



COMEMORAÇÕES

40 ANOS
1982 - 2022

CÓDIGO PENAL

CONGRESSO INTERNACIONAL

EBOOK

INTERVENÇÕES



40 ANOS
1982 · 2022

CÓDIGO PENAL

CONGRESSO INTERNACIONAL

24 · 25 novembro 2022

AUDITÓRIO DA FDOC

24 NOVEMBRO

14H00 · SESSÃO DE ABERTURA

Amílcar Falcão
Reitor da Universidade de Coimbra

Jónatas Machado
Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

Maria Lúcia Amaral
Provedora de Justiça

O CÓDIGO PENAL · PARTE GERAL

15H00-16H00 · MESA 1

Moderador: Jorge de Figueiredo Dias

ASPECTOS NOTÁVEIS DA TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Luís Greco
Humboldt-Universität zu Berlin

A "IRREQUIETA" RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CÓDIGO PENAL: DECOMPONDO O PALIMPSESTO

Susana Aires de Sousa
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CÓDIGO PENAL DE 1982 E O CONCURSO IDEAL

Cristina Líbano Monteiro
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

16H00-16H30 · DEBATE

16H30-17H00 · PAUSA

17H00-18H00 · MESA 2

Moderador: José Narciso da Cunha Rodrigues

DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL

Anabela Miranda Rodrigues
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS

Maria João Antunes
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Ana Pais
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

18H00-18H30 · DEBATE

25 NOVEMBRO

O CÓDIGO PENAL · PARTE ESPECIAL

9H00-10H00 · MESA 3

Moderador: Manuel da Costa Andrade

LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA
Patricia Faraldo Cabana
Universidad de Coruña

A PREEMINÊNCIA DA LIBERDADE EM MATÉRIA SEXUAL NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS: UMA VIDA BREVE?

Pedro Caeiro
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO

Nuno Brandão
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

10H00-10H30 · DEBATE

10H30-11H00 · PAUSA

11H00-11H40 · MESA 4

Moderador: António Henriques Gaspar

O VELHO CRIME DE DEVASSA DA VIDA PRIVADA POSTO À PROVA PELAS NOVAS FORMAS DE INDISCRICÇÃO

Cláudia Cruz Santos
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO TIPO DE CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Ana Rita Alfaiate
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

11H40-12H10 · DEBATE

ALMOÇO

14H30-15H50 · MESA 5

Moderador: José de Faria Costa

CRIMES DE CORRUPÇÃO

Luigi Foffani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - EM TEMPOS DE NORMALIDADE E EM TEMPOS DE CALAMIDADE

Miguel João Costa
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CRIME DE BURLA: ALGUNS DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA APROVAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

Tiago da Costa Andrade
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES MEDIANTE EL DERECHO PENAL: LUCES Y SOMBRAS

Teresa Aguado-Correa
Universidad de Sevilla

15H50-16H20 · DEBATE

16H20-17H00 · PAUSA

17H00-17H40 · MESA 6

Moderador: Joaquim Sousa Ribeiro

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT: UN NOUVEAU DÉFI POUR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS?

Lorenza Lissa-Geay
Université Paris Nanterre

CRIMES CONTRA O AMBIENTE - EVOLUÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Sónia Fidalgo
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

17H40-18H10 · DEBATE

18H30 SESSÃO DE ENCERRAMENTO

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

Jorge Carlos Fonseca
Antigo Presidente da República de Cabo Verde

João Nuno Calvão da Silva
Vice-Reitor Relações Externas e Alumni

ACESSO LIVRE
com inscrições em
WWW.FD.UC.PT/IDPEE
Certificado: 10€

ÍNDICE

CONFERÊNCIA DE ABERTURA.....	7
Maria Lúcia Amaral	

O CÓDIGO PENAL - PARTE GERAL

A "IRREQUIETA" RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CP. DECOMPONDO O PALIMPSETO	13
Susana Aires de Sousa	
DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL	21
Anabela Miranda Rodrigues	
APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS	27
Maria João Antunes	
O CÓDIGO PENAL E AS PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO: O REGRESSO ÀS ORIGENS E A RENOVAÇÃO DA DISCUSSÃO EM TORNO DA NECESSIDADE DE UMA VERDADEIRA TEORIA GERAL DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO	31
Ana Pais	

