Padre António de Oliveira

ISBN: 972-9122-15-6

Depósito Legal nº 103 098/96

*A Revisão de 1995 do Código Penal de 1982
no Contexto da Reforma do Sistema Penal
A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema* 133

MARIA FERNANDA PALMA
Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

*Sem Sombra de Pecado
O Repensar dos Crimes Sexuais
na Revisão do Código Penal* 157

TERESA PIZARRO BELEZA
Professora da Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa

Cidadania e Lei Penal..... 185

ALÇADA BAPTISTA
Escritor

Ao concretizar o projecto de publicação de intervenções nas *Jornadas de Direito Criminal*, assim tornando possível a amplificação e o reforço dos efeitos das sessões, o Centro de Estudos Judiciários presta homenagem aos elementos da Comissão de Revisão do Código Penal e aos autores das comunicações apresentadas e agradece a quantos tornaram possível este trabalho que agora se coloca à disposição de todos os que se interessam por temas de tanto relevo.

Lisboa, Setembro de 1996

Excelências

Senhoras e Senhores *

Breves palavras para cumprimentar, agradecer e prestar alguns esclarecimentos relativos às *Jornadas de Direito Criminal* que hoje se iniciam.

No cumprimento do seu dever de intervir na formação inicial e permanente de Magistrados, o Centro de Estudos Judiciários está naturalmente atento às grandes modificações dos textos legislativos fundamentais.

Assim aconteceu com o processo de revisão do Código Penal de 1982, que culminou com o Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março:

- Na sequência da apresentação pela Comissão Revisora do Anteprojecto de Revisão, organizou-se em Coimbra, no ano de 1992, encontro que contou com a preciosa intervenção dos elementos da Comissão de Revisão e reuniu elevado número de participantes.
- Aspectos diversificados do Projecto de Revisão foram também objecto de reflexão em Jornadas Luso-Espanholas sobre as reformas dos Códigos Penais de Portugal e de Espanha, que o Centro de Estudos Judiciários organizou em Lisboa, no ano de 1993, com a prestimosa colaboração de prestigiados especialistas dos dois países.

* Palavras proferidas pelo Director do Centro de Estudos Judiciários, Juiz Conselheiro Armando Gomes Leandro, quando da Sessão de Abertura das *Jornadas de Direito Criminal*, em 3 de Julho de 1995, na Aula Magna da Reitoria da Universidade Clássica de Lisboa.

Na linha de orientação que o Centro de Estudos Judiciários adoptou em 1982, quando da publicação do novo Código Penal, é agora o momento de iniciar novas Jornadas de Direito Criminal — designação que propositadamente se manteve — para divulgar e reflectir os aspectos essenciais da revisão.

Prevê-se que esta 1ª Fase das Jornadas continue em Outubro, na cidade do Porto, e termine em Novembro do corrente ano, com a participação de elementos da Comissão de Revisão, de professores universitários, magistrados, advogados, especialistas de áreas conexas e cidadãos representativos da nossa vida cultural.

Tem-se a intenção de proceder à publicação das intervenções, tal como ocorreu em 1982 com as Jornadas de Direito Criminal e em 1987 quando das Jornadas sobre o novo Código de Processo Penal. Procura-se, assim, colocar à disposição dos aplicadores da lei elementos de trabalho que se sabem importantes e potenciadores da realização dinâmica da filosofia do código na apreciação dos casos da vida.

Prevê-se ainda que, decorrido algum tempo sobre o começo da aplicação do código revisto, tenha lugar uma 2ª Fase das Jornadas, em diversos círculos judiciais, com o objectivo de se auscultar e discutir os efeitos práticos das principais alterações introduzidas.

Ao organizar estas Jornadas, o Centro de Estudos Judiciários cumpre um dever.

Permita-se-me, porém, que manifeste o gosto com que o fazemos e que, sem prejuízo da análise crítica que também se procura propiciar, se expresse de forma clara o apreço pela oportunidade e sentido geral da revisão.

Na complexa realidade sócio-cultural dos nossos dias, aivados os problemas da necessária conciliação da segurança e da liberdade numa sociedade democrática — por vezes abordados em termos polémicos e nem sempre suficientemente serenos e

objectivos — afigura-se-nos salutar uma alteração legislativa como aquela que é objecto desta Revisão.

Como magistrado não posso deixar de me congratular com um instrumento legislativo que, partindo dos sinais da realidade criminal e sem esquecer as exigências de segurança, não transige com entorses aos princípios fundamentais do Estado de Direito e às aquisições civilizacionais da cultura portuguesa, optando por caminhos que envolvem a responsabilização e a solidariedade do Estado, das instituições e do cidadão.

Encontramo-nos perante um instrumento democrático de trabalho essencial à compatibilização das interpelações que nos coloca a aplicação concreta da Justiça penal nos nossos dias, com os fundamentos dogmáticos e político-criminais do Código Penal de 1982, que se mantêm actualizados e se encontram em harmonia com as referidas aquisições civilizacionais.

Um desafio imenso, a exigir uma interiorização cultural que se exprima numa aplicação e execução práticas capazes de, em cada caso, reafirmar a vitalidade dos valores protegidos, promover a reabilitação da vítima e a responsabilização e reintegração social do delincente.

Desafio que envolve o Estado, designadamente as instituições com responsabilidades na administração da Justiça, os vários agentes judiciários, a sociedade civil e o cidadão.

Para que seja ganho, é também fundamental a intervenção de todos os agentes com possibilidades de divulgação dos princípios ínsitos no Código Penal, nomeadamente os profissionais de comunicação social. É que a transparência e a eficácia do sistema complexo que a legislação penal pressupõe exigem a compreensão e a adesão cultural do seu destinatário essencial — o cidadão. Para além de experiências concretas positivas, o cidadão necessita de uma informação clara e objectiva que lhe permita o conhecimento crítico do sistema e lhe reforce a sua auto-estima e confiança, pela percepção do que de decisivo o sistema reserva à sua intervenção, individual ou integrada em instituições.

Às transformações profundas sofridas no último decénio pelo tecido sócio-cultural português procurou responder-se com a presente Revisão.

Será a sua aplicação concreta — com o sentido dinâmico do jurídico, adequado a permitir ao Direito participar da própria dialéctica da história e da eticidade humanas — que poderá responder aos apelos de eficácia imanentes na Revisão, face à aceleração própria do nosso tempo e à complexidade crescente do fenómeno criminal.

Daí a importância duma reflexão conjunta de cultores da dogmática jurídico-penal e de aplicadores do direito, a que se associem especialistas de outros saberes e personalidades significativas do mundo da cultura que ajudem a melhor compreender a criminalidade dos nossos dias e facilitem a participação comunitária na busca das respostas matizadas que se impõem.

O nosso vivo agradecimento aos Ex.^{mos} Conferencistas.

Às Altas Entidades e aos Ex.^{mos} Magistrados, Advogados e demais Participantes a manifestação da nossa honra pela presença e participação de Vossas Excelências.

Reafirmo a esperança de que a generosidade por todos manifestada tenha expressão na utilidade do nosso encontro. Possa ele contribuir para reforçar as possibilidades de uma aplicação penal concreta eficaz, em harmonia com as aspirações da sociedade e os ditames da Justiça.

*OPORTUNIDADE E SENTIDO DA REVISÃO
DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

I*

A entrada em vigor do Código Penal de 1982, ao pôr fim à vigência do Código Penal de 1886 (ou, podia mesmo dizer-se, com razoável exactidão, do Código Penal de 1852), representou o início de uma era profundamente inovadora em termos de administração da justiça penal em Portugal. É verdade que a doutrina geral do crime que lhe subjaz, e até toda a teoria em que assenta a parte geral do direito penal, não constituía para o jurista português chocante novidade, porquanto o referente germânico que fundamenta aquela doutrina e esta teoria era já estudado, desde há décadas, nas Universidades portuguesas e em alguma medida influenciava, por aí, a própria aplicação do direito penal. Sobretudo se se tomar em conta o pensamento de EDUARDO CORREIA, autor dos *Projectos* que, *post tantos tantosque labores*, acabaram por ser, nos seus traços essenciais, vertidos na nova codificação. Era previsível porém apesar disto — era em

* Este texto foi preparado sobre as notas que serviram ao Autor como guião de conferências que proferiu na Universidade Portucalense, em 26 de Maio de 1995; na Reitoria da Universidade Clássica de Lisboa, no âmbito das *Jornadas* promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários, em 3 de Julho daquele mesmo ano; e em Macau, também numas *Jornadas* promovidas pela Faculdade de Direito de Macau a propósito da entrada em vigor do Código Penal de Macau, em 14 de Março de 1996. Circunstância, esta última, que não será de estranhar quando se pense que o art. 40º do Código Penal de Macau, que constitui a expressão legislativa do nódulo das considerações que se seguem, é a reprodução integral do art. 40º do Código Penal português na versão de 1995.

verdade inevitável — que o novo código sofresse de um período mais ou menos longo de perturbantes incertezas na sua aplicação, que demorasse a ser interiorizado nas suas proposições mais essenciais e mais inovadoras e que tivesse mesmo de padecer, em consequência, de incompreensões e distorções, algumas graves, da sua teleologia e da sua funcionalidade sistémica. Por um lado porque a teoria da parte geral e a doutrina do crime constituem só superestruturas teóricas comandadas por intenções político-criminais que, estas sim, profundamente divergiam das instaladas até aí na comunidade (mesmo e sobretudo na comunidade jurídica) portuguesa e na sua prática judiciária. Por outro lado porque, em matéria de parte especial, o referente germânico, que o novo código ainda procurou em larga medida combinar com o referente tradicional francês (e até napoleónico), era em larguíssima medida desconhecido da *praxis* jurídico-penal portuguesa, sobre ele nunca tendo incidido um estudo universitário sistemático tendencialmente completo. Por outro lado ainda — e talvez sobretudo — porque a década de oitenta, no início da qual a nova codificação começou a vigorar, marca entre nós o início de modificações aceleradas da realidade social, económica, política e cultural, comandadas pela introdução na comunidade portuguesa de muitas ideias novas, filhas de um ideário, de uma *Weltanschauung* e de uma moral, individual e social, que representavam viragens importantes, quantas vezes de quase cento e oitenta graus, no corpo ideológico que até aí presidia à nossa sociedade; o que inexoravelmente conduziu a que também profunda e aceleradamente se modificasse a *realidade criminal* (criminológica) portuguesa.

Quero crer terem sido as duas primeiras razões apontadas, não a última, que estiveram no espírito das instâncias governativas quando (confortadas com as proclamações lançadas em uníssono, *prestissimo e con fuoco*, pelos directórios partidários) decidiram abalançar-se à tarefa de rever o Código Penal de 1982. Por isso no mandato da Comissão Revisora se tinha em conta especial a necessidade de tomar as providências legislativas

necessárias para reforçar e levar à prática (não para inflectir) os propósitos político-criminais fundamentais do texto legislativo de 1982; e se evidenciava a exigência de rever o âmbito da criminalização, prosseguindo os esforços de descriminalização onde eles se revelassem aceitáveis e alargando a criminalização só onde se deparasse com a emergência de novos bens jurídicos carecidos de tutela penal. Mas a Comissão cedo se deu conta de que o mandato, assim num certo sentido restrito, que havia recebido deveria ser ultrapassado pela terceira das razões acima apontadas, é dizer, pelo processo acelerado de mudança social que a sociedade portuguesa estava a sofrer e pelo novo âmbito e sentido que a realidade criminal estava a assumir no plano nacional e internacional. E foi a este desafio que o trabalho da Comissão — quando ele se perspectiva e se objectiva, como é única forma legítima, nos textos projectados e discutidos, e não apenas através da contemplação do que consta das actas dos seus trabalhos — procurou responder. Dando assim felizmente azo a que pela primeira vez na história portuguesa as tarefas da reforma penal despertassem na opinião pública — pese embora todos os erros de interpretação, demagogias estereis e dogmatismos primários que sempre acompanham os assuntos sérios que caem na *vulgata* e nos sistemas de amplificação próprios dos meios de comunicação social contemporâneos —, e não apenas na opinião corporativa dos juristas ou mesmo só dos especialistas, o interesse que é próprio das coisas, e das decisões sobre elas, que são comunitariamente essenciais.

II

Pode fundamentadamente questionar-se a decisão política de, perante o quadro de evolução e de necessidades da comunidade portuguesa, rever um código penal *novo*, que tinha ainda uma vida curta de uma dezena de anos e cuja aplicação não seria ainda de desesperar que pudesse ser reconduzida à consecução dos propósitos político-criminais que o animavam. Uma coisa

pelo menos é certa: a via da revisão e da reforma não era a *única* que poderia ter sido trilhada. Muitos outros países — assustados sobretudo pelos enormes custos políticos que envolve uma reforma, mesmo que não muito profunda, do direito penal nas democracias parlamentares — têm seguido e continuam a seguir uma via diferente, que na linguagem própria da doutrina da legislação passa com o nome (mesmo que ele não seja, em definitivo, de todo em todo exacto) de *movimento da descodificação*. Ele traduz-se essencialmente em deixar as grandes codificações, se as houver, tanto quanto possível no estado em que se encontram; e de acorrer à mudança social e às suas repercussões na legislação, de acorrer, muito particularmente, à mudança da realidade criminal e às exigências, reais ou presumidas, do seu controlo legal, por meio da edição de *legislação (penal) extravagante*.

Alega-se, para justificar este caminho, que a terrível complexidade social da existência contemporânea, aliada à velocidade de transformação já acima aludida, por vezes radical, das condições de vida a nível social, económico, político e cultural, assumiu foros tais que, se se quiser preservar simultaneamente o princípio do monopólio estadual da função legiferante em matéria criminal, mesmo nestes tempos que generalizadamente se dizem de agonia do Estado-providência, não há outra via que não seja a da multiplicação diuturna das leis penais. Uma tal realidade, por outras palavras, entra em conflito aberto com a compilação das leis em grandes códigos, por natureza monolíticos, avessos a alterações rápidas e constantes e, pelo contrário, destinados, ao menos no pensamento dos seus autores, a durar tanto como a grande muralha da China ou as pirâmides do Egipto! A política criminal, diz-se também ou pelo menos resignadamente se assume, não pode ser um corpo doutrinal solidificado e estático, percorrido por princípios gerais permanentes, se não imutáveis, por metas e objectivos traçados *a priori* dentro de um sistema claro, unitário e coerente. A política criminal tem de ser antes, como *política* que em todo o caso (também) é, um *sistema* (ou, talvez melhor, a ausência dele) dúctil e leve, preparado em

cada dia para se pôr novas metas e escolher os meios de as alcançar, tanto quanto possível livre de princípios gerais e de limitações ideológicas de qualquer espécie, capaz dos constantes avanços e recuos impostos pela instabilidade social e pelas exigências do seu controlo. Deixem-se pois estar aí os grandes códigos penais, monumentos tanto mais imorredoiros quanto menos deles nos servirmos, testemunhos mudos de uma época que passou e já não volta. Deixem-se pois estar na praça para que possam ser mirados com os olhos embevecidos com que se apreciam as peças dos museus. Mas ali ao lado, nas ruas e nas vielas onde ferve a vida, aí é o lugar da legislação penal extravagante, multímoda, plurifacetada como a própria sociedade de que quer (sempre quis) arvorar-se como instrumento insubstituível de controlo.

O quadro esboçado é demasiado reducionista para que se seja verdadeiramente tentado a fazer caber nele a realidade social global do nosso tempo. Admitamos que com o movimento da descodificação se logra alcançar as metas pretendidas. Ainda assim fica por responder uma questão essencial, a de saber *a que preço* isso se logra. E esse preço é demasiado alto para que possa ser pago. O preço é logo, como vem acentuar agora também o que foi presidente da comissão de reforma do Código Penal italiano, o catedrático florentino FERRANDO MANTOVANI¹, o do abandono definitivo do ideal iluminista de poucas leis, claras, seguras, consensuais... e destinadas a morrer de muito velhas; e o de se preferir a esse ideal, que conduziu à existência de códigos penais imponentes e quase imutáveis, de que é exemplo paradigmático o código penal napoleónico, a multiplicidade e a quase infinita variedade das leis penais avulsas ou extravagantes, editadas pelo poder legítimo para regulamentar situações ainda não experimentadas ou em curso de rápida e profunda alteração,

1 *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995, p. 143.

acorendo deste modo, em tempo e por forma adequados, às exigências novas e acrescidas que o governo da sociedade põe ao Estado.

Até aqui, pode convir-se que este preço ainda pode ser pago e os seus inconvenientes suportados. Mas o quadro torna-se mais negro quando se pensa que aceitar esta argumentação eminentemente pragmática (e só por o ser não viria decerto mal ao mundo) significa, do mesmo passo, aceitar as consequências que se impõem como seus corolários e que relevam já de concepções básicas sobre o fundamento e o sentido da intervenção punitiva estadual. Com a substituição do ideal da codificação pelo da descodificação é nada menos que a própria *função jurídico-social da lei penal* que profundamente se modifica. A um código penal — dos tempos iluministas ou dos nossos — preside necessariamente a crença fundamental na função da lei penal como *Magna Charta* dos direitos e das garantias das pessoas, criminosas e não criminosas; neste sentido podendo afirmar-se, por paradoxal que pareça, que um código penal é antes de tudo um instrumento incomparável de *defesa* das liberdades e, nesta acepção, ele próprio um *instrumento de liberdade*. Enquanto à multiplicação *ad nauseam* da legislação penal avulsa ou extravagante — e, neste sentido, aos movimentos de descodificação — preside pelo contrário a ideia (ou está-lhe de todo o modo subjacente) de transformar a lei penal de instrumento de liberdade em *instrumento estadual de governo da sociedade*, em meio à disposição do Estado para alcançar, pela força própria de que se revestem as sanções penais, o cumprimento de políticas sectoriais que já nada têm a ver com o asseguramento a cada pessoa dos seus direitos e interesses fundamentais e, assim, com o desenvolvimento mais livre possível da sua personalidade.

À frente voltarei a este argumento, num contexto que pretende reforçar a crítica que aqui lhe vai movida. No contexto presente, porém, servir-me-ei de novo da palavra de MANTOVANI para evidenciar uma outra crítica de que o movimento da desco-

dificação se torna alvo. A de que, com a substituição da *centralidade* de um código penal pela *descentralidade* da legislação penal avulsa — por sua própria natureza insegura, imperfeita, apressada e, pior que tudo, inevitavelmente contraditória a prazo curto —, é o próprio *princípio da legalidade da intervenção penal* que inapelavelmente sofre; é o próprio princípio da legalidade que, tendo resistido durante séculos a ataques repetidos e desvairados que contra ele foram desferidos, entra agora em crise e em estado crepuscular. A defesa dos direitos e interesses das pessoas passará então, das mãos do legislador, para a mão do juiz e do seu (bom ou mau) arbítrio. O que, bem o sabemos todos, significa atribuir ao juiz funções que numa doutrina democrática do Estado lhe não podem ser conferidas nem lhe devem ser reconhecidas.

A tensão dialéctica entre as teses da codificação e da descodificação vem sendo aliviada, em termos de doutrina da legislação penal, através dos movimentos chamados da *recodificação*. Do que nestes se trata é de acorrer à situação de ordenamentos jurídicos que dispõem de um código penal que tenha já prestado provas positivas naquilo que deve até ao limite manter-se constante — as intenções político-criminais primárias e a dogmática jurídico-penal —, mas que todavia, por força de uma realidade sociológica e criminal em rápida e profunda evolução, se depara com distorções da sua centralidade e com uma legislação penal avulsa profusa e contraditória. Três coisas se tornam então indispensáveis: firmeza inabalável na convicção de que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social e, conseqüentemente, de que a intervenção penal deve continuar a submeter-se (ou ser submetida) ao princípio político-criminal primário da menor intervenção possível; recuperação da centralidade do código penal como expressão de uma racionalidade garantística irrenunciável e de uma força aglutinadora dos crimes *descentrados*; redução do direito penal extravagante a uma função de complementaridade marginal da legislação codificada. Subordinada estritamente a esta tripla condição, a ideia da recodificação — afinal, a

ideia da reforma penal no contexto de um ordenamento que vê na subsistência essencial do Código Penal a sua matriz e o seu ponto de referência insubstituíveis — constitui sem dúvida uma boa solução para os problemas postos. Não se elabora um *novo* código penal, mas reforma-se o vigente na precisa medida imposta pelo asseguramento da sua centralidade, no sentido exposto, e pelos resultados, político-criminalmente avaliados de forma crítica, do processo legal social da criminalização / descriminalização.

III

É este património de ideias de doutrina da legislação penal, em minha opinião, que oferece bom fundamento à revisão do Código Penal de 1982 que acabou de levar-se a cabo. É este património de ideias, numa palavra, que justifica a *oportunidade da revisão*. Como foi já este património de ideias, disso não tenho dúvida alguma, que conduziu os trabalhos de revisão — desde os trabalhos da Comissão aos do Governo e, por último, aos da Assembleia da República — e lhes deu o alcance e a extensão que acabaram por ter. Para só dar alguns exemplos: a descriminalização operada em matérias como as relativas aos crimes sexuais e aos crimes políticos; a integração dos crimes sexuais nos crimes contra as pessoas como crimes (que indiscutivelmente são) dirigidos contra a sua liberdade e autodeterminação sexual ou dos crimes de tortura e outros tratamentos cruéis e degradantes nos crimes contra a humanidade; a extensão da tutela penal a *novos* bens jurídicos emergentes revelada na neocriminalização de condutas como as da propaganda do suicídio (art. 139º), da perturbação da paz e do sossego por meio de telefone (art. 190º, nº 2), das ofensas à imagem e à palavra (art. 192º), da burla informática (art. 221º), do abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º), do tráfico de instrumentos de escuta (art. 276º), dos danos contra a natureza (art. 278º), da poluição (arts. 279º e 280º), do tráfico de influência (art. 335º) — são exemplos paradigmáticos dos princípios, conaturais a um autêntico movimento

de recodificação, respectivamente da menor intervenção possível, da recuperação de crimes descentrados, da tutela revelada necessária de bens jurídicos emergentes.

Um problema continuará a pôr-se, provavelmente com acuidade acrescida, no futuro próximo: o de saber se a revisão do Código Penal não deveria, no que toca à aludida recuperação de crimes descentrados, ter ido mais longe, levando as exigências de centralidade a muitas incriminações — de *incriminações* falo, que não obviamente de meras contra-ordenações — do direito penal secundário, nomeadamente e sobretudo do direito penal económico-social no seu sentido mais amplo; ou se valeu a pena e se justificou o ter-se mantido respeito inabalável pela já longa (e venerável, e bem acompanhada em termos de direito penal comparado) tradição portuguesa de não transformar em direito penal de justiça, clássico ou codificado, aquilo que verdadeiramente continua a ser (e é-o cada vez mais, pelas razões acima avançadas) *direito penal administrativo*. Já não possuo hoje a inabalável convicção, que ainda nos meus tempos de presidência da Comissão Revisora me acompanhava, como de resto a larguíssima maioria dos aí meus colegas, de que esta segunda solução é definitivamente preferível à primeira. Ou melhor: continuo a defender que há lugar para a existência de uma lei-quadro do direito penal secundário, da qual constem as especialidades que, em termos da parte geral e de enquadramento da *parte especial*, isto é, da multiplicidade das leis penais extravagantes vigentes, devem interceder neste campo relativamente aos domínios homólogos do direito penal codificado. Mas devo reconhecer que alguma legislação penal extravagante se analisa hoje já em autênticas normas de protecção de *bens jurídicos* definitivamente estabilizados e consolidados, em normas prontas, nesta medida, à sua introdução no Código Penal. É verdade que a imagem dada por ordenamentos jurídico-penais (alguns da mais alta perfeição dogmático-sistemática, como é o caso alemão, outros da mais recente modernidade, como é o caso espanhol) em que esta introdução se tem verificado não constitui exemplo que nesta

parte deva ser seguido: uma tal introdução tem sido quase sempre feita à custa da quebra da mais elementar sistematicidade e linearidade da ordem dos bens jurídicos, em termos tais que podem conduzir a erros graves de interpretação e de aplicação. Mas talvez não seja esta razão bastante para que se não prossiga o esforço. Em todo o caso, só uma espécie de Comissão (permanente) de revisão da legislação penal — cuja existência já de há duas décadas a esta parte venho preconizando² —, que acompanhasse e avaliasse as reformas que no ordenamento jurídico-penal vão sendo introduzidas e projectasse aquelas que devem ser feitas, estaria em condições de, no futuro, proceder a esta progressiva, lenta e ponderada introdução no Código Penal de alguns crimes ainda hoje descentrados; introdução que, até ao limite, terá de evitar-se que seja feita em função de necessidades momentâneas ou, ainda menos, de clamores da opinião pública despertados pelos hoje tão conhecidos (e tão poderosos) sistemas amplificadores do *desvio* e da espiral do mercado da insegurança e do medo.

IV

Um processo de autêntica *recodificação* não tem justificação bastante, nem ao menos merecê um tal qualificativo, se não puder e dever ser reconduzido a claras, terminantes e assumidas opções de fundo, traduzíveis em proposições político-criminais fundamentais. Se estas não existirem, então o que teve lugar terá sido uma mera alteração ou reajustamento do Código Penal, que os Parlamentos praticamente por toda a parte e em cada ano não deixam de levar a cabo, não um processo verdadeiro de recodificação. E sendo assim, parece ter-se aqui gerado um problema, se não está mesmo a versar-se em grosseiro equívoco. Pois se se disse e repetiu — com plena razão, declaro desde já — que a

² Revista da Ordem dos Advogados, Ano 36, Abril 1976, p. 96 e ss.

Revisão de 1995 não quis inflectir as opções político-criminais de base subjacentes ao Código Penal de 1982, mas, pelo contrário, esforçar-se por purificá-las, reforçá-las e levá-las à prática, a que *novas e diferentes* opções pode aquela revisão ser reconduzida para que a propósito dela se fale fundadamente de um procedimento de recodificação penal?

O que persiste do étimo fundante — também político-criminalmente fundante, anote-se e sublinhe-se — do Código Penal de 1982 é a expressão paradigmática, que ele pretende ser, de uma codificação fundada no *princípio personalista*, na pessoa humana erigida em axioma onto-antropológico de todo o discurso penal, trate-se do delinquente, da vítima ou de terceiro. É, nesta acepção, a expressão paradigmática de uma codificação penal própria daquilo que, independentemente de formas políticas estritas, deve tranquilamente continuar a chamar-se o Estado de Direito social, síntese e ponto de encontro e de equilíbrio da eminente dignidade da pessoa e dos valores da liberdade pessoal e da igualdade social. Deste ponto de vista assume na verdade o código — para retomar uma palavra que já atrás deixei escrita — o carácter não apenas de limite (necessário) da liberdade, seco e duro, mas de *instrumento da liberdade*, porque mesmo no seu seio está sempre a pessoa humana e o cuidado estadual com ela.

Eis uma via que a Revisão de 1995 entendeu não só não inflectir, como claramente se esforçou por prosseguir e reforçar. Como sinal iniludível desta concepção costuma apontar-se, na verdade, a circunstância de a parte especial do Código Penal se iniciar — diversamente do que sucedia com a generalidade das codificações do século XIX — com o capítulo dos crimes contra as pessoas. Esta decisão do legislador de 1982 foi deixada obviamente intocada pela Revisão de 1995; mas foi por ela também aprofundada com o enriquecimento do catálogo de tais crimes, nos quais reentram agora de pleno direito os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos artigos 163^o e seguintes — em 1982 ainda contabilizados entre os crimes *contra valores e*

interesses da vida em sociedade e, mais especificamente, dentro dos *crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social* — e crimes até agora *descentrados* como o de omissão de auxílio (art. 200^o) ou o de subtração às garantias do Estado de Direito português (art. 201^o). Mas sinal desta opção de fundo é igualmente a deslocação dos crimes patrimoniais — em pleno acordo, aliás, com a ideia que EDUARDO CORREIA vazara no seu *Projecto da Parte Especial* de 1966 — para um lugar sistemático logo em seguida ao dos crimes contra as pessoas (art. 202^o e ss.): como acentuação não *individualista*, mas *personalista* da ideia de que o que se protege e constitui bem jurídico para o direito penal não é o património em si mesmo considerado, mas como património *de uma pessoa* e portanto ainda como valor eminentemente pessoal. Como sinal da mesma opção é ainda e por último — para não alongar excessivamente a listagem — a ampla descriminalização levada a cabo no domínio dos crimes contra o Estado, nomeadamente no dos chamados *crimes políticos* (art. 308^o e ss.).

Se tudo isto — e muito mais — é o que permanece e se reforça, não deixa todavia de deparar-se na Revisão de 1995 com opções político-criminais de fundo novas ou que em todo o caso patentemente se renovam e que vão imprimir carácter não apenas à revisão enquanto tal, mas em definitivo a todo o código e — sobretudo, assim se espera — à sua aplicação. Tais opções têm a ver fundamentalmente com a concepção básica da *função do direito penal e da sua intervenção* nos quadros de uma comunidade regida pelo princípio democrático de conformidade com o Estado de Direito. E dizer isto é dar logo a compreender que uma tal concepção há-de reflectir-se antes de tudo e desde logo nos instrumentos específicos de intervenção penal, isto é, na aplicação das penas e das medidas de segurança.

O Código Penal de 1982 havia procurado apresentar-se — porventura bem, se se pensar no particular condicionalismo sócio-cultural e político do tempo em que ele foi aprovado e entrou em vigor — como um diploma descomprometido até ao

limite possível de supostos básicos subjacentes tanto em matéria político-criminal, como dogmática; o que se torna particularmente visível (e mesmo indiscutível) se se comparar o texto do código com os *Projectos* de EDUARDO CORREIA que estiveram na sua base. Se um tal propósito, todavia, pode ter facilitado o processo político da aprovação, a breve trecho teve de reconhecer-se que ele dificultava em elevadíssimo grau a interiorização das opções político-criminais e dogmáticas que (inevitavelmente !) lhe continuavam a presidir; até um grau tão elevado que conduzia a erros de aplicação e, nos pontos mais fundamentais, mesmo a um — quase sempre latente, mas por vezes mesmo patente — processo ilegal de desaplicação. O que se passou em matérias como as da medida da pena e da sua fundamentação, da subsidiariedade da pena de prisão, da aplicação de penas de substituição ou mesmo (se bem que em menor grau) de medidas de segurança é exemplo frisante do que se afirmou, não se tornando necessária mais lata justificação.

A Comissão Revisora trabalhou num quadro sócio-cultural e político inteiramente diverso daquele em que havia decorrido a parte final da elaboração e aprovação do diploma de 1982 — num quadro, se eu quiser dizê-lo numa só expressão, típico de uma democracia e de um Estado de Direito definitivamente estabilizados e consolidados. Ela pôde, por outro lado, servir-se da inestimável experiência do que foram as dificuldades, os êxitos e os fracassos de aplicação do código durante o primeiro decénio da sua vigência. Estava por isso em condições de apresentar com clareza — eu diria que era sua obrigação — o seu programa político-criminal e dogmático; ou, se se preferir, a sua leitura do programa político-criminal e dogmático subjacente à codificação de 1982, nomeadamente em tema de aplicação das sanções de natureza criminal. Um tal programa consubstancia-se em três proposições político-criminais fundamentais, que em seguida me proponho apresentar e justificar brevemente.

V

A primeira proposição é do seguinte teor: *Todo o direito penal é (e é só), segundo a sua função, um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos*, isto é, de substratos de interesses socialmente relevantes e como tal juridicamente reconhecidos. Esta proposição — é bem sabido, pelo que não porei aqui demasiada insistência — radica, desde logo, numa específica concepção da legitimação estadual, segundo a qual o Estado é instância legítima para assegurar as condições essenciais da vida em comunidade e da livre realização de cada pessoa dentro dela; mas é instância ilegítima para promover, defender ou impor a cada cidadão uma qualquer ideologia ou uma qualquer moral. Esta proposição supõe, por outro lado, um certo modelo de democraticidade da vida comunitária, segundo a qual o Estado deve, com os instrumentos do direito penal, intervir o menos possível na vida, nos direitos e nas liberdades das pessoas (*princípio de intervenção mínima*) e só está autorizado a fazê-lo como *ultima ratio* da política social (*princípio de intervenção subsidiária*). Esta proposição busca conforto decisivo, por último, no carácter pluralista e secular que vive mesmo na essência do moderno Estado democrático e é imposto, entre outras razões e por estranho que a uma primeira consideração possa parecer, logo por exigências da própria moralidade social.

Toda esta concepção, aliás, não se reduz a mera confissão abstracta, teorizante e ideologicamente condicionada, mas é preñhe de consequências práticas do maior relevo político-criminal. À sua luz se compreende que o direito penal não possa constituir-se em uma ordem de tutela de valores morais ou de uma qualquer moral; e aí está a demonstrá-lo, no plano da Revisão, a já referida concepção dos crimes sexuais como *crimes contra as pessoas* e não como crimes contra os sentimentos comunitários de moralidade sexual. Como à sua luz se compreende que o direito penal não possa ser um direito de proposições meramente ideológicas; e aí está a demonstrá-lo, no plano da Revisão, a

concepção do chamado crime político como crime de nenhum modo e em nenhuma medida integrado pela oposição, pela dissidência ou pelo inconformismo, mas unicamente pela utilização de meios ilegítimos, nomeadamente violentos, para o alcance de finalidades políticas. Como à sua luz se compreende ainda que o direito penal não deva apresentar-se como instrumento de tutela de interesses de mera ordenação; e aí está a demonstrá-lo, no plano da Revisão, a manutenção de integral finalidade ao propósito do Código Penal de 1982 de vetar de forma terminante a categoria penal das contravenções e de expurgar o ordenamento jurídico-penal de todas as infracções de mera ordenação social ou contra-ordenações, de natureza materialmente jurídico-administrativa³. Como à sua luz se compreende finalmente, para não estender em demasia o rol das consequências, que o direito penal não deva constituir-se em ordem de tutela de puros deveres de obediência estadual; com o que revertemos a matéria acima já ao de leve referenciada, mas que neste contexto exige consideração mais detalhada.

Contra a proposição político-criminal em debate se vem dizendo em novos tempos, na verdade, ficar ela definitivamente em causa quando se percebe até que ponto, historicamente inigualado, as sociedades contemporâneas se tornaram numa *sociedade do risco* — a famosa *Risikogesellschaft* de que fala o sociólogo BECK. A este tipo de sociedade tornar-se-ia absolutamente inadequado, acrescenta-se e conclui-se, um direito penal portador em exclusividade de uma função de protecção subsidiária de bens jurídicos. Por isso haveria que abandonar esta função de protecção — ou, em todo o caso, a sua exclusividade e a sua

3 Se bem que não deva passar sem referência e consequente censura a sensível vacilação nesta convicção revelada pelo recente Dec.-Lei nº 244/95, de 14-9; o qual, sob o pretexto infundado de uma mais consistente defesa das garantias das pessoas, representa a muitos títulos uma verdadeira *contra-reforma* do direito — administrativo — de mera ordenação social.

proeminência — e que sufragar em vez dela a ideia segundo a qual, numa sociedade do risco, o direito penal tem abertamente de assumir-se como *instrumento de governo* daquela sociedade, como *meio propulsor* de colocar e alcançar as finalidades de governo respectivas; tem de ganhar, por outras palavras, uma *função promocional* como meio de realização da política estadual, ainda mesmo no seio da sociedade mais caracterizadamente liberal. Só deste modo podendo estar à altura de colaborar eficazmente no tratamento de problemas sócio-criminais tão instantes como os das agressões ao meio ambiente, à política económica, financeira e fiscal, das drogas, da criminalidade organizada.

Tenho por seguro que uma tal concepção é em definitivo de repudiar. E desde logo porque a legitimidade histórica de caracterização da sociedade contemporânea como uma *sociedade do risco* — por contraposição, pelos vistos, à sociedade de antanho que seria, face à nossa, uma *sociedade da segurança* — é por demais duvidosa, se não altamente contestável. Uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá antes, muito provavelmente, à conclusão de que a sociedade foi sempre — e talvez mais do que hoje e porventura sê-lo-á sempre — uma sociedade do risco no sentido predito. Não há por isso razão bastante para que hoje se advogue (ou resignadamente se suporte) o crescimento exponencial de protecções antecipadas de bens jurídicos — de que os crimes de perigo abstracto são o sinal mais evidente — até um ponto em que o bem jurídico perde os seus contornos, se esfuma e, com isto, deixa completamente de exercer a sua função crítica como padrão do direito *condito* e como guião crítico do direito *condendo*. Ainda que o *risco* deva constituir a noção-chave da dialéctica da ilicitude penal, como síntese entre a tese do desvalor de acção e a antítese do desvalor de resultado, isto em nada contende com a contestação que deve merecer a tentativa de transformar o direito penal dos bens jurídicos numa ordem de tutela de perigos indeterminados.

Depois, e decisivamente, ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito — que historicamente sempre terá sido, mas que pelo menos seguramente o foi a partir da época das Luzes — de protecção de direitos fundamentais, individuais e colectivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo nem com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas. Pelo contrário, uma tal função conduziria inexoravelmente, de forma imediata ou a prazo, a converter o direito penal em instrumento de ideologia político-social e, por aí, de conformismo da pessoa e de ordenação cogente da sua vida.

A conclusão é assim — como já CARRARA o intuía há mais de um século — a de que o direito penal não é (nem deve tornar-se em) um direito penal de prevenção de riscos especiais e longínquos e de promoção de finalidades da política estadual. O direito penal é (e deve continuar a ser) um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos, isto é afinal, de *preservação das condições indispensáveis da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade*.

Dir-se-á que assim sendo — que sendo a função exclusiva do direito penal a de tutela subsidiária de bens jurídicos —, também a função e a finalidade primárias dos seus instrumentos punitivos, nomeadamente da pena, não podem deixar de residir na *prevenção geral*. E é isto exacto, sem dúvida: a pena constitui antes de mais e principalmente o instrumento de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; instrumento por excelência, de outra forma, destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, mau grado todas as suas violações que tenham tido lugar. Sendo neste sen-

tido que se fala hoje de uma *prevenção geral positiva* ou de *integração*.

Mas não é legítimo nem exacto que daqui deva partir-se para uma crítica de toda esta concepção na base de que, acabando afinal, segundo ela, o *delinquente* por ser punido primariamente para reforçar a confiança *dos outros* nas normas, aí residiria uma inquestionável *instrumentalização da pessoa humana*, uma sua *funcionalização*, em nome de ideais pragmáticos, utilitaristas e de puro efficientismo social, ao alcance de fins que lhe são heteronomamente impostos e que violam por isso a sua *autonomia*. E não é legítimo nem exacto porque assim se esqueceria que à nossa primeira proposição político-criminal outra de igual hierarquia tem de seguir-se, também ela essencial — tão essencial quanto a presente, mas em um certo sentido mais *absoluta* que ela —, só da conjugação vinculada das duas resultando um programa político-criminal legitimador e justificado.

VI

Essa segunda proposição político-criminal diz o seguinte: *Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa*. Nela se consubstancia afinal o famoso *princípio da culpa*, cujos fundamentos radicam afinal na mesmíssima concepção básica sobre o Estado, a Pessoa e as suas mútuas relações que coloquei na raiz da função exclusiva do direito penal de protecção subsidiária de bens jurídicos. Princípio este, em todo o caso, que não assenta necessariamente, nem deve definitivamente assentar, em uma qualquer adesão à tese reducionista da liberdade da pessoa à sua capacidade de autodeterminação na situação, é dizer, à afirmação do livre arbítrio na querela entre determinismo e indeterminismo dos concretos actos humanos. Antes se ancora no axioma axiológico — e antropológico — mais essencial de toda a ordem jurídica democrática, qualquer que seja a forma política que esta assuma: a

máxima do respeito integral pela *eminente dignidade de cada pessoa humana*. Deste modo a culpa, participando da função e do sistema de todo o direito penal, ganha, também ela, uma função de *limite*, que não de fundamentação nem de finalidade da pena; isto é afinal, muito simplesmente mas de forma decisiva, uma função de protecção das liberdades e das garantias da pessoa face a possíveis arbítrios e excessos da intervenção punitiva estadual.

Não tem por isso o menor fundamento a alegação de que, por esta via, acaba por se funcionalizar (e conseqüentemente por se relativizar) o conceito de culpa jurídico-penal, degradando-o para mero instrumento de estratégia e de engenharia sociais. Bem pelo contrário: dentro de um sistema (o sistema penal) que, como tal, não pode deixar de ser integralmente funcionalizado, só por esta via se alcança uma *limitação verdadeiramente ética da intervenção penal*, como só assim se logra compatibilizar a função exclusiva do direito penal de tutela de bens jurídicos com um limite — inultrapassável porque fundado na exigência de melhor defesa possível da eminente dignidade da pessoa — constituído pela culpa do agente. Dito de outro modo: também a culpa, como elemento integrante do sistema, está a ele funcionalizada, cumprindo a função de limitar pela melhor forma possível arbítrios e excessos da intervenção estadual; mas o cumprimento dessa função serve-a o conceito pelo melhor, constituindo, se quisermos, uma grandeza *absoluta* e insusceptível de manipulação enquanto expressão da eminente dignidade que acompanha toda a pessoa, mesmo o mais empedernido e brutal dos delinquentes. Culpa "*jenseits des Funktionalismus*" ? — para usar do título de um livro de homenagem a ARTHUR KAUFMANN. Antes *diesseits des Funktionalismus*, só nessa medida surgindo como expressão *ética* por excelência de defesa da pessoa do agente !

VII

É de resto em nome ainda da pessoa humana e da sua eminente dignidade que a esta segunda deve fazer-se seguir uma terceira (e última) proposição político-criminal fundamental: *A pena (e também a medida de segurança) deve cumprir, em toda a medida possível, uma função positiva de (re)socialização do delinquente.* Funções meramente *negativas* da pena — sejam de vingança social ou, mais moderadamente, de retribuição, expiação ou compensação do mal do crime e da culpa do agente — são pura e simplesmente ilegítimas. E são-no, em minha opinião, ao contrário do que generalizadamente se pensa, por afrontosas da eminente dignidade da pessoa: viola-se irremediavelmente esta dignidade quando se faz sofrer à pessoa o mal da pena só por amor ao próprio mal e neste se renuncia a buscar um efeito positivo para o delinquente e para a comunidade. Só uma pena cuja aplicação e execução possua conteúdo pessoal e socialmente positivo — e um tal conteúdo positivo apenas se pode divisar na oferta estadual ao delinquente de todos os meios adequados à sua socialização *externa*, isto é, à prevenção da reincidência — pode ser aceite e reconhecida. Nem sempre a socialização será lograda, nem sempre será possível, mas a ela, se necessária e possível, não deve nunca renunciar-se *a priori*. É esta, sem dúvida, a lição mais importante que EDUARDO CORREIA deixou inscrita nos seus *Projectos* e que deles transitou para o Código Penal de 1982; como é, se bem se virem as coisas, a grande lição que o direito penal português contém — dir-se-ia mesmo, com razão: a lição que lhe confere a muitos títulos originalidade e pioneirismo — desde as últimas décadas do século XIX até hoje. É a esta lição que a Revisão de 1995 manteve fidelidade integral, levantando assim um veto incondicionado a novos ventos que hoje de novo sopram fortes contra ela.

Ventos que — estranhamente, ou talvez não — correm hoje de oeste, antes que de leste. A crítica de raiz claramente marxista, sempre repetida nas últimas décadas e até há pouco,

segundo a qual o que deveria requerer-se nas sociedades capitalistas seria, antes que a socialização do condenado, a transformação revolucionária (*hoc sensu*, a *socialização*) da sociedade punitiva, do Estado e dos seus instrumentos de repressão, *maxime* dos instrumentos jurídico-penais — essa crítica não se ouve mais hoje, morreu. Morreu no preciso instante em que pôde compreender-se que num Estado de Direito toda a política criminal é intra-sistemática relativamente às finalidades do Estado vazadas na Lei Fundamental; e também que é instrumento de todo inidóneo para com ela ou através dela se fazer a *revolução*.

Mas em vez desta crítica ouve-se hoje, ainda com estrépito (embora talvez com um ribombar que nos últimos anos parece amortecido), uma outra, segundo a qual a ideia da socialização estaria definitivamente perdida por haver que reconhecer que ela *doesn't work*. Uma tal asserção não pôde até hoje ser provada em lado algum, parecendo pelo contrário algumas análises operadas ao micronível quererem conduzir a conclusão oposta. Mas ainda que o pudesse ser, o caminho não estaria em abandonar o pensamento da socialização e pôr em seu lugar a proposição — uma das mais niilistas, retrógradas e (na verdade) reaccionárias que têm sido defendidas na doutrina penal, perante a qual o apelo à preservação da dignidade humana só pode surgir como pesada ironia — segundo a qual a finalidade da aplicação da pena não poderia ser outra que não fosse a de realizar com ela os *just deserts* do caso e a da sua execução a de *to implement the sentence of the court*. O caminho estaria então e ainda em manter fidelidade àquele pensamento e em simultaneamente, num esforço de imaginação e de criatividade, reformular, porventura radicalmente, os seus instrumentos, de modo a tornar a utopia em promissora realidade.

VIII

O programa político-criminal que, na sua extensão enorme, me esforcei por consubstanciar nas três proposições político-criminais acabadas de apresentar decorre precipuamente, a meus olhos, do estabelecido no art. 18º, especialmente no seu nº 2, da Constituição da República Portuguesa e foi vertido pela Revisão de 1995 no texto revisto do art. 40º do Código Penal. A censura (já entre nós murmurada, se bem que, quanto sei, não frontalmente avançada e assumida) de que uma tal disposição do Código Penal excederia a competência de qualquer legislador, porque teria a pretensão de decidir da milenar controvérsia doutrinária acerca das finalidades das penas, essa censura não posso eu aceitá-la e antes me parece absolutamente infundamentada. A menos que ao legislador democraticamente legitimado — e legitimado em exclusivo: art. 168º, nº 1, al. a) —, é dizer, à Assembleia da República, não competisse justamente vazar proposições de política criminal no *modus* da validade jurídica !

Se as proposições político-criminais incorporadas no citado art. 40º não devem ser essas, mas outras, então argumente-se, demonstre-se, convença-se o Parlamento... e mude-se o preceito. Mas não se diga, em qualquer caso, que tal não cabe na competência do legislador. A quem seguramente não cabe uma tal competência, em um Estado de Direito, é a quaisquer instâncias pensantes como tais, a doutrinadores e a aplicadores do direito, ou ainda menos a meros *opinion-makers* de qualquer espécie — em suma, a todos quantos se não hajam legitimado através do voto popular. Porque é só dos legitimados pelo voto que resultam a Lei Fundamental, as proposições político-criminais aceites e a sua tradução em artigos de lei. É esta a regra de ouro da legalidade democrática que em caso algum pode ser obscurecida ou ultrapassada. O resto... o resto são pequeníssimos *ovos da serpente*, pequeníssimas tentações totalitárias pelas quais se pode mostrar alguma benevolência, mas que é obrigação de cada um não deixar incubar.

IX

E agora? — perguntar-se-á. Quais são as *chances* de a revisão levada a cabo ter, no essencial, a mais longa vida possível e resultar efectivamente como um regulador fundamental da vida comunitária portuguesa? Nunca senti, por um lado, inclinação para adivinho, nem ainda menos para oráculo. É óbvio, por outro lado, que o êxito da revisão — a sua aplicação consonante com a concepção básica, a funcionalidade e a teleologia que lhe presidem — vai depender em alguma medida da existência ou da falta de condições que extravasam o âmbito do sistema jurídico e claramente se inscrevem no domínio político. Sobre elas, por isso, deve o jurista *enquanto tal* omitir toda a palavra. Há no entanto condições intra-sistemáticas, digamos *internas*, sobre as quais sinto ser meu dever dizer uma palavra. Uma palavra que não gostaria fosse tomada como tentativa de oferecer directivas à aplicação da lei, mas de dar testemunho de uma preocupação que me assalta. Porque — permita-se-me que o afirme neste contexto — sou daqueles que se esforçam por corresponder ao ideal universitário trazendo propostas e batendo-se por elas, mas jamais carregando certezas. Certeza, se dela devo falar, tenho apenas uma: a de que não é função do universitário salvar o mundo, mas limitar-se a dar testemunho.

É dando testemunho de uma funda preocupação quanto ao futuro da revisão de que falei — como de qualquer outra reforma jurídica que, em terrenos socialmente conflituais, seja hoje levada a cabo em Portugal — que quero terminar. A razão da preocupação posso eu resumi-la na *crise de uma cultura da legalidade* que entre nós sopra hoje como um *mâelstrom*. Seria necessário todo o espaço de uma comunicação autónoma para explicar o que quero significar com isto, em termos que razoavelmente me pudessem livrar de equívocos e incompreensões. Tenho porém de bastar-me com afirmar o seguinte: uma errónea compreensão de uma em si saudável reacção antipositivista está a conduzir a uma perigosa, injustificável e ilegítima cultura da ilegalidade por

parte de operadores que têm por primeira obrigação o cumprimento da lei e que, neste sentido, são os únicos infractores possíveis do princípio da legalidade. Pode e deve discutir-se até a exaustão, e a todos os níveis, a bondade e adequação de uma lei feita ou a fazer, e isso ainda mais quando se trate da recodificação de um diploma comunitariamente tão fundamental como é um código penal. Uma vez a lei entrada em vigor, porém, a sua discussão libérrima não pode ser confundida com tergiversações na obrigação do seu cumprimento pelos destinatários; como não pode ser confundida com o mandamento da sua aplicação na mais estrita obediência ao seu texto, ao seu espírito e, sobretudo decerto, à sua teleologia. Num Estado de Direito democrático não há fundamento possível — nem de concepção do mundo e da vida, nem de (in)adequação social, política, económica, cultural, corporativa ou sindical, nem mesmo de consciência moral, quanto menos de mera convicção! — que possa justificar a desobediência do aplicador à lei válida. Porque é nesta obediência, no fim de contas, que por inteiro se resume a *independência* do julgador e a *legitimação* da sua função dentro do Estado de Direito democrático.

Se isto puder ser compreendido e aceite, então eu quero crer que as oportunidades de êxito da nossa recodificação são boas e que o Código Penal poderá constituir um instrumento inestimável de defesa das pessoas, de coesão comunitária e de coexistência pacífica e o mais livre que é possível de todos quantos se acolham ao ordenamento jurídico-penal português e sob ele vivam.

***CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO
ALGUNS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO***

CUNHA RODRIGUES

A crise de valores resulta, em larga medida, de conhecermos pouco sobre a natureza e o sentido da liberdade.

O pensamento filosófico oscila entre a aceitação de uma ordem natural, espontânea, assente no valor absoluto do indivíduo e capaz de assegurar condições de liberdade, igualdade e progresso e o reconhecimento de que não é possível viver em sociedade sem formas de regulação em que o direito e o Estado desempenhem um papel mais ou menos relevante.

Este dilema reflecte-se no direito criminal e, em geral, nos direitos sancionatórios, problematizando o fundamento do direito de punir e os limites da punição.

A questão de como deve resolver-se este problema ou, numa acepção mais concreta, de saber como actuar relativamente a pessoas que infrinjam regras básicas da vida em sociedade é objecto de uma área de intervenção que se encontra entre a ciência e a estrutura social: a política criminal.

É sobre a política criminal consagrada por recente legislação que irei fazer algumas reflexões, numa visita guiada a um título da parte especial do Código Penal em que são mais evidentes algumas questões de intersistematicidade: a dos crimes contra o património.

Antes de o fazer, impõe-se um olhar, ainda que superficial, sobre o Código Penal de 1982.

Doze anos de vigência deste Código dão-nos uma razoável perspectiva sobre a experiência da sua aplicação.

Como se sabe, o Código de 1982 foi testado em terreno repleto de dificuldades.

Entrado em vigor num período de consolidação de regime, o Código reflectia as concepções liberais e relativamente optimistas sobre o homem e a sociedade que o Professor EDUARDO CORREIA professava e que, em alguma medida, mergulhavam as suas raízes em correntes de garantismo e defesa social dominantes nos anos sessenta.

A sociedade que o Código veio encontrar era diferente.

Se, por um lado, a liberdade, o pluralismo e a crescente liberalização económica encaixavam nos princípios de política criminal definidos vinte anos atrás, por outro a lei veio encontrar um tecido social produzido por várias rupturas, num relativamente longo percurso de dialéctica entre ideologia e realidade. Foram os problemas motivados por uma descolonização traumatizante, a instabilidade de uma economia em crise, a rápida mutação de valores, a eclosão de formas subculturais de violência, o aparecimento de novos fenómenos de marginalidade e exclusão social.

Apesar destes condicionalismos, o Código resistiu bem.

Tornaram-se, porém, desde início, manifestas algumas debilidades.

Os crimes contra o património constituem um interessante ponto de observação.

Desde logo, é de notar que a criminalidade contra o património representa, em Portugal, no contexto das grandes cidades, mais de 80% do total, se quisermos incluir o crime de cheque sem provisão e outros tipos de criminalidade contra bens económicos prevista em legislação avulsa.

Esta realidade exprime uma tendência também verificada noutros países do mesmo espaço sócio-político. Nos trabalhos preparatórios do Código Penal publicado em França em 1992, os relatores da Assembleia Nacional e do Senado consideraram que as infracções deste tipo atingiam 80% da totalidade.

Em países como Portugal, em que foi possível conter a criminalidade violenta em níveis relativamente reduzidos, o sentimento de insegurança das populações era e parece continuar a ser predominantemente alimentado por estes crimes.

Contudo, os factores deste tipo de criminalidade deixaram de se concentrar nos fenómenos de associalidade, exclusão ou pulsão delinquencial que classicamente o caracterizavam. O crescimento exponencial do consumo de estupefacientes converteu-se em causa próxima, potenciando o número de casos, gerando factores de recidiva e habitualidade e produzindo efeitos anómicos nas instâncias de controlo. Nos grandes centros urbanos, mais de 60% dos crimes contra o património têm conexões ou estão associados ao consumo de estupefacientes.

Esta circunstância tornou mais patentes as debilidades do Código de 1982.

Em primeiro lugar, evidenciou-se a reduzida aplicação de medidas substitutivas e dos institutos processuais de suspensão do processo e isenção da pena, desde logo motivada pela tendência recidivista da delinquência. Depois, a manutenção, no Código de 1982, de penas de prisão sem alternativa da multa e a existência de agravantes modificativas típicas de uma sociedade rural revelaram-se desajustadas às condições de vida.

Um toxicodependente que estilhaça a montra de uma loja, de noite, e subtraia do interior do estabelecimento um electrodoméstico de médio valor é um potencial preso preventivo e um candidato a uma pena de prisão efectiva.

Os índices de presos preventivos e de condenados em penas de prisão efectiva, na vigência do Código de 1982, não corresponderam à intenção do legislador e desviaram-se dos indicadores desejáveis.

Veja-se, quanto a prisão preventiva, o seguinte quadro retrospectivo:

Ano	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1994
Valor	43,9%	38,7%	31,7%	30,7%	27,7%	37,2%	37,0%	37,2%

Por outro lado, a duração média do tempo de cumprimento de penas de prisão, após a entrada em vigor do Código de 1982, foi a seguinte:

Anos / Duração	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
Até 6 meses	48%	42%	33%	32%	29%	23%	20%	16%
6 meses a 2 anos	35%	39%	47%	47%	51%	56%	50%	53%
2 a 5 anos	12%	14%	15%	14%	15%	15%	18%	19%
5 a 8 anos	3%	4%	3%	3%	3%	4%	7%	6%
+ 8 anos	2%	2%	2%	2%	2%	2%	5%	5%

Vê-se, deste quadro, que o objectivo de limitar o cumprimento de penas curtas de prisão foi relativamente conseguido na moldura que vai até 6 meses mas continuou por atingir no escalão compreendido entre os 6 meses e 2 anos (mais de 50% do total de penas detentivas), o que denuncia claramente o insuficiente campo de aplicação da pena de multa.

Havia então que rever o Código à luz das considerações de política criminal que esta realidade justificava.

A esta luz, as considerações que estiveram na base das soluções agora consagradas foram basicamente as seguintes:

- a evolução da criminalidade;
- a realidade sociológica e processual;
- a experiência de aplicação do Código Penal de 1982;
- as interfaces com a criminalidade económica em matéria de codificação;
- os modelos de política criminal.

Analisemos cada um dos pontos.

Quanto ao primeiro, é de realçar a existência de um sensível aumento da criminalidade (quase duplicou em dez anos) com desigual repartição por tipos de crime.

As tensões polarizadoras do crime e da marginalidade formam, cada vez mais, um circuito em que figuram o tráfico e o consumo de estupefacientes, o furto, o branqueamento e a receptação.

Associado a este tipo específico de criminalidade, e sem que se conheça, com rigor, o grau de anti-socialidade que revela, surge o crime de emissão de cheque sem provisão que atingiu cifras impressionantes:

13% do total da criminalidade em 1988,
19,6% em 1989,
23,5% em 1990,
25,6% em 1991,
20,8% em 1992,
20,2% em 1993 e 1994.

O cheque passou a funcionar, num volume considerável de relações comerciais, mais como instrumento de garantia que como meio de pagamento, o que provocou a desvirtuação da sua natureza cartular e o seu ingresso em lógicas de autodefesa em que avultam a compensação forçada de dívidas e a coacção ao pagamento. A publicação, em Dezembro de 1991, de um diploma que despenalizou a emissão do cheque sem provisão até cinco mil escudos e modificou a incriminação e as sanções dos restantes¹, teve impacte no número de infracções, ainda que inferior às expectativas.

Na **realidade sociológica**, a preparação do Código revisto ocorre numa fase de maior coesão social, depois dos movimentos de ruptura e reajustamento que se verificaram a partir de 1974. Porém, em contrapartida, depara com um substancial esbatiamento das características de ruralidade que dominaram, até muito tarde, a criminalidade portuguesa. O suburbanismo acentuou a mobilidade das populações — gente que viaja permanentemente entre dois mundos, o da residência e o do emprego —, diluiu o seu sentimento de pertença à comunidade, empobreceu as condições de integração sócio-cultural e ambiental e fez subir as probabilidades de condutas marginais.

¹ Dec.-Lei nº 454/91, de 28 de Dezembro.

Como se escrevia em recente artigo de opinião, *vive-se em sítios em que as ruas não têm nome, os prédios não têm número e as praticas não têm árvores* ².

Estas condições reflectiram-se nas *performances* das polícias, fazendo aumentar as cifras negras e baixar as taxas de esclarecimento da criminalidade.

Quanto à **realidade processual**, a publicação do Código de Processo Penal de 1987 não conseguiu inverter a tendência de burocratização da justiça criminal.

O crime de cheque sem cobertura e, noutra domínio e em menor escala, o crime de desobediência à conscrição militar (representando conjuntamente cerca de 30% do total da criminalidade) continuaram a entorpecer a justiça criminal pelo espaço de intervenção que, de forma discutível, ocuparam e pela contaminação provocada nos subsistemas operativos. Como é conhecido, trata-se de uma criminalidade por natureza propícia a situações de dilação ou contumácia que produz um duplo efeito de lentidão da justiça: pelo tempo de pendência dos processos a que respeita e pela burocracia que gera no interior do sistema.

Imbuído de uma orientação em que as respostas se organizam, consoante a gravidade dos crimes, segundo soluções de conflito ou de consenso, o Código de Processo Penal confirmou, por outro lado, que um grande número de dificuldades continuavam a ser induzidas da estrutura do Código Penal.

Na verdade, um substancial volume de criminalidade anti-patrimonial respeita ao furto qualificado cuja moldura penal não é, em regra, compatível com o funcionamento de institutos de diversão como a suspensão provisória do processo que o Código de Processo Penal só permite relativamente a crimes puníveis com pena de prisão até 3 anos.

² HELENA ROSETA, *Geografia do Medo*, Visão, Nº 117, 14 a 21/6/95.

Assim também, a utilização de medidas substitutivas revela-se, em muitos casos, inviável face à rigidez das penas, e a aplicação da pena de multa infrequente pelo facto de, na generalidade, os crimes contra o património preverem a multa em cumulação com a prisão.

No que respeita à amplitude da revisão, o legislador manteve-se fiel ao espírito do Código de 1982, recolhendo apenas tipos de crime que é suposto estarem social e definitivamente absorvidos ou que correspondem, de algum modo, a desenvolvimentos de tipos de crime já previstos, como é o caso da burla informática e do abuso de cartão de garantia ou de crédito.

Sobre o **modelo** representado por esta **política criminal**, creio poder sustentar que o Código não é neutro mas procura igualmente não ser dogmático. Não obedece ao chamado *modelo azul* que enfatiza a retribuição e a prevenção geral de intimidação nem segue as sugestões dos denominados modelos *vermelhos* que, fiéis à ideologia de tratamento, privilegiam a reinserção social. Atrever-me-ia também a dizer que não é um ordenamento de catálogo, no sentido em que frequentemente algumas legislações cedem ao pragmatismo dos chamados modelos *mistos*. Pese embora a possível razão de ser de críticas que lhe possam ser dirigidas pela sua plasticidade, o Código deixa ao intérprete um amplo espaço de autonomia na procura dos elementos que, relativamente a cada tipo legal de crime e às condições concretas da sua verificação, integram a finalidade das penas que o art. 40º denomina de *protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade*.

Esta concepção, associada ao princípio da legalidade, como expressão da liberdade colocada sobre a protecção da lei ³, justifica a extensão dos poderes do juiz, orientada para o objectivo de uma maior individualização da pena e, no âmbito da determinação da pena, empresta maior coerência e eficácia ao

³ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, Rio de Janeiro, 1992, p. 33.

programa definido pelo Código de 1982 de privilegiar medidas não detentivas, sempre que, com elas, fiquem satisfatoriamente realizadas finalidades de justiça material, reintegração da confiança nas normas violadas e ressocialização do delinquente.

Fica, por esta forma, enriquecido um conceito de segurança que não se limita à defesa da integridade física nem à incrementação da lei e da ordem mas acentua o carácter positivo e plural da protecção.

Como é conhecido, os movimentos de política criminal têm oscilado, na segunda metade deste século, entre soluções que privilegiam ou recuperam o espírito punitivo face a objectivos de prevenção; que colocam o acento tónico na prevenção geral em contraposição à prevenção especial; que reforçam a densidade garantística do processo por oposição a critérios de eficácia e segurança; ou que apostam na reinserção social do delinquente contrastando com ideologias que enfatizam a defesa social.

Sem embargo, é evidente o carácter retórico da generalidade das políticas criminais e a sua subordinação, por vezes oculta, à realidade processual.

De facto, a maioria das legislações criminais dos países da Europa ocidental prestam tributo a qualquer daquelas correntes, seja pelo seu reconhecimento expresso, seja pela plasticidade conferida ao sistema de administração da justiça criminal.

Veja-se comparativamente o caso da Alemanha, da Bélgica, da França e de Portugal ⁴.

Destes quatro países, a Bélgica admite a pena de morte e a pena de trabalhos forçados perpétuos e a Alemanha e a França a prisão perpétua. Portugal não aceitava penas de prisão superiores a 20 anos ou, excepcionalmente, vinte e cinco anos.

Examinado, porém, o funcionamento dos sistemas penais, processuais e penitenciários de cada um dos países, chega-se à seguinte conclusão:

⁴ Extraído de intervenção que realizei sobre o projecto do Código Penal.

O Código Penal alemão permite a libertação condicional de delinquentes condenados a prisão perpétua, cumpridos quinze anos de pena.

As leis penais e penitenciárias francesas prevêm a libertação condicional de condenados a pena de prisão perpétua cumpridos quinze anos, tempo que pode ainda ser reduzido, em resultado do comportamento prisional do delinquente.

A Bélgica aplica simultaneamente disposições penais e penitenciárias para flexibilizar o seu sistema, como pode ver-se de um breve apontamento estatístico. Assim, a duração média de tempo de prisão cumprido por delinquentes condenados a pena de morte ou a pena de trabalhos forçados perpétuos foi, no período compreendido entre 1980 e 1989, de 12 anos e 8 meses e meio. Mas é possível encontrar referências em que este índice é ainda mais baixo, como é o caso de 1984, em que a duração média de tempo de prisão cumprido por condenados a pena de morte ou a pena de trabalhos forçados foi de 9 anos e 7 meses.

É difícil a nós, portugueses, que fomos dos primeiros a aboli-la, aceitar a pena de morte. Mas não o seria menos vermos um condenado a pena de morte regressar a casa, pelo seu pé, cumpridos 9 anos de prisão !

Uma das razões frequentemente invocadas para a severidade das penas é a prevenção e o que ela representa no sentimento de segurança comunitária.

Mas a verdade é que já MONTESQUIEU e, depois, FEURBACH intuíram que, na dissuasão do crime, é mais eficaz a redução drástica das expectativas de impunidade que a gravidade das penas.

E os estudos criminológicos indicam que, para além de certo limite, a pena deixa de ter sentido, a não ser como instrumento total e (não tenhamos medo das palavras) totalitário, de defesa social.

Quanto à relação entre a gravidade das penas e a prevenção geral, isto é quanto à ideia de que existe uma relação de estrita proporcionalidade entre a dosimetria penal e o efeito de prevenção que ela produz, é oportuno recordar as pesquisas de

KOESTLER, segundo as quais uma estatística do começo do século indicava que, na Grã-Bretanha, entre duzentos condenados à morte, cento e setenta tinham anteriormente assistido a uma ou mais execuções da pena capital.

Sendo assim, a realização das garantias de liberdade e segurança passará sempre pela resposta que possa dar-se a várias questões: a de saber se a cominação de sanções de gravidade extrema não se reconduzirá, no fundo, à tentativa de exorcizar o medo da violência e do crime, gerando sentimentos de dominação sobre os factos; a de saber se as sanções totais não constituem meras formas de dissimular a incapacidade de combater os factores de criminalidade; a de reconhecer como aporia o dilema *sociedade criminógena — homem delinquente* ou de o pretender resolver aceitando uma fractura definitiva entre a sociedade e o delinquente.

Como é conhecido e o título respeitante aos crimes contra o património exemplifica, o direito criminal português é um direito moderado, enquanto acredita na função dialogal das diversas tensões sem absolutizar nenhuma e procura na dignidade da pessoa humana e no princípio da mínima intervenção um critério ordenador.

Na execução deste *modelo*, o projecto teve presente algumas **interfaces**.

Em primeiro lugar, os seus reflexos no direito processual.

O Código de Processo Penal atribui um papel significativo a soluções que, nuns casos, se aproximam da mediação oficial e, noutros, correspondem ao reforço do princípio acusatório substanciado na faculdade atribuída ao Ministério Público de, independentemente da pena aplicável, requerer a intervenção do tribunal singular, prefixando indirectamente o limite máximo da pena concreta.

Estas opções obrigaram a sopesar o desenho das molduras penais e a eliminar as assimetrias que o título respeitante aos crimes contra o património apresentava.

Deste modelo retiraram-se igualmente ilações quanto a princípios de organização, funcionamento e relação intersistémica das instâncias formais de controlo que aconselham respostas tanto quanto possível uniformes, inspiradas pela ideia de um processo justo e célere e dotadas de potencialidades dialogais com os operadores e a comunidade.

Em idênticos termos, a importância reconhecida à posição da vítima, corroborada em recente legislação, forneceu sugestões no sentido de se conferir mais relevo à iniciativa do ofendido e a objetivos de pacificação, convertendo um maior número de tipos de crimes em infracções cujo procedimento depende de queixa.

Examinados os pressupostos de política criminal que guiaram o Código, estamos em condições de aprofundar o conhecimento do projecto.

No que toca a sistematização, a parte relativa a crimes contra o património corresponde ao Título II do Livro II (Parte Especial) e é antecedida do título respeitante aos crimes contra as pessoas. Seguem-se-lhe o Título III (Crimes contra a paz e a humanidade), o Título IV (Crimes contra a vida em sociedade) e o Título V (Crimes contra o Estado).

Esta sistematização corresponde a uma nova arrumação que se pretende ligada à precedência histórica dos bens jurídicos, à sua natureza e dignidade de tutela.

Curiosamente, com esta metodologia, recupera-se o pensamento inicial do Professor EDUARDO CORREIA.

Como o ilustre Professor explicou, trata-se de uma lógica que traduz a ideia de que o homem é o ponto de partida e de que, sem ele, nem a comunidade nem o Estado são pensáveis. Daí que se comece pelos bens jurídicos que respeitam às pessoas, prevalecendo os de personalidade face aos patrimoniais.

Mas a ordenação dos tipos na Parte Especial dos códigos, como o ilustre Mestre também reconheceu, deve igualmente apelar ao critério de frequência das violações e ter em consideração

dimensões comunicacionais da lei, dando prioridade aos crimes que mais ferem o comum das pessoas ⁵.

No título dos crimes contra o património, o projecto não altera fundamentalmente a sistematização operada em 1982.

Continuam, assim, a não ter lugar naquele título alguns crimes lesivos de valores patrimoniais. Trata-se, nuns casos, de crimes que se referem a uma pluralidade de bens jurídicos e em que é difícil analisar relações de predominância e, noutros, dos chamados *delitos vagabundos*, que se dirigem a uma pluralidade indeterminada de bens jurídicos, de que são exemplo os crimes de perigo comum. Além de alguns tipos incluídos no Capítulo relativo a crimes de perigo comum (Capítulo III do Título IV), poderíamos citar, a este propósito, a ameaça e o rapto (arts. 153º e 160º) quando interessem valores patrimoniais, e as falsificações (art. 255º e ss.).

O Título relativo a crimes contra o património abre com uma disposição preliminar que enuncia um conjunto de definições legais. Define-se o que, para efeito do disposto naquele título, é considerado valor elevado, valor consideravelmente elevado, valor diminuto, arrombamento, escalamento, chaves falsas e marco.

A generalidade das definições distribuía-se, no Código de 1982, pelos respectivos tipos de crime. A sua concentração, numa espécie de pórtico, com lugar paralelo no Código de Processo Penal, obedeceu à finalidade de, por um lado, facilitar a actividade do intérprete e, por outro, estimular uma interpretação teleológica iluminada por um melhor acesso à comparação de conceitos normativos.

Foram introduzidas alterações em praticamente todas as definições, na maioria dos casos com finalidades de rigor terminológico ou de técnica legislativa.

⁵ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Ministério da Justiça, 1979, pp. 10 a 12.

De verdadeiramente novo há a concretização das referências ao valor que, no Código de 1982, apareciam como conceitos indeterminados.

A reflexão realizada sobre as distonias de jurisprudência resultantes da indeterminação destes conceitos e os riscos de erosão do princípio da igualdade aconselharam esta solução. Não se deixou de ter presente, ao adoptá-la, as acusações que tradicionalmente se dirigiram contra a tarifcação por valores monetários abandonada em 1982.

Tudo ponderado, concluiu-se pela possibilidade de se encontrar um sistema que realizasse o objectivo de limitar o arbítrio sem fazer repercutir nas incriminações os efeitos da inflação da moeda.

Da confluência destas preocupações resultaram as definições de valor elevado como aquele que excede 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto, valor consideravelmente elevado o que excede 200 unidades e valor diminuto o que não ultrapassa 1 unidade de conta.

Reconhece-se que se trata de uma solução ambiciosa mas não isenta de dificuldades.

Com efeito, a unidade de conta processual é definida ⁶ como a *quantia em dinheiro equivalente a um quarto da remuneração mínima mensal mais elevada, garantida, no momento da condenação, aos trabalhadores por conta de outrem, arredondada, quando necessário, para o milhar de escudos mais próximo ou, se a proximidade for igual, para o milhar de escudos imediatamente inferior*.

Os escalões ficam, por esta forma, indirectamente indexados ao salário mínimo.

Contra esta solução, poderá objectar-se que não fica suficientemente realizado o princípio da determinação da pena, o que não nos parece procedente ou (o que já oferece maiores dúvidas) que se viola o princípio de reserva de lei, abrindo caminho a

⁶ Cf. art. 5º, nº 2, do Dec.-Lei nº 212/89, de 30 de Junho.

modificações de incriminação por diploma do Governo. Só que, mesmo neste ponto, o argumento parece provar demais, já que a própria indexação monetária, que pareceria assegurar maiores coeficientes de garantia, seria vulnerável àquela crítica (e, porventura, insidiosamente) sabendo-se, como se sabe, que é aos governos que compete conduzir a política monetária.

Reunido consenso para optar por valores-padrão que previnam a erosão monetária, esta solução pareceu preferível e mesmo melhor que outra que foi igualmente equacionada: a de fazer a indexação ao valor das alçadas. Nesta hipótese, os riscos de indexação seriam acrescidos por distorções produzidas pelos factores de índole não patrimonial utilizados para a fixação das alçadas.