O CÓDIGO PENAL - PARTE ESPECIAL

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO	41
Nuno Brandão	
A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO TIPO DE CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	47
Ana Rita Alfaiate	
O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: EM TEMPOS DE NORMALIDADE E EM TEMPOS DE CALAMIDADE	55
Miguel João Costa	
O CRIME DE BURLA: ALGUNS DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA APROVAÇÃO DO CÓDIGO PENAL.....	65
Tiago da Costa Andrade	
LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT : UN NOUVEAU DÉFI POUR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS ?	77
Lorenza-Louise Lissa-Geay	
CRIMES CONTRA O AMBIENTE — EVOLUÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS	83
Sónia Fidalgo	
CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO.....	91
Jorge Carlos Fonseca	

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

MARIA LÚCIA AMARAL

Provedora de Justiça

Senhores Professores,
Senhores Estudantes,
Minhas Senhoras e Meus Senhores.

1. É com um genuíno sentimento de honra, mas também de responsabilidade, que me apresento hoje perante vós, neste início de congresso destinado a assinalar, em comemoração, os 40 anos do Código Penal.

Venho de fora. Venho de fora da dogmática jurídico-penal, que, como jurista dedicada sobretudo às matérias do direito público, aprendi a conhecer, mas face à qual sempre me sinto, creio que muito conscientemente, leiga. E venho também, pela minha condição presente, de fora da Universidade. Mas sei, como muitos dos nossos concidadãos sabem, que foi ao pensamento e ao labor da vossa Universidade, e em especial ao pensamento e ao labor da dogmática jurídico-penal que a vossa escola, a escola de Coimbra, desenvolveu, que se deve a obra cujos quarenta anos de vida agora comemoramos. Sem ela não teríamos assegurado, em setembro de 1982, a conclusão da tarefa que, nestes mesmos muros universitários, já se tinha iniciado quase duas décadas antes: a de garantir a continuidade do progresso do moderno direito penal português, substituindo o Código de 1886 por um outro, adaptado às exigências do Portugal do século XX. O meu sentimento de honra e de responsabilidade decorre pois, logo deste facto: encontro-me perante aqueles que representam, no fio de ligação entre diferentes gerações, o saber especializado que tornou possível a função que em 1982 se cumpriu.

Nada de estranhar neste facto: no facto de a qualidade e o êxito das obras legislativas só poder ser assegurado quando para a sua elaboração se conta com o saber de quem ao longo de anos – de muitos anos – especialmente se dedicou ao estudo e à reflexão aprofundada das coisas, longe do tumulto dos dias, das opiniões de momento e das

impressões de superfície. Se assim é em relação a qualquer obra legislativa, por maioria de razão assim será em relação àquelas obras que, por serem atinentes à matéria penal, têm incidência directa e imediata na conformação de valores que tomamos por fundamentais.

Resta saber se hoje, na terceira década do século XXI, podemos continuar a confiar, em todas as matérias mas sobretudo e muito particularmente nas matérias jurídico-penais, na persistência desta colaboração natural entre o saber e o poder, entre o impulso para a legislação e a reflexão de longo tempo que a pode sustentar. A pergunta, parece-me, não é ociosa. Formulo-a assim porque creio – espero que sem pretensão – que por detrás dela se encontram algumas das grandes inquietações do nosso tempo.