Na descrição dos tipos de crime, o projecto confere ao furto um duplo papel. Por um lado, o de exprimir um modelo de incriminação e de punição a utilizar, na medida do possível, nos demais tipos; por outro, o de municiar este título do Código com cláusulas gerais a que os outros crimes contra o património recorrem.

Assim, no furto simples (art. 203^o) contêm-se directivas com valor estruturante num conjunto apreciável de crimes: as da moldura penal, da multa alternativa, da punição da tentativa ⁷ e da natureza semipública dos crimes. Aquelas directivas reflectem-se, por sistema, nos tipos fundamentais: abuso de confiança (art. 205^o), dano (art. 212^o), burla (art. 217^o), infidelidade (art. 224^o) e abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225^o).

Este método visa a realização de objectivos muito concretos de política criminal, em que se destacam a mais correcta individualização da pena, uma melhor convivialidade com as normas processuais e um mais amplo papel para o controlo social.

7 Nos termos do art. 23^o do Código Penal, a tentativa só é punível, salvo disposição em contrário, se ao crime consumado corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

Não escapou ao legislador que a natureza semipública dos crimes impelirá os órgãos de polícia criminal a uma intervenção menos pró-activa, o que, em todo o caso, não parece um risco excessivo se, com isto, se conseguir uma maior consciencialização dos cidadãos e uma maior atenção para a necessidade do reforço dos sistemas de prevenção e detecção.

O furto qualificado não se distancia substancialmente do esquema do Código de 1982 mas as circunstâncias modificativas da pena são agora escalonadas segundo diferentes critérios. A moldura penal é de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias se a coisa for:

- a) *de valor elevado;*
- b) *transportada em veículo ou colocada em lugar destinado ao depósito de objectos ou transportada por passageiros utentes de transporte colectivo, mesmo que a subtracção tenha lugar na estação, gare ou cais;*
- c) *afecta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério;*
- d) *explorando situação de especial debilidade da vítima, de desastre, acidente, calamidade pública ou perigo comum;*
- e) *fechada em gaveta, cofre ou outro receptáculo equipados com fechadura ou outro dispositivo especialmente destinado à sua segurança;*
- f) *introduzindo-se ilegitimamente em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou espaço fechado, ou aí permanecendo escondido, com intenção de furtar;*
- g) *com usurpação de título, uniforme ou insígnia de empregado público, civil ou militar, ou alegando falsa ordem de autoridade pública;*
- h) *fazendo da prática de furtos modo de vida; ou*
- i) *deixando a vítima em difícil situação económica.*

A moldura penal passa a ser de pena de prisão de 2 a 8 anos para quem furtar coisa:

- a) *de valor consideravelmente elevado;*
- b) *que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico;*
- c) *que por sua natureza seja altamente perigosa;*
- d) *que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público;*
- e) *penetrando em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado, por arrombamento, escalamento ou chaves falsas;*
- f) *trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta; ou*
- g) *como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando.*

O projecto prevê que, se na mesma conduta concorrer mais do que um dos requisitos referidos, só é considerado para efeito da determinação da pena aplicável o que tiver efeito agravante mais forte, sendo o outro ou outros valorados na medida da pena. E que não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor.

No abuso de confiança, a qualificação realiza-se na moldura da pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até seiscientos dias, se a coisa for de valor elevado, ou da pena de prisão de 1 a 8 anos, se for de valor consideravelmente elevado. O crime é também qualificado e punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se o agente tiver recebido a coisa em depósito imposto por lei em razão de ofício, emprego ou profissão, ou na qualidade de tutor, curador ou depositário judicial.

Tanto em relação ao furto como ao abuso de confiança, o projecto estabelece que, se a coisa for restituída ou tiver lugar a reparação integral pelo agente do prejuízo, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em primeira instância, a pena é especialmente atenuada, mesmo se tiverem sido apenas parciais a restituição ou a reparação.

Nesta parte, a solução desvia-se do Código de 1982 que apenas admite a atenuação quando houver restituição ou reparação até à instauração do procedimento criminal, mecanismo que foi considerado inconsequente por, na prática, não corresponder a um efectivo *direito premial*.

O projecto afasta-se ainda deste Código quando não tipifica o furto formigueiro e por necessidade e criminaliza, por regra, o furto familiar.

Relativamente ao furto formigueiro e por necessidade, entendeu-se tratar-se de situações que encontram resposta adequada nas causas de justificação previstas na Parte Geral. Quanto ao furto familiar, ponderou-se que o que, em rigor, está em causa não é a incerteza sobre o estatuto patrimonial da coisa subtraída ou apropriada ou a protecção à família mas sim a vontade da vítima em que o conflito não seja retirado do seio da família.

Nesta conformidade, faz-se depender de acusação particular o furto e o abuso de confiança quando:

- a) o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges; ou
- b) a coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for de valor diminuto e destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou de pessoa pertencente àquele círculo familiar.

Quanto ao furto de uso de veículos, as novidades são o alargamento da incriminação — pune-se quem utilizar o veículo *sem autorização de quem de direito* e não, como anteriormente, quem o faça *contra vontade* do dono ou possuidor —, a punição da tentativa e a não previsão do roubo de uso, neste último ponto por se ter considerado que as regras do concurso são suficientes.

Não obstante a manifestação de algumas reservas no seio da Comissão, o projecto manteve o crime de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada.

No crime de roubo, evitou-se a concepção complexa do Código de 1982.

Descreve-se o tipo fundamental, a que é aplicável pena de prisão de 1 a 8 anos, e prevêem-se duas modalidades de qualificação: pena de prisão de 3 a 15 anos se qualquer dos agentes produzir perigo para a vida da vítima ou lhe infligir, pelo menos por negligência, ofensas à integridade física graves ou concorrerem as circunstâncias descritas nos nºs 1 e 2 do art. 204º (furto); pena de prisão de 8 a 16 anos se do facto resultar a morte de outra pessoa.

O Código de 1982 mandava aplicar as penas previstas para o roubo aos que utilizarem os meios previstos naquele crime para, quando encontrados em flagrante delito de furto, conservarem ou não restituírem as coisas subtraídas ou para se eximirem, a si ou a alguns dos seus participantes, à acção da justiça. O Código revisto acolheu esta incriminação, salvo a parte final. Considerou-se que a fuga à acção da justiça não visa a protecção dos valores patrimoniais que esta disposição pretende tutelar.

O crime de dano obedece a uma lógica nova, na medida em que a descrição dos tipos e as molduras penais procuram a simetria possível com o crime de furto. Ao mesmo tempo, introduziram-se na redacção das normas precisões terminológicas e conferiu-se tutela ao facto de a coisa se encontrar em lugar destinado ao culto ou em cemitério. Tornaram-se, por outro lado, extensivas ao dano as disposições relativas ao furto e abuso de confiança por necessidade e familiar.

Convém referir que a simetria com o crime de furto não é de geometria construtiva, antes procura aplicar um critério de identidade ou de analogia de razões que o Código de 1982 não parecia respeitar. De facto, este Código preconizava incriminações e penas, por via de regra, menos severas para o dano, o que se traduzia; no limite, em conferir à destruição um desvalor inferior ao da subtracção da coisa.

Ainda com recurso ao mesmo critério, o Código revisto tipifica em paralelismo com o roubo o dano praticado com violência.

Nos restantes crimes, as inovações decorrem normalmente de princípios e regras semelhantes às que apresentámos. Repetem-se os paradigmas de incriminação e moldura penal.

Assim, os princípios adjectivos aplicáveis ao furto e ao abuso de confiança por necessidade e familiar são extensivos à burla, à infidelidade, ao abuso de cartão de garantia ou de crédito, à receptação e ao auxílio material (arts. 217º, nº 4, 220º, nº 3, 224º, nº 4, 225º, nº 4, 231º, nº 3 e 232º, nº 2).

De notar que, mesmo nos crimes em que se mostrou desajustada uma aproximação à estrutura normativa do furto, foram, em geral, recolhidas soluções que respiram idênticas concepções de política criminal. Assim, quanto à previsão de multa alternativa: vejam-se os casos da usurpação de coisa imóvel (art. 215º), da alteração de marcos (art. 216º), da extorsão de documento (art. 223º), da infidelidade (art. 224º), do abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º), da usura (art. 226º)⁸, da insolvência dolosa (art. 227º), da falência não intencional (art. 228º), do favorecimento de credores (art. 229º), da perturbação de arrematações (art. 230º), da receptação (art. 231º), do auxílio material (art. 232º) e da administração danosa em unidade económica (art. 235º); ou quanto à natureza semipública dos crimes, a usurpação de coisa imóvel (art. 215º, nº 3), a alteração de marcos

8 No caso do nº 4, a pena de multa pode ir até 600 dias.

(art. 216º, nº 2), a infidelidade (art. 224º, nº 3), o abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º, nº 3) e a usura (art. 226º, nº 3).

Como decorre desta exposição, o Código Penal não prevê crimes económicos.

Para esta concepção contribuiu seguramente o facto de a legislação portuguesa ter enveredado, desde muito cedo, por uma política legislativa autónoma relativamente aos delitos contra a economia.

Com efeito, já em 1954 Portugal era, fora do contexto dos países socialistas, um dos três países europeus que tinham procedido à codificação, ainda que parcial, do direito penal económico⁹.

As dominantes da economia portuguesa e as formas de intervencionismo que caracterizaram o Estado corporativo produziram uma volumosa legislação extravagante que, tendo sido parcialmente codificada, não foi posteriormente sensível ao movimento de neocriminalização ocorrido noutros países.

A revisão do direito penal económico operada em 1984¹⁰ introduziu novos tipos de crime e conferiu maior rigor dogmático aos princípios, mas reforçou simultaneamente a inércia de inserção deste tipo de criminalidade no Código Penal, fenómeno que é, em certa medida, o reverso das razões que levaram à selecção dos tipos que pertencem à estrutura do Código.

⁹ Cf., sobre este ponto, EDUARDO CORREIA, *Introdução ao Direito Penal Económico*, Revista de Direito e Economia, Ano III, Nº 1, p. 3 e ss., e *Notas Críticas à Penalização de Actividades Económicas*, Direito Penal Económico, Coimbra, 1985, p. 11 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Anos 116º e 117º, e *Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, in *Direito Penal Económico*, p. 27 e ss.; FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Problemática Geral das Infracções Antieconómicas*, B.M.J., Nº 262, p. 5 e ss.

¹⁰ Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro.

Há, hoje, importantes razões de dogmática e de política criminal que confortam esta solução e que se imporão tanto mais quanto maior for a identidade e a homogeneidade do chamado direito penal secundário.

Efectivamente, as particularidades deste direito invadem, a pouco e pouco, áreas mais amplas de cogitação do legislador, desde o direito material, ao processo e às instâncias formais de controlo.

No direito português, a dualidade do direito penal económico traduzido na dicotomia *crimes / contra-ordenações* e as suas conexões internas só pode fortalecer esta tendência.

O aparecimento de uma espécie de Parte Geral deste direito penal secundário — em que se prevê, nomeadamente, a punição da tentativa, a responsabilidade por actuação em nome de outrem, a responsabilidade das pessoas colectivas e a especialidade das penas acessórias —, a abertura do processo a iniciativas de acção popular e a especialização dos órgãos de polícia criminal são alguns dos sinais que, nesta área, definem o modelo português.

Só que, por ela, tornar-se-ão ainda mais nítidas as características de nuclearidade dos tipos recolhidos pelo Código.

Nenhum dos crimes previstos pelo Dec.-Lei nº 28/84 poderá, depois disto, transitar para o Código sem que legitimamente não deva pôr-se a questão de outros com igual vocação, num substancial número de infracções: fraude sobre mercadorias; contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares; contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais; açambarcamento; desobediência a requisição de bens; destruição de bens e matérias-primas ou sua aplicação a fins diferentes; destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional; exportação ilícita; violação de normas sobre declarações ou manifestos obrigatórios; especulação; fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado; fraude na obtenção de crédito; publicidade fraudulenta; e ofensas à reputação económica.

Estes crimes encontram-se tipificados em contraposição ou concordância com contra-ordenações que, nuns casos, constituem actividades de perigo das condutas criminalizadas e, noutros, delitos próprios. Estão neste caso, o envio de bens não encomendados, a falta de instrumentos de peso ou medida, a falta de exposição de bens e de indicação de preços, a documentação irregular, o exercício não habilitado de certas actividades económicas, a produção ou prestação de bens e serviços sem os requisitos ou as características legais, a inobservância de normas sobre a organização de mercados ou restrições ao consumo, a recomendação de preços não permitidos, a violação da confiança em matéria de saldos e práticas semelhantes.

Mas, ao lado deste movimento de codificação, não deixará certamente de continuar a desenvolver-se uma legislação periférica, justificada pela tradição, por exigências de neocriminalização ou pela pluralidade ou trans-horizontalidade dos bens jurídicos tutelados.

A legislação produzida nos domínios da criminalidade informática, do cheque sem provisão ou do branqueamento de dinheiro relativo a tráfico de estupefacientes ¹¹ são aplicações de uma política que, qualquer dia, reclamará novas intervenções do legislador, o que, de resto, está em curso, com o diploma respeitante a branqueamento.

A visita que acabámos de fazer ao título relativo aos crimes contra o património e a invocação dos princípios de política criminal que o inspiraram, questiona-nos sobre as expectativas que é legítimo depositar no Código revisto.

¹¹ Lei nº 109/91, de 17 de Agosto, Dec.-Lei nº 454/91, de 28 de Dezembro, e Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro.

Em traços gerais, vimos que o Código se orientou pelos seguintes objectivos: o da manutenção do núcleo clássico desta criminalidade, deixando à legislação avulsa o recebimento de novos tipos, o de uma maior unidade, coerência e certeza nas molduras penais, o de um maior espaço de disponibilidade da vítima resultante da natureza semipública da generalidade dos tipos fundamentais e o de uma mais ampla convivialidade com as regras de processo.

A primeira pergunta que pode fazer-se incide sobre a capacidade do Código responder aos factores de criminalidade e se compaginar com as respostas que globalmente lhes podem ser dadas.

O problema da toxicodpendência está naturalmente no centro desta questão, ainda que a sua análise não possa abstrair de ideologias e preconceitos.

Como se demonstrou em investigações sociológicas, a droga tem a sua ideologia, a que não é imune a atitude do legislador criminal.

Um pouco de história confirma esta afirmação.

Nos anos sessenta, a droga aparece como epifenómeno de um movimento romântico ou de rebeldes sem causa e, ao mesmo tempo, com uma conotação positiva em que a contestação à sociedade, ao Estado e à família surge como valor. É a época das culturas alternativas, em que são frequentes os desvios críticos que levam a considerar a procura da droga revolucionária e a oferta reaccionária, o consumo progressista e o mercado obscurantista ¹².

¹² FERRANDO MANTOVANI, *Ideologie della Droga e Politica Antidroga*, in *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p. 441 e ss., Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXIX, Fas. 2, p. 369 e ss.

O conceito de liberdade que estava em causa neste ideário não era de libertação moral mas de descontrolo de pulsões, de rejeição de princípios, de abandono de categorias morais, de não vinculação a regras, de fuga à ideia de estruturação social.

Estes fenómenos provocaram, algumas vezes, efeitos de arbítrio e de domesticação do poder, criando constrangimentos e complexos quanto aos riscos de erosão da liberdade ou de atentado à responsabilidade individual. E apareceram associados a uma atitude de *patologização* do drogado que tinha imanente a ideia de determinismo biológico: o drogado é um doente; não um marginal nem um criminoso, mas uma pessoa que está infectada por uma doença igual a qualquer outra e que, como tal, não pode ser sujeita a medidas de coacção de qualquer ordem. Atitude criticada por se basear numa pretensa falta de capacidade de autodeterminação do homem, anulando a responsabilidade individual e desarmando o Estado.

Uma outra ideologia, dita utilitarista, situa a droga e, sobretudo, o tráfico, entre os factores de desestabilização, elevando-a a instrumento de debilitação dos sistemas democráticos e, em geral, dos sistemas políticos. Para esta corrente, a droga estaria normalmente associada a fenómenos como o tráfico de armas, as revoluções, o terrorismo.

Todas estas explicações têm virtualidades. Mas não podem ser isoladas.

A droga é um problema de crescimento, de educação, de saúde e de marginalidade e é por esta ampla porta que entra no campo da política e da lei.

Por todas as razões, é conveniente assentar em alguns pressupostos metodológicos.

O primeiro é o de reconhecer que existe uma relação de proporção inversa entre controlos penais e extrapenais. Significa isto que, quanto maiores forem os controlos extrapenais (sociais, culturais e administrativos), menor necessidade terá o direito criminal de intervir. E o ideal é que o direito criminal intervenha o mínimo possível.

O segundo é o de ter a exacta noção de que, no controlo social, é essencial uma dinâmica de reprovação, sem o que toda a acção perderá eficácia.

Neste contexto, saber como se pode isolar ou limitar o consumo de estupefacientes como factor de criminalidade contra o património é uma questão de importância nuclear mas em que são problemáticas e não seguras as soluções.

É que, se as incidências processuais do consumo são, entre nós, pouco expressivas, já o volume estatístico dos crimes conexos é altamente representativo.

Uma significativa percentagem de casos levados aos tribunais está, directa ou indirectamente, relacionada com a droga. E o direito criminal não dispõe de uma resposta global para este género de problemas. A assimilação da droga ao alcoolismo perde sentido quando se tem em conta a natureza epidemiológica do fenómeno e os modos de conexão com outros tipos de delinquência.

Por outro lado, em muitos casos, o drogado encontra-se numa situação de verdadeira inimputabilidade.

Ao encerrar em prisões pessoas com estes condicionamentos, o Estado potencia a sua tendência para a delinquência e impede um tratamento eficaz, sabido como é que a terapia em reclusão é de resultados duvidosos.

É que o tratamento não pode circunscrever-se à intervenção médica, à chamada desintoxicação somática. Deve haver, já na fase de convalescença, uma actuação no sentido de relacionar o drogado com amigos, familiares e grupos e possibilitar terapias ocupacionais.

A problemática das infracções conexas exige, deste modo, que, à partida, se despistem as causas do crime, fazendo reverter para a fase inicial do processo equipas de acompanhamento psicológico, médico e social. Não é correcto fazer um corte metodológico que autonomize os factos do substancial número de elementos (psicológicos, médicos e sociais) que, por via de regra, lhes estão associados.

Também por aqui regressam ao nosso tema as questões da interdisciplinaridade, do processo e dos meios auxiliares.

Por economia de análise, limitar-nos-emos a inventariar duas questões de natureza substantiva e duas de natureza processual.

No aspecto substantivo, o êxito de qualquer política criminal, no domínio da criminalidade contra o património, exige o confronto do crime com a sua etiologia habitual.

O Código Penal revisto tem, nesta matéria, duas disposições-chave: a que manda aplicar uma pena relativamente indeterminada quando o toxicodependente praticar crime a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva e tiver cometido anteriormente crime a que tenha sido aplicada também prisão efectiva, sempre que os crimes tiverem sido praticados em estado de intoxicação ou estiverem relacionados com a tendência do agente (arts. 86º e 88º); e a que pune com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimizabilidade derivado da ingestão ou consumo de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico (art. 295º). Note-se que, neste último caso, a moldura penal estabelecida no Código revisto é substancialmente mais elevada que a do anterior.

Em qualquer dos casos, uma correcta aplicação do Código depende da existência de meios de diagnóstico e de cura, sem os quais a eficácia preventiva das penas e a possibilidade de reinserção se converterão em realidade virtual.

No caso de pena relativamente indeterminada, o diagnóstico da toxicodependência é indispensável, desde logo porque a lei estabelece que a execução da pena deve ser orientada no sentido de eliminar a dependência do agente ou combater a sua tendência para a utilização de estupefacientes (arts. 87º e 88º); no outro, a questão da imputabilidade torna-se fulcral para aferir da incriminação e da pena e para evitar a aplicação de longas penas de prisão que vão quase sempre agravar o estado de dependência e que são, sejam quais forem os parâmetros de análise, injustificadas.

Porventura por escassez de meios, estas questões têm passado um pouco despercebidas na prática do Código de 1982. Mas depende delas o sucesso de um capítulo importante da política criminal.

Vêm, de seguida, os aspectos processuais.

O regime de suspensão do processo deve ser genericamente ampliado e, especificamente, em relação a crimes praticados por toxicodependentes.

Por idêntica razão, o regime de suspensão da pena e a obrigação de tratamento previstos pelo art. 44º do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, para a prática de crime conexo com o consumo deveria ser também aplicado na modalidade de suspensão provisória do processo, com a finalidade de, procurando evitar o contacto do delinquentes com o meio prisional, potenciar os efeitos de cura e a eliminação dos factores de reincidência e habitualidade.

Na falta de respostas para estes problemas, corremos o risco de ir substituindo *códigos velhos* por *códigos novos*, sem repararmos que, em rigor, não chegámos a usar o que deitamos fora.

A REVISÃO DO CÓDIGO PENAL
SOLUÇÕES DE NEOCRIMINALIZAÇÃO

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA

INTRODUÇÃO

No Programa do IX Governo Constitucional, Capítulo da Justiça, geralmente considerado como o ponto de partida da revisão do Código Penal de 1982, não se previa, enquanto objectivo desta, a introdução de novos tipos incriminadores.

Os seus objectivos, representando ecos, mais ou menos longínquos, de numerosas críticas feitas logo após a entrada em vigor do diploma, eram a *correção de assimetrias na penalização, a correção de casos de penas que a experiência revelaria desproporcionadas e a optimização de vias de reinserção social, com mais amplo recurso a medidas não detentivas, desde que não pusessem em causa a defesa da sociedade*. Enfim, a revisão contemplaria ainda o *agravamento das penas relativas a crimes graves* ¹.

Em 1987 foi apresentado ao então Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo, um **Anteprojecto de Revisão** ² elaborado por um grupo de três magistrados, ao qual foi dada uma divulgação restrita ³.

1 Cf. *A Revisão do Código Penal Português: Sentido e Extensão das Alterações da Parte Geral no Anteprojecto da Comissão Revisora*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 2 a 4, Abril-Dezembro 1993, p. 231 e ss.

2 No decurso do presente texto será referido, por comodidade, como **Anteprojecto de 1987**.

3 Constituíam esse grupo o autor das presentes linhas e os Drs. FERNANDO JOÃO FERREIRA RAMOS e ANTÓNIO GOMES LOURENÇO MARTINS, todos Pro-

O Ministro da Justiça entendeu divulgá-lo por um certo número de instâncias judiciais, forenses e do ensino universitário, a quem solicitou os contributos críticos que entendessem no sentido do seu aperfeiçoamento, os quais, segundo as suas palavras, *seriam objecto de descomprometida atenção*.

Aos autores do **Anteprojecto de 1987** não chegaram, porém, quaisquer ecos desse convite.

O grupo de trabalho tinha instruções muito claras no sentido de não propor alterações estruturais ou de fundo — era ainda cedo para tanto — mas, pecando porventura por *excessus mandati*, não resistiu a sugerir a introdução de novos tipos incriminadores, em particular determinados por compromissos entretanto resultantes da ratificação de convenções internacionais ou que se esperava virem a sê-lo a curto prazo.

Várias dessas *propostas de neocriminalização* vieram a ser reconhecidas e complementadas no **Anteprojecto de 1991**, oriundo da Comissão de Revisão presidida pelo Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e da qual fizeram parte o signatário e o Dr. FERREIRA RAMOS. E, com algumas modificações, vieram a ser adoptadas pelo legislador do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, que lhe acrescentou outras. Aliás, já a própria Comissão entendera propor outros tipos legais de crime que não figuravam no **Anteprojecto de 1987**, como veremos mais adiante ⁴.

No preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, e relativamente à revisão operada na Parte Especial do Código, alude-se a *um conjunto significativo, se bem que limitado, de propostas de neocriminalização, resultante quer da revelação de novos bens jurídico-penais ou de novas modalidades de agressão ou perigo, quer de compromissos internacionais assumidos ou em vias de o*

curadores-Gerais Adjuntos e membros do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

⁴ O **Anteprojecto de 1987** consta de uma brochura divulgada, como se disse, pelo Ministério da Justiça, *Código Penal — Anteprojecto de Revisão*, Julho de 1987.

serem por Portugal, citando, como exemplos, a **propaganda do suicídio** (art. 139º), a **perturbação da paz e do sossego** (art. 190º, nº 2), a **burla informática** (art. 221º), o **abuso de cartão de garantia ou de crédito** (art. 225º), a **tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos** (arts. 243º e 244º), os **instrumentos de escuta telefónica** (art. 276º), os **danos contra a natureza** (art. 278º) e a **poluição** (art. 279º).

Desta forma foram reveladas algumas razões que, em termos gerais, presidem a toda e qualquer neocriminalização.

O Código de 1982 ⁵ já assinalara, na sua **Introdução** (nº 23), que nele se podiam surpreender duas grandes tendências na Parte Especial: *Por um lado, um forte sentido de descriminalização e, por outro lado, uma vocação para a chamada neocriminalização, sendo esta quase exclusivamente restrita aos crimes de perigo comum*. E, como justificação desta, adiantava-se: *É que numa sociedade cada vez mais técnica e sofisticada nos instrumentos materiais, com os seus consequentes perigos e riscos, a pessoa e a própria comunidade são frequentemente agredidas. Facto a que o legislador penal não podia ficar indiferente, como se pode constatar pelas lições do próprio direito comparado*.

O Código surgiu numa época que — pode dizer-se — era atravessada pelas duas referidas tendências, o movimento da descriminalização e a necessidade inadiável de colocar o aparelho repressivo do Estado ao serviço da protecção de bens jurídicos ameaçados ou já vítimas de agressões provindas de diversos quadrantes, com especial relevo para uma nova criminalidade que se expandia sem conhecer limitações de fronteiras ⁶.

⁵ Chamemos-lhe assim também por comodidade de expressão, porque verdadeiramente a revisão nele operada está longe de se analisar como um *novo Código*.

⁶ As tendências descriminalizadoras tiveram, no plano da política criminal, o seu ponto culminante no famoso *Rapport sur la Décriminalisation* do

(Cont.)

Não faltou, na altura, quem ponderasse, com alguma ironia, se a descriminalização não representaria um processo de podar ramos caducos da árvore jurídico-criminal que poderá, no fim de contas, ter como efeito o seu revigoramento através de novos ramos (incriminadores).

É que o fenómeno da neocriminalização nem sempre resulta de motivações racionais, como podem ser aquelas a que se refere a **Introdução** do Código de 1982, e a exposição de motivos do diploma revisor.

Com efeito, há muitos factores que influem na criação da legislação em geral e da legislação penal em especial, desde as pressões de carácter político às simples modas, de tudo isso havendo significativos exemplos na história e na actualidade, em que concorrem factores emocionais ou razões de simples circunstância.

Com propriedade escreveu um dia COSTA ANDRADE que, por vezes, se legisla *à flor da pele*, pois não falta sempre quem queira resolver problemas sociais ou comunitários através do recurso à lei penal, ou seja agir sobre os **efeitos** sem cuidar de intervir, por outros e mais adequados meios, sobre as **causas** ⁷.

Conselho da Europa (datado de 1980 e elaborado por um Comité de peritos constituído no seio do Comité Europeu para os Problemas Criminais).

Está publicado nas línguas francesa e inglesa pela Direcção dos Assuntos Jurídicos daquele Conselho da Europa.

⁷ Um apanhado dessas motivações, estranhas à racional necessidade de criar legislação repressiva, pode ver-se no relatório, do autor, apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, Setembro de 1983; cf. *La Réforme Pénale Portugaise et sa Réception par la Société*, Separata do B.M.J., Nº 13, 1983, Documentação e Direito Comparado, p. 67 e ss.

Sobre esta matéria, tem muito interesse a leitura do contributo do Professor COSTA ANDRADE ao aludido Congresso; cf., *Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea*, na mesma Separata, p. 25 e ss.

Veja-se, ainda, sobre o tema, o estudo do Professor FIGUEIREDO DIAS, *O Código Penal Português de 1982 e a sua Reforma*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 2 a 4, Abril-Dezembro 1993, espec. pp. 178 e 179.

Todavia, já em 1987 eram patentes a revelação de novos bens jurídicos ou novas modalidades de agressão ou de perigo, bem como as pressões de instâncias internacionais (v.g. a Organização das Nações Unidas e o Conselho da Europa), que tornaram inevitável, a curto prazo, a criação de novos tipos legais de crime.

A questão que verdadeiramente se colocava já aos autores do **Anteprojecto de 1987** não era, por conseguinte, de política criminal, pois existia sólido consenso nesse domínio.

Tratava-se, antes, de decidir da arrumação das novas disposições incriminadoras no Código ou fora dele. Havia exemplos num e noutro sentido, tanto entre nós como nas legislações estrangeiras, particularmente europeias.

Com este problema se defrontou igualmente a Comissão de Revisão que preparou o **Anteprojecto de 1991**. E como iremos ver, embora em alguns casos a decisão seja contestável, a Comissão orientou-se por um critério bidimensional: ficariam no Código uns tantos (poucos) tipos legais incriminadores novos, deixar-se-iam para a legislação especial, secundária ou extravagante, vários outros, não obstante, quanto a eles, ser pacífica e consensual a dignidade penal das correspondentes condutas. O que já acontecera, aliás, com o Código de 1982, em cuja **Introdução** se afirmou não se incluírem os delitos económicos, de carácter mais mutável, melhor enquadráveis em lei especial, segundo a tradição jurídica portuguesa e a ideia de que o direito penal tem uma natureza pragmática. E que na mesma linha se deveriam colocar os **delitos contra o ambiente**. Enfim, que por idênticas razões não se incluíam as infracções previstas no Código da Estrada, cuja especificidade reclamava tratamento próprio.

Sabe-se qual foi a evolução neste domínio passados mais de dez anos: se os **delitos antieconómicos** continuam em legislação especial ⁸, os chamados **delitos contra o ambiente**, como veremos,

⁸ Nem todos, no entanto. Como na altura julgo ter demonstrado, muitos deles ficaram no Código; cf., do autor, *O Novo Código Penal Português — Algumas Questões de Política Criminal*, B.M.J., Nº 322, p. 37 e ss.

passaram para o Código (se é que já lá não estavam em grande número, no elenco dos *crimes de perigo comum*); e o Código da Estrada⁹ aparece totalmente descriminalizado ou despenalizado¹⁰.

Tudò isto tem que ver, afinal, com a chamada *crise da codificação*, sublinhada por não poucos autores: os Códigos modernos já teriam aquela vocação para a estabilidade (ou tê-la-iam cada vez menos) que se acreditava no movimento codificador novecentista com as inerentes virtudes: conhecimento fácil e seguro do direito, limitação das incoerências do sistema jurídico proporcionadas pela dispersão de textos normativos, etc.

É que, como recorda JESCHECK, o elenco dos bens jurídicos penalmente protegidos caracteriza-se pela mutabilidade.

E, por vezes, muda aceleradamente.

Fazer ou refazer um Código não é tão fácil como substituir, modificar ou criar um texto legal com meia dúzia de artigos. As Comissões de revisão levam anos, por vezes, a apresentar um texto completo e coerente e não raro acontece que, durante os seus trabalhos, têm de se defrontar com novas exigências de criminalização que não se faziam sentir quando os iniciaram.

E acontece também que já nas derradeiras fases do processo legislativo se acrescentam novos preceitos incriminadores.

Sobre tudo isto, já há cerca de doze anos, por ocasião da entrada em vigor do Código de 1982, tive ocasião de me dedicar a algumas reflexões¹¹, mas confesso que estava longe de pensar que estaríamos hoje aqui a falar, não de um novo Código, evidentemente, mas de um novo texto que, mantendo intocadas as normas atinentes à *construção do conceito de crime* — concretamente os seus primeiros 39 artigos — porque permanece válido

9 Aprovado pelo Dec.-Lei nº 119/94, de 3 de Maio.

10 A *descriminalização* e a *despenalização* são conceitos largamente fungíveis. Cf., a propósito, LOPES ROCHA / GOMES DIAS / ATAÍDE FERREIRA, *Contra-Ordenações, Legislação e Doutrina*, Escola Superior de Polícia, 1994, pp. 55 e 56.

11 No estudo citado em n. 8.

na sua essência e essa matéria está *devidamente consolidada na doutrina e na jurisprudência*, todavia se mostrava carecido de significativas alterações no domínio das sanções criminais e, em particular, na sua Parte Especial.

É neste contexto, enfim, que surgem as **propostas de neocriminalização** a que também ali se faz referência.

Há pouco mais de um ano, participando num *Congresso Andaluz de Ciências Penais* (em Puerto de Santa Maria), cujo tema geral era o da **Crise do Sistema Penal**, fui instado para tratar do subtema *Orientações Modernas para uma Reforma de Código Penal*, naturalmente porque os organizadores desse Congresso tinham interesse em conhecer a experiência adquirida no contexto da revisão do nosso Código, e dos respectivos trabalhos da Comissão, já na altura concluídos.

Dediquei algumas palavras ao fenómeno da **neocriminalização** e procurei situá-lo no quadro alternativo acima apontado: deveria concretizar-se dentro ou fora do Código?

Partindo do pressuposto da sua *necessidade* — contrariar ofensas ou agressões intoleráveis a novos bens ou interesses jurídicos emergentes da moderna civilização (alguns não tão novos como poderia pensar-se) —, arrisquei a previsão de que a **neocriminalização** far-se-ia preferentemente através de legislação especial ou secundária, isto é, fora dos grandes Códigos. Havia e continua a haver boas razões para esta solução em termos de política legislativa, desde logo as de evitar frequentes e indesejáveis alterações nos mesmos, subvertendo a sua desejada estabilidade. Mas logo adverti que nem por isso essa legislação secundária deveria afastar-se dos princípios enformadores de todo o sistema penal, ainda que tivesse de transigir com algumas especificidades, *verbi gratia* a consagração da responsabilidade penal dos entes colectivos e a introdução de novas e diferenciadas sanções, particularmente adequadas à repressão e prevenção de certas áreas da criminalidade, representativamente os crimes con-

tra a economia, contra o ambiente, crimes fiscais, crimes informáticos, o narcotráfico, o branqueamento de capitais e as intervenções abusivas no genoma humano.

E permiti-me mesmo fazer um pouco de futurologia, que exemplifiquei com alguns tópicos:

- não era previsível que, neste final de século, se caminhasse, como querem alguns, para políticas intensivas de **descodificação**;
- os códigos penais continuarão a existir no seu figurino clássico, mas terão de conviver com a legislação repressiva sectorial, mais flexível e mais facilmente actualizável, relativa às novas manifestações da criminalidade que vão surgindo, algumas das quais, pela sua extensão e complexidade, a aproximar-se do modelo codificador;
- apesar de tudo, os códigos penais não deixarão de constituir aquilo a que se tem chamado um **referente obrigatório** para o legislador, a bem da unidade e da coerência do sistema jurídico — alusão aos irrenunciáveis princípios consagrados nas suas partes gerais;
- a **neocriminalização** tenderá a alargar-se à medida que se forem revelando novos bens ou interesses jurídicos carecidos de protecção penal ou novas formas de agressão ou de perigo para esses bens e interesses, suscitando difíceis problemas de tratamento e não menos difíceis opções sobre os modelos disponíveis de enquadramento legislativo;
- enfim, com todas as dificuldades de previsão neste domínio, em que a análise tem de contentar-se com meros juízos probabilísticos, embora com arrimo em experiências conhecidas, recordei a prevenção de DESCARTES, expressa na célebre proposição: *le probable n'est jamais probant*.

Compreenderão agora porque razão aludi, mais acima, às aporias com que se defronta a **neocriminalização**, não já na perspectiva da política criminal mas sobretudo quando tem de

equacionar o dilema *codificação / descodificação* — e que não deixaram de se colocar à Comissão de Revisão¹².

Em termos muito gerais, direi que o critério que presidiu à inclusão dos novos tipos incriminadores no **Anteprojecto de 1991** e à sua colocação sistemática foi o de uma relativa proximidade material com os já existentes.

Como o subtítulo desta contribuição é o de *Soluções de Neocriminalização*, resolvi adoptar um critério marcadamente restritivo, por inevitáveis condicionalismos de tempo e de respeito pela paciência dos que se dignaram ouvir-me.

Decidi, por isso, abdicar da ideia de *neocriminalização em sentido amplo* — que, aliás, reputo tecnicamente errada —, extensiva aos casos de agravação das molduras penais ou de simples alteração de redacção susceptíveis de conduzir a resultados equivalentes.

Reduzirei, por conseguinte, a minha exposição a breves comentários aos tipos incriminadores verdadeiramente novos, sem com isso querer inculcar a ideia, errada em muitos casos, de que os bens jurídicos protegidos já o não estivessem de algum modo, ainda que de forma imperfeita, insuficiente ou mesmo ineficaz, nalguns tipos existentes, como nos crimes de sequestro e de tomada de reféns.

Por uma questão de método, certamente discutível mas que apresenta algumas vantagens, respeitarei a ordem de colocação sistemática do Código revisto, que não representa, evidentemente, qualquer **ordem de preferência** em função da maior ou menor valia relativa dos bens jurídicos protegidos.

Passarei, por consequência, e de imediato, aos comentários sugeridos pelas novas disposições incriminadoras.

12 Cf. *Código Penal Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, espec. p. 213 e ss.

De ora em diante, esta publicação será referida como *Actas*.

PROPAGANDA DO SUICÍDIO

(Artigo 139^o)

Uma norma incriminadora controversa

Será de todas as soluções de neocriminalização a mais controversa, desde logo em termos de política criminal. Disso se dá conta na discussão suscitada no seio da Comissão de Revisão.

Na ocasião, comecei por formular algumas reservas à criação deste novo tipo legal, adiantando a previsão de que iria suscitar uma torrente de protestos, na justa medida em que de algum modo poderia ser encarado como uma limitação à liberdade de expressão, se o meio empregado fosse uma **publicação**, nos termos da lei de imprensa ou da legislação relativa aos meios audiovisuais ¹³.

Tal previsão não veio a confirmar-se.

Apenas um hebdomadário comentou o caso, em termos algo jocosos.

Após alguns retoques no texto inicialmente proposto, em ordem a apertar o tipo — cláusula da adequação do meio à produção do resultado —, acabou por ser aprovado por maioria e passou sem dificuldades no debate parlamentar.

A fonte do artigo é francesa: um tipo idêntico consta do vigente Código Penal francês (em vigor desde 1/9/93), mas já vinha do anterior ¹⁴.

Para que não restassem dúvidas, o artigo 223-15 daquele Código dispõe que se a infracção for cometida por meio da imprensa, escrita ou audiovisual, serão aplicáveis, para determinação das pessoas responsáveis, as leis de 29 de Julho de 1881

13 Cf. *Actas*, p. 531.

14 Artigo 223-14:

La propagande ou la publicité, quelqu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyen de se donner la mort est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.

sobre a liberdade de imprensa e de 29 de Julho de 1982 sobre a comunicação audiovisual.

A solução francesa só se compreende pelo interesse social de proteger o bem jurídico da **vida**, numa época em que de vários quadrantes, inclusive da Igreja Católica, se assinalam tendências para aquilo a que se tem chamado *uma cultura de morte* ¹⁵.

Pode pensar-se que o âmbito do novo tipo legal não constituirá uma ingerência inadmissível na liberdade de expressão, garantida pela Constituição da República e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (arts. 37^o e 10^o, respectivamente), desde que convenientemente interpretado, isto é nos seus elementos típicos *propaganda* ou *publicidade*, em ordem a uma distinção muito rigorosa entre os actos que podem razoavelmente subsumir-se ou não nestes conceitos.

Deste ponto de vista deverão excluir-se do âmbito do tipo legal, por exemplo, as simples informações sobre os métodos conhecidos de suicídio, as referências críticas a obras literárias que hajam versado sobre esses métodos ou referentes a casos de suicidas célebres ou simples notícias sobre casos reais de suicídio e meios empregados, etc., quando desacompanhados de quaisquer sugestões, conselhos ou incitamentos a virtuais fenómenos de imitação.

A distinção suscitará não poucas dificuldades, mas a dúvida deverá sempre resolver-se a favor da liberdade de expressão.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é disso claro exemplo, em tema de restrições previstas no n^o 2 do art. 10^o da Convenção Europeia, nomeadamente aquelas que consagram os limites impostos pela prestação da saúde e da moral.

15 Cf. a Encíclica de JOÃO PAULO II *Evangelium Vitae* e o interessante artigo de ROQUE CABRAL *Um Hino à Vida: A Evangelium Vitae*, Revista Brotéria, Julho 1995, p. 85 e ss. A Encíclica aborda, entre os temas relacionados com a vida, o suicídio (n^o 66).

O ponto de partida dessa jurisprudência é o de que a liberdade de expressão e de comunicação constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática caracterizada pelo pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura; e o seu corolário é o de que ela abrange não apenas as informações acolhidas com favor ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que desagradam, chocam ou inquietam ¹⁶.

Por consequência, a liberdade vale para toda e qualquer informação, mesmo científica ou comercial ¹⁷.

Até ao momento, o Tribunal Europeu não foi chamado a pronunciar-se sobre casos de **propaganda** ou **publicidade do suicídio** e julgar da conformidade de eventual aplicação de sanções criminais com o art. 10º da Convenção.

Mas, num caso que tem algumas semelhanças com aqueles — publicação de informações sobre a possibilidade de provocar abortos em país estrangeiro, agências de viagens para o efeito, custos, etc. — o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se pela não justificação da ingerência do Estado, através de decisões judiciais de interdição de publicidade nesse domínio, inclusive pela imprensa ¹⁸.

Tal jurisprudência funda-se no direito do público a receber ideias ou informações e, não obstante a tradicional margem de apreciação reconhecida às autoridades nacionais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não se tem dispensado de sublinhar que as ingerências no exercício da liberdade de imprensa devem ser estritamente controladas pelos órgãos de Estrasburgo. Tratando-se, com efeito, de uma liberdade fundamental, o Tribunal tem entendido, com frequência, que a necessidade de restringir o exercício dessa liberdade deve ser justificado de *modo consciente*,

¹⁶ Cf. sentença no caso **Handyside**, de 9/12/76, Série A, Nº 24.

¹⁷ Cf. sentenças nos casos **Hadjianastassiou**, de 16/12/92, Série A, Nº 252, **markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann**, de 20/11/89, Série A, Nº 165.

¹⁸ Cf. sentença no caso **Open Door e Dublin Well Woman**, de 29/10/92, Série A, Nº 246, todavia com várias opiniões dissidentes.

afirmação várias vezes repetida nas suas sentenças; sem todavia deixar de reconhecer que a extensão dessa *margem de operações* é variável em função dos objectivos que autorizam limitações a um direito e em conformidade com a natureza das actividades em causa ¹⁹. Por aqui se vê que se não é difícil delinear critérios gerais de avaliação, outra coisa é a sua aplicação aos casos concretos.

O bem jurídico *vida humana* tem dignidade bastante para justificar uma norma como a do artigo em análise. Afinal, pode arriscar-se que são considerações da mesma natureza que levam a reprimir penalmente, entre nós como lá fora, por exemplo, o incitamento, a indução ou a instigação, em público ou em privado, ao consumo ilícito de plantas, substâncias ou preparações estupefacientes ²⁰.

Enfim, num Código informado por valores humanistas, não parece descabida a nova incriminação: ela pode justificar-se, do ponto de vista da política criminal, pela protecção do valor e dignidade da vida humana, conquanto represente alguma eventual restrição à liberdade de expressão. Ponto é que, como o tem frisado a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tal restrição constitua uma medida necessária, numa sociedade democrática, à protecção dos variados interesses a que se refere o nº 2 do art. 10º da Convenção, no caso a protecção da saúde e da moral. Os critérios que tem assinalado essa jurisprudência são os da previsão legal, do fim legítimo e da necessidade — que envolve o da proporcionalidade — numa sociedade democrática, e nem sempre são de fácil e cómoda aplicação. Questão que aqui deixamos em aberto — porque se presta a

¹⁹ Cf. sentenças nos casos **Barthold**, de 25/3/85, série A, Nº 90, e **Weber**, de 22/5/90, Série A, Nº 177.

²⁰ Vd. art. 29º do Dec.-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, e art. 29º do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, e cujas fontes parecem ter sido a lei italiana e a lei francesa; cf. A.G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aquitas / Editorial Notícias, p. 170 e ss.

infindável discussão — é a de saber em que medida o tipo legal do art. 139º acrescenta alguma coisa ao tipo legal do art. 135º (incitamento ou ajuda ao suicídio). Poderá pensar-se que com ele se evitará o sempre perigoso recurso à interpretação extensiva dos seus particulares elementos típicos. Mas, no fundo, o bem jurídico protegido é essencialmente o mesmo. Não é por acaso que um e outro estão incluídos no Capítulo dos *crimes contra a vida*.

A polémica suscitada tem muito a ver com a famosa **concordância prática** entre normas que consagram, mesmo a nível constitucional, direitos fundamentais nalguns casos conflitantes²¹.

TOMADA DE REFÉNS (Artigo 161º)

Uma disposição que resulta de compromisso internacional

Certamente menos polémica é a criação do tipo legal em causa. A proposta da sua introdução remonta ao **Anteprojecto de 1987**.

Dizia-se na *Exposição de motivos* desse **Anteprojecto** que a descrição dos elementos típicos constitutivos da tomada de reféns representava uma combinação de actos que podiam integrar os crimes de sequestro e de rapto, comportando todavia um elemento distintivo muito importante, a saber, a ameaça de morte, de ofensa corporal ou de manutenção do cativo para coagir outrem (que podia ser o Estado, uma organização internacional, uma autoridade pública, uma pessoa singular ou colectiva ou um grupo de pessoas) a praticar um facto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se praticasse, em consonância com a definição da

21 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 115º, N 2697, pp. 100 e 101.

Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns²², o que tornava urgente a remodelação dos tipos incriminadores do sequestro e do rapto, para evitar sobreposições²³.

Como sucede com a generalidade dos textos convencionais, a concretização, a nível interno, do compromisso de criar infracções penais não significa uma reprodução necessária do texto da Convenção. O que releva é que o tipo ou tipos legais de crime, suposto que ainda não existam, se inspiram nos elementos definidores da conduta que se pretende reprimir e sobretudo não os desvirtuem.

22 Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de Dezembro de 1979, e aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República nº 3/84 — Diário da República, I Série, Nº 33, de 8 de Fevereiro.

23 Nos termos do nº 1 do art. 1º da Convenção:

Pratica uma infracção de tomada de reféns, nos termos da presente Convenção, todo aquele que se apodere de uma pessoa (adiante designada por "refém"), ou a detenha e ameace matá-la, feri-la ou mantê-la detida com o fim de coagir um terceiro, seja um Estado, uma organização internacional, intergovernamental, uma pessoa física ou jurídica ou um grupo de pessoas, a cometer uma acção ou dela se abster, como condição explícita ou implícita para a libertação do refém.

E, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, para efeitos da Convenção, comete igualmente uma infracção aquele que:

- a) *Tente cometer um acto de tomada de reféns; ou*
- b) *Participe como cúmplice de outra pessoa que cometa ou tente cometer um acto de tomada de reféns.*

E o art. 2º prescreve:

Os Estados partes deverão reprimir as infracções previstas no artigo 1º com penas adequadas que tenham em consideração a sua gravidade.

A tradução portuguesa a que nos referimos não prima pela qualidade, sem embargo de fornecer os elementos necessários à construção do novo tipo incriminador.

O instrumento de ratificação da Convenção foi depositado em 6 de Julho de 1984 junto do Secretário-Geral das Nações Unidas; cf. Aviso publicado no Diário da República, I Série, Nº 216, de 17 de Setembro de 1984.

A Comissão de Revisão sentiu algumas dificuldades de interligação dos tipos relativos ao sequestro e ao rapto, já existentes no Código, e a tomada de reféns, tendo até sido ponderada a conveniência de não introduzir este novo tipo. Acabou, porém, por prevalecer a ideia da sua consagração, uma vez obtido consenso relativamente ao elemento subjectivo: realizar finalidades políticas, filosóficas ou confessionais, para isso sequestrando ou raptando outra pessoa, ameaçando matá-la, infligindo-lhe ofensas à integridade física graves ou mantê-la detida e visando dessa maneira constranger um Estado, uma organização internacional, uma pessoa colectiva, um agrupamento de pessoas ou uma pessoa singular a uma acção ou omissão ou a suportar uma actividade.

Desta maneira se procurou concretizar a injunção decorrente do texto convencional, cuja finalidade é a repressão de delitos que preocupam gravemente a comunidade internacional, a exigir o julgamento ou a extradição do agente, a par da necessidade urgente da cooperação internacional entre os Estados para efeitos de elaboração e adopção de medidas eficazes destinadas à prevenção, à repressão e à punição de todos os actos de tomada de reféns como manifestações de terrorismo internacional.

Como no caso do rapto, o art. 162^o privilegia o agente que voluntariamente renunciar à sua pretensão e libertar a vítima ou se esforçar seriamente por consegui-lo, prevendo-se a possibilidade de atenuação especial da pena.

Esta solução, semelhante à adoptada para os crimes de organizações terroristas (art. 300^o) e de terrorismo (art. 301^o), entre outros, assenta em considerações de política criminal, *grossomodo* a consagração do chamado *direito penal premial* que demonstrou as suas virtualidades na luta contra atentados graves à liberdade, à vida ou à integridade física das pessoas, com as motivações referidas ²⁴.

²⁴ Para maiores desenvolvimentos, cf. *Actas*, p. 243.

PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL NÃO CONSENTIDA (Artigo 168^o)

Uma ampliação do tipo legal

Em confronto com a disposição vigente, a neocriminalização consiste na punição de qualquer acto de reprodução medicamente assistida, sem consentimento da mulher. É que, para além da inseminação artificial, existem hoje outras técnicas, como a transferência intratubária de gâmetas, a transferência intratubária de zigotos e a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, e não é arriscado prever que venham a descobrir-se novas técnicas com o mesmo objectivo.

Em termos de política criminal nenhuma razão há, por conseguinte, para restringir a incriminação à inseminação artificial, atenta a natureza do bem jurídico protegido ²⁵.

OFENSA A PESSOA COLECTIVA, ORGANISMO OU SERVIÇO (Artigo 187^o)

A protecção da reputação de
pessoas colectivas, organismos ou serviços

No **Anteprojecto de 1987** já se sugeria a introdução deste novo tipo de crime.

A Comissão de Revisão conveyo na sugestão.

E ficou bem claro que a finalidade do artigo não é a criminalização de acções (os rumores) atentatórias da honra, já consideradas abrangidas nos crimes contra a honra, mas do *crédito*, do *prestígio* ou da *confiança do público* devidos às pessoas,

²⁵ Cf. *Actas*, p. 257.

Sobre as técnicas referidas no texto, cf. *Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida*, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Documentação, Vol. I, 1991-1993. Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional / Casa da Moeda, p. 75 e ss.

organismos ou serviços protegidos no tipo e que se traduzem em afirmar ou propalar factos *inverídicos* sem fundamento para, em boa fé, se reputarem verdadeiros.

Não pode razoavelmente negar-se que estão em causa bens jurídicos com dignidade penal.

Todavia, a acção refere-se a factos que, além de inverídicos, denotem capacidade ofensiva.

Com isto não fica excluída ou restringida a liberdade de crítica e de opinião, ainda que se traduza no emprego de expressões que constituam excessos de linguagem.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é, a este propósito, bastante prudente.

A preocupação é a de evitar que a livre discussão de assuntos políticos ou de interesse geral não seja desencorajada por condenações facilmente pronunciadas. E sem pôr em causa o bem fundado da repressão dos excessos, tal jurisprudência tem-se orientado para a redução dos riscos de automaticidade, através da fórmula segundo a qual a via penal deve servir para *reagir de maneira adequada e não excessiva a imputações difamatórias despidas de fundamento ou formuladas de má fé*.

A veracidade dos factos relatados ou noticiados suscita problemas, com frequência e não somente em matéria de difamação. E se, no passado, não excluiu a imposição da prova da materialidade dos factos, parece admitir-se hoje que a falta de exactidão absoluta não é um bom motivo de condenação.

Bastará, por exemplo, que estes sejam *em substância exactos* e tenham sido razoavelmente controlados por um autor de artigo.

Mais ainda: quando os factos não puderam ser controlados por se tratar de *rumores*, entende-se que impor a prova de sua exactidão equivaleria a colocar o autor perante uma *tarefa desrazoável, ou mesmo impossível*; será suficiente que o autor os apresente como tais e desde que nada mostre o carácter inteiramente falso e inventado da narração, a condenação não se funda

em qualquer necessidade ²⁶.

BURLA INFORMÁTICA (Artigo 221^o)

Uma questão de coabitação com a burla do direito clássico

A inclusão, no Código, deste novo tipo de crime defrontou-se com um dilema, do género daqueles a que me referi na **Introdução**: havia boas razões para aquela inclusão ou seria em todo o caso preferível relegá-lo, como os restantes *crimes informáticos*, para legislação especial?

Acabou por prevalecer a primeira solução, à semelhança do que se fez na legislação alemã. Só que, nesta, não foi apenas a **burla informática** que mereceu a honra de gozar dos benefícios da codificação.

Com efeito, pela *2^a Lei para a luta contra a delinquência económica* (Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, de 15 de Maio de 1986) foram ainda introduzidos no *Straftgesetzbuch* outros tipos de crimes informáticos, a saber, a espionagem de dados, a falsificação de dados susceptíveis de servirem de prova, a alteração de dados e a sabotagem informática.

No seio da Comissão de Revisão foi ponderado: recolher o tipo de burla informática no Código não significa fazê-lo no quadro da criminalidade informática mas sim como **uma espécie da burla**, para a qual não existe incriminação, ao contrário do que já ocorre na Alemanha e na Áustria ²⁷.

Nem por isso ficou resolvida a principal objecção à inclusão, no Código, de **um só** tipo de crime informático.

26 Sobre esta Jurisprudência e para mais desenvolvimentos, cf. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme — Commentaire Article par Article*, sous la direction de LOUIS-EDMONT PETTITI / EMMANUEL DECAUX / PIERRE-HENRI IMBERT, Ed. ECONOMICA, 1995, pp. 416 e 417.

27 Cf. *Actas*, p. 455.

É que, deste modo, a burla informática ficou subtraída ao regime geral da punição da criminalidade informática, instituído pela Lei nº 109/91, de 17 de Agosto, ou seja ao tratamento, às concepções e às sanções próprias do Direito Penal Económico, em que consensualmente se situa aquela criminalidade²⁸, e em que avulta a responsabilidade penal dos entes colectivos.

O problema não se colocou na Alemanha, porque neste país não se reconhece aquela responsabilidade, contrariamente ao que sucede com as *Ordnungswidrigkeiten* (contra-ordenações).

Discutível é, por conseguinte, a opção neocriminalizadora referida, apenas no que respeita à colocação do correspondente tipo legal, nanja quanto à sua necessidade.

É este tipo ficou onde está, essencialmente pela sua proximidade material com a burla **clássica** ou **tradicional**.

A burla informática — em alemão, *Computerbetrug* — foi introduzida pela citada 2ª Lei contra a delinquência económica porque, de acordo com a opinião majoritária da doutrina alemã, as figuras criminais de conteúdo patrimonial tradicionais (furto, burla, apropriação indevida, etc.) não se adequavam às manipulações praticadas através dos computadores e conduziam a uma impossibilidade de punir, por ausência de tipicidade, e, em última análise, à comprovação de uma **lacuna** legislativa.

O texto germânico é praticamente idêntico ao português, ou melhor, este é que é idêntico ao primeiro pois nele se inspirou notoriamente.

Diz, com efeito, o § 263a do StGB:

Quem, com intenção de obter um benefício patrimonial ilícito, para si ou para um terceiro, lesar o património de outrem, interferindo no resultado de um tratamento de dados, mediante uma estruturação incorrecta do programa, a utilização incorrecta ou incompleta de dados sem auto-

28 Cf., por exemplo, *La Criminalité Informatique — Recommandation N° R(89) 9 sur La Criminalité en Relation avec l'Ordinateur et Rapport Final du Comité Européen pour les Problèmes Criminels*, Estrasburgo, 1990.

*rização ou a intervenção de qualquer outro modo não autorizada no processamento, será punido com prisão até 5 anos ou com multa*²⁹.

Foram várias as razões aduzidas para a necessidade da criação deste tipo legal. Por exemplo:

- a frequência com que se verificavam utilizações abusivas de caixas automáticas;
- a existência de condutas que, em geral, envolvem riscos consideráveis para o comércio jurídico e para o tráfico ou sistema de provas;
- a difícil detecção dessas condutas, que mereciam uma repulsa social cada vez mais forte;
- a insuficiência dos tipos penais tradicionais (de enriquecimento patrimonial) para protecção do bem jurídico.

Tal não dispensaria, no entanto, a prevenção dessas condutas por outros meios, como a intensificação dos mecanismos de segurança dos sistemas informáticos.

Todavia, na construção do novo tipo legal, houve que superar algumas dificuldades, cingido naturalmente, como estava, às manipulações de dados informatizados e a partir da estrutura da **burla tradicional**.

29 (1) *Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflusst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) § 263 Abs. 2 bis 5 gilt entsprechend.

Essas dificuldades podiam resumir-se nestes termos:

- o problema devia resolver-se através da ampliação do tipo já existente ou da criação de um tipo inteiramente novo e, neste caso, como delimitar o campo de aplicação de cada um ?
- conviria substituir os elementos típicos onde precisamente fracassava a burla tradicional, ou seja o engano e a produção de erro (relativamente a uma pessoa) e o acto de disposição patrimonial que não existem ou podem não existir na burla por computador ?

O legislador alemão resolveu a primeira dificuldade adoptando por um **novo tipo de burla**, restrito à cometida por meio de computador. Quanto à segunda — questão da estrutura do tipo — prescindiu dos elementos clássicos da burla acima referidos.

Assim pode dizer-se que os elementos típicos da burla informática são de natureza objectiva e subjectiva. De natureza objectiva, na medida em que se trata de uma acção que interfere no resultado de um processo de tratamento de dados e na existência das seguintes formas de comissão: estruturação incorrecta do programa; utilização incorrecta ou incompleta de dados; utilização de dados sem autorização; intervenção por qualquer outro modo não autorizado no processo; e, finalmente, lesão do património de outrem.

Quanto aos elementos de natureza subjectiva, são o dolo e o ânimo de lucro (para o agente ou para terceiros).

A acção típica consiste, assim, em **interferir** no resultado de um processo de tratamento de dados, o que implica, em última análise, a interferência na disposição patrimonial.

Esta interferência faz-se, em regra, servindo-se o agente **directamente** do computador. Mas nem sempre: pode, por exemplo, fornecer **dados falsos** a quem tiver por tarefa introduzi-los no computador.

Quanto aos **meios** e a começar pela citada *estruturação incorrecta do programa*, cabe referir que esta última palavra tem

de ser entendida no sentido próprio da informática, isto é, como *instruções de trabalho* dadas ao computador. Melhor dizendo: a *estruturação incorrecta* significa a modificação do programa em ordem a que as suas instruções sejam diferentes das inicialmente concebidas pelo proprietário — por exemplo, a introdução de novas instruções ou funções no programa, a eliminação ou alteração do seu processo de funcionamento, a modificação dos sistemas de controlo do próprio programa.

A *utilização incorrecta ou incompleta de dados* refere-se principalmente à fase de entrada de dados no computador.

A *utilização não autorizada de dados* abrange, entre outras condutas, a utilização de cartões de crédito nas caixas automáticas, tanto por um terceiro não autorizado pelo seu titular como a utilização abusiva por parte deste, quer dizer, ultrapassado o limite da disponibilidade monetária concedida.

A *intervenção no processo sem autorização* é uma forma ampla que pretende evitar possíveis lacunas legais, abrangendo, por isso, outras situações não subsumíveis nas modalidades anteriores ou de duvidosa subsunção.

O tipo legal assim redigido, como se vê, em termos alternativos, significa que basta a ocorrência de uma das modalidades de comissão previstas para a perfeição do crime.

A produção do dano patrimonial é a consequência (ou o resultado) da acção. Logo, a **acção de interferir** no resultado de um processo de tratamento de dados tem obviamente de estar causalmente ligada a lesão patrimonial.

Finalmente, e quanto ao **elemento subjectivo**, já vimos que é necessário o **dolo**, assim como a presença de um elemento subjectivo do injusto típico, que consiste na *intenção de enriquecimento ilícito* (para o agente ou para um terceiro) ou seja, o ânimo de lucro. Consequentemente, não há comissão culposa,

como também acontece na burla tradicional ³⁰.

ABUSO DE CARTÃO DE GARANTIA OU DE CRÉDITO
(Artigo 225^o)

Uma hipótese de concurso de normas

A proposta de introdução deste artigo foi justificada, no seio da Comissão, por não existir um claro enquadramento criminal de certos casos, nomeadamente os que se prendem com a utilização não autorizada de cartões de crédito.

Disse-se que esta incriminação está prevista no Código alemão, cujo modelo se seguiu embora com uma significativa diferença.

Ali é previsto como um crime próprio — só o titular do cartão o pode cometer —, aqui, no Projecto, o crime pode ser praticado por qualquer pessoa. Justifica-se a extensão face ao bem jurídico protegido (património da entidade emissora do cartão) e à forma como se consubstancia a infracção (abuso da garantia da utilidade emissora). Assim, mesmo a utilização de cartão furtado se encontra abrangida.

Foram manifestadas dúvidas quanto à utilização do cartão de crédito enquanto instrumento de moeda através de um sistema informatizado, tal função podendo caber de alguma forma na ideia de fraude informática ³¹.

30 Sobre o que se diz no texto, e para maiores desenvolvimentos, cf. CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Los Libros de Fundesco, p. 91 e ss.; e a obra referida em n. 28, p. 39 e ss.

Sobre a crítica à inclusão do tipo de burla informática, cf., do autor, *A Lei da Criminalidade Informática*, Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação, Nº 8, Outubro-Dezembro 1993.

31 Cf. *Actas*, pp. 450 e 451.

Como vimos, um dos meios típicos para a prática da burla informática é a *utilização não autorizada de dados* — em alemão, unbefugte Verwendung von Daten —, que, para ROMEO CASABONA ³², abarca, entre outras condutas, a utilização de cartões de crédito em caixas automáticas, tanto por um terceiro contra a vontade do titular como a utilização abusiva por parte deste, ou seja, ultrapassando o limite da disponibilidade monetária concedida; e citando, nesse sentido, a opinião de KLAUS TIEDEMANN, no estudo *Stand und weitere Entwicklung der Bekämpfung der Wirtschaftscriminalität in der Bundesrepublik Deutschland* (na revista “*Juristenzeitung*”) ³³.

Poderão verificar-se, por isso, situações reais de concurso de normas, a resolver eventualmente pelos critérios do concurso legal ou aparente.

TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS,
DEGRADANTES OU DESUMANOS
(Artigos 243^o a 245^o)
Um crime contra a Humanidade

A introdução dos artigos 243^o a 245^o decorre directamente da ratificação, por Portugal, da *Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* ³⁴.

32 Cit. em n. 30.

33 Cf., também, a citada publicação do Conselho da Europa, *La Criminalité Informatique*, pp. 39 e 40.

34 Adoptada e aberta à assinatura, à ratificação e à adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a sua Resolução 39/46, de 10 de Dezembro de 1984. Esta Convenção foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República, nº 57/88, após aprovação, para o efeito, pela Resolução da Assembleia da República nº 11/88, de 1 de Março. O instrumento de ratificação foi depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas em 9 de Fevereiro de 1989 — Diário da República, I Série, Nº 128, de 5 de Junho de 1989.

Esta Convenção recorda, entre outras razões para a sua adopção, o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 7º do Pacto Internacional, relativo aos direitos civis e políticos, que prescrevem que ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como a Declaração sobre a protecção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adoptada pela Assembleia Geral de 9 de Dezembro de 1975; e, ainda, a intenção de reforçar a luta contra tais práticas no **Mundo inteiro**.

A prática da tortura não é nova nem limitada a um específico sistema ou regime políticos ou a determinada cultura, região ou situação geográfica.

A História da Humanidade mostra que sempre houve quem acreditasse no poder coercitivo da tortura. E esta convicção ainda não se extinguiu de todo.

Apesar de tudo, já em tempos históricos recuados se denotam sinais de oposição a essa prática. Mas, como escreve o Professor DIONYSIOS SPINELLIS, os argumentos teóricos invocados contra ela, na Grécia ou em Roma, frisavam mais a falta da sua eficácia prática do que o seu carácter imoral ³⁵.

Na Grécia antiga e nos primeiros tempos de Roma a tortura era praticada somente contra **escravos** — jamais contra homens livres. Pode, por conseguinte, inferir-se que a tortura era subconscientemente considerada como um tratamento impróprio para seres humanos, uma vez que era usada somente contra criaturas que não eram tidas como tais. Mais tarde, em Roma, a tortura começou a ser aplicada também em homens livres, em certos casos de crime, mas os nobres de superior estirpe dela continuavam isentos. Tais isenções, contudo, não se estendiam aos acusados de alta traição. Daí que, para o Prof. SPINELLIS,

35 Cf. *Tortura — Delito não Tradicional Recentemente Criminalizado na Grécia*, Sep. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 23, Nº 92, Out. / Dez. 1986, pp. 383 a 396.

estas distinções sejam bons exemplos do que, até aos nossos dias, certas pessoas de elevada posição pensam dessa prática: para elas a tortura é um método coercivo eficaz, podendo ser aplicada em tais ou tais circunstâncias — desde que, porém, só seja aplicada aos **outros** ³⁶.

Podem mesmo, segundo SPINELLIS, distinguir-se três períodos na história da tortura: no primeiro, a tortura era praticada sem qualquer intervenção legal — é o **período de tolerância informal**; no segundo, surgiram normas legais proibindo a tortura em certas conjunturas, umas e outras admitindo-a e regulamentando-a como parte do processo legal — como método de interrogatório e como forma de pena — o denominado **período de tortura legal**; no terceiro, aquele a que o referido Professor chama de **período de mera proibição** — por causa da condenação e da proibição nas Constituições da maior parte dos países, nenhuma lei pode conter qualquer dispositivo que a permita ou tolere, assim como nenhum tribunal ou qualquer outro órgão judiciário pode impô-la nem pode qualquer militar, polícia ou funcionário de prisões infligi-la.

Este último período — concretamente nos últimos dois séculos — é aquele em que gradualmente se vem assistindo à abolição da tortura e à proibição da sua prática, após severas críticas, não só em razão da sua ineficácia mas principalmente em razão do seu carácter imoral. Nos dias de hoje, as Constituições da maior parte dos países incluem normas que, expressa ou implicitamente, proíbem a tortura e outros tratamentos cruéis ou desumanos ³⁷.

A história do direito penal português ilustra o estado de coisas que vem de referir-se.

Nas **Ordenações Afonsinas**, os **tormentos** raramente funcionavam como pena repressiva e, em geral, funcionavam como meio de conseguir a confissão do réu, quando havia indícios.

36 Ob. cit., p. 384.

37 *Ibidem*, pp. 384 e 385.

No seu Título 87^o estabeleciam-se as condições verificadas as quais alguém podia ser metido a tormento, negando-se essa possibilidade para os Fidalgos de solar, Cavaleiros de espada, Doutores em leis, em Degredos ou em Física e Vereadores das cidades; havendo, porém, crimes, como os de lesa majestade, cárcere privado e feitiçaria, bem como de moeda falsa, em que tais privilégios cessavam.

Nas **Ordenações Manuelinas**, os **tormentos** embora raramente aplicados como pena repressiva, também apareciam como processo de obter confissões e as pessoas qualificadas estavam, em regra, isentas da sua aplicação.

Idem, nas **Ordenações Filipinas**: também aí os **tormentos** como meio de obter a confissão eram regulados e largamente admitidos.

E parece que foi apenas com o projecto de PASCOAL DE MELO FREIRE de 1789 que se esboçou a primeira tentativa de abolição dos *tormentos* como meio de prova.

Foi preciso esperar pela Revolução Liberal e pela Constituição de 1822, para que solenemente se consagrasse a abolição da tortura e... todas as mais penas cruéis e infamantes (art. 11^o). Idêntica proibição constava da Carta Constitucional de 1826 (art. 145^o, § 18^o); daí em diante, até aos nossos dias, tal proibição foi proclamada em textos constitucionais e na lei ordinária, como é sobejamente sabido.

Claro que a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes não consistiam unicamente em métodos ou práticas utilizadas no âmbito do processo penal e destinados à aquisição de meios de prova, em particular a confissão. Acompanhavam também a execução de certas penas, de morte e corporais ³⁸.

³⁸ Sobre o que se refere no texto, e para maiores desenvolvimentos, cf. EDUARDO CORREIA, *A Evolução Histórica das Penas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LIII, p. 51 e ss.

Entretanto, seria ingénuo pensar que a tortura, apesar de ser proibida, desapareceu de vez dos costumes e das práticas processuais subsequentes à sua formal abolição nas legislações das modernas sociedades civilizadas.

Como adverte SPINELLIS, informações oriundas de fontes diversas confirmam a denúncia, que frequentemente aparece em meios de comunicação social, de que a tortura ainda medra em muitas partes do Mundo e, infelizmente, no próprio Continente Europeu. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem sido chamado a pronunciar-se sobre vários casos dessa espécie ³⁹.

Tais incidentes andam de mãos dadas com a convicção, partilhada por muita gente, de que a tortura pode ser aplicada, às vezes, em determinadas circunstâncias, desde que naturalmente seja aplicada aos outros. E essa convicção chega a ser manifestada publicamente. Pode admitir-se que a persistência da tortura, a despeito das proibições incluídas em tantas leis e outras normas, é devida a essa convicção, poucas vezes confessada em público, mas firmemente compartilhada em segredo por mais pessoas do que se imagina. Assim sendo, a tortura contemporânea difere daquela que era praticada no período da tortura legal, já e somente porque na actualidade é praticada por meios que impeçam as aparências da sua inflicção.

É evidente que são necessárias medidas mais drásticas para, se não erradicar, pelo menos reduzir esse flagelo. ⁴⁰

³⁹ Adiante se referirão no texto algumas sentenças deste Tribunal sobre a matéria.

⁴⁰ Cf. SPINELLIS, ob. cit., p. 386.

Aí, o autor relembra que a criação e a aplicação de tais medidas é a característica do começo do novo período da história da tortura, que pode ser denominado **período de rigorosa luta contra ela**.

Essa luta deve consistir em muitas medidas legais e práticas, aquelas e estas no âmbito internacional e no nacional. O uso da tortura, que continua a ser feito, apesar de tantas proibições, tem demonstrado que existe uma rede de malhas tão largas que até peixes grandes

(Cont.)

Os países que assumiram o compromisso decorrente da citada Convenção das Nações Unidas têm obrigação de **criminalizar** a tortura. Portugal é um deles e tem ainda uma razão muito importante para o fazer: com efeito, a Constituição da República, no seu art. 25º após declarar que a integridade moral e física das pessoas é inviolável (nº 1), dispõe que *ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*.

No **Anteprojecto de 1987** já se sugeria a introdução dos tipos incriminadores. Era uma proposta que, assim, se antecipou à ratificação da Convenção das Nações Unidas.

A Comissão de Revisão acolheu a proposta sem dificuldades, com algumas modificações textuais ⁴¹.

podem escapar. Por isso mesmo, novas medidas devem ser tomadas em todos os âmbitos e devem conduzir a uma acção harmónica levada a cabo por órgãos públicos e entidades privadas. Nenhuma brecha deve ser deixada para que a tortura seja tolerada ou acobertada.

Presentemente, uma luta aberta contra a tortura está sendo efectuada em duas frentes:

— *Na frente internacional, onde convenções e outros actos internacionais têm sido elaborados e assinados, obrigando os Estados a tomar medidas eficazes e a cooperar com as organizações internacionais na luta contra a tortura. A assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de Dezembro de 1984, é um passo verdadeiramente importante nesse sentido. Na Europa, a elaboração de uma minuta de Convenção sobre protecção contra a tortura e tratamentos ou castigos desumanos ou degradantes de pessoas privadas da sua liberdade constitui outra notável manifestação — esta notícia está desactualizada, porque, entretanto, a Convenção foi elaborada e já está em vigor, como adiante se dirá no texto.*

— *Na frente nacional, isto é, no âmbito interno de cada país, ainda uma série de medidas devem ser tomadas afim de tornar efectiva a proibição da tortura. E entre essas medidas, uma muito importante é a criminalização.*

41 Cf. Actas, pp. 286 a 288.

Não há lugar, por isso, a mais discussões sobre as razões de política criminal que conduziram à criminalização da tortura (e de outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos) através de disposições específicas no Código Penal revisto.