2. Neste ano de 2022 não celebramos apenas os quarenta anos do Código Penal. No passado dia 23 de setembro celebrámos também a aprovação da Constituição de 1822, a primeira do Portugal moderno. Suponho que vale a pena associar as duas efemérides por uma razão simples. O Direito Penal e o Direito Constitucional são irmãos gémeos descendentes da mesma matriz. É certo que apresentam rostos muito dissemelhantes. O Direito Constitucional é um sistema de normas maximamente abertas e o Penal, pela sua própria condição, um sistema de normas maximamente fechadas; mas ambos decorrem, como disse, da mesma matriz, e essa foi a enunciada nas declarações de direitos que resultaram das revoluções iluministas de finais do século XVIII. Entre nós, nas bases da Constituição de 1822, que dizia, no seu artigo 12.º, que “nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda a pena deve ser proporcional ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente. A confiscação de bens, a infâmia, os açoutes, o barão e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura e todas as demais penas cruéis e infamantes ficam em consequência abolidas».

3. Não foi fácil, e sobretudo não foi fácil na turbulência do Portugal de oitocentos, garantir a sobrevivência deste modo de pensar e deste modo de prescrever. Mas a verdade é que é nele que encontramos, dois séculos depois, a ponta inicial dessa espécie de *fil rouge* que ainda hoje nos guia, e que nos conduz ao núcleo de valores fundamentais do qual descendem, em linha directa e em estreita ligação, tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Penal. Simplificando muito, poderemos dizer que esses valores são sobretudo dois. Um, atinente ao princípio de legitimidade do exercício de todo e qualquer poder. Em 1822 esse princípio enunciava-se assim: *a soberania reside essencialmente em a Nação e não pode ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos*. Não vos vou maçar com o que lhe poderá corresponder em formulação contemporânea. Proponho-vos apenas, e sempre continuando a simplificar, que assentemos nisto: o mundo moderno, que fez nascer tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Penal, fundou-se no princípio segundo o qual legítimo é o poder – e só ele – que for sufragado por essa entidade abstracta à qual poderemos dar o nome grego de *demos*. E este é o primeiro dos dois grandes valores que nos orientam.

O segundo, no entanto, e para continuar com designações gregas, é o do *logos*. Significa isto o seguinte: por mais legítimo que seja o poder democraticamente instituído, ou por mais ampla que seja a maioria que o sufraga, há sempre limites que se impõem ao seu exercício e que decorem do Direito. No núcleo central destes limites encontram-se os valores que orientam a (impropriamente chamada) *Constituição Penal*. Os limites constitucionais do direito penal são limites de proporção, de razão, de moderação, de

equilíbrio, de reflexão e de argumentação. Chamemos-lhe por isso *logos*, a outra face do *demos*, e partamos da ideia segundo a qual é na combinação destas duas faces que reside o essencial do que ainda hoje nos identifica como comunidade política.

4. O problema, porém, é que o termo *logos* não significa só razão, saber, equilíbrio, moderação, argumentação. Também significa discurso, palavra, ou como diríamos hoje, *comunicação*.

Vivemos agora uma transformação profunda do espaço público que decorre precisamente de emergência de veículos novos de comunicação que, permitindo a instantaneidade da recepção do que se disse, dispensam ou tornam bem mais difícil o escrutínio do que é dito. A verificação da razoabilidade dos dizeres; o confronto entre eles e os argumentos que se lhe podem opor; a consciência da não equivalência entre todas as opiniões – entre a opinião de quem estudou e sabe a opinião de quem não sabe porque não estudou – tudo isto estremece ou é praticamente inviabilizado perante a explosão da comunicação instantânea. Chegaremos, estou convicta, a um ponto de reequilíbrio, quando toda a poeira provocada pela revolução tecnológica assentar. Mas até lá não nos iludamos. Num universo assim, o poder político é quotidianamente pressionado para dar resposta rápida às pretensões que por estes novos veículos lhe chegam. Num universo assim, o equilíbrio, a moderação, a reflexão, o contributo de quem sabe e estudou, são relegados para segundo plano. Sempre que tal acontece no domínio do Direito, particularmente no domínio das matérias jurídico-penais, é o nosso compromisso com os valores fundamentais que nos guiam que é posto em causa. Quarenta anos depois da publicação do Código Penal, é esta, segundo creio, a preocupação primeira que não pode deixar de nos inquietar.