Pode assim, sem qualquer exagero, dizer-se que esta **neocriminalização** era necessária, não só pela tradição jurídica portuguesa como pelos compromissos internacionais referidos. E, tratando-se de crimes contra a Humanidade, a sua introdução tem, inegavelmente, um valor emblemático.

Dir-se-á, no entanto, que o Código já continha tipos legais incriminadores que, de algum modo, reprimiam a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos — por exemplo, nos arts. 131º, nº 2, al. b), 158º, nº 2, al. b) e 241º, nº 1, al. b).

Há que ponderar, porém, que os novos tipos incriminadores são verdadeiros **crimes próprios**, tendo como agentes quem tiver *por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares ou a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa* (art. 243º); que a **acção** consiste em *torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana*, tendente a obter confissões, depoimentos, declarações ou informações, a castigar por acto cometido ou supostamente cometido ou a intimidar a vítima ou outras pessoas.

Quer isto dizer que se procurou reprimir comportamentos típicos de funcionários ou agentes públicos, civis ou militares, que tenham determinadas atribuições ou mesmo que tenham usurpado essas atribuições (art. 243º, nº 2), enquanto que os outros tipos legais acima referidos têm como agentes quaisquer pessoas.

Poderão verificar-se alguns casos de concurso de normas, a resolver pelos critérios gerais em uso nesta matéria.

Não é por acaso que as novas disposições incriminadoras apontam para determinados **destinatários**, já que, historicamente, a tortura e os outros tratamentos cruéis, desumanos e degra-

dantes têm sido obra de pessoas cujas funções facilitam o emprego de métodos que a consciência universal vem progressivamente repudiando como contrários à dignidade humana, ao ponto de excluir qualquer circunstância excepcional, como o estado de guerra ou de ameaça de guerra, a instabilidade política interna ou qualquer outro estado de excepção, como causa de justificação da tortura.

O art. 243º, contrariamente ao que sucede nos arts. 131º, 158º e 241º, introduz, no seu nº 2, uma **definição** de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, e o art. 244º qualifica o crime em função de certas ofensas ou do emprego de métodos particularmente graves ou de actos praticados habitualmente, todos agravados em função de certos resultados: o suicídio ou a morte da vítima.

A definição de tortura é baseada na do art. 1º da Convenção das Nações Unidas:

Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer acto através do qual sejam infligidos uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, intencionalmente infligidos a uma pessoa, nomeadamente para obter dela, ou de terceira pessoa, informações ou confissões, para a punir por um acto que ela ou terceira pessoa haja cometido ou seja suspeita de o ter cometido, para a intimidar ou pressionar terceira pessoa, ou por qualquer motivo fundado sobre uma qualquer forma de discriminação, quando tais dores ou sofrimentos sejam infligidos por um agente da função pública ou qualquer pessoa que actue a título oficial ou por sua instigação ou com o seu consentimento, expresso ou tácito.

Todavia, a Convenção ressalva que esse artigo não prejudica qualquer outro instrumento internacional ou lei interna que contenham ou possam conter disposições de âmbito mais lato.

Exemplos disto são as disposições do art. 245º que pune a omissão de denúncia por parte do superior hierárquico que, tendo

conhecimento da prática, por subordinado, de facto descrito nos arts. 243º e 244º, quando a não fizer no prazo máximo de três dias após esse conhecimento; bem como o art. 246º, que prevê a possibilidade de certas incapacidades eleitorais e outras para quem for condenado por crime previsto nos arts. 243º a 245º, *atenta a concreta gravidade do facto e a sua projecção na idoneidade cívica do agente.*

Alguns problemas têm sido levantados a propósito da perseguição dos agentes destes crimes.

Assim, e por exemplo, se o uso de **detectores de mentiras** constitui violação da dignidade humana que é, afinal, o bem jurídico protegido nas normas incriminadoras. Respondemos resolutamente que sim, atenta a fórmula *ou o emprego de outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a livre determinação ou a livre manifestação da vontade da vítima*⁴². Um bom apoio neste sentido consta do art. 126º do Código de Processo Penal, especialmente do nº 2, als. a) e b). Aliás, esta disposição declara nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

Uma solução interessante foi conseguida na Lei grega nº 1500, de 1985, que parece ter sido a primeira que cumpriu a obrigação decorrente do art. 4º da Convenção das Nações Unidas, mesmo antes da ratificação, pela Grécia, desta Convenção. Para além de incorporar no Código novos artigos (137a, 137b, 137c), no Capítulo que trata dos crimes contra o Estado e a Constituição, considerado mais apropriado para a sua inclusão do que nos que tratam dos delitos contra a pessoa ou dos relacionados com o serviço público, e assim se entendendo porque, desse modo, se evidenciava que a tortura é um delito contra a **dignidade humana**, cujo respeito e cuja protecção, de acordo com a Constituição grega (art. 2º, § 1º), são **obrigações fundamentais do Estado**; todos esses artigos definindo a tortura, enunciando as suas formas

42 Concorde SPINELLIS, ob. cit., p. 388.

agravadas e estabelecendo penas acessórias, e ainda uma disposição de interesse especial, o artigo 137d):

1 – O estado de emergência não pode justificar os factos de que tratam os artigos 137a e 137b.

2 – A ordem superior não pode justificar os factos de que tratam os mesmos artigos.

3 – No caso de os factos de que tratam estes artigos terem sido praticados durante um período de tempo em que a soberania do povo tenha sido usurpada, os prazos legais começam a correr somente a partir da restauração da autoridade legítima.

É que, como escreve o Prof. SPINELLIS, se os factos de tortura ou de violação da dignidade humana forem praticados durante um período de governo não eleito democraticamente, os prazos (para se proceder contra o autor ou autores de qualquer desses factos ou de violação da dignidade humana) começam a correr somente após a restauração da ordem legítima ⁴³.

Entre nós, como é sabido, a declaração do estado de sítio ou de estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião ⁴⁴.

Mas há ainda um interesse muito importante na criminalização da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, como **delitos específicos**: a desnecessidade de introdução de leis penais com eficácia retroactiva, inadmissíveis num Estado de Direito, para atingir os seus agentes que, a coberto da sua inexistência em períodos de usurpação da soberania do povo ou a

⁴³ Cf., ob. cit., p. 390.

⁴⁴ Constituição da República, art. 19º, nº 6. Este dispositivo está em harmonia com o art. 2º, nº 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, que já se referiu.

pretexto de situações de emergência ou de ordens superiores, invocassem causas de justificação dos referidos delitos. As suas condutas serão sempre injustificáveis. Controversa e, em princípio, inaceitável é a hipótese aventada por SPINELLIS, segundo o qual o delinquento pode, às vezes, ser escusado, ficando isento de pena se, ocorrendo essas circunstâncias excepcionais, elas tiverem criado tão invencível pressão mental no autor do facto que não se possa humanamente pretender-se que ele agisse de outro modo ⁴⁵.

Outra questão controversa na matéria que estamos tratando é a excepção do nº 4 do art. 243º, segundo a qual o disposto no nº 3 (definição da tortura, tratamentos cruéis, degradantes e desumanos) não abrange os sofrimentos inerentes à execução das sanções previstas no nº 1 ou por ela ocasionados nem as medidas legais privativas da liberdade. Certo é que se inspira no art. 1º, nº 1, da Convenção das Nações Unidas. Mas é preciso que seja interpretada com particular cuidado.

O problema que tem sido invocado a respeito deste dispositivo é que alguns governos podem torná-lo inócuo, através da edição de leis que disponham, à luz da própria legislação nacional, que não constituem castigos cruéis ou desumanos certos actos ou práticas inerentes à execução legal de penas ou outras restrições legais da liberdade ou ainda quaisquer medidas legais de coacção processual.

É um risco não de todo descartável.

No entanto, alguns antídotos contra este risco existem no ordenamento jurídico português. Assim, qualquer lei que pretendesse *legalizar* esses actos ou práticas sempre se defrontaria com obstáculos de monta, a começar pela proibição constitucional (citado art. 25º da Constituição da República) e a terminar na lei de processo penal e na legislação penitenciária.

Recordemos o citado art. 126º do Código de Processo Penal, com a particularidade de o seu nº 4 dispor que se o uso de

⁴⁵ Cf., ob. cit., p. 389.

métodos de obtenção de provas previstos nesse artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo; e toda a série de disposições do Livro X desse mesmo Código sobre a execução da pena de prisão, com as necessárias garantias para o condenado, com o seu sistema de ampla jurisdicionalização. E recordemos, por fim, o Dec.-Lei nº 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações do Dec.-Lei nº 49/80, de 22 de Março e do Dec.-Lei nº 414/85, de 18 de Outubro, em especial os arts. 122º e seguintes do primeiro desses diplomas.

Enfim, não é descabido recordar que a nossa Constituição diz claramente que as normas e os princípios de direito internacional fazem parte integrante do direito português; que as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português; e ainda que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 8º e 16º, nº 2, respectivamente).

Deste modo, e na hipótese remota de qualquer lei transigir com penas ou tratamentos cruéis ou desumanos, seria obviamente inconstitucional.

Outra questão que não pode ser escamoteada é a da dificuldade de investigação e de prova de casos de tortura ou outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, porque estes factos ou não são presenciados por terceiros ou são encobertos por razões de solidariedade entre agentes ou colegas e superiores ou, pura e simplesmente, não deixam vestígios.

Por isso mesmo, se bem que seja muito importante a sua específica criminalização, se tem dito que são necessárias outras medidas, a fim de tornar efectiva a sua proibição.

Uma delas é a **prevenção**. E um dos modos de prevenção foi objecto da referida Convenção das Nações Unidas, que instituiu um Comité contra a Tortura, com competência para apreciar relatórios periódicos dos Estados Partes sobre as medidas tomadas

para conferirem efeito aos compromissos assumidos com a ratificação da mesma Convenção e para proceder a inquéritos no caso de receber informações credíveis que lhe pareçam conter indicações bem fundadas de que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado Parte.

A insuficiência destas medidas tem sido sublinhada de vários lados.

Daí que o Conselho da Europa tenha ido mais longe, criando, pela **Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes**, um Comité dotado de poderes mais alargados, que se exercem através de visitas periódicas a quaisquer lugares, relevando da jurisdição de cada Estado Parte, onde se encontrem pessoas privadas da liberdade por uma autoridade pública. Além do mais, o **Comité**, durante as suas visitas, pode contactar livremente com essas pessoas e com outras que possam fornecer-lhe informações úteis.

E pode ainda, se for caso disso, comunicar às autoridades competentes da Parte visitada as observações que entender. Enfim, após cada visita, elabora um relatório sobre os factos constatados, transmitindo ao Estado em causa as recomendações que entender necessárias e podendo sugerir melhorias na protecção das pessoas privadas de liberdade.

Se a Parte não cooperar ou recusar melhorar a situação à luz das recomendações do Comité, este pode decidir, por maioria de dois terços dos seus membros, depois de a Parte ter tido a possibilidade de se explicar, fazer uma declaração pública a esse respeito.

Enfim, em cada ano, o Comité submete ao Comité de Ministros, tendo em conta as regras da confidencialidade, um relatório geral sobre as suas actividades, que é transmitido à Assembleia Consultiva e tornado público.

Da experiência entretanto adquirida através das visitas periódicas cima referidas, resulta a convicção de que, nos países europeus visitados, ainda se assinalam casos de tortura ou, pelo

menos, de tratamentos desumanos, embora o panorama geral não seja desencorajador ⁴⁶.

Isto mostra como é difícil erradicar definitivamente estas práticas condenáveis.

Mas a actividade do **Comité** poderá ser um meio eficaz de luta contra este fenómeno que teima em persistir em muitos espíritos.

Não sem razão, JORGE SEMPRUN, no seu último livro, em muitos aspectos autobiográfico e contendo narrativas da sua experiência como internado no campo de concentração nazi de Buchenwald, num patético diálogo, ocupa-se da teoria do Mal radical — **das radikal Böse**:

D'où Schelling, mon intérêt pour ses recherches, sans doute empêtrées dans l'hystérie conceptuelle de l'idéalisme romantique, mais où s'élabore, à partir de Kant et de la critique des théodicées, la conception très forte, prégnante, d'une assise originare où s'enracine la liberté humaine, capable de produire le Bien et le Mal, ontologiquement équivalents... D'où l'impossibilité de décréter l'inhumanité du Mal... À Buchenwald, les S.S., les Kapo, les mouchards, les tortionnaires sadiques, faisaient tout autant partie de l'espèce humaine que les meilleurs, les plus purs d'entre nous, d'entre les victimes... La frontière du Mal n'est pas celle de l'inhumain, c'est tout autre chose. D'où la nécessité d'une éthique qui transcende ce fonds originare où s'enracine autant la liberté du Bien que celle du Mal... Une éthique, donc, qui se dégage à jamais des théodicées et des théologies, puisque Dieu, par définition, les thomistes l'ont assez proclamé, est innocent du Mal. Une éthique de

46 A Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 26 de Novembro de 1987, está em vigor desde 1 de Fevereiro de 1989 de acordo com o disposto no seu art. 19º.

Portugal assinou-a em 26/11/87, ratificou-a em 29/3/90 e, em 1/7/90, entrou em vigor relativamente ao nosso país.

la Loi et de sa transcendance, des conditions de sa domination, donc de la violence qui lui est justement nécessaire...

O art. 243º, na definição do seu nº 3, não distingue entre tortura e tratamento cruel, degradante ou desumano, como o não faz a Convenção das Nações Unidas.

Disso se tem ocupado a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Segundo essa jurisprudência, para os efeitos do art. 3º da Convenção — *Ninguém pode ser sujeito à tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes* —, um mau tratamento deve atingir um mínimo de gravidade e a apreciação desse **mínimo** é, por essência, relativa.

A regra de princípio segundo o qual apenas um mau tratamento que reveste o mínimo de gravidade é proibido por aquele artigo, foi delineada na sentença de 8/1/78 (caso *Irlanda c. Grã-Bretanha*). O art. 3º entra em jogo se o sofrimento infligido ultrapassar o nível de intensidade mínimo. O que está abaixo deste mínimo, como as *brutalidades*, moralmente condenáveis mas sem atingirem o grau de rigor requerido, está excluído do campo de protecção daquele artigo. Os actos que atingem ou ultrapassam o nível **mínimo** são as torturas ou os tratamentos desumanos ou degradantes.

Assim, na decisão do caso *Soering*, de 7/7/89, o Tribunal julgou o *síndrome do corredor da morte* como um tratamento que ultrapassa o nível fixado no artigo 3º.

Pode dizer-se que o critério do nível de gravidade permite estabelecer dois patamares no interior do mesmo artigo.

O patamar superior constitui a separação entre a tortura e os outros tratamentos.

Segundo definições dadas pela Comissão e pelo Tribunal na sentença sobre o caso *Tyner*, de 25/4/78, o **tratamento desumano** é aquele que provoca voluntariamente sofrimentos mentais ou físicos de particular intensidade. A qualificação de **tortura** deve ser reservada para *tratamentos desumanos deliberados que*

provocam sofrimentos muito graves e cruéis (citado caso *Irlanda c. Grã-Bretanha*). O nível de gravidade é colocado muito acima na graduação dos sofrimentos infligidos: no caso irlandês, o Tribunal entendeu que os cinco métodos de interrogatório utilizados pelas forças armadas e de polícia *não causaram sofrimentos de intensidade e de crueldade particulares que impliquem a palavra tortura*. Esta, segundo os termos da Convenção, aparece como *uma forma agravada de tratamento desumano*, tendo por fim, por exemplo, *obter informações ou confissões ou infligir uma pena*. Mas pode ser não corporal e analisar-se em *meios de pressão próprios a causarem um sofrimento psicológico, ocasionando na vítima um sentimento de angústia*.

A jurisprudência europeia enuncia assim os três elementos da tortura — intensidade dos sofrimentos, intenção deliberada, fim determinante — retomando a definição dada pela Convenção das Nações Unidas.

O patamar inferior traçado pelo Tribunal na sentença do caso *Tyrer* — que considerou **tratamento degradante**, no caso o castigo (judiciário) corporal da fustigação infligida na Ilha de Man — situa-se em nível inferior ao tratamento desumano. O **tratamento degradante** é aquele que *humilha o indivíduo grosseiramente perante outrem ou o conduz a agir contra a sua vontade ou a sua consciência*.

E a propósito das penas judiciárias, o Tribunal teve o cuidado de precisar que, embora qualquer pena judiciária tenha ordinariamente um carácter humilhante, só será uma pena degradante ou desumana, contrária ao art. 3º da Convenção, se a humilhação e o sofrimento que a acompanham forem para além daqueles que inevitavelmente comporta uma dada forma de pena legítima.

Em consequência, pode dizer-se que esta jurisprudência tem como efeito estabelecer, no interior do art. 3º, uma **hierarquia** dos níveis de sofrimento, cuja ultrapassagem determina, respectivamente, a qualificação de pena ou tratamento degradante (nível mínimo), de pena ou tratamento desumano (nível

intermédio) e, por fim, de tortura (nível superior). Assim, a economia aparente do art. 3º — uma noção central conhecida (a tortura) e uma nebulosa incerta (os outros tratamentos) — é confusa: entre as simples brutalidades que escapam à previsão daquele artigo e a tortura, há lugar para categorias intermédias. Assim, tem-se dito que o artigo está dividido em três módulos distintos: tortura, tratamento desumano, tratamento degradante, cada um dispendo de autonomia própria.

Relativamente ao critério da apreciação relativa, pode dizer-se que permite à Comissão e ao Tribunal proceder à avaliação da gravidade dos actos incriminados e, no termo de uma análise casuística, classificar tal ou tal facto numa das três categorias do art. 3º. Segundo uma fórmula estabelecida, a apreciação do nível de gravidade depende do *conjunto de dados da causa*; e tal apreciação revela-se, na prática, duplamente relativa, porquanto esse conjunto cobre simultaneamente parâmetros internos e externos ao caso.

Quanto aos **parâmetros internos**:

Para o Tribunal, trata-se, nomeadamente, da natureza e do contexto do tratamento ou da pena bem como das suas modalidades de execução, da sua duração, dos seus efeitos psíquicos e mentais e, por vezes, do sexo, da idade e do estado de saúde da vítima. Todavia, a qualificação concreta do mau tratamento em função dos dados da causa é frequentemente difícil e pode conduzir a apreciações diferentes por parte da Comissão e do Tribunal.

Assim, e por exemplo, no caso *Irlanda c. Grã-Bretanha*, uma e outro divergiram na apreciação concreta do nível de intensidade onde se situavam as cinco técnicas de interrogatórios — nível de tortura para a primeira, nível do tratamento desumano para o segundo. Mais significativo ainda foi o caso *Soering*, relativo à execução da pena capital aplicada a um condenado à morte no *corredor da morte*.

Se o Tribunal, na sentença de 7/7/89, fundando-se nomeadamente na duração da detenção média (6 a 8 anos) naquele *corredor*, que obriga a viver na angústia e na *sombra omnipresente da morte*, considerou que isso constituía um tratamento que

ultrapassava o nível fixado pelo artigo 3º, sem, contudo, qualificar tal tratamento, a Comissão chegou a conclusão contrária.

Enfim, quanto ao **parâmetros externos**: têm eles que ver com o contexto sócio-político em que o caso se inscreve. Este último parâmetro sociológico permite levar em consideração a evolução das sociedades democráticas desde 1950 e é determinante na apreciação relativa ao nível de intensidade; os elementos específicos do caso têm de ser apreendidos à luz das condições actuais.

Dito de outra maneira: a apreciação do nível de gravidade do art. 3º faz-se, como o Tribunal diz expressamente na decisão do caso *Soering*, no quadro de um controlo de proporcionalidade, por haver um *justo equilíbrio* a cuidar entre os interesses em jogo.

O recurso ao princípio da proporcionalidade para fixar o nível de gravidade mínimo é, no plano teórico, contestável porque supõe que uma ofensa ao direito intangível do art. 3º possa ser conforme à Convenção se se revelar proporcionado ao *fim legítimo* prosseguido.

Ora, por princípio, não pode haver *fim legítimo* quando se trata de uma ingerência no direito de não ser sujeito à tortura ou a outros tratamentos desumanos ou degradantes.

O art. 3º proíbe qualquer restrição ou derrogação a esse direito.

Assim, de absoluta, a garantia desse artigo poderá devir relativa se o princípio da proporcionalidade for aplicado inconsideradamente. Tem-se dito, a propósito, que é concebível que os órgãos de Estrasburgo se refiram à proporcionalidade *no interior* do art. 3º para determinarem a qualificação precisa do tratamento e, por exemplo, para estabelecer a distinção entre tratamento desumano e tortura.

A sentença no caso *Tomasi c. França*, de 27/7/92, representa uma salutar evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu. A propósito de brutalidades policiais cometidas durante uma *guarda à vista*, contra pessoa suspeita de ter participado num acto terrorista na Córsega, o Tribunal renunciou ao dito

princípio da proporcionalidade, considerando que *as necessidades do inquérito e as inegáveis dificuldades da luta contra a criminalidade, designadamente em matéria de terrorismo, não podem conduzir à limitação da protecção devida à integridade física da pessoa*.

Com isto, o principal valor da sentença reside em reafirmar que a integridade física da pessoa beneficia de uma **garantia absoluta** no quadro da Convenção.

A experiência tem mostrado que o campo de aplicação do art. 3º tem sido potencialmente estudado a propósito dos tratamentos desumanos ou degradantes, estando a tortura reduzida a situações claramente excepcionais. É o que tem acontecido com as violações desse tipo constatadas pelo Tribunal Europeu.

E, parecendo querer romper com o critério da apreciação relativa do mínimo de gravidade do mau tratamento, a sentença do caso *Tomasi* não deixa de representar um sensível alargamento da aplicação daquele artigo, fundado no princípio fundamental de que o uso da força física sobre pessoas privadas da liberdade é inaceitável numa sociedade democrática⁴⁷.

Pelo exposto, vê-se que, na falta de um traçado distintivo entre as noções de tortura e de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos — de que sofre a definição do nº 3 do art. 243º do nosso Código — caberá à jurisprudência uma tarefa bastante difícil de qualificação. Mas é um dever a que não pode fugir, inspirando-se na evolução jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que se referiu, sem pôr de parte decisiivamente o falado critério do nível de gravidade dos tratamentos infligidos. Em concreto, as *brutalidades policiais* não podem situar-se abaixo do *grau mínimo* de ofensa da dignidade humana e, por isso, devem ser, por princípio, elemento constitutivo do tipo legal de crime.

47 Cf. o artigo de FRÉDERIC SUDRE, na obra colectiva referida em n. 26, do qual se respigaram, no texto, as partes mais significativas.

INSTRUMENTOS DE ESCUTA TELEFÓNICA
(Artigo 276^o)

Um novo crime de perigo comum

A justificação deste novo tipo de crime (de perigo) é óbvia.

Trata-se de reagir contra o risco que resulta dos diversos actos descritos no preceito, destinados à utilização abusiva e não controlada (ou não facilmente controlável) de instrumentos ou aparelhos destinados à montagem de escutas telefónicas ou à violação da correspondência ou de telecomunicações — fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente.

No seio da Comissão de Revisão o Professor FIGUEIREDO DIAS chamara a atenção para a necessidade de ser estudada a questão da protecção penal na matéria, especialmente das *escutas telefónicas, parecendo-lhe insuficiente a tutela que resulta dos crimes contra a reserva da vida privada e sendo necessária uma protecção antecipada eventualmente a consagrar através de um crime de perigo* 48.

Os bens jurídicos cuja ofensa é prevenida pela nova incriminação têm matriz constitucional (arts. 26^o, n^{os} 1 e 2, 32^o, n^o 6 e 34^o, n^{os} 1 a 4, da Constituição da República). E a experiência mostra que as modernas tecnologias, cada vez mais sofisticadas na matéria, constituem de facto novas e inquietantes fontes de perigo para os direitos e liberdades das pessoas, constitucionalmente consagrados.

Mais não é necessário acrescentar para pôr em evidência as razões de política criminal que levaram à introdução deste novo tipo de crime.

Sobre a necessidade de prevenir os riscos decorrentes dos desenvolvimentos tecnológicos no domínio das telecomunicações e da subordinação dos mesmos ao respeito do direito à vida privada e ao segredo da correspondência, tais como são garantidos

48 Cf. *Actas*, p. 302.

pelo art. 8^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, veja-se a recente Recomendação N^o R (95) 4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros 49.

DANOS CONTRA A NATUREZA E POLUIÇÃO
(Artigos 278^o a 280^o)

A protecção do ambiente

A lei de Bases do Ambiente 50 procurou reunir, de forma sistemática e integrada, um conjunto de princípios e bases para cumprimento dos preceitos constitucionais 51.

Com efeito, sob a epígrafe *Ambiente e qualidade de vida* dispõe o art. 66^o da Constituição da República:

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares:
 - a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

49 Recomendação N^o R (95) 4 — *Sobre a protecção dos dados de carácter pessoal no domínio dos serviços de telecomunicação, em especial relativamente aos serviços telefónicos* —, adoptada em 7/2/95, contendo um extenso anexo com princípios a observar.

50 Lei n^o 11/87, de 7 de Abril.

51 A consagração constitucional do direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, tem sido saudada como um verdadeiro **facto histórico**, além do mais por não ser vulgar encontrá-la na generalidade dos países, mesmo dos que se situam na vanguarda da civilização.

Cf., neste sentido, SEBASTIÃO DA COSTA PEREIRA, *O Direito do Ambiente em Portugal com Particular Referência à Constituição de 1976*, in *Ambiente y Recursos Naturales*, Revista de Derecho, Política y Administración, Enero-Marzo, Vol. II, N^o 1, p. 90.

- b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e paisagens biologicamente equilibradas;
- c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
- d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.

Este preceito figura no Capítulo II do Título III da Parte I, dedicado aos *Direitos e Deveres Sociais*.

Mas não é o único em que a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português mereceram referência no texto constitucional. Estes interesses estão expressamente apontados enquanto **objectivos dos Planos**, no art. 91º.

As disposições citadas não se limitam a impor obrigações ao Estado em matéria de defesa do ambiente, estabelecendo também, em termos muito claros, a existência de um direito de todos os cidadãos a um ambiente de vida humano, sadio e equilibrado e o dever de o defender⁵².

Foi preciso esperar, porém, pelas referida Lei nº 11/87 para, ao que julgo pela primeira vez, se prever um sistema dualista

52 Tem sido muito discutido se o direito ao ambiente sadio e equilibrado deve ser catalogado entre os *Direitos do Homem*. Sobre o assunto, cf., do autor, *Direito do Ambiente e Direitos do Homem*, texto de conferência proferida na Universidade Autónoma de Lisboa (Pólo de Caldas da Rainha) no quadro do Seminário sobre Direito do Ambiente, Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território, Nº1, Setembro 1995, p. 9 e ss.

de ilícitos — **crimes e contra-ordenações** — para repressão dos atentados contra o ambiente.

Dispõe, com efeito, o seu art. 46º que, *para além dos crimes previstos e punidos no Código Penal, serão ainda considerados crimes as infracções que a legislação complementar vier a qualificar como tal de acordo com o disposto na presente lei*.

E as restantes infracções serão consideradas **contra-ordenações**, em termos a definir por legislação complementar, compatibilizando os vários níveis da Administração em função da qualidade da infracção (art. 47º).

A Lei nº 11/87 estabeleceu no seu art. 51º que *todos os diplomas necessários à regulamentação do disposto no presente diploma serão obrigatoriamente publicados no prazo de um ano a contar da sua entrada em vigor*.

Para além da incorrecção técnica destas formulações — em matéria de *crimes* não é adequado falar em *diplomas regulamentadores* — a injunção legal só foi respeitada em aspectos muito limitados⁵³.

Assim, de poucos tipos incriminadores se poderá dizer, com tanta propriedade, que são a resultante de uma necessidade imperiosa de proteger **novos bens jurídicos** emergentes do progresso técnico incontrolado, como os arts. 278º a 280º introduzidos pelo diploma da revisão.

A discussão em torno do papel do direito penal na protecção do ambiente transcende as fronteiras dos Estados, assumindo, por isso, expressão internacional. É que os perigos e ameaças para um ambiente sadio e equilibrado provêm de vários lados e o carácter nefasto das actividades poluidoras torna indispensável uma cooperação internacional muito bem estruturada e definida, sob pena de ineficácia das medidas, por melhores que sejam, tomadas pelas legislações internas ou regionais.

53 Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, cf., do autor, *Delitos contra a Ecologia*, Revista de Direito e Economia, Ano XIII, 1987, p. 235 e ss.

Trata-se, em suma, de um problema que se coloca à humanidade no seu conjunto e que tem de ser resolvido através dessa cooperação internacional.

Já nos idos de 1978, num trabalho de grande relevo científico, FIGUEIREDO DIAS analisou a problemática da **criminalização** de certos comportamentos que, pela sua gravidade e pela sua potencialidade de ofensa a bens jurídicos fundamentais, requerem a intervenção do direito penal⁵⁴.

O tema foi mais tarde desenvolvido num interessante estudo do Dr. JOSÉ MIGUEL SARDINHA⁵⁵.

Para o Professor de Coimbra, nas sociedades contemporâneas, especialmente nas sociedades industrializadas, dirigidas à produção e ao consumo de massas, um meio de vida são constitui sem dúvida um **bem jurídico próprio e autónomo**, que reclama a intervenção protectora do direito penal.

E a primeira conclusão do seu estudo vai no sentido de que **a intervenção do direito penal na manutenção e na restauração de um ambiente sadio se justifica precisamente à luz da específica função de protecção de bens jurídicos que a este ramo de direito compete.**

A conclusão seguinte é a de que os delitos ecológicos, seja qual for a forma jurídica que assumem, não deviam ser integrados nos códigos penais mas deviam constar de legislação penal extravagante, embora reconhecendo que tanto as incriminações que devem conter-se no Código Penal como na legislação extravagante que forma o corpo do *direito penal secundário ou especial* respeitam a condutas ético-socialmente relevantes.

Só que essa relevância ético-social, na sua tradução jurídica, cabe a umas e outras de **um modo particular** que permite e impõe a sua mútua **autonomização**.

54 Cf. *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, Revista de Direito e Economia, Ano IV, Nº 1, 1978, p. 3 e ss.

55 *Introdução ao Direito Penal Ecológico*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Setembro 1978.

Desenvolvendo este ponto de vista, sublinhava o Autor que os bens jurídicos protegidos pelo Código Penal surgem como concretização de valores jurídico-constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, os protegidos pela legislação penal extravagante como concretização dos valores ligados aos **direitos sociais** e à **organização económica**.

Enfim, havia **razões substanciais** a ponderar, que se repercutiam de forma necessária no regime de tratamento das infracções que lesam uns e outros valores referidos.

Uma dessas razões era atinente ao facto de que, nos códigos penais, vigora em regra o princípio do **carácter pessoal** da responsabilidade jurídico-penal, enquanto que tal princípio se encontra notavelmente esbatido quando não postergado, no âmbito do direito penal secundário.

Ora — prosseguia — a realidade mostra que as maiores e mais graves ofensas à sanidade do ambiente provêm actualmente, não de pessoas individuais, mas de **pessoas colectivas**. E esta realidade impõe, por um lado, que se estabeleça, relativamente aos delitos económicos, a responsabilidade da pessoa colectiva *qua tale*; e, por outro, alargar e diversificar as sanções penais, prevendo medidas especificamente adequadas e aplicáveis às pessoas colectivas, como a interdição ou suspensão dos mecanismos poluentes ou mesmo a suspensão e o encerramento de empresas, em regra não contempladas nos códigos penais. Corolariamente: *Integrar os delitos ecológicos nos códigos penais significaria, pois, as mais das vezes conceder tratamento privilegiado às pessoas colectivas perante as individuais, tanto mais injustificado quanto — como se disse — é sem dúvida entre aquelas que hoje se depara com os maiores responsáveis pela deterioração ambiental; e o facto de os delitos ecológicos se integrarem numa lei penal extravagante em nada afecta o seu indiscutível relevo e desvalor ético-social.*

O problema de saber **em que lei** deveriam ser integrados esses delitos ecológicos era questão em larga medida indiferente: numa lei **autónoma**, e não em várias leis autónomas, como infe-

lizmente sucede, através das quais se pulveriza, se contradiz, favorecendo lacunas e perdendo, assim, consistência e dignidade; ou compendiando-os num texto legal mais vasto com os chamados *delitos contra a economia e contra a saúde pública*, dada a similitude da problemática e até, quanto a muitos pontos de regime, de soluções, sendo certo que, quanto a estes, também em Portugal se tem seguido o critério de os integrar em diplomas específicos⁵⁶.

Porém, desde 1978, também muita água correu sob as pontes nesta matéria.

E a Comissão de Revisão veio a optar pela inclusão no Código dos tipos legais da poluição e da poluição com perigo comum⁵⁷.

As Actas da Comissão revelam alguma discussão quanto a este ponto, tendo sido anotado que a responsabilidade penal das

56 Sobre os fundamentos teóricos, de dogmática jurídica e, sobretudo, de política criminal da consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas, hoje já com relevantes manifestações no direito positivo português, em matéria económica, fiscal e informática, vide:

FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, Coimbra Editora, p. 35 e ss.;

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas — Novas Perspectivas*, Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985, p. 108 e ss.;

JOÃO CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal e do chamado Direito de Mera Ordenação Social*, Coimbra Editora, esp. p. 265 e ss.;

JOSÉ DE FARIA COSTA, *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fasc. 4, Outubro-Dezembro 1992, p. 537 e ss.

Sobre o tema tem ainda muito interesse a consulta dos Acórdãos do Tribunal Constitucional de 10/4/95 e de 20/4/95, Diário da República, II Série, nºs 144 e 145, de 24 e 26 de Junho de 1995, respectivamente.

57 O crime de **danos contra a natureza** (art. 278º) não constava do **Anteprojecto de 1991**, mas foi incluído na Lei nº 35/94, de 15 de Setembro — Lei de autorização legislativa ao Governo para rever o Código Penal.

pessoas colectivas pelas condutas previstas deveria ser regulada por lei especial⁵⁸.

A solução não é inédita, pois corresponde à do legislador alemão. Com efeito, no StGB foram introduzidos vários crimes contra o ambiente: §§ 324 (poluição das águas), 325 (poluição do ar e ruído), 326 (eliminação de detritos de modo a pôr em perigo o ambiente), 327 (exploração não autorizada de instalações), 328 (manipulação não autorizada de combustíveis nucleares), 329 (produção de perigo em zonas carecidas de protecção particular), 330 (produção de perigo grave para o ambiente), 330a (produção de perigo pela emissão de venenos).

A dificuldade que decorria do facto de o Código não consagrar a responsabilidade penal das pessoas colectivas, embora a não excluísse de todo (art. 11º), era superável, no entender da comissão, através de uma norma do tipo acima indicado.

Mas a questão de longe mais delicada era a de saber como deviam estruturar-se os novos tipos incriminadores.

Já em 1978, no citado estudo, FIGUEIREDO DIAS se tinha ocupado do tema, frisando a dificuldade, para não dizer impossibilidade, de definir exactamente os delitos ecológicos através de uma descrição pormenorizada e esgotante da *matéria proibida*, se se entender por esta a conduta **lesiva** de valores ambientais, acrescentando que essa tarefa seria altamente comprometida pela multiplicidade das fontes de atentados que, nas sociedades contemporâneas, se dirigem àqueles valores e, sobretudo, pela estreita ligação entre estes e o nível, em mutação constante, do progresso técnico.

Por isso, ou a descrição teria de ser tão ampla e vaga que dificilmente respeitaria as exigências mínimas do princípio jurídico-constitucional da legalidade, à determinabilidade dos tipos; ou, sendo suficientemente estrita para respeitar aquele princípio correr-se-ia o risco de ser ultra-

58 Cf. Actas, p. 516.

passada pelos progressos técnicos no domínio da luta contra a poluição e do controlo dos agentes poluentes.

Por outro lado, estaria contra-indicada a sua construção como crimes de dano, ao estilo dos crimes contra a vida e a saúde contidos nos códigos penais. Em termos práticos, isso conduziria a que tais tipos viessem a revelar-se inaplicáveis.