Muito obrigada.

O CÓDIGO PENAL

PARTE GERAL

A “IRREQUIETA” RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CP. DECOMPONDO O PALIMPSETO*

SUSANA AIRES DE SOUSA

Universidade de Coimbra

1. Nota introdutória

Em Portugal, o ente coletivo pode ser agente de um crime. Contudo, *se e como* o agente coletivo responde depende, desde logo, do crime cometido e do diploma que o tipifique. É assim em virtude de, no ordenamento jurídico português, coexistirem vários e diversos regimes legais de responsabilização do ente coletivo, no Código Penal e em legislação extravagante. Feita esta nota de contextualização, as nossas reflexões centrar-se-ão sobre o regime previsto no Código Penal e desenvolver-se-ão em três momentos que justificam a adjectivação, em título, desta responsabilidade como “irrequieta” ou “inquieta”: a inquietude do catálogo de crimes; a inquietude do modelo de imputação e a inquietude das penas aplicáveis ao ente coletivo.

2. “As responsabilidades” criminais do agente coletivo no ordenamento jurídico português

Na sua versão originária, o artigo 11.º do Código Penal restringia a responsabilidade criminal às pessoas singulares. Desde essa versão até à versão atual, o artigo 11.º foi modificado seis vezes, destacando-se evidentemente a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro,

* Este texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Internacional comemorativo dos 40 anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

que introduziu, naquele preceito, a responsabilidade criminal dos entes coletivos. A limitação da responsabilidade criminal às pessoas singulares passava para o número 1, ao qual se seguiam, depois de 2007, os números 2 a 11 dispondo sobre os entes coletivos sujeitos a responsabilidade, o catálogo de crimes, o modelo de imputação, os pressupostos, a conexão entre a responsabilidade das pessoas singulares e do ente coletivo, entre outros aspetos.

Se o ano de 2007 foi um marco na afirmação da responsabilidade criminal dos entes coletivos, é importante notar que o ordenamento jurídico português desde há muito – há mais de três décadas – admite formas de responsabilização criminal de coletividades. Também aqui é de referir um outro marco histórico, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 janeiro, que prevê o *Regime Jurídico dos Crimes contra a Saúde Pública e a Economia*.

Anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 28/84, o ordenamento jurídico português conhecia uma responsabilidade do ente coletivo puramente pontual e objetiva, a propósito de uma ou outra incriminação. Este diploma de 1984 consagra, pela primeira vez, no seu artigo 3.º, um modelo de imputação do facto ao ente coletivo, assente na *atuação de um terceiro* – o seu representante – que atua *em nome e no interesse* coletivo. Por conseguinte, prevê-se um *modelo vicarial* ou de *heterorresponsabilidade*. Foi por isso uma norma com manifesta e decisiva importância, funcionando como uma espécie de padrão normativo em outros domínios do direito penal secundário que viriam a admitir a responsabilidade criminal da pessoa coletiva. Como exemplos, podem apontar-se a criminalidade informática, compreendida na Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, em vigor até 2009, ano em que viria a ser revogada pela atual lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de dezembro¹) e a criminalidade fiscal², no âmbito da qual o instituto da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ganharia máxima relevância na prática jurisprudencial. Todavia, o Decreto-Lei n.º 28/84 não serviu de modelo ao regime que seria introduzido no Código Penal, que se afastava, em alguns pontos, daquele artigo 3.º, designadamente quanto aos pressupostos de imputação do facto ao ente coletivo e no que diz respeito às penas que lhe são aplicáveis.