Também a construção como crimes de perigo não ofereceria menos inconvenientes: nas ordens jurídicas dominadas pelo **princípio da culpa**, como é o caso da portuguesa, tornar-se-ia de imediato necessário que se estruturassem como **crimes de perigo concreto**, o que implicaria que os próprios tipos limitassem a sua aplicação pela obtenção da prova de que uma conduta concreta criou um perigo **real** para o bem jurídico protegido.

Esta exigência tornaria, também, esses tipos praticamente inaplicáveis dada a grave impossibilidade de alcançar a prova requerida, quando se reconhece como bem jurídico protegido por estes a vida ou a saúde das pessoas individuais — o mesmo podendo dizer-se quando se veja aquele bem jurídico directamente consubstanciado em valores ambientais, especialmente o da saúde pública ou comunitária.

A sua construção como crimes de **perigo abstracto**, nos quais a punibilidade resulta simplesmente da presunção legal de que certas espécies de condutas são adequadas à produção de certos perigos, ainda que a solução fosse suportável à luz dos princípios jurídico-constitucionais da **legalidade** e da **culpa**, implicaria a perda da sua dignidade penal e a descaracterização da sua relevância ético-social, tornando-se então meros *Kavaliers-delikte*, aos quais não se liga um autêntico sentido de desvalor e de censura e, por isso, nem sequer deveriam constar de leis de carácter penal, mas sim de leis de mera ordenação social.

Por todas estas razões, FIGUEIREDO DIAS defendia que a solução seria a de construir os **delitos ecológicos como delitos de desobediência à entidade estadual encarregada de fiscalizar**

os agentes poluentes e competente para lhes conceder autorizações ou para lhes impor limitações ou proibições de actividade.

Tal ideia implicaria que os Governos se obrigassem a criar uma **instância central**, ministerial ou equiparada, de tutela de todas as actividades administrativas que visassem a protecção do ambiente.

Assim se conseguirá, desde logo, que as prescrições a que os agentes poluentes devem obedecer se encontrem sempre, o mais possível, de acordo com o nível alcançado pelo progresso técnico na luta contra a poluição e no seu controlo, bem como com os condicionalismos concretos de cada lugar; e se permitirá, depois, uma apreciação em termos objectivos do valor das verdadeiras exigências da saúde pública e da qualidade de vida, perante o interesse do necessário e conveniente progresso económico e social.

A desobediência a estas prescrições constituirá, justamente, a ilicitude típica dos delitos económicos.

E a concluir:

Não se tratará, deste modo, de delitos de perigo abstracto que visem a protecção mediata da vida e da saúde das pessoas individuais, mas de delitos que protegem imediatamente estes bens jurídicos ambientais, em especial a saúde pública e a qualidade de vida comunitária. Punível será toda a pessoa — física ou colectiva — que, no exercício da sua actividade, desobedeça às exigências e prescrições que lhe foram dirigidas validamente (e mesmo que só individualmente) pelas instâncias de tutela em matéria de protecção do ambiente ou aos condicionalismos ou proibições que por aquela instância foram postos ao exercício da sua actividade.

JOSÉ MIGUEL SARDINHA, no estudo anteriormente referido, concorda, em geral, com as propostas de FIGUEIREDO DIAS, nomeadamente quanto à justificação do direito penal ecológico, ao bem jurídico protegido, ao seu tratamento pela via do direito penal

secundário e à responsabilidade das pessoas colectivas. Formulou, porém, algumas reservas à opção pelos **crimes de desobediência**, fazendo-se eco das críticas a este propósito e na medida em que tal solução podia colocar o direito penal ecológico numa dependência em relação ao direito administrativo e, mais do que isso, poderia pôr em perigo o próprio princípio da legalidade em direito penal, para já não falar de uma possível técnica de incriminação com base em **normas penais em branco** ⁵⁹.

As propostas de FIGUEIREDO DIAS encontraram algum eco na estruturação dos novos tipos incriminadores dos arts. 279º e 280º, ambos incluídos na família dos **crimes de perigo comum**, embora o primeiro me pareça ser claramente um crime de dano.

Nota-se, todavia, um desvio muito significativo, visivelmente preordenado à conjugação dos perigos a que se referia JOSÉ MIGUEL SARDINHA, decorrentes da alegada dependência em relação ao direito administrativo. Agora, pela definição do nº 3 do art. 279º, da **poluição em medida inadmissível**, não basta que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariem as **prescrições** ou **limitações** impostas pela autoridade competente. É necessário que estas o sejam *em conformidade com as disposições legais ou regulamentares e sob cominação das penas previstas neste artigo*. Estará assim salvaguardado o princípio da legalidade, cuja postergação se temia. É claro que as **prescrições** fundadas em disposições **regulamentares** devem ser entendidas como desenvolvimentos de uma lei material autorizante ou delegante, pois seria tecnicamente inviável que constassem obrigatoriamente de diploma com força de lei, vocacionado para a consagração de regimes gerais. Algum espaço tem de ser

⁵⁹ As considerações explanadas no texto são respigadas do artigo, do autor, referido em n. 52. Relativamente à crítica da técnica de incriminação através de normas penais em branco, cf., do autor, *A Função de Garantia de Lei Penal e a Técnica Legislativa*, in *Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação*, Nº 6, Janeiro-Março de 1993.

deixado para os **regulamentos** de execução, mais maleáveis e actualizáveis em função das necessidades reais.

É um risco inevitável, decorrente da própria dinâmica da luta contra a poluição ⁶⁰.

Por outro lado, sublinhe-se que se renunciou à ideia da *instância central* de tutela de **todas** as actividades administrativas que visem a protecção do ambiente, certamente porque tal solução equivaleria à criação de um organismo tentacular que não resistiria aos perigos da burocracia e, conforme as regras da experiência, ineficaz.

Enfim, anote-se que os inconvenientes apontados à construção de **crimes de perigo comum** não impediram, naturalmente pela força das coisas, a introdução do artigo 280º.

Aliás, tais inconvenientes já não haviam impedido a consagração de uma vasta panóplia de crimes dessa natureza no Código de 1982, representando, como acima se disse, o núcleo da sua vertente neocriminalizadora ⁶¹.

⁶⁰ A preocupação de não deixar espaço para uma actividade administrativa rebelde ao princípio da legalidade é patente também no tipo legal do art. 278º (danos contra a natureza). Também aí é elemento do crime a inobservância das disposições **legais** ou **regulamentares**. E a acção consiste na conduta dolosa ou negligente causadora da eliminação de exemplares de fauna ou flora ou destruição do *habitat* natural ou de esgotamento de recursos do subsolo de **forma grave**.

Este conceito indeterminado é louvavelmente reduzido pela **definição** do nº 2 do artigo, de cunho taxativo, embora tenha transigido com alguma indeterminação residual — *contribuir decisivamente, perdas importantes, área regional* — porventura inevitável.

⁶¹ O **preâmbulo** do Código não se dispensa, a propósito, de revelar as razões de política criminal que presidiram à criação desses crimes de perigo comum, que constituíam a consagração de uma linha de pensamento que acha necessária a intromissão do direito penal para salvaguarda de certos bens jurídicos que a moderna sociedade tecnológica põe em perigo. Os consequentes tipos legais ligam-se indiscutivelmente a condutas que violam determinadas regras exigidas pelos serviços, bens ou instrumentos que a civilização material proporciona. Concretamente, diz-se no dito preâmbulo:

CRIME CONTRA PESSOA QUE
GOZE DE PROTECÇÃO INTERNACIONAL
(Artigo 322º)

Um novo crime contra a segurança do Estado

A proposta de introdução deste novo tipo de crime já constava do **Anteprojecto de 1987**. Suscitou algumas dúvidas, no seio da Comissão de Revisão.

Mas veio, a final, a ser consagrado no **Anteprojecto de 1991**, com modificações de redacção.

Esta proposta resulta da **Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos** ⁶².

O ponto crucial destes crimes — não falando, obviamente, dos problemas dogmáticos que levantam — reside no facto de que condutas cujo desvalor de acção é de pequena monta se repercutem amiúde num desvalor de resultado de efeitos não poucas vezes catastróficos. Clarifique-se que o que neste capítulo está primacialmente em causa não é o dano, mas sim o perigo. A lei penal, relativamente a certas condutas que envolvem grandes riscos, basta-se com a produção do perigo (concreto ou abstracto) para que dessa forma o tipo legal esteja preenchido. O dano que se possa vir a desencadear não tem interesse dogmático imediato. Pune-se logo o perigo, porque tais condutas são de tal modo reprováveis que merecem imediatamente censura ético-social. Adiante-se que devido à natureza dos efeitos altamente danosos que estas condutas ilícitas podem desencadear o legislador penal não pode esperar que o dano se produza para que o tipo legal se preencha. Ele tem de fazer recuar a protecção para momentos anteriores, isto é, para o momento em que o perigo de manifesta.

Assim sendo, a introdução dos novos crimes dos arts. 278º a 280º, especialmente este último, situa-se, concretamente, numa linha de política criminal que presidiu à consagração dos crimes de perigo comum já existentes.

E tem por si, como resulta do texto, a lição do direito comparado.

⁶² Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 20/94, de 13 de Janeiro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 22/94, de 5 de Maio — Diário da República Nº 104/94, de 5 de Maio.

A sua justificação é óbvia e está condensada nos *considerandos* do texto da Convenção, em particular aqueles que sublinham a ameaça séria à manutenção das relações internacionais normais necessárias à cooperação entre os Estados que as infracções cometidas contra os agentes diplomáticos e outras pessoas gozando de protecção internacional constituem; o reconhecimento de que a perpetração destas infracções constitui um motivo grave de inquietação para a comunidade internacional; e o convencimento da necessidade de adoptar urgentemente medidas apropriadas e eficazes para a prevenção e repressão dessas infracções.

De notar a referência expressa, no tipo, das ofensas à honra das pessoas protegidas.

A nova disposição incriminadora, dada a sua clareza, não carece de comentário mais desenvolvido.

TRÁFICO DE INFLUÊNCIA
(Artigo 335º)

Uma proposta de neocriminalização de última hora

Este novo tipo legal não figurava nos **Anteprojectos** de 1987 e 1991, nem na Proposta de Lei nº 92/VI/3 ⁶³.

Porém, no relatório e texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre aquela Proposta de Lei, já se continha uma injunção no sentido de criminalizar o *tráfico de influências* ⁶⁴. A formulação dessa injunção corresponde à de uma proposta de aditamento subscrita por deputados do PSD, PS e PCP ⁶⁵.

⁶³ Autorização ao Governo para rever o Código Penal.

⁶⁴ Cf. Diário da Assembleia da República, II Série-A, Nº 53, 4º Supl., 14/7/94.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 942-(106).

Com essa mesma formulação passou a constar do Decreto nº 173/VI⁶⁶; e, depois, da Lei nº 35/94, de 15 de Setembro.

O correspondente tipo veio a ser incluído no elenco dos crimes contra o Estado (Título V, Capítulo I, Secção II — Dos crimes contra a realização do Estado de direito), porém com redacção sensivelmente diferente da constante daqueles Relatório, Decreto e Lei.

As diferenças mais salientes reportam-se à eliminação da referência a *vantagem não patrimonial* e à restrição à *decisão ilegal* como objecto da acção em tema de encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções ou outros benefícios.

Não se trata, pelos vistos, de um crime próprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa desde que nela se verifiquem condições de poder exercer *influência* sobre uma entidade pública competente para decidir dos actos especificados no preceito, **abusando** dessa *influência*.

Não é fácil, por isso, definir com rigor em que consiste tal *influência* e tal *abuso* e em que medida a mesma é causalmente eficaz na decisão, que tem de ser *ilegal*, o que também suscita inevitáveis problemas de comparticipação criminosa.

Pode pensar-se que a razão de política criminal que está na origem da consagração legal deste novo tipo de crime se reporta ao generalizado clima de suspeição que se instalou em Portugal sobre a lisura de procedimentos por parte de entidades públicas competentes para as decisões a que se refere o preceito.

66 Autorização ao Governo para rever o Código Penal; cf. Diário da Assembleia da República, II Série-A, Nº 55, Supl., 16/7/94, p. 970-(2).

EPÍLOGO

Julgo ter demonstrado que as soluções neocriminalizadoras propostas pela Comissão de Revisão, em todo o caso umas mais do que outras, têm por si boas razões de política criminal.

Mas não pode esperar-se que sejam definitivas e completas.

Tudo indica que a Lei não pode acompanhar, a tempo e horas, as manifestações da criminalidade que vão surgindo. O homem tira partido das coisas boas que se vão inventando para o bem da Humanidade mas também se serve delas para inventar ou descobrir novos malefícios.

Não é arriscado prever que estaremos aqui ou algures reunidos para apreciar e discutir *novas soluções de criminalização* a curto ou médio prazo. Perfilam-se no horizonte **novos bens jurídicos** carecidos de protecção penal: os que podem ser violados pelas intervenções sobre o embrião humano e pelas manipulações genéticas são apenas alguns exemplos que já levaram legisladores estrangeiros a recorrer ao direito penal⁶⁷.

Tudo parece indicar que tinha razão o sábio *Mefistófeles* do *Fausto*, de reconhecida competência em ciências do Mal, quando dizia:

*Dos mundos e do sol nada sei dizer;
Vejo somente como os homens se atormentam.
O pequeno deus do mundo continua a ser o mesmo;
É tão bizarro como no primeiro dia.
Viveria um pouco melhor se não lhe tivesses dado
O reflexo da luz celeste;
Chama a isso Razão mas só a usa para ser
Mais Bestial do que todos os animais.*

67 Por exemplo, na Alemanha através da *Gesetz zum Schutz von Embryonen*, de 20 de Outubro de 1990. Cf., sobre o assunto e do autor, *Bioética e Nascimento*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 1, Fasc. 2, Abril-Junho 1991, p. 175 e ss.

*Parece — salvo o devido respeito por Vossa Graça —
Um daqueles insectos de longas patas
Que tão depressa estão a voar e a dançar voando como
Se põem a cantar sobre a erva a sua velha canção.
Ainda se fosse para descansar !...
Mas logo vão mergulhar o nariz na podridão.* ⁶⁸

*A REVISÃO DE 1995 DO CÓDIGO PENAL DE 1982
NO CONTEXTO DA REFORMA DO SISTEMA PENAL
A TUTELA DA PESSOA E A EFICÁCIA DO SISTEMA*

MARIA FERNANDA PALMA

⁶⁸ Tradução livre, do autor, dos versos 279 a 292 do *Fausto*, de GOETHE, "Prolog in Himmel – Der Herr. Die himmlischen Heerscharen. *Nachher Mephistopheles*".

I

INTRODUÇÃO

A revisão de 1995 do Código Penal permitiu que se gerasse uma questão *mediática* sobre a adequação do sistema penal vigente às novas manifestações de violência criminal na sociedade. A revisão de 1995 foi, assim, um pretexto importante para que os portugueses problematisassem o sistema penal. Todavia, a revisão não foi e não terá pretendido ser uma verdadeira reforma. Nesse sentido, poder-se-á dizer que o problema que a revisão precipitou, na sua dificuldade e nos seus limites, ultrapassa profundamente esta revisão do Código Penal. Dever-se-á identificar tal problema, embora sempre com a consciência de que *é muito discutível se algum problema foi alguma vez resolvido*¹ e reconhecendo que a identificação de um problema em toda a sua complexidade é tarefa praticamente irrealizável.

É indiscutível que há uma incomodidade (eventualmente alterada na sua essência pela *razão mediática*²) relacionada com

1 ORTEGA Y GASSET, *O que é a Filosofia ?*, ed. portuguesa, trad. José Bento, 1994, p. 60. O autor prossegue o pensamento dizendo: *portanto, não é na solução que devemos colocar o acento ao definir a ciência.*

2 Expressão que se refere a uma racionalidade ruidosa e auto-suficiente de constante acontecimento, que caracteriza a lógica mediática. E, no entanto, é verdadeiramente no silêncio que os acontecimentos se dão: *o acontecimento é inseparável dos tempos mortos* — GILLES DELEUZE, *Libération*, 22/10/88, cit. por ANTÓNIO GUERREIRO, *Uma Filosofia uma Vida*, Expresso, 11/11/95.

o sistema penal e uma descrença na sua eficácia. Perante esta certeza de senso comum, a prudência científica impõe que se formule o problema de tal inquietação.

Encaremos, por conseguinte, na sua aspereza, a crítica dominante à revisão do Código Penal. Ela é feita na perspectiva de que as alterações introduzidas não imprimem a severidade necessária às penas, mantendo um sistema benévolo e permissivo, incapaz de intimidar os possíveis delinquentes ou de os manter afastados da sociedade livre pelo tempo necessário para promover a segurança. Em suma, a revisão não terá apostado suficientemente no efeito preventivo-geral negativo.

Uma crítica errada? Tentemos compreender o que a poderá justificar, antes de a qualificarmos.

Na realidade, mesmo que as estatísticas criminais dissessem que não tem havido um grande aumento da criminalidade, parece haver uma nova sensibilidade ao crime, um sentimento de insegurança acrescido e uma maior convicção da necessidade de utilizar o sistema penal para resolver problemas sociais. Se não terá aumentado tanto a quantidade de certos crimes de modo a constataremos uma crise no sistema, é, todavia, um dado inultrapassável que mudou a atitude da sociedade perante o crime ou, mais rigorosamente, onde havia apatia e conformismo surgiu ansiedade e desejo de mudança³.

3 No sentido da relevância sociológica da nova sensibilidade ao crime, é interessante o artigo de FRANÇOIS DUBET, *Les nouvelles "Classes Dangereuses"*, *Histoire*, Nº 168 (1993), p. 112.

Se este estado de coisas se intensificar, então, por muito que nos sosseguem as estatísticas, a definição da realidade sobre a segurança não estará nelas, mas noutro lugar: nas representações, desejos e anseios das pessoas que suportam um certo sistema penal⁴.

Claro que a insegurança crescente e o conseqüente apelo ao reforço da eficácia do sistema não são meros produtos mediáticos, mas têm uma fundamentação objectiva no modo como a sociedade integra o crime. Nos anos 30 (entre 29 e 31), Portugal era um país de homicídios, com uma taxa de 2,5 por mil habitantes, superior à de Espanha (0,9) e muito superior à da Europa do Norte, mas tinha uma cultura de violência e conceitos de honra que integravam o homicídio. O homicídio era, sobretudo, intrafamiliar, interfamiliar, intracomunitário ou intercomunitário, pressupondo laços estáveis entre o criminoso e a vítima⁵.

A violência contra as pessoas numa sociedade que abandonou o modelo rural não pressupõe relações estáveis em geral nem, conseqüentemente, entre o agressor e a vítima. A dissolução dos laços familiares e comunitários cria uma maior necessidade de intervenção dos sistemas formais e jurídicos na protec-

4 A transferência da definição da realidade para o que, sendo tomado como tal, passa a produzir conseqüências subjaz ao teorema de THOMAS *if the men define situations as real, they are real in their consequences*. Esta transferência traduz-se na mudança do objecto de referência da Criminologia, do crime para os processos sociais de selecção da criminalidade. Cf. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, reimp. 1992, p. 345 e ss.

A definição intersubjectiva da realidade permitirá, porém, explicar o convencionalismo e a racionalidade arbitrária da definição de delinquência como se uma definição não intersubjectiva e não convencional da realidade fosse viável? Ou levará a reconhecer, apenas, quão precário é um *ontologismo realista* na definição da realidade? Sobre o papel das representações de violência, cf. NELSON LOURENÇO / MANUEL LISBOA, *Cadernos do CEJ*, Nº 2/91.

5 Nesse sentido, JOÃO FATELA, *O Sangue e a Rua, Elementos para uma Antropologia da Violência em Portugal (1926-1946)*, 1989.

ção das expectativas de segurança e de defesa. Começou, entretanto, a existir uma agressão anónima não integrável pela cultura social (completamente alheia a ideias de honra nos conflitos inter-individuais). Não haverá, assim, na qualidade, mais do que na quantidade dos crimes contra as pessoas, uma modificação que apela à criação de sistemas de controlo social e, nesse sentido, um fundamento objectivo para as representações sociais de insegurança⁶?

No começo desta tentativa, fomos atirados para as águas insólitas da definição da realidade pela subjectividade, embora não nos possamos esquecer de que a subjectividade depende de mutações históricas.

Em face disto impõem-se duas perguntas. A primeira indagará o que mudou na realidade objectiva pressuposta pelo Código Penal de 1982, observando as estatísticas criminais. A segunda questionará o que mudou na realidade subjectiva também pressuposta por aquele Código — o significado do apelo à severidade das penas. E, finalmente, buscar-se-á a formulação do problema da inquietação sobre o sistema penal, no confronto com a revisão do Código Penal de 1982 operada em 1995.

II

AS ALTERAÇÕES ESTATÍSTICAS DA CRIMINALIDADE, A RESPOSTA DO SISTEMA PENAL E A PERCEÇÃO SUBJECTIVA DA VIOLÊNCIA

Na observação estatística, a grande modificação surge com o *boom* da criminalidade contra o património (1983) e a inversão definitiva de uma tendência anterior (até 1989) em que os crimes contra as pessoas eram quantitativamente superiores aos crimes

6 Fundamento objectivo, no sentido de racional.

contra o património⁷. Esta situação, que se relaciona com a crise económica contínua, com a instabilidade dos valores tradicionais em que assenta o direito de propriedade subsequente a 1974, com o consumismo e o aumento de necessidades sociais⁸ e com a proliferação da droga, verifica-se na vigência do Código de 1982, em que o furto qualificado é gravemente punido.

A sociedade portuguesa é sancionada pela sua incapacidade de satisfazer a todos os níveis os seus membros e de promover os valores da pessoa. Se conjugarmos esta situação, revelada pelas estatísticas, com o aparecimento de formas mais organizadas e estáveis ou profissionalizadas de criminalidade, justificado, objectivamente, por causas patrimoniais — e mais especificamente pelo consumo de droga —, como o roubo por esticção, o abuso de cartão de crédito, o assalto com seringa e o rapto para obtenção de resgate, poder-se-á colocar a hipótese de ser esta criminalidade que atinge uma superior repercussão na sociedade portuguesa.

A criminalidade profissionalizada não é, obviamente, um fenómeno novo. Contudo, a sua instalação persistente na sociedade, a sua sofisticação progressiva e, finalmente, a sua internacionalização condicionam os fenómenos de descrença no sistema penal.

A alteração qualitativa da situação estatística dos crimes contra o património, para uma criminalidade com causas objectivas patrimoniais associada a métodos profissionalizados e violentos contra as pessoas, é acompanhada de algumas modificações do *modus faciendi* nos crimes contra a liberdade sexual e de uma

7 Cf. *Estatísticas da Justiça*, Ministério da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento, 1974 a 1993.

8 Conexão tradicionalmente explicativa dos crimes contra o património. Cf. V. HENTIG, *Zur Psychologie der Einzeldelikte*, I, 1954, p. 86 e ss., o qual, após um estudo da sociedade germânica dos anos 50, conclui que há uma relação entre a subida das cifras do furto e a situação económica, nos termos da qual a crise económica gerida sem uma política social activa proporciona a conversão de determinados anseios em móveis do furto.

repetição ou maior divulgação de crimes deste tipo contra certas vítimas.

Não só surgem práticas de violação organizada (por grupos de delinquentes), como também adquirem repercussão mediática coacções sexuais ou violações de crianças. Embora as estatísticas não esclareçam esta realidade, é indiscutível que uma tal criminalidade está associada à profunda deficiência de mecanismos de auto-regulação social: a sobredosagem das mensagens de violência e a falta de resposta às solicitações individuais ⁹.

A repercussão subjectiva destas alterações quantitativas e qualitativas da criminalidade, associadas, sem dúvida, a novos modos de vida e de comportamento social, tem implicado um mais intenso apelo à segurança. As representações sobre a ineficácia do sistema, atribuindo a insegurança ao sistema penal, são comuns entre os portugueses tal como o são entre os cidadãos de outros países com estrutura social semelhante ¹⁰.

Mas o apelo sentimental e imediatista à reforma do sistema penal, as explosões de insatisfação popular contra os tribunais criminais e o desenvolvimento do interesse dos *media* pelo crime e pela justiça penal revelam, sem dúvida, uma incapacidade gene-

⁹ Assim JACQUES LÉAUTÉ, *Notre Violence*, 1977. Note-se, porém, que estas formas de violência (sobretudo violência sexual) não são uma novidade do nosso tempo. JOÃO FATELA (ob. cit.) analisa a violência integrada nos anos trinta, em que os homicidas eram mais bem tolerados do que os ladrões. Sobre a história da violência e da sua definição, muito interessa CLAUDE GAUVARD, *Crimes Ordinaires au Moyen Age*, Histoire, Nº 168 (1993), número temático dedicado ao crime (*Le Crime, Juges et Assassins depuis 50 Ans*). Diz o autor que *os escritos medievais são pois responsáveis, em primeiro lugar, pelos estereótipos que circulam sobre a violência. Conformarmo-nos com isso corresponderia a olvidar que eles se inscrevem no que se pode designar um discurso e uma pedagogia da violência* e indica como referência bibliográfica JEAN DELUMEAU, *La Peur en Accident*, 1978.

¹⁰ O que se pode verificar pela discussão pública que precedeu o Código Penal francês de 1994 e explica o rigor de algumas das suas soluções.

ralizada da sociedade portuguesa enfrentar o que define como causas da criminalidade.

O clamor pelas penas é uma espécie de catarse da dificuldade de desenvolver uma política social anticrime, com ressalva de intervenções actuantes no plano da prevenção, como o Projecto Vida. É, no fundo, parafraseando JACQUES LEAUTÉ, o apelo à contraviolência do Estado em substituição de uma orientação para a antiviolença ¹¹.

III

A QUESTÃO DA REFORMA A REVISÃO PERANTE A REFORMA

De qualquer modo, impor-se-ia uma reforma do sistema penal? O sistema deveria ser substancialmente alterado também na concepção sobre os pressupostos das reacções penais ou na definição dessas reacções?

Pode considerar-se que a reforma de um Código Penal que vise adequá-lo a novas exigências da realidade terá de contemplar as seguintes questões:

- a) A repercussão no sistema penal dos valores considerados essenciais para a coesão social, de modo a repercutir nos tipos criminais e correspondentes sanções a hierarquia axiológica constitucional e o sentido da resposta sancionatória ao crime;
- b) A aptidão das sanções do sistema para reagir ao problema do crime e a orientação dos juizes para assegurar a respectiva eficácia;
- c) A adequação das concepções sobre os fundamentos da responsabilidade penal e os fins das penas às novas manifestações de criminalidade e às exigências de eficácia do sistema;

¹¹ Cf. JACQUES LÉAUTÉ, ob. cit., p. 172 e ss.

d) A articulação do sistema instituído pelo Código Penal com outras áreas da ordem jurídica e com outras formas de intervenção contra a criminalidade e as suas causas.

O primeiro nível de reforma impõe uma discussão e um compromisso entre os diversos sectores da sociedade. A presente revisão do Código Penal, introduzindo alguns novos tipos de crimes, iniciou já uma reforma. Os crimes contra o ambiente, a propaganda do suicídio, a modificação sistemática dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o tráfico de influência e o reforço da protecção penal da privacidade revelam uma verdadeira repercussão de novos valores no sistema penal. Todavia, é duvidoso que essas inovações sejam suficientes ou pelo menos demonstrem uma linha clara de promoção valorativa.

Mas haverá novos valores? No caso afirmativo, quais serão esses novos valores da coesão social?

A primeira intuição que surge como hipótese é a de os novos valores da coesão social permitirem a todos os indivíduos que sejam, livremente, eles próprios, contra novas manifestações de poder social. Nesse sentido, a resposta da revisão, dando mais relevo à privacidade ou à liberdade e autodeterminação sexual, será correcta, mas também se justificaria uma protecção mais intensa de formas de corrosão da pessoa em situações de especial carência ou debilidade.

Não ousou a revisão incriminar o assédio (ou importunação sexual), a exibição degradante do corpo humano nos meios de comunicação social acessíveis a crianças e adolescentes¹² e a

12 O tema da incriminação da pornografia degradante do corpo humano, sobretudo (mas não só) da imagem social da mulher, continua a ser tabu, a pretexto de um certo relativismo moral e da liberdade dos *media*. Todavia, o estudo do eventual carácter criminógeno de tais manifestações ou da perturbação do livre amadurecimento da personalidade das crianças não pode ser impedido por essa pré-compreensão.

discriminação por motivos sexuais no emprego, por exemplo. Nem o legislador foi coerente, ao renunciar a um critério único na enunciação das circunstâncias exemplificativas no homicídio qualificado (art. 132º).

Na verdade, a especial censurabilidade ou perversidade requerida no homicídio qualificado tanto pode resultar do modo de cometimento do crime, que revela uma maior energia do agente e consequente debilidade da vítima, como da qualidade da vítima (titular de cargo ou funcionário público)¹³. Todavia, nada indicia que o homicídio cometido pela autoridade, em manifesto abuso de poder, seja, à luz do Código Penal, especialmente censurável. E a especial dependência ou fragilidade da vítima não é acolhida também, expressamente, como indício de maior censurabilidade. Persistindo a circunstância exemplificativa do parricídio, cristaliza-se, assim, uma concepção de coesão social baseada em valores patriarcais e de autoridade. O eixo dos tipos expressivos não inflectiu para uma especial censurabilidade revelada pelo abuso de poder, qualquer que ele seja¹⁴.

Por outro lado, revela-se uma aparente incoerência na simultânea autonomização da liberdade e autodeterminação sexual e na atribuição de natureza semipública a estes crimes, mesmo quando deles possam ter decorrido ofensas corporais graves (art. 178º, nº 1). A justificação desta solução pelo interesse da vítima é, de algum modo, conivente com uma escassa consciência dos direitos e uma diminuta confiança na justiça penal. Na realidade, numa sociedade em que é assinalada, pelo

13 Art. 132º, nº 2, al. h), do Código Penal.

14 Sobre o papel das alíneas na fundamentação da agravação da culpa por homicídio, cf. FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Especial (Crimes contra as Pessoas)*, 1983, *O Homicídio Qualificado no Novo Código Penal Português*, Revista do Ministério Público, Ano 4º (1983), V. 15, p. 59 e ss., e TERESA SERRA, *O Homicídio Qualificado. Tipo de Culpa e Medida da Pena*, 1990.

relatório Boaventura Sousa Santos¹⁵, uma fraca tendência para o recurso aos tribunais não seria mais adequada uma outra perspectiva sobre o direito de queixa ?

Na realidade, se confrontarmos as conclusões do referido relatório com as soluções consagradas no art. 178º fica a inquietação. Onde o art. 178º, nº 2, considera o interesse público (nos casos em que a vítima é menor de 12 anos) como justificação para dar início ao processo, não se deveria acentuar o interesse da vítima (ou o bem da liberdade e autodeterminação sexual sem limite de idade) ? Se o valor tutelado é a liberdade e autodeterminação sexual qual é a relevância da idade da vítima para justificar a promoção penal pelo Ministério Público¹⁶ ?

A mesma questão resulta, aliás, da qualificação como semipúblico do crime de maus tratos entre cônjuges. Também aí, onde mais importante se torna proteger a vítima, o Código Penal permite a não intervenção judicial e promove a autocomposição

15 Cf. BOAVENTURA SOUSA SANTOS / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES / JOÃO PEDROSO / PEDRO LOPES FERREIRA, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, pp. 695 e 696. Aí se diz: *..... parece poder concluir-se que, entre nós, domina menos uma cultura jurídica de fuga à litigação do que uma cultura jurídica de cidadania passiva que se manifesta, de muitas formas diferentes..... O seu lado escuro reside exactamente no facto de não se pautar por critérios de cidadania, de igualdade formal e de garantia de direitos. Nesta medida, as partes num litígio por qualquer razão mais vulneráveis, tendem a ver a sua vulnerabilidade directamente traduzida na injustiça da resolução do litígio, sobretudo se não tiverem saída ou acesso para os mecanismos oficiais de resolução do litígio, nomeadamente os tribunais. A consciência desta vulnerabilidade é o que determina a propensão à resignação. Vimos no inquérito, como é, em geral, elevada a propensão à resignação, traduzida na alta percentagem de decisão pela inacção perante comportamentos lesivos dos interesses, sendo particularmente elevada nas relações domésticas patriarcais, ou seja, nos casos em que a mulher foi vítima da agressão pelo cônjuge.*

16 A justificação pelo interesse público só pode ter, aliás, na minha opinião, a interpretação de que o critério do interesse público é o interesse da vítima, não sendo concebíveis contradições relevantes entre o interesse público e o da vítima.

do conflito. Mas trata-se de situações em que a não utilização dos tribunais é sintomática da fraca afirmatividade dos direitos humanos e de uma autocomposição puramente negativa. A melhor solução seria uma resposta do sistema judicial com respeito pela privacidade e intimidade da vítima. Não haverá modo de fazê-lo sem estabelecer a necessidade de queixa ?

E, finalmente, para cupular este sistema algo relativista quanto aos valores sexuais e familiares (e à sua relação com os costumes sociais), permanece a norma do art. 179º, oriunda da versão primitiva do Código Penal de 1982, que, na sua flexibilidade valorativa, não permite ao juízes penais encontrar o caminho claro para uma subtração a práticas rotineiras. A violação de uma filha menor não implica necessariamente inibição do poder paternal ? E essa inibição não é nunca definitiva ?

No art. 179º, estabelece-se com certeza uma confusão entre direitos e deveres paternos e, de modo imperceptível, vai perdurando a ideia de que a autoridade paterna é, apesar da ofensa à liberdade ou autodeterminação sexual, um valor basilar da nossa sociedade: um direito civil, fundamental, na linguagem do art. 30º, nº 4, da Constituição.

A dificuldade de controlo pelo legislador de todas as consequências da revisão deve ser suprida, com respeito pelo princípio democrático, através da doutrina, mediante uma interpretação que elimine contradições valorativas¹⁷. Dissimulada por uma excessiva compreensão das formas sociais de autocomposição de conflitos, prevalece uma perspectiva errada do papel do sistema penal na promoção de valores. Na realidade, como é possível a firme intervenção penal nos crimes contra a natureza, em tipos tão flexíveis que podem englobar o derrube de ninhos de cegonhas e a exterminação persistente de uma espécie animal (art. 278º) e deixar a sociedade entregue aos seus costumes de passividade nos crimes sexuais ?

17 Cf. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., trad. J. BAPTISTA MACHADO, 1968, p. 257 e ss.

A revisão contempla, assim, o enquadramento de novos valores, isto é, a problemática da reforma, com aparente timidez. Nos crimes contra o património, as alterações introduzidas desfazem o amálgama anterior, em que os valores pessoais e patrimoniais se fundiam e em que a qualificação podia atingir condutas concretamente pouco graves (como o furto de coisa fechada em gaveta, cofre ou receptáculo) com uma medida legal da pena amplíssima (art. 297º da versão originária do Código Penal de 1982). Todavia, permanecem equiparados casos em que a ameaça contra as pessoas está latente [als. *b*) e *d*) do nº 1 do art. 204º], e outros em que apenas está em causa a técnica de cometimento [al. *e*) do nº 1] ou a persistência da conduta criminosa [al. *h*) do nº 1].

É, aliás, discutível que a qualificação do furto seja afastada quando a coisa furtada possua diminuto valor, nos casos em que o meio empregado é perigoso para as pessoas [caso da al. *f*) do nº 2 do art. 204º, aplicável, igualmente, ao crime de roubo, previsto no art. 210º, nº 2, al. *b*)]. Como qualificar a vulgar tentativa de roubo (ou de furto) com seringa, em face destas disposições? Não poderá o crime ser qualificado quando a vítima tiver somente 500\$00 na carteira, mesmo que o dolo do agente não ultrapasse este valor? Poderá, nessa hipótese, considerar-se que há um perigo para a vida da vítima, previsto na al. *a*) do nº 2 do art. 210º, que não é compatível com o privilegiamento resultante do diminuto valor da coisa? A aplicabilidade ao roubo da cláusula do art. 204º, nº 4, merece ser discutida à luz de uma perspectiva de qualificação das ofensas contra o património em função de valores pessoais.

Os objectivos da revisão revelam-se mais nitidamente nas alterações da Parte Geral do Código Penal. Em que medida interferem estas alterações na tutela penal da pessoa?

Uma das principais medidas da revisão é, aliada ao princípio, já consagrado em 1982, da eleição da pena de multa como alternativa obrigatória de pena de prisão até 6 meses, a prolifera-

ção da pena de multa alternativa, acompanhada de um novo sistema de garantia do cumprimento da multa.