Não sendo o regime do artigo 11.º idêntico ao do Decreto-Lei n.º 28/84, realça-se aqui uma primeira perplexidade: os entes coletivos respondem de forma distinta consoante o tipo de crime praticado. Deste modo, o agente coletivo do crime de *Fraude na obtenção de subsídios* ou do crime de *Fraude Fiscal* é tratado de forma distinta do agente coletivo responsável por um crime de *Burla*.

Progressivamente, a responsabilidade criminal das pessoas coletivas estender-se-ia para além do direito penal económico. Como exemplo de diplomas onde hoje se prevê este instituto podem apontar-se, entre outros, a *Lei de Combate ao Terrorismo* (artigo 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto); o *Regime Jurídico das Armas e Munições* (artigo

¹ O artigo 9.º da Lei do Cibercrime continua a prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e entes equiparados. Todavia, de modo diferente à Lei n.º 109/91, não se prevê qualquer regime específico, antes se remetendo a responsabilização das pessoas coletivas para o regime geral previsto, desde 2007, no Código Penal.

² Primeiro nos Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de outubro e pelo Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de janeiro; depois, a partir de 2001, no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho.

95.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro); a *Legislação de Combate à Droga* (artigo 33.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro); a *Lei da Procriação Medicamente Assistida* (artigo 43.º-A da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho); *O Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros no Território Nacional* (artigo 182.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007, de 24 de julho), o *Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos* (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2007, de 31 de julho), *A Lei que simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa* (Lei n.º 37/2011, de 22 de junho), o *Regime Jurídico da Exploração e Prática das Apostas Desportivas* (Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril).

Na maioria dos diplomas enunciados, o modelo de responsabilização do ente coletivo remete-se para o regime geral. Mas não em todos. É tempo da segunda perplexidade decorrente de, mesmo depois de se criar, em 2007, um regime geral de responsabilidade criminal das pessoas coletivas no Código Penal, o legislador o desconsiderar, continuando a prever regimes de responsabilidade diferenciados em leis extravagantes. Servem de exemplo a Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, bem como o Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril, que, nos seus artigos 36.º e 20.º, respetivamente, preveem um regime de responsabilidade criminal do ente coletivo com pressupostos distintos quer do artigo 11.º do Código Penal, quer do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro. A falta de uniformidade não só não tem sido corrigida, como tem vindo a ser ampliada pelo legislador por via destes regimes “*ad hoc*”.

Mas centremo-nos no regime previsto no Código Penal e nas suas sucessivas alterações legais. Por razões de tempo (e longe de esgotar esta problemática), as nossas considerações desenvolver-se-ão, como se referiu, em torno de três pontos: o *catálogo de crimes*; o *modelo de imputação do facto à pessoa coletiva* e as *penas*.

3. A inquietude do catálogo de crimes

O catálogo de crimes previsto no n.º 2 do artigo 11.º mostra-se tremendamente irrequieto, tendo sido modificado e alargado sucessivamente ao longo do tempo. Mesmo na sua versão primeira, de 2007, o catálogo de crimes não coincidiu exatamente com o elenco descrito na Proposta de Lei n.º 98/X, que esteve na base da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. As diferenças traduziram-se em acrescentar alguns crimes (por exemplo, os crimes de burla, uma vez que algo incompreensivelmente se incluíam no catálogo os crimes de *burla informática e nas comunicações* - artigo 221.º - e de *burla relativa a trabalho ou emprego* - artigo 222.º - mas ficavam excluídas todas as outras modalidades de burla, incluindo o tipo matricial).