A esta solução acresce a introdução de novo condicionamento na suspensão da execução da pena de prisão (art. 50º), tornando mais intenso o compromisso do julgador com o êxito da suspensão e dando-lhe um novo sentido de eficácia punitiva.

Também a prestação de trabalho a favor da comunidade emerge com maior importância: na prisão até 6 meses, é alternativa obrigatória à prisão, paralela à multa (art. 44º).

E, finalmente, a liberdade condicional é fortemente restringida nos seus requisitos, sobretudo nos crimes contra as pessoas¹⁸.

O traço comum de todas as inovações aqui referidas sinteticamente é, afinal, este: **intensificação dos efeitos sancionatórios das medidas alternativas à pena de prisão**. Tal pensamento reformador não é contrário às preocupações de segurança que dominam as representações sociais, apenas lhe faltando ainda uma articulação pormenorizada com a execução da pena de prisão, que o art. 43º, nº 2, remete para legislação especial.

Todavia, a ideia reformadora desta revisão terá, seguramente, o seu caminho próprio, apenas iniciado neste momento. Se se dá a orientação firme de substituir a pena curta de prisão, aumentando, simultaneamente, as penas por razões de prevenção geral, então o efeito retributivo de medidas alternativas à pena de prisão, como a multa, domina nos casos de pouca gravidade do ilícito e da culpa e a lógica preventiva-especial será remetida para as hipóteses de ilicitude e culpa graves a que se aplica pena de prisão.

O esquema reformador que se divisa implicará, então, a conotação retributiva da multa nos crimes menos graves e a conotação preventiva-especial da prisão nos casos mais graves, sempre com fundamento na prevenção geral (positiva ou negativa)? Haverá, afinal, um tal compromisso entre retribuição e prevenção, pese embora a sua rejeição expressa no art. 40º? E a

18 Art. 61º, nº 4, do Código Penal.

preterição da pena de prisão pela multa corresponderá a uma renúncia à prevenção especial ?

Mas estas perguntas questionam, igualmente, as alternativas de reforma possíveis e a adequação do sistema penal à realidade e às respectivas representações sociais. Como se disse, trata-se de saber qual o problema da reforma do sistema penal que estes aspectos da revisão precipitam.

Com este grupo de perguntas, torna-se óbvio que os fins do sistema penal numa sociedade democrática são directamente questionados. Sempre se tem dito que a velha antinomia entre prevenção e retribuição deixa de poder ser referida a um plano de valores absolutos para se situar num horizonte de fins e de legitimidade do sistema. É claro que, nesse campo, a justificação da retribuição tende a ser a prevenção em qualquer das suas manifestações. Mas deveremos introduzir nesse plano o problema da própria eficácia. Não há legitimidade sem eficácia (embora a eficácia não esgote a questão da legitimidade).

Ora, a multa alternativa à prisão é eficaz preventivamente ?

Se pudéssemos admitir que, na perspectiva da prevenção geral negativa, a multa seria adequada (onde a intimidação da pena funcione), haveria que reconhecer uma conflitualidade insuperável entre a chamada prevenção geral de integração e a multa. Na verdade, que expectativas e crenças na validade do direito se consolidam e se apaziguam com a pena de multa ?

A multa retributiva tem um fraco desempenho a esse nível, pois a sua simbologia prevaiente é a de passaporte ou bula para a infracção. De resto, ao contrário do que sucede com a prisão, a pessoalidade da multa pode ser subvertida na prática: o agente pode repercutir o seu custo económico noutra pessoa.

Voltando à prevenção geral negativa, deveremos reconhecer que onde não se prova a eficácia intimidatória da prisão também tende a não se provar a da multa. As sanções pecuniárias são sobretudo adequadas a uma criminalidade sensível aos valores económicos.

De tudo isto resultará que a multa apenas se justifica na área dos crimes em que outras penas alternativas à pena de pri-

são sejam inadequadas e a não punição redunde numa ausência de intervenção do sistema penal. A multa alternativa será, aí, um tampão do sistema, expressão de uma intervenção mínima ou residual.

A idêntica conclusão se chega no âmbito da prevenção especial. A pena de multa só é, igualmente, adequada quando a prevenção especial não é eficaz ou não é de todo concebível.

A excessiva generalidade dos arts. 44º e 70º não assimila o papel efectivo da pena de multa num sistema penal. Nesse sentido, dentro da linha geral da revisão — da efectivação preventiva dos meios alternativos à prisão —, a multa surge como elemento rígido, incapaz de exprimir, por si, uma opção quanto às finalidades da punição.

Qualquer opção quanto à multa alternativa à prisão deixa a descoberto o problema de reforma subjacente: o da eficácia e adequação do sistema à realidade ou às suas representações sociais. A eficácia e a adequação exigem que encaremos muito frontalmente o mal congénito do sistema penal. Sendo resposta ao crime, a sua essência é a incapacidade para apagar da face da sociedade o crime e ainda a sua permanente aptidão criminógena (através dos processos de selecção social). A sua essência é a ineficácia relativamente ao que o justifica e a sua contínua e renovada necessidade de justificação e de reforma. É, assim, uma banalidade inevitável reconhecer-se que nunca se estará contente com um certo sistema penal porque a sua existência é, seguramente, expressão de um mal.

A necessidade de reforma para que o reforço das medidas alternativas à pena de prisão apela é, aparentemente, orientada pela eficácia. Mas não se sabe bem em que consiste tal eficácia. Enquanto o legislador da revisão relaciona a eficácia com uma miscigenação de prevenção geral de integração, prevenção especial de ressocialização e retribuição não assumida, a crítica sugere que a eficácia é exclusivamente prosseguida em sede de prevenção geral negativa, pelo aumento das penas. Sendo, sem

dúvida, mal colocado o problema da eficácia por esta última crítica, pois não há uma relação de causa e efeito entre o aumento das penas e a diminuição dos crimes¹⁹, não há, todavia, na miscigenação assumida na revisão uma inteira solidez²⁰:

19 PAGLIARO, apesar de negar a existência de uma relação de tipo *económico* entre aumento das penas e diminuição do crime, refere que o facto de se ter como provado o papel preventivo da certeza quanto à aplicação de uma sanção equivale a ter demonstrado que as sanções penais têm um efeito de prevenção geral enquanto possuem um certo grau de severidade. Cf. *Verifica Empirica dell'Effeto di Prevenzione Generale*, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1986, p. 501 e ss.

Note-se, aliás, que os estudos empíricos sobre a prevenção geral não conduzem, para a grande maioria dos crimes, como afirma HEINZ SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, Festschrift für Jescheck, 1985, p. 1081 e ss., a um aumento das penas. Segundo este autor, qualquer pena que demonstre (clarifique) a violação da norma e não inocente o autor é adequada a reabilitar a tarefa preventiva-geral do direito penal. Esta conclusão resulta da constatação de que a sensibilidade subjectiva à pena consiste, para a média da população, numa estrita desvalorização moral da pena, de modo que o risco de ser descoberto e punido não é aceitável. Se esta distância relativamente ao crime for mantida, o efeito preventivo-geral dispensa a elevação das penas. A tese que este e outros autores propugnam, em sintonia com a chamada **adaptation level theory** de HELSEN, é, assim, a de que a diminuição das penas não aumenta essencialmente a criminalidade. Reconhece-se, todavia, que no furto e no roubo esta tese não se confirma inteiramente. De qualquer modo, não será nos crimes mais frequentes contra o património que o efeito de prevenção geral de integração justificará o aumento das penas. A elevação das penas não parece conduzir senão a uma estabilização das expectativas sociais sobre a validade e a vigência das normas penais, relativamente inútil para uma diminuição real dos crimes contra o património.

20 Devo fazer ainda uma breve menção às soluções da revisão quanto aos crimes contra a integridade física. Uma lógica difícil de identificar mexeu num sistema anterior harmonioso valorativamente para, em nome de um efeito imediato de condicionamento da decisão judicial, libertar o sistema penal (ausentá-lo) das pequenas conflitualidades sociais que enxameiam os tribunais e as estatísticas da criminalidade. Sem questionar o valor da acção e das convicções inspiradoras dos revisores, das suas propostas resultou uma

(Cont.)

a) Não se explica em função de que eficácia se determina a agravação das penas, para que a sua legitimidade seja aferida ante o art. 40º do Código Penal (prevenção geral negativa ou positiva ?);

b) Não se esclarece em função de que eficácia se elege a multa como sanção alternativa preferencial à prisão (é a lógica da retribuição a sobrepor-se à lógica da prevenção especial ?);

c) Não se explicita como se deve resolver a conflitualidade entre a prevenção geral de integração e a prevenção especial de ressocialização.

Se houve uma elevação das penalidades nos crimes contra as pessoas, ela terá de ser repercutida na medida concreta das penas e é preciso saber como. Perguntar-se-á, deste modo, se

espécie de política criminal de sucesso quanto à libertação da pena de prisão nas ofensas corporais simples. Onde os julgadores não poderiam provavelmente recorrer à dispensa de pena por razões de prevenção geral ou de culpa, o legislador criou um novo fundamento de dispensa, nos casos de retorsão ou de impossibilidade de prova de quem meramente a exerceu. De algum modo, foi complacente com a violência-resposta (fora de casos de privilegiamento), pois consagra a dispensa facultativa da pena quando a ofensa corporal surge como retorsão. Mas, desse modo, que lugar fica para o privilégio? Onde há uma intensa razão para atenuar a culpa, deixou de ser sugerida a dispensa. E onde passou a ser sugerida a dispensa, não há, obviamente, uma razão para atenuar especialmente a culpa. A dispensa da pena surge, assim, como uma mera medida de descompressão do sistema, cujos limites éticos não estão bem definidos. Esta solução não foi a do projecto original, que associava a dispensa ao privilegiamento da pena, e não revela uma precedência valorativa em relação às puras medidas político-criminais.

Por outro lado, a responsabilidade penal médica parece ter um tratamento incongruente com a prevenção geral de integração: por um lado, mantém-se a hipótese de dispensa da pena nos casos previstos no art. 148º, nº 2, al. b); por outro lado, a violação dolosa das *leges artis*, prevista como crime de perigo no art. 150º, nº 2, é suprimida.

também é em nome da prevenção geral de integração que a agravção se deve efectivar na actividade judicial.

E tudo isto se envolve na tutela penal da pessoa, na medida em que a problemática das penas adequadas à sua protecção implica uma especial articulação entre os fins das penas e uma certa especificidade do modelo de política criminal. Na verdade, é nos crimes clássicos contra as pessoas que mais parece falhar a prevenção geral negativa e que a prevenção geral de integração, com os seus anseios de segurança e a cobertura implícita da retribuição, melhor funciona. É nos crimes contra as pessoas que mais se joga o papel de barómetro ético do direito penal e que os anseios de justiça mais apelam à retribuição. Mas deverá ela prevalecer sobre a prevenção especial?

Neste núcleo profundo, o sistema penal envolve-se com as regras éticas elementares e a sua eficácia não é determinada pelo efeito sobre o crime, mas pelo efeito sobre a consciência dos valores e da sua hierarquia. De algum modo, os mais graves crimes contra as pessoas sugerem uma dimensão mais profunda da prevenção geral de integração (habitualmente definida como crença na validade das normas): a certeza quanto aos valores primordiais que justificam a própria existência do Estado e a titularidade do *ius puniendi*. O modelo de eficácia directa sobre o crime ou de regulação externa do funcionamento da sociedade adquire aqui vestes eticizantes, identificando a própria sociedade. As questões fundamentais da reforma tornam-se éticas, englobando uma redefinição da hierarquia de valores e a interacção entre as responsabilidades social e individual ²¹.

²¹ Esta interacção é uma questão central de toda a reforma penal, penetrando o modelo jurídico tradicional, com as suas estruturas próprias de decisão, através de uma definição sociológica da realidade do crime, tradicionalmente dominada por uma lógica crítica e não decisória. Sobre a interacção entre as estruturas relevantes para os juristas e os sociólogos, a propósito da conexão entre responsabilidade colectiva e individual, cf. KLAUS LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung — individualisierende Haftung*. Ein

(Cont.)

A problemática dos modelos de eficácia das penas é condicionada pela necessidade de manter a hierarquia dos valores. A prevenção geral e a prevenção especial só funcionam como limite racional e não como fundamento legitimador (invertendo-se a perspectiva da culpa como princípio restritivo e sendo antes a própria prevenção a desempenhar um papel restritivo).

Só neste contexto se justificará o aumento de penas nos crimes contra as pessoas (sobretudo no caso do homicídio). Mas ao juiz que, na solidão do seu poder, tem de condenar por homicídio será legítimo sobrepor a necessidade-eficácia (se calhar puramente imaginária ou subjectiva) a uma censura de culpa em função de estabilização dos valores? Não se lhe poderá apenas pedir que limite o peso da sua mão em nome da necessidade-eficácia, do bem-estar da sociedade e do próprio delinquente?

A estas últimas considerações gerais, que sugerem ser o problema central da reforma penal o da eficácia ²² legitimada por certos fins, acresce uma pergunta essencial: os velhos modelos de eficácia respondem às novas manifestações de criminalidade e, nomeadamente, de criminalidade contra as pessoas?

Esta última pergunta surge como o mais profundo incómodo que a opinião pública provoca nas convicções penalísticas das últimas décadas. A política criminal contemporânea, ideologicamente humanista, formou-se na moderação dos sistemas penais repressivos, alertando para o seu papel violento e criminógeno. Na sua moderação e criticismo do sistema penal tradicional, escondeu a crítica à estrutura social injusta.

Grundwiderspruch der modernen Kriminalpolitik?, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, II, 1980, p. 737 e ss.

²² Sobre o conceito de eficácia, central no debate acerca da reforma penal na Grã-Bretanha, veja-se *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, edit. Stewart Field / Philip Thomas, 1994. Interessante é, ainda, TERENCE MORRIS, *Crime & Criminal Justice since 1945*, 1989.

A criminalidade que constituía o seu referente era a criminalidade violenta contra as pessoas e contra o património. Os criminosos eram os indivíduos desintegrados socialmente. A cura dessa criminalidade foi concebida como reintegração social. Como doença congénita subsiste a criminalidade deste tipo, mas o aprofundamento da democracia descobriu a criminalidade dos integrados, dos poderosos, dos titulares do poder. O poder deixou de apagar o crime, passando mesmo a identificá-lo.

E esta novidade na definição da criminalidade geral permite compreender a uma luz nova a protecção das vítimas e as profundas distinções na delinquência e na eficácia do sistema. Contra a **criminalidade-poder** não se poderá esgrimir a reinserção social, como modo de prevenção especial. A **criminalidade-poder** não é desculpável pela responsabilidade social, pois ela é conservadora da estrutura social. O tráfico de droga ou os negócios dos lixos tóxicos, por exemplo, não são explicáveis, exclusivamente, à luz do paradigma de MERTON²³ — do crime como meio não institucional para alcançar fins institucionais. Aquelas condutas constituem antes meios não institucionais de conservação da estrutura consumista, de dependência e até de aviltamento humano. Estarão em causa, então, quando muito, meios não institucionais de preservar o fim institucional, que é a manutenção de uma circulação constante e *esquizofrénica* de capitais²⁴.

O sistema (penal) que reage contra a criminalidade organizada, económica e ambiental dos poderosos é um sistema de pura defesa da sociedade e da democracia. É defesa antipoder.

23 Assim, R. MERTON, desde *Social Theory and Social Structure*, 1ª ed., 1949; cf. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Criminologia*, cit., p. 321 e ss.

24 No sentido de GILLES DELEUZE / FÉLIX GUATTARI, magnificamente definido no *Anti-Édipo, Capitalismo e Esquizofrenia*, 1972.

É preservação essencial do Estado de direito democrático e de justiça²⁵.

Nesse sentido, a política criminal liberal é uma resposta insuficiente e inadequada. O sistema penal necessita de encontrar respostas ofensivas que enfraqueçam o poder delinquente, cortando-lhe os circuitos de manutenção e reprodução e controlando as fases de mera colocação em perigo dos bens jurídicos. A luta do direito penal contra o crime é, deste modo, uma ofensiva contra uma estrutura, em que a proibição legal identifica os quadros de poder institucional criminoso.

Não é, todavia, possível pensar que a introdução deste dado novo no problema penal implica um direito penal repressivo do cidadão delinquente individualmente considerado, num retorno a uma prevenção geral feroz, em que o agente criminoso é devorado em nome da defesa da sociedade.

Há, necessariamente, uma distinção entre a repressão da estrutura e o sancionamento dos seus agentes²⁶. A necessidade de punir fundamenta-se na defesa contra estruturas sociais criminosas, mas a punição do indivíduo não deixará de aceitar o pensamento da culpa.

25 Resta saber se é legítimo impor, neste contexto, acriticamente, a lógica penalística tradicional que sempre equacionou a relação punitiva *naturalisticamente*, como defesa do Estado contra o crime, e que tem sido persistentemente rejeitada pela análise sociológica, através de uma concentração do pensamento sobre o crime nos processos de definição social (instâncias de controlo da criminalidade). A criminalidade dos poderosos parece, na verdade, revelar uma alteração nas instâncias de definição da delinquência, mas não implica uma modificação do modo de definição.

26 É fundamental acentuar a autonomia das estruturas jurídicas de imputação pessoal, em face de modelos sociológicos de explicação causal da criminalidade. Sobre a legitimidade da manutenção dessas estruturas, LÜDERSSEN, text. cit., p. 746.

A reinserção social, todavia, é um conceito inadequado a estes casos de **criminalidade-poder** (corrupção, tráfico de influência, criminalidade económica, tráfico de armas e de droga) pois é o elevado nível de integração social (de poder social) que permite o crime. Como diz SCHELLHOSS, *nenhum delinquente adaptado aos standards da vida burguesa está necessitado de ressocialização.*

Mas a medida mais eficaz contra esta criminalidade é a que obsta ao acesso ou à recuperação dos meios de actividade criminosa e impede que a pena (ou a coima) seja um mero custo empresarial. Que eficácia tem a multa (e até, em alguns casos, a prisão) onde o capital obtido na actividade criminosa se branqueia e o lucro económico compensa ?

A eficácia directa do sistema penal quanto às manifestações da nova criminalidade não passa, obviamente, pelo constante aumento das penas de prisão ou pelo recurso constante à pena de prisão, mas pela investigação das formas de controlo do acesso ao poder delinquente e pela tipificação de limitações da actuação social que impeçam a reprodução da criminalidade. E o grande desafio da reforma penal que esta revisão coloca à imaginação é a investigação de tais formas de controlo.

Seria injusto afirmar que o legislador de 1995 não teve imaginação. Todavia, é necessário reconhecer que, não estando em 1995 suficientemente amadurecidas as condições de uma reforma do sistema, essa tarefa tem de ser uma preocupação contínua da sociedade portuguesa.

SEM SOMBRA DE PECADO
O REPENSAR DOS CRIMES SEXUAIS
NA REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

TERESA PIZARRO BELEZA

À memória de Eduardo Correia

Em resposta ao amável convite do Sr. Dr. Armando Leandro, Director do Centro de Estudos Judiciários, para participar nestas Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, escolhi o tema *crimes sexuais* por duas razões principais.

Por um lado, os *crimes sexuais* são talvez o ponto em que houve, nesta revisão de 1995, alterações mais profundas e em maior quantidade: os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros, as penas foram alteradas e a maneira de dizer da lei filia-se num ideário diferente. O *pecado* — como sombra da censura social suportando padrões morais de comportamento — cedeu o passo à preservação da liberdade individual.

Por outro lado, eles são campo de eleição para procurar concepções do legislador — e portanto, em alguma medida, das formas de pensar socialmente dominantes — sobre os códigos de relacionamento entre os géneros, ou seja, como eu a vejo, a construção legal-social das identidades feminina e masculina; por exemplo, o desaparecimento da *provocação* da vítima como atenuante modificativa especial — ainda existente no Projecto de 1991 saído dos trabalhos da Comissão Revisora¹ — no crime de violação é, deste ponto de vista, significativo de uma alteração nestas concepções. Assim sendo, os *crimes sexuais* podem contribuir de forma relevante para uma análise jurídico-antropológica da nossa contemporaneidade².

1 Cf. *Código Penal Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 246 e ss.

De ora em diante, esta publicação será referida como *Actas*.

2 Cf., da autora, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, AAFDL, 1993.

SENTIDO GERAL DA REVISÃO DE 1995

Algumas das alterações do Código Penal agora levadas a cabo vêm dar satisfação ou procuram dar resposta a críticas, quase contemporâneas do início da sua vigência em 1983, radicadas em:

- *Desequilíbrios* totalmente irrazoáveis das *medidas legais das penas*.

Esses *desequilíbrios* verificavam-se sobretudo entre os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, mas também entre estes e os *crimes sexuais*^{3,4}.

- Dificuldades sentidas pela Jurisprudência na *efectivação* justa e previsível dos preceitos legais.

Estava em causa o uso de *cláusulas indeterminadas* — como o *valor consideravelmente elevado* enquanto fundamento de agravação do crime de furto — que em alguns casos significavam também o comprometimento do Código Penal com visões *morais* discutíveis numa sociedade constitucionalmente declarada plural e tolerante. Assim, os *actos que violam, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual*⁵, referência de alguma sorte substituída pela expressão *acto sexual de relevo...* (arts. 163º e ss., CP95⁶).

3 Nos termos do art. 2º, als. a) e b), da Lei nº 35/94, de 15 de Setembro — Autoriza o Governo a rever o Código Penal —, pretende-se agravar as penas dos crimes cometidos com violência e eliminar as assimetrias.

4 Só na versão de 95 os *crimes sexuais* entram no título dos crimes contra as pessoas.

5 *Atentado ao pudor* em sede de *crimes sexuais* — art. 205º, nº 3, do Código Penal na versão original de 1982.

6 Passarei a usar a abreviatura CP82 para designar o texto do Código Penal ainda em vigor no momento em que esta conferência foi realizada — Julho de 1995 — e CP95 para referir a versão revista pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, que entrou em vigor no dia 1 de Outubro de 1995.

- Preocupações de *justiça* difusas na auscultação e indução da opinião pública levadas a cabo pelos *mass media*.

Será certamente o caso das novas agravações dos *crimes sexuais* com vítimas menores de 14 anos de idade, expressamente realçados no texto do Preâmbulo (nº 8) do Dec.-Lei nº 48/95. Neste, o legislador é particularmente enfático na referência a esses casos de *particular vulnerabilidade da vítima*, chamando a atenção para a *dupla agravação* que os *crimes sexuais* praticados contra menores sofrem nesta Revisão.

Ainda assim, nada nesta Revisão autoriza, do meu ponto de vista, a dizer-se que estamos perante um novo Código: a filosofia e as preocupações centrais do legislador não se alteraram no essencial. Antes pelo contrário. Algumas mudanças — e algumas permanências — serão porventura explicáveis como as medidas necessárias para a manutenção eficaz dos pontos de partida do Código Penal na versão original de 1982⁷. Os limites gerais das penas não se alteraram significativamente, a aposta legal nas medidas não detentivas acentua-se, a descriminalização e a neocriminalização mantêm-se dentro de limites contidos. Não se trata, certamente, de substituir um Código Penal por outro.

Sinal certo dos tempos é a insistência, expressa no texto do Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, na necessidade de *legitimação* do diploma⁸. É notório que o Governo não ficou indiferente à proliferação dos discursos sobre delinquência, insegurança e tópicos

7 Art. 2º da Lei nº 35/94:

O sentido da autorização é o de desenvolver as grandes linhas de política criminal que enformam o Código.....

8 Preâmbulo, nº 4: o *descrédito* para a justiça penal gerado pelo uso da suspensão da execução da pena de prisão em vez de multa efectiva para as condenações de delinquentes primários, i.e. não reincidentes ou habituais;

Preâmbulo, nº 8: o *alarme social* que provocam os crimes graves a justificar um maior rigor na concessão de liberdade condicional aos condenados por esses crimes.

afins, apesar da resistência a ceder às pressões da *psicose da insegurança* e da recusa em ultrapassar o limite dos 25 anos como pena máxima. O mesmo aliás se poderá dizer da Oposição. Nunca em Portugal a opinião pública foi tão obsessivamente solicitada para as questões ligadas à Justiça, em particular a penal. Terá havido poucos momentos políticos em que tanto se terá jogado, na conquista de territórios eleitorais, em sede de políticas de *law and order*.

A revisão de 1995 parece ter sido fundamentalmente desencadeada pela percepção, que se foi tornando evidente, de um desajuste das escalas de penas abstractas na Parte Especial⁹. Mas o legislador aproveitou a ocasião para proceder a outros ajustamentos, alguns dos quais talvez já tivessem sido possíveis em 1982, mas porventura dificultados pela *negociação* entre a pressa governamental de então¹⁰ e a veneração pelo essencial do *Projecto Eduardo Correia* e a figura do seu autor, que já não presidiu à revisão, mas cuja presença tutelar era evidente¹¹.

Em sua memória, e pela enorme estima e saudade com que pessoalmente o recordo, lembrarei mais uma vez que os desequilíbrios das penas na versão de 1982 não resultavam, em geral, da sua versão do *Projecto*, mas dos ajustamentos *políticos* finais. Considerado em si mesmo, o *Projecto Eduardo Correia* tinha uma escala geral de penas muito mais equilibrada e aceitável do que o Código votado em 1982.

⁹ Cf., da autora, *A Mulher no Direito Penal*, Cadernos Condição Feminina, Nº 19, 1984.

¹⁰ Cf., da autora e outros, *Direito Penal II*, AAFDL, 1985, entrevista de Menéres Pimentel.

¹¹ Sobre a génese e feitura do CP82 e as vicissitudes por que passou o Projecto de Revisão, cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *O Código Penal de 1982 — Subsídio para uma Compreensão Histórica da sua Génese*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVIII, p. 265.

A REVISÃO DA PARTE ESPECIAL

Na **Parte Especial**, o CP95 reorganizou a sua *sistemática*: os crimes contra interesses individuais — pessoais ou patrimoniais — têm agora precedência (sistemática) sobre os crimes contra interesses colectivos, mesmo os actos contra a paz e a humanidade.

Os crimes contra o Estado continuam a fechar o elenco da Parte Especial.

Surtem algumas *novas incriminações*: por exemplo, propaganda do suicídio (art. 139^o), abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225^o), tortura (arts. 243^o e 244^o), danos contra a natureza (art. 278^o), perturbação do sossego através de telefonemas, equiparado à violação de domicílio (art. 190^o, nº 2), instrumentos de escuta telefónica (art. 276^o).

O Preâmbulo (nº 7) do Dec.-Lei nº 48/95 assinala a *revelação* de novos bens jurídico-penais (ou novas modalidades de agressão), expressão curiosa, pois parece dar à criminalização um fundamento pré-legal quase *metafísico*... embora se justifique na medida em que os processos de criminalização devam corresponder a convicções de necessidade de protecção socialmente sentidas, filtradas ou desenvolvidas pelos mecanismos da democracia representativa, ou seja, pelas maiorias parlamentares.

Há também lugar a algumas *descriminações*: abandono familiar, crimes contra o Estado — campo em que existe também um abaixamento de alguns limites mínimos da pena de prisão.

É claro que uma avaliação ponderada da reformulação da Parte Especial deveria implicar também uma referência à **não criminalização** de alguns comportamentos cuja inclusão no Direito Penal hoje se discute:

- actos contra o ambiente além do previsto no art. 278^o;

- casos de discriminação não apenas racial, mas também em função do sexo, como a recente versão do Código Penal francês aceita ¹²; ou
- o tão discutido e ironicamente *descartado* assédio sexual, que pode constituir um grave atentado à liberdade e dignidade das pessoas, como as instâncias comunitárias e algumas legislações nacionais ¹³ têm vindo a reconhecer, mas em Portugal é ainda, fundamentalmente, motivo de brincadeira de mau gosto...

Pode ver-se aqui a tensão entre duas tendências contraditórias do Direito Penal contemporâneo: por um lado, uma linha **descriminalizadora**, bem assente no paradigma liberal de intervenção mínima e de preservação da liberdade de decisão e da intimidade privada de cada um; por outro, o peso das reivindicações feministas, que denunciam a abstenção selectiva legal como pensada em função da experiência vivencial masculina e reclamam a jurisdicação, senão mesmo a **penalização**, efectiva ou a adquirir pelos Códigos existentes, de actos tradicionalmente *tolerados* ou escondidos socialmente em que as mulheres foram vítimas *naturais*. Entre eles, os actos de assédio, ou outras formas de pressão ou violência sexual até agora ignoradas ou vistas como *sedução*, *namoro*, actos consensuais e naturais, em suma. Ou, *mutatis mutandis*, as reivindicações de ambientalistas, ou dos defensores do património construído, etc.

¹² Sobre a reforma do Código Penal francês, cf. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Nº 3, juillet-septembre 1993.

¹³ Por exemplo, o recente Código Penal espanhol. Cf., MUÑOZ CONDE, *Principios Inspiradores del Nuevo Código Penal Español*, Cadernos da Revista do Ministério Público, Nº 7.

AS ALTERAÇÕES EM SEDE DE CRIMES SEXUAIS NO CONTEXTO DA REVISÃO

Os *crimes sexuais* são justamente campo de eleição para discussão e *experimentação* de descriminalização. No caso da revisão actual, compare-se, nesta perspectiva, a incriminação do *ultraje público ao pudor* (art. 212º, CP82) com a incriminação do *exibicionismo* (art. 171º, CP95).

FIGUEIREDO DIAS enunciou, no seio da Comissão Revisora, o *credo* do paradigma moderno liberal do Direito Penal sexual: **as actividades sexuais entre adultos, em privado, agindo de livre vontade são lícitas**.

Ou melhor, o Direito Penal não tem legitimidade para nelas se intrometer ¹⁴. Só o carácter *coagido*, ou a *publicidade* com incómodo de terceiros, ou a *imaturidade* do parceiro poderão ser campos de actuação legítima da dissuasão penal em matéria de sexo.

O bem jurídico a proteger será, em qualquer caso, a **liberdade** ¹⁵. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até à adolescência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade.

Como já referi, os *crimes sexuais*, agora epigrafados de **crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual**, foram certamente dos mais afectados pela Revisão:

- a sua colocação sistemática alterou-se autonomamente — i.e., não deriva apenas da reorganização em bloco da Parte

¹⁴ Cf. *Actas*, p. 247: *não é crime qualquer actividade sexual..... praticada por adultos, em privado, e com consentimento*.

¹⁵ Cf. *Actas*, p. 246: *agora estamos perante a protecção da liberdade sexual das pessoas.....*

Especial, que agora conjuga os crimes contra interesses individuais antes dos crimes contra interesses colectivos;

- o bem jurídico normativamente seleccionado sofreu profunda alteração — a liberdade sucede aos bons costumes, ou à sua versão *aggiornata* de 1982, os *valores e interesses da vida em sociedade*, na modalidade *fundamentos ético-sociais da vida social*;
- as penas foram modificadas, em vários casos com significativas agravações — casos de violência ou exploração (lenocínio) e, em geral, crimes com vítimas crianças;
- a definição normativa dos comportamentos segue parâmetros bem diferentes dos de 1982.

Uma das consequências e das concretizações do pensamento que sistematiza os *crimes sexuais* como atentados à liberdade é, aparentemente, a substituição do tipo básico da *violação* pelo da *coacção sexual*.

É interessante verificar que, no seio da Comissão Revisora, a discussão sobre a precedência sistemática entre estes dois tipos foi viva, acabando com a manutenção, na versão de 1991, do lugar de abertura do capítulo com o tipo incriminador da *violação*.

Só em 1993 o artigo que abre as disposições sobre *crimes sexuais* passa a ser o que contém a definição de *coacção sexual* (art. 163^o).

Até que ponto a *precedência legal* da agora chamada *coacção sexual* sobre a *violação* — que continuará a existir no Código Português como crime autónomo — pode iluminar, *por contraste*, o conceito de *violação*?

O que é talvez mais significativo na substituição do conceito de *violação* pelo de *coacção sexual* — substituição essa incompleta nesta revisão, ao contrário da lei canadiana — é a sua hipotética significação enquanto *cerne do conceito jurídico de sexualidade ilegítima*.

A *violação* era tradicionalmente a cópula *não conjugal* forçada numa *mulher honesta*, isto é, a conjunção carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à

obtenção dessa *mercadoria*. Eram as regras de obtenção lícita do acesso ao comércio carnal com uma mulher *honestas*, senão mesmo virgem — através do casamento, com o consentimento paterno — que estavam fundamentalmente em causa na imagem tradicional da *violação*.

Assim se explicam, no Código Penal de 1886, a exclusão do casamento (art. 393^o), a punição equivalente ou quase equivalente do estupro (art. 392^o), a obrigação de dote e o casamento-remédio (art. 400^o). Por isso, também, o Código incluía nos *crimes contra a honestidade*, ao lado do estupro e da *violação*, o rapto de mulher *com fim desonesto* (art. 395^o), ainda que consentido, se a mulher fosse virgem e de idade entre 12 e 14 anos (art. 396^o).

Tudo isto é claramente visível no texto do Código Penal que vigorou, sem grandes alterações, até 1982; e é-o de uma forma particularmente evidente se esse texto for articulado com a sua leitura pelos nossos tribunais que o aplicaram.

A ordem dos arts. 163^o e 164^o do texto de 1993 (*coacção sexual e violação*) é, como disse, inversa da do texto de 1991, em que a *violação* ainda abria o elenco dos tipos de crime nesta área. Não é certamente casual esta inversão: ela é expressamente assinalada na *Exposição de motivos* que acompanha a versão de 1993. Materialmente, a *violação* é agora um caso especial, qualificado, de *coacção sexual*, em que o *acto sexual de relevo* é a cópula e a vítima do sexo feminino¹⁶.

O ACTO SEXUAL DE RELEVO

Só uma acção de alguma importância, só um *acto sexual de relevo*, será susceptível de incriminação face à generalidade dos tipos legais — **princípio genérico delimitador dos tipos**.

¹⁶ Deixando para já de lado a *equiparação* do coito anal à *violação* operada pelo n.º 2 do art. 164^o.

A cópula e o coito anal serão casos de *particular relevo*¹⁷ merecendo incriminações autónomas ou agravações especiais.

À semelhança do Código Penal alemão, o Projecto optou por explicitar uma cláusula de *adequação social* como delimitadora dos tipos nos *crimes sexuais*. Quando o acto tipificado não é a cópula — ou, na versão de 1994, que se manteve em 95, o coito anal —, o legislador exige a prática de um **acto sexual de relevo**¹⁸ para se poder colocar a questão da sua incriminação.

Surgirão certamente difíceis problemas **interpretativos** desta cláusula. Há traços da consciência desta dificuldade por parte dos Revisores. Sirvam de exemplo as seguintes referências:

acto sexual de relevo:

- um *beliscão passageiro* não preencherá o tipo; mas, por exemplo, já serão incrimináveis a manipulação e o coito anal¹⁹;
- o encaminhar de pessoas para participação em *filmes pornográficos* pode ser considerado como acção sexual de relevo²⁰; no entanto a versão definitiva do art. 172º distingue expressamente entre actos sexuais de relevo, no nº 1, e pornografia, no nº 3.

Mesmo em relação a um tipo incriminador como o do art. 171º (actos exibicionistas), em que não surge expressa a cláusula *acto sexual de relevo*, resulta das Actas a necessidade de uma interpretação restritiva através do recurso à ideia de *adequação social*.

17 Apesar de, por exemplo, a redacção do art. 167º (*fraude sexual*) fazer parecer que não é assim: *cópula, coito anal* ou *acto sexual de relevo*.

18 A expressão alemã é *von einiger Erheblichkeit* — § 184c.

19 Cf. *Actas*, p. 251, intervenção de FIGUEIREDO DIAS.

20 Cf. *Actas*, p. 260, intervenção de COSTA ANDRADE.

AS CRIANÇAS ENQUANTO VÍTIMAS

Assim como a *coacção* passa a ser o fundamental na incriminação de actos como a violação ou outros atentados à liberdade sexual, assim também a ideia de atentado ao pudor é substituída pela de desrespeito pela autodeterminação sexual. Já não é o pudor da criança ou do jovem (arts. 172º e 173º)²¹ que está em causa — ele pode, até, ser inexistente e nem por isso o crime deixa de existir ou o Direito ficciona um pudor inexistente — mas a convicção legal (*iuris et de iure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade ou privada de uma certa grau de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual.

O bem jurídico ofendido por um *acto sexual de relevo*, que seja praticado com, em ou perante uma criança, já não é o *pudor*, mas as *potencialidades de desenvolvimento*, não excessivamente condicionado ou traumatizado por experiências demasiado precoces.

Mas as crianças surgem ainda autonomizadas em sede de *crimes sexuais* de outra forma: enquanto vítimas cujas características qualificam um crime *comum* — entre as agravantes do art. 177º surge a idade inferior a 14 anos (nº 4).

1º EXCURSO

Não deveriam todos os *crimes contra as pessoas* sofrer agravação quando exista particular vulnerabilidade da **vítima** em razão da **idade**?²²

Nos *crimes sexuais*, na versão de 1995, a idade inferior a 14 anos é por si agravante, quanto aos tipos que não sejam, eles próprios, definidos em função dessa mesma idade.

21 Como aliás da pessoa adulta vulnerável — arts. 165º e 166º.

22 SOUSA BRITO propôs isto quanto ao homicídio qualificado; cf. *Actas*, p. 191.

Julgo que a especial *vulnerabilidade* da vítima — por ser criança ou idoso — deveria relevar sistematicamente nos crimes contra as pessoas. Daí que questione:

A idade da vítima não deveria estar incluída nas agravantes do art. 132º? ²³

Na Revisão de 1995, nos termos do art. 204º, nº 1, al. *d*), a vulnerabilidade da vítima continua a qualificar o crime de furto ²⁴.

Diversamente, no tipo qualificado do homicídio, não existe uma referência expressa à vulnerabilidade da vítima enquanto agravante autónoma. Quando muito, essa vulnerabilidade poderá estar associada à utilização de *meio insidioso* [art. 132º, nº 2, al. *f*)].

Poder-se-á dizer que não é a experiência vivencial das crianças ²⁵ que está plasmada nos tipos penais. Na verdade, as crianças aparecem nos preceitos do Código Penal cristalizadas na sua imagem de *inocência*, o que corresponde à fantasia dos adultos. Por isso, elas surgem tipicamente enquanto vítimas de *crimes sexuais* qualificados.

²³ O disposto no art. 132º, nº 2, al. *a*), não tem nada a ver com idade. Por outro lado, as als. *h*) e *i*), acrescentadas em 1988, revelam preocupações de segurança do Estado.

²⁴ Art. 297º, nº 2, al. *b*), CP82:

Na mesma pena incorre quem praticar o furto aproveitando uma situação de abandono ou de impossibilidade de autodefesa da vítima, de desastre ou uma oportunidade resultante de perigo comum.

²⁵ Como o não será a experiência de vida de outros grupos sociais não dominantes, como as mulheres, os imigrantes, os grupos nómadas, etc.

OS ELEMENTOS TIPIFICADOS — A MATÉRIA PROIBIDA

Vejamos então quais são as *fronteiras* ²⁶ que o Código Penal estabelece, nesta versão de 1995.

Tipo Objectivo

- *Contacto sexual de relevo*, cópula ou coito anal não queridos pela vítima (ou não validamente queridos):
 - a) *conseguido* por meio de:
 - *violência* (violação e coacção);
 - *sedução abusiva* conjugada com uma certa idade da vítima (estupro);
 - *fraude* (fraude sexual).
 - b) *idade da vítima* dentro de certos limites (estupro, abuso de crianças e adolescentes); ou
 - c) *género* do autor e da vítima (homossexualidade).
- *Outras actividades proibidas* ²⁷:
 - *actos exhibicionistas* [arts. 171º, 172º, nº 3, al. *a*), 173º, nº 2];
 - *exploração* ou corrupção — exposição ou utilização em pornografia, lenocínio [arts. 172º, nº 3, al. *b*), 173º, nº 2];
 - *inseminação* artificial contra vontade (art. 168º).

Relativamente à idade, o Código dá-lhe relevância quer na perspectiva do autor quer na da vítima.

²⁶ Esta visão do Direito Penal Sexual é sem dúvida uma que se enquadra nas proibições vistas como fronteiras do intolerável; tudo o resto é com cada um, a sua consciência e a sua liberdade. Cf. *Actas*, pp. 246 e 247, intervenção de FIGUEIREDO DIAS; KARL NATSCHERADETZ, *Direito Penal Sexual*, Almedina, Coimbra, 1985.

²⁷ Todas estas actividades têm em comum o facto de não se reconduzirem a contactos sexuais directos, ao contrário dos anteriores.

Quanto à **idade do autor**, releva o marco dos 16 anos, nos termos gerais (art. 19^o), mas no caso particular da homossexualidade (art. 175^o) o Código exige a maioridade do autor para que o acto seja punível — *Quem, sendo maior.....*

Quanto à **idade da vítima**:

- **até aos 14 anos**
total proibição de *contactos de relevo*.
- **dos 14 aos 16 anos**
a proibição pressupõe a existência de uma especial relação entre autor e vítima que pode radicar em situações de:
 - relação de educação ou assistência (art. 173^o);
 - abuso de inexperiência (art. 174^o, estupro);
 - homossexualidade (art. 175^o);
 - lenocínio (art. 176^o).
- **dos 16 aos 18 anos**
a proibição pressupõe abuso de uma relação de educação ou de assistência.

Tipo Subjectivo

Nos tipos base, o elemento subjectivo da ilicitude é apenas o dolo. Mas surge a *intenção lucrativa* ora como fundamento de incriminação a par do profissionalismo (lenocínio, art. 170^o) ora, mais frequentemente, como fundamento de *agravação* (arts. 172^o, n^o 4, 173^o, n^o 3, 176^o, n^o 2). O CP95 não faz qualquer referência a *intenções libidinosas*, que a nossa Jurisprudência muitas vezes identificou como o espírito dos elementos subjectivos da generalidade das incriminações sexuais no Código Penal de 1886.

É de notar o desaparecimento do art. 210^o, *erro sobre a idade* (CP82), que previa um regime especial para o erro sobre a idade da vítima: em vez de seguir a regra geral do art. 16^o, este erro era tratado como um erro sobre a ilicitude, à semelhança do disposto no art. 17^o; a censurabilidade do erro ditava a sua relevância.

Na realidade, o art. 210^o tipificava casos de responsabilização por negligência quanto ao desconhecimento da idade da vítima.

É claro, no entanto, que situações algo semelhantes às previstas no art. 210^o podem hoje (como já face à versão de 82, evidentemente) configurar casos de *dolo eventual*: o agente representa a possibilidade de a vítima ser menor de uma certa idade, mas a verdade das coisas é-lhe indiferente e por isso não se dá ao trabalho de a apurar (art. 14^o, n^o 3). Mas aqui estaremos, evidentemente, como já acontecia em 1982, ainda dentro dos normais tipos dolosos (repare-se que o art. 210^o, CP82, reduzia a metade o limite máximo da pena).

A QUESTÃO DO GÉNERO DE AUTOR E VÍTIMA

A Revisão mantém a distinção entre violação — que implica cópula ou coito anal — e coacção sexual — que consistirá na prática de *outro* acto sexual de relevo. Equipara a pena no caso de coito anal (evitando, até, a palavra *cópula*) à da violação — mas não lhe chama *violação*, antes acentua que, em rigor, do ponto de vista legal, o não é.

Por outro lado, a *violação* de um homem por uma mulher será ainda, legalmente, um caso de *coacção sexual* (art. 163^o) e não de violação (art. 164^o), uma vez que a cópula forçada num *homem* por uma *mulher* não cabe na incriminação do art. 164^o 28.

28 Não me parece, por isto, correcta a afirmação de FERNANDA PALMA, que sugere a equiparação das vítimas feminina e masculina na versão de 1995 do tipo legal da violação, na medida em que é incriminado o coito anal. A lei pensa sempre e só num agressor masculino, com vítima de um ou outro género; não parece admitir a hipótese de uma agressora feminina com uma vítima masculina que seja tipificável como violação. Cf. FERNANDA PALMA, *Direitos Humanos e Violência Contra as Mulheres — A Questão Penal, in Os Direitos Humanos e a Violência Contra as Mulheres*, Secretaria de Estado da Justiça, Lisboa, pp. 52 e 53.

Mas há ainda um outro tipo de crime cuja descrição legal é, quanto a mim, curiosamente reveladora da dualidade de visão do legislador: a inseminação artificial (*procriação artificial não consentida* art. 168^o) só é incriminada se for realizada *em mulher*, contra a sua vontade.

A explicação é óbvia: tratar-se-ia de evitar uma maternidade não querida.

Mas porque abstrai o Código de uma *paternidade* não querida? Porque não é incriminada a recolha abusiva de esperma?

E porquê a centripetação da inseminação artificial em mulher pelo capítulo dos *crimes sexuais* e não pelo dos crimes contra a integridade física, ou contra a intimidade, ou, melhor ainda, se é disso que se trata, por um capítulo autónomo sobre a liberdade de procriar?

Aparentemente, a associação entre sexo e *maternidade* continua a ser intuitiva na nossa civilização, mas não entre sexo e *paternidade*. A geração de uma paternidade não querida por um homem nunca parece ter preocupado os nossos legisladores, a não ser talvez na dificuldade legal (até à revisão do Código Civil em 1977) de iniciar uma investigação de paternidade — mas aí, seriam certamente os entraves legais à proliferação de famílias *ilegítimas* a funcionar...

É aliás estranha a manutenção, no texto de 1995, da especificação do género da vítima no tipo da violação (art. 164^o, n.º 1) e não no tipo do abuso sexual de crianças (art. 172^o), no do abuso sexual de adolescentes e dependentes (art. 173^o), no estupro (art. 174^o), ou mesmo nos tipos dos arts. 165^o, 166^o e 167^o.

Porquê esta disparidade?

Se o problema é o do risco de gravidez, então a possibilidade de uma gravidez *adolescente*²⁹ é ainda mais gravosa do ponto

29 Preocupação social e política de muitos Estados contemporâneos. Cf., por exemplo, OLIVEIRA DA SILVA, *A gravidez na Adolescência*, dissertação (Cont.)

de vista das vítimas destes crimes. Aliás, a agravante qualificativa da gravidez do art. 177^o, n.º 3, abrange indistintamente todos esses crimes.

Não consigo compreender a lógica da argumentação contida nas Actas — a não ser a insistência no carácter *emblemático* da violação no seu sentido tradicional³⁰.

Em matéria de *crimes sexuais*, uma das mais notórias alterações das Revisões penais nossas contemporâneas tem sido a sua *dessexualização* (eliminação do género de autor ou vítima) que muitas legislações que outrora distinguiam género de autor e vítima têm levado a cabo³¹.

Na versão de 95 do Código Penal, o **género** do autor e da vítima é, em princípio, irrelevante, excepto para os seguintes fins:

- definição do crime de violação (art. 164^o, n.º 1);
- tipificação da inseminação artificial (art. 168^o);
- exigência do género comum do autor e da vítima na homossexualidade (art. 175^o)³².

Em geral, a questão da especificação do género provoca alguma confusão com a questão da **igualdade**.

Tenho a convicção de que as pessoas em geral pensam que o Direito se foi mais ou menos limitando a fixar uma determinada ordem social, mais ou menos consensual e adequada à época.

de doutoramento apresentada à Faculdade de Medicina de Lisboa, ed. do autor, 1992.

30 Cf. *Actas*, p. 246 e ss., intervenção de COSTA ANDRADE.

31 Por exemplo, os Códigos Penais francês, espanhol, austríaco.

32 Mas, aqui, a questão do género coloca-se com um sentido e num contexto completamente diferentes, como é evidente!

Ora o carácter injuntivo de certas regras³³ leva a considerar que a *capitis deminutio* das mulheres era coisa imposta com diligência e severidade por parte do legislador, como uma questão de ordem pública. Não se tratava apenas de avalizar uma sociedade de desiguais, mas, positivamente, de a *construir*.

Ora a própria distinção entre homem e mulher, da forma como era levada a cabo nas nossas leis, remetendo para um conceito pré-legal, *natural*, dessas entidades, consistia numa produção normativa de subordinação, i.e., de *desigualdade*. É por isso que é difícil escrever sobre *crimes sexuais* sem referir simultaneamente a questão da desigualdade e a questão da especificação/erradicação do género nos textos legais. É por isso que esta discussão é ainda central nas polémicas feministas, em especial nas de natureza teórico-jurídica.

Neste contexto, a definição tradicional de violação, que pressupõe a referência normativa a um pré-conceito de homem e mulher como seres diferenciados entre si, leva a entender que a neutralização é condição essencial — senão mesmo *conteúdo* essencial — da igualização, i.e., da negação da desigualdade. O mesmo poderia ser observado a propósito de outras normas de Direito Penal, do carácter público ou particular de alguns crimes, por exemplo, em matéria de *crimes sexuais*, do conteúdo do art. 211º, CP82 (necessidades de queixa).

33 Como é o caso, no Direito Civil, da proibição legal de atribuir à mulher poderes de administração, excepto nos casos restritos previstos na lei, no Código Civil de 1867 e no Código Civil de 1966 (a regra formalmente idêntica do texto actualmente vigente terá, provavelmente, sentido socialmente inverso); ou o pormenor com que se desenhava a incapacidade negocial da mulher casada; ou, aliás até hoje, a rigidez do contrato de casamento quanto aos seus efeitos.

2º EXCURSO

As mulheres serão titulares dos **mesmos direitos humanos** que os homens ?

Serão vítimas das mesmas violações de direitos humanos, *penalmente sancionáveis*, que os seus parceiros masculinos ? — está implícita, naturalmente, a verificação de que a norma, ou a neutralidade, é dada pelo homem, a possível excepção ou o desvio pela mulher. Historicamente, é esta e a sua identidade que são de facto construídas como *o outro*, e o discurso jurídico, entre vários, ajudou decisivamente à segregação desta atitude de alteridade. Ainda hoje a lei se refere em geral a *peessoas*, só especificando o sexo quando se trata de mulheres. Aliás, a revisão de 1995 do Código Penal muito avançou no sentido da *neutralização* dos preceitos legais (por exemplo, crimes contra a família, maus tratos).

Mas será este avanço *correcto* ?

A neutralização dos preceitos penais corresponderá a uma erradicação da desigualdade ou a uma ocultação³⁴ dessa desigualdade³⁵ ?

Deverão os textos legais, por outras palavras, especificar injunções ou proibições de actos que adquirem diverso sentido consoante o género feminino ou masculino a que pertencem os seus autores ou as suas vítimas ?

O paradigma jurídico-teórico e legal-constitucional da igualdade tende, no nosso sistema, a querer dizer *neutralidade* (por exemplo, art. 68º da Constituição — paternidade e maternidade). Por isso — por essa forma que assume o intento de não discriminação — os textos legais tendem a usar palavras que abrangem, segundo as regras gramaticais vigentes, quer pessoas do sexo masculino quer do sexo feminino.

34 Será, em meu entender, o caso da incriminação do estupro.

35 Cf. TOVE STANG-DAHL, *Direito das Mulheres*, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1993.

A reforma ou substituição dos principais Códigos depois de 1974 utilizou, em geral, linguagem *o mais neutra possível*, do ponto de vista do género gramatical. Nem sempre com absoluta coerência: o estupro passou a ser *sinalgmático* no Código Penal de 1982 (ao contrário da violação) mas o Código Civil apenas prevê a relevância de um homem *seduzir* uma mulher que engravida — art. 187º³⁶.

No entanto, há sinais de aceitação legal de normas inovadoras em que o género das personagens é identificado, em casos em que seria possível o recurso à linguagem neutra. É o caso da Lei nº 61/91, de 13 de Agosto, que especifica como seu objectivo a ajuda a *mulheres* vítimas de violência *discriminatória* (art. 1º). No entanto, em data muito próxima desta, o Dec.-Lei nº 423/91, de 30 de Outubro, veio dar cobertura legal à protecção de vítimas de crimes violentos, sem especificar o seu género.

O Código Penal de 1982 *hesita*, porque mantém a violação como tipo específico quanto à vítima (art. 201º), mas *neutraliza* o tipo do estupro (art. 204º) e estatui quanto a maus tratos entre *cônjuges* (art. 153º).

A versão de 95 avança, como vimos, no sentido da neutralidade. No tipo dos maus tratos, desapareceu a referência à mulher grávida, que não tem, obviamente, equivalente masculino (art. 152º). No entanto, a regra da neutralidade não é sempre respeitada, como se pode ver na nova definição legal de violação, em que a mulher é, ainda, vítima *privilegiada* (art. 164º, nº 1); ou no tipo da inseminação contra vontade, de que só a mulher pode ser legalmente vítima.

Os catálogos de direitos humanos são normalmente o reverso de violações ou atentados a bens ou qualidades humanas de algum modo tidos como fundamentais, com as óbvias variações históricas e geográficas.

36 O Supremo Tribunal de Justiça pondera o *bom comportamento*, a *seriedade* das mulheres em recentes acções de investigação da paternidade.

Será possível pensar em actos em que as mulheres sejam sujeitas a *males*, a agressões que *derivem* da sua pertença ao género feminino e sejam, simultaneamente, *constitutivas* das características desse mesmo género? ³⁷

O Código Penal incrimina, como crimes de guerra, vários actos que fazem caracteristicamente parte dos catálogos de violações de direitos humanos. O art. 190º, CP82 — *crimes de guerra contra civis, feridos, doentes e prisioneiros de guerra* — pune com prisão de dez a vinte anos actos como homicídio, torturas, tratamentos desumanos, ofensas graves, deportação, etc. Entre os vários atentados à integridade humana, não consta um dos mais comuns, sofridos e temidos pelas mulheres em situações de guerra: a *violação* ³⁸. Os exércitos invasores de todos os tempos sempre assim demonstraram o seu poder sobre a população. O CP95, no art. 241º — *crimes de guerra contra civis* — também não inclui expressamente a violação.

Entre as várias categorias de atentados contra direitos humanos — e, portanto, por reflexo, no elenco destes, *e por isso no catálogo da sua protecção penal* — não deveria constar uma referência à violentação da intimidade sexual das mulheres, ou mesmo das pessoas?

Creio que esta questão não se esgota nos actuais preceitos constitucionais que, embora pródigos em exigências igualitárias ³⁹,

37 Note-se que é esta, certamente, a lógica textual e a razão de ser da citada Lei nº 61/91, de 13 de Agosto. Compare-se com o texto da Lei do Serviço Militar, Lei nº 30/87, de 7 de Julho, que se refere a *cidadãos do sexo feminino*, para os declarar isentos do serviço militar, depois de estabelecer uma obrigação genérica da sua prestação para *todos os cidadãos*.

38 Como exemplo recente, pense-se nos acontecimentos no território da ex-Jugoslávia.

39 A injunção de igualdade, ou de não discriminação, está contida, como princípio geral dos direitos fundamentais, no art. 13º; a Constituição inclui reafirmações particulares deste princípio, nomeadamente quanto ao trabalho (art. 47º) e à família (art. 36º).

não incluem expressamente referências ao que tem vindo a ser denunciado como *danos às mulheres*, ao seu corpo e à sua liberdade.

Ainda que tais actos sejam incriminados no nosso Direito Penal, a inclusão constitucional, pelo valor simbólico e injuntivo do próprio legislador ordinário (além, obviamente, do efeito directo e imediato) assumiria, porventura, a sua importância.

Mas é difícil pensar tal inclusão quando o paradigma dominante é o da igualdade, que tende, como vimos, no nosso sistema, a querer dizer *neutralidade*. Por isso a própria discussão da legitimidade constitucional das chamadas *quotas* é tão difícil. No entanto, iniciativas legislativas do tipo da referida lei sobre mulheres vítimas de violência podem ser um possível modelo e caminho a seguir. Ou, pelo menos, um ponto de apoio para a discussão e teorização sobre este assunto.

Seria talvez possível fazer uma lista de *equivalências*, referindo as fontes de *problemas* e os *remédios* correspondentes:

Natureza	<i>Controlo da fertilidade</i> (engravidar ou não)
Práticas Sociais	<i>Liberdade sexual</i> (não violação, não assédio, andar na rua sem ser molestada) <i>Integridade sexual</i> (não excisão)
Normas legais	<i>Igualdade</i> , em geral

VOLTANDO AOS CRIMES SEXUAIS INCLUÍDOS NA VERSÃO DE 95 OS CASOS DE INCRIMINAÇÕES PARTICULARMENTE DISCUTÍVEIS

O legislador de 95 decidiu conservar a incriminação do **estupro**, fazendo no entanto desaparecer a promessa de casamento como uma das formas de sedução, isto é, de execução do crime. Este aparente fim do romantismo penal tornará menos inverosímil o texto do art. 174º — que se fica pelo *abuso de inexperiência*.

Mas julgo discutível a necessidade da sua manutenção face às disposições que protegem a infância e a adolescência nesta matéria — questão aliás brevemente posta no seio da Comissão Revisora.

Questionável também é a manutenção da incriminação da **homossexualidade com menores** (art. 175º).

A razão da sua incriminação autónoma — como coisa distinta do abuso sexual de adolescentes (art. 173º) — parece a Comissão baseá-la na regra estatística da heterossexualidade.

Trata-se, em meu entender, um argumento muito pouco convincente e de legitimidade constitucional assaz duvidosa. Em rigor, a suposta frequência estatística da orientação sexual poderia até levar à conclusão exactamente oposta: em termos de prevenção, teria mais probabilidade de sucesso maior ameaça penal para um início precoce de relacionamento *heterossexual*...

PENAS

Esta Revisão procede a agravações em quase todos os tipos. Exceptuam-se a homossexualidade com menores e a fraude sexual, em que os limites máximos da pena diminuem. Dada a agravação em geral das penas nesta matéria, esta diminuição é particularmente significativa.

As agravações são particularmente fortes quanto ao antigo atentado ao pudor e quanto aos crimes contra crianças.

Quanto ao atentado ao pudor, no caso de consistir em coito anal, a sua punição fica equiparada à da violação (art. 164º, nº 2); em outros casos, será incriminado a título de coacção sexual (art. 163º). Em qualquer destas soluções, a pena aplicável na lei actual é manifestamente mais gravosa do que a estatuída no CP82.

Quanto aos tipos que a vítima é uma criança, ou aos tipos qualificados em que a agravação resulta desse fundamento — por exemplo, art. 177º, nº 4 — o sensível agravamento penal é, como já vimos, sublinhado pelo próprio legislador.

Na origem desta agravamentos esteve certamente a preocupação do legislador em corrigir o desequilíbrio entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património⁴⁰. No entanto, parece que esse equilíbrio ainda não terá sido atingido. Compare-se, por exemplo, a pena aplicável ao crime de furto qualificado (art. 204º) — pena de prisão até 5 anos ou pena de prisão de 2 a 8 anos — com a prevista para a utilização de menor de 14 anos em filme pornográfico [art. 172º, nº 3, al. b)] — pena de prisão até três anos.

NATUREZA DOS CRIMES SEXUAIS QUANTO À INICIATIVA PROCESSUAL — A NECESSIDADE DE QUEIXA

O Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, além de sublinhar as agravamentos das penas aplicáveis aos crimes sexuais cometidos contra menores, acentua a possibilidade de o Ministério Público — fugindo à regra do carácter semipúblico dos crimes em causa — poder abrir um processo-crime sempre que, sendo a vítima menor de 12 anos, *especiais razões de interesse público* o impuserem (art. 178º, nº 2)⁴¹.

Será difícil explicar o que este preceito acrescenta ao disposto no art. 113º.

Que *interesse público* se poderá sobrepor ao da preservação da intimidade e sossego do menor?

Mas, na realidade, o CP82 considerava os *crimes sexuais* com vítima de idade inferior a 12 anos como crimes públicos, sem qualquer excepção.

⁴⁰ Cf. Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95 (nº 2).

⁴¹ À semelhança do estatuído para os casos em que o direito de queixa pertença ao autor do crime — art. 113º, nº 5 —, também aqui há um curioso desvio à regra da legalidade. Cf. FREDERICO ISASCA, *O Projecto do Novo Código Penal (Fevereiro de 1991) — Uma Primeira Leitura Adjectiva*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 1, Janeiro-Março 1993, p. 67 e ss.

A INIBIÇÃO DO PODER PATERNAL

No art. 179º, o CP95 mantém a possibilidade de inibir um condenado por crime sexual do exercício do poder paternal, por um período de 2 a 5 anos.

Repare-se que a agravamento das penas para os crimes contra menores não teve aqui reflexos — por exemplo, na maior duração deste período de possível inibição.

Note-se ainda que a Constituição abre excepção ao não funcionamento automático dos efeitos de penas e penas acessórias (art. 30º, nº 4) nos casos de crimes de titulares de cargos políticos (art. 120º, nº 3). Poderia também fazê-lo relativamente aos agressores de crianças — sobretudo se fosse ponderada a tradicional e injustíssima responsabilização das crianças pela eventual desagregação familiar nestes casos, quando não pelo próprio acto de que são vítimas.

Ainda aqui se poderá questionar se o nosso legislador, mergulhado nas suas preocupações de relegitimação do Estado de Direito, não terá esquecido, de entre todos os seus cidadãos, os mais vulneráveis...

CIDADANIA E LEI PENAL

ALÇADA BAPTISTA

Pergunto-me porque é que estou aqui a participar neste seminário em que intervêm personalidades de tão alta qualidade intelectual e profissional, onde tive o prazer de reencontrar amigos que já não via há muito tempo e onde ouvi tanta coisa que me interessava.

A razão é muito simples — é verdade que não fui ainda a um psicanalista tratar disso — mas não consigo dizer que não ao Dr. Leandro. É uma coisa que aceito e não vejo outra razão para estar aqui.

Hoje, tive a possibilidade de ouvir a Sr.^a Prof.^a Teresa Beleza, que é das tais pessoa que gosto muito, das tais pessoas que vivem já com os olhos no futuro. Acontece ainda que esta sessão em que intervenho é presidida pelo meu querido amigo Júlio Castro Caldas com quem há trinta anos, na aventura de *O Tempo e o Modo*, fui, conforme as ópticas, delinquente ou resistente. Infelizmente a vida separa-nos mas é sempre com muita alegria que nos reencontramos.

O que é que aqui pode dizer um escritor ?

É no direito penal que, de certo modo, passa a alma humana, e, um escritor, é aquele que, entre outras coisas, se interroga sobre a condição humana.

A criação literária e artística faz parte do reino do misterioso e a escrita é também um meio de investigação. A poetisa SALETTE TAVARES, numa das suas últimas entrevistas dizia: *A minha mão direita sabe muito mais do que eu*. Algumas vezes, no acto da escrita se descobre alguma coisa da condição humana que estaria por desvendar.

Talvez eu possa dizer alguma coisa nessa perspectiva: a de uma pessoa que trabalha e investiga sobre a condição humana. Isso não tem que ver com uma carreira profissional nem com uma especialidade. Como tenho uma situação de uma pessoa que não tem carreira nem sistema, poderia dizer que sou um boémio de espírito: uma pessoa que se interessa pela condição humana quase numa perspectiva lúdica.

Em relação a tudo que é ainda misterioso tenho uma atitude a que poderia chamar *um agnosticismo da humildade*. SARTRE escreveu: *Só o agnosticismo me impedia de ser ateu*. De facto, o ateísmo é uma forma de crença, uma forma de fé e o agnóstico é aquele que não tem crença. Diria melhor que há duas espécies de agnósticos, uns que não acreditam em nada, outros que acreditam em tudo. Eu pertença a esta segunda espécie e, perante esse mundo, prefiro dizer *não sei* ou *ainda não sei* e é precisamente porque tenho uma grande ignorância sobre os meandros da condição humana que tomo esta atitude.

Uma vez, em Paris, estava com um querido amigo meu que me citou uma frase do ADORNO: *É preciso ter consciência sobre em que espécie de ignorância está assente o nosso conhecimento*. Eu disse-lhe que me parecia que era exactamente o contrário: *é preciso ter consciência sobre em que espécie de conhecimento está assente a nossa ignorância*. Na verdade, em muita coisa que se refere à condição humana, sinto que vivemos entre ignorâncias baseadas em vários conhecimentos.

Uma pessoa nasce e é posta em contacto com a tribo que a rodeia e é através dos códigos da tribo que se insere na humanidade.

Por esta razão sempre me interessaram as histórias dos meninos que, pelas circunstâncias do seu nascimento, foram criados com animais. Lembro, por exemplo, o caso de Victor de Aveyron e o de Amala e Kamala. O primeiro foi encontrado no meio de lobos, numa idade que se calcula ser de 14 anos e as duas meninas foram criadas entre gazelas e teriam 8 e 10 anos de idade. Sobre estes casos debruçaram-se médicos e outros homens de ciência

mas não foi possível reintegrá-los na espécie humana. Na verdade são os usos, os costumes, os hábitos e, evidentemente, a linguagem, é a própria mentalidade do lugar, aquilo que nos integra na humanidade.

Então, acontece uma coisa surpreendente: depois do homem estar integrado nos costumes da tribo, ele só progride se começar a pôr em questão os códigos que regulam essa mesma tribo. Diria que o homem, através do cumprimento dos códigos da tribo conquista a sua segurança mas só ao pô-los em questão assegura o seu progresso. É da existência dos rebeldes que depende a respiração de um povo.

O FERNANDO PESSOA viu isto com muita clareza quando escreveu:

*Nem sempre consigo sentir o que sei que devo sentir.
O meu corpo só com dificuldade atravessa o rio a nado
Porque lhe pesa o fato que os homens o fizeram vestir.*

Creio que nos movemos entre a segurança e a liberdade, entre libertários e securitários, e é da minoria libertária que depende o progresso humano.

KONRAD LORENZ, um estudioso dos comportamentos animais e humanos, escreveu:

*Entre o homem das cavernas e o projecto humano
há uns seres intermédios que somos precisamente nós.*

É nesta condição de ignorância e nesta consciência de *ser intermédio* que digo estas palavras.

Eu acredito que o projecto humano implica a convergência e a complementaridade das culturas. Fui criado ainda na ideia de que nós, ocidentais, éramos a civilização que tínhamos que fazer chegar aos outros, os bárbaros. Hoje, muitos têm já consciência de que o saber está disperso e que é necessário fazer a convergência.

Uma vez estava no Largo de Camões e uma senhora perguntou-me onde era a Rua da Emenda. Eu indiquei-lhe a rua e a senhora agradeceu-me com esta frase: *Muito obrigada. É assim, todos sabem tudo e cada um sabe o que sabe.* Em certa medida é assim.

Julgo que é possível dizer-se que cada cultura vai criando valores que vão passando para o universal. Hoje, há já um conjunto de valores que podemos considerar universais: os direitos do homem, a liberdade, a tolerância, etc. Estes valores foram elaborados no Ocidente, o que não dizer que não tivessem também vivido noutras culturas. Não esqueço que o Ocidente, ainda neste nosso tempo, viveu alguns casos de grande tirania. O que quero dizer é que foi o Ocidente que projectou estes valores como se fossem universais.

Põe-se então o problema de saber como é que os valores passam do nacional ao universal. Creio que é através do aprofundamento de cada cultura que podemos tocar o universal. Na literatura isso parece-me evidente. CERVANTES, por exemplo, foi o mais espanhol e o mais universal dos escritores e o nosso FERNANDO PESSOA foi também o mais português e o mais universal dos poetas portugueses. Assim, é através de nos aplicarmos sobre nós mesmos, através da investigação dos valores e sabedorias da nossa tribo que poderemos tocar o universal.

O Ocidente e o Oriente têm uma forma diferente de tratar o fenómeno humano. O Ocidente parte de uma concepção individualista do homem enquanto que, no Oriente, o ser individual não tem autonomia na sua representação. Por outras palavras, enquanto no Oriente o homem individual ficará dissolvido no nada donde veio, no Ocidente o homem é um ser individual com uma biografia pessoal e o mais importante que um homem tem para dar à sua comunidade é exactamente a sua singularidade.

Um filósofo alemão, MARTIN BUBER, tem uma frase que exprime bem esta ideia:

Deus não me pedirá contas de eu não ter sido Francisco de Assis ou mesmo Jesus Cristo.

Deus vai-me pedir contas de eu não ter sido total e intensamente Martin Buber.

No entanto, isto estar a mudar. No Ocidente, a massificação cada vez mais retira ao homem a sua biografia pessoal e joga com a pessoa como se fosse um número; no Oriente, sobretudo através da progressiva reivindicação dos direitos do homem, cada pessoa está a tomar consciência de que se trata duma individualidade.

Com biografia ou sem ela, todos os grupos humanos usam um código de comportamentos que torna possível a vida em sociedade. No entanto, tal código não pode ser estático mas deve estar atento ao movimento do tempo e não se pode pôr de parte a hipótese de algumas dessas normas serem inadequadas ou até injustas. O nosso fascínio de adolescentes por algumas figuras de *cow-boys* vinha exactamente do facto de enfrentarem a tirania, de serem transgressores de lei injusta imposta pelo senhor do lugar. Mas, qual é o nosso comportamento face às normas ?

Meu pai contou-me uma história que me fez pensar e que tem a ver com maior ou menor possibilidade de infringir uma norma. Ele era ainda um rapaz e estava no *Club da Covilhã* com alguns amigos. Era quase uma hora da noite, hora em que se apagavam as luzes da cidade. Estava ali no clube um senhor amigo deles — o Padre Alfredo Santos Marques — que se despediu de todos e saiu. Meu pai disse para um dos que ficaram: “Vamos ali por baixo para pregarmos um susto ao Padre Alfredo quando ele passar ali na Praça”. Foram e simularam um assalto. Depois deram-se a conhecer mas o Padre Alfredo não achou graça nenhuma e disse-lhes: “Vocês não tornem a fazer uma coisa destas porque

eu tinha uma pistola e reparei que não era capaz de disparar para uma pessoa. O que vos valeu foi o facto de eu não ser capaz de matar”.

Esta história fez-me pensar e, quando era estudante de direito, fui ao Código Penal ver quais as normas que me eram desnecessárias por eu não ser capaz de as infringir.

Vemos assim que as normas se dirigem às pessoas que são capazes de as transgredir e que, numa visão optimista, à maneira que o homem se vai aperfeiçoando, menor será o número das normas necessárias.

Outra coisa que este jogo deixa claro é o problema da liberdade que não é a possibilidade de escolha entre duas opções (matar ou não matar). Na verdade, pode acontecer que as pessoas sejam tanto mais livres quanto mais integrarem nos seus comportamentos a incapacidade de transgredir. SANTO AGOSTINHO tem uma frase que traduz essa realidade: *Ama e faz o que quiseres*.

A tal visão optimista do ser humano é bastante utópica porque, nos tempos em que vivemos, as pessoas não estão muito interessadas em conquistar a sua liberdade mas sim a sua segurança. É verdade que a história do homem tem sido, em certa medida, a história da liberdade, mas também se pode dizer que, ao longo da história, muitas vezes o homem foi trocando a sua liberdade em favor da sua segurança. (Gostaria de chamar a atenção para o facto de existir uma classe de pessoas que têm asseguradas todas as garantias de que os homens se reclamam — habitação, alimentação, saúde. São os presos.) Só quem vive em liberdade pode pôr à prova a sua capacidade de risco, próprio da aventura humana.

Dois perspectivas se põem sobre o futuro da espécie humana. Uma que acredita no constante aperfeiçoamento do homem — como diz KONRAD LORENZ na frase atrás citada —, outra que sente que a espécie caminha numa forma cada vez mais acelerada

para a sua degradação. PAUL VALERY dizia: *O futuro já não é o que era antigamente*. Hoje o futuro será sempre feito pelo imprevisível por isso se tornou tão difícil fazer futurologia. Mas é possível que o homem não necessite de saber como é o futuro e que as normas de comportamento tenham sobretudo em vista o presente. Damos pouca importância ao presente porque vivemos do passado como nostalgia e do futuro como preocupação, esquecendo que o comportamento humano tem sempre em vista o presente.

A necessidade e a importância da lei está nisso: ela define os comportamentos que, neste momento da história, considera necessários à sobrevivência da sociedade que continua num balanço entre a liberdade de alguns e o desejo de segurança dos outros.

E já que falei do imprevisível e, conseqüentemente, da aposta sobre tudo o que será possível, gostaria de terminar com uma frase de RENÉ DUBOIS, um cientista francês que viveu nos Estados Unidos e que escreveu mais ou menos isto:

O futuro não será feito através das descobertas da ciência mas depende essencialmente da descoberta dos mecanismos dos afectos.

Nesse dia, talvez seja possível viver o que disse SANTO AGOSTINHO: *Ama e faz o que quiseres*.