Em 2007, o catálogo era este: *Maus tratos* (artigo 152-A); *Violação das regras de segurança* (artigo 152.º-B); *Escravidão* (artigo 159.º); *Tráfico de pessoas* (artigo 160.º); alguns crimes de natureza sexual (artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e artigos 168.º, 169.º, e 171.º a 176.º); crimes de *Burla* (artigos 217.º a 222.º); *Discriminação racial, religiosa ou sexual* (artigo 240.º); *Falsificação ou contrafação de documento* (artigo 256.º); *Falsificação de notação técnica* (artigo 258.º); *Crimes de falsificação de moeda e alguns crimes de perigo comum* (artigos 262.º a 283.º e 285.º); *Associação criminosa* (artigo 299.º); *Tráfico de influências* (artigo 335.º); *Desobediência* (artigo 348.º); *Violação de imposições, proibições ou interdições* (artigo 353.º) *Suborno* (artigo 363.º); *Favorecimento pessoal* (ar-

tigo 367.º); *Branqueamento* (artigo 368-A) e *Corrupção* (artigos 372.º a 374.º).

O legislador tem revisto este catálogo, alargando-o, por vezes de modo algo descuidado. Ao catálogo originário foram adicionados os crimes de *Peculato* (artigo 375.º) e *Peculato de uso* (artigo 376.º), pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril; o crime de *Tráfico de órgãos humanos* (artigo 144.º-B) foi aditado pela Lei n.º 102/2019, de 6 de setembro, mas é “apagado” do catálogo, posteriormente, pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto. Contudo, o artigo 144.º-B viria novamente a ser reintroduzido pela Lei n.º 79/2021, de 24 de novembro. Em 2020, (Lei n.º 40/2020) foram ainda adicionados ao catálogo os crimes de *Aliciamento de menores para fins sexuais* (artigo 176.º-A) e *Organização de viagens para fins de turismo sexual de menores* (artigo 176.º-B) que, no entanto, desapareceram daquela lista na versão dada ao artigo 11.º, n.º 2, pela Lei n.º 79/2021, de 24 novembro. A Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, publicada cerca de um mês depois, viria a corrigir estes lapsos, reintroduzindo os artigos desaparecidos e incluindo novos crimes no catálogo: *Dano*, *Dano qualificado*, *Dano com violência*, *Usurpação de coisa imóvel*, *Alteração de marcos* (artigos 212.º a 216), *Usura* (artigo 225.º), *Falsidade de depoimento ou declaração* (artigo 359.º) e *Participação económica em negócio* (artigo 227.º).

Em jeito de nota acrescenta-se que o catálogo de crimes enunciado no n.º 2 do artigo 11.º tem merecido a crítica de alguma doutrina: quer pela ausência de um critério racional que permita compreender a escolha de alguns crimes, quer pela não inclusão de outros delitos, apesar dos sucessivos alargamentos do catálogo, designadamente tipos fundamentais como os tipos legais de *Homicídio* e de *Ofensas à integridade física*³.

4. A inquietude do modelo de imputação

No direito penal português, a opção legal em matéria de imputação do facto à pessoa coletiva foi, desde sempre, pelo modelo de heterorresponsabilidade, como se referiu no início. A imputação do facto é mediatamente dirigida à pessoa coletiva através da conduta de certas pessoas físicas que atuam em nome e no interesse coletivo. O círculo de pessoas singulares que vincula, com a sua conduta, a pessoa coletiva pode variar (sendo mais amplo ou mais restrito), mas sem que dessa atuação se prescindia. Tradicionalmente, o nosso ordenamento jurídico reconhecia essa faculdade aos “órgãos e representantes da pessoa coletiva” que atuem em seu nome e no seu interesse. Este é o modelo seguido no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, para os *crimes*

³ Como sublinha Teresa Serra, em artigo no jornal Expresso de 29 de Setembro de 2007, na Holanda, primeiro país da Europa continental a prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, condenava-se em 1987 um hospital “por homicídio negligente depois de um paciente ter morrido durante uma operação em virtude da utilização de equipamento de anestesia ultrapassado, numa decisão que constituiu o primeiro caso de condenação de uma pessoa coletiva por homicídio” naquele país. Também Teresa Quintela Brito, considera a ausência do crime de homicídio daquele catálogo como “gritante e inexplicável”, cf. “Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *RPCC 20 (2010)*, p. 44. Também em crítica à escolha dos crimes que integram o catálogo, Germano Marques da Silva, “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro”, *Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ*, n.º 8 (2008), p. 71. Ainda, Susana Aires de Sousa, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2019, p. 104.

*contra a economia e contra a saúde pública*⁴; é também assim para os crimes tributários de acordo com o artigo 7.º do *Regime Geral das Infrações Tributárias*⁵.

Porém, correspondendo à tendência sentida em tempos mais recentes, muito por influência das disposições de direito comunitário e internacional, tem-se ampliado, também em Portugal, o *círculo de pessoas singulares* que podem sustentar a imputação do facto à pessoa coletiva. Exemplo desta tendência é o n.º 2 do artigo 11.º, logo na versão de 2007, alargando-se o círculo de pessoas singulares que vinculam a pessoa coletiva àqueles que nela ocupam uma *posição de liderança*. Esclarece-se no n.º 4 do artigo 11.º o que deve entender-se por posição de liderança: na sua versão original, cabiam neste conceito os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. O legislador de 2021, por via da Lei n.º 94/2021, acrescentou uma parte final a este preceito, incluindo naqueles que exercem “o controlo da atividade da pessoa coletiva” – e que a podem vincular criminalmente, através da sua atuação – os membros não executivos do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização. Este alargamento conceptual da *posição de liderança* àqueles que não têm poder executivo no contexto societário, sempre exigirá, em nosso modo de ver, que, na sua atuação, a pessoa singular viole os seus deveres funcionais.

Não obstante o sucessivo alargamento do círculo daqueles que podem vincular criminalmente o ente coletivo, seguro é que, em ambas as alíneas do n.º 2 do artigo 11.º, do Código Penal se exige, para fazer responder a pessoa coletiva, uma violação de deveres por parte de alguém — invariavelmente uma pessoa física — que tem na empresa o poder-dever de controlar a empresa ou um dos seus sectores, valendo também aí um modelo de heteroresponsabilidade.

O Código Penal exige ainda que o crime se realize *no interesse* da pessoa coletiva. Em causa está um elemento intencional que deve verificar-se na pessoa física que realiza o

⁴ Artigo 3.º - Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas

1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior.

⁵ Artigo 7.º - Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas

1 - As pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade das pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade criminal das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

4 - A responsabilidade contra-ordenacional das entidades referidas no n.º 1 exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

5 - Se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

facto criminal. Antes das modificações introduzidas pela Lei n.º 94/2021 entendia-se que esta exigência ligava a *motivação* da pessoa física aos *fins* para que foi constituída a pessoa coletiva. O parâmetro para aferir do interesse retirava-se do objeto social e das finalidades em vista dos quais foi constituída a sociedade. Por esta razão se dizia que a realização do facto “no interesse da pessoa coletiva” não se confundia com algo que seja “do interesse da pessoa coletiva”. Na base da motivação da pessoa física estaria não um benefício próprio ou alheio à sociedade, mas antes uma intenção de beneficiar ilicitamente o ente coletivo nas finalidades que fundaram a sua constituição.

A Lei n.º 94/2021 modificou este requisito ao admitir-se que a atuação da pessoa física possa ser no *interesse direto ou indireto* da pessoa coletiva. Torna-se difícil concretizar o sentido desta alteração legal, até por não haver nenhuma referência a esta modificação nos trabalhos preparatórios. Sobra a pergunta: o que quis o legislador dizer com *interesse direto ou indireto*? Sempre se acrescentará que uma exigência semelhante – a de que o crime seja cometido em nome ou por conta da pessoa coletiva e em seu *benefício direto ou indireto* – consta de outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do artigo 31 bis do Código Penal espanhol, também modificado, nesta última parte (*benefício direto ou indireto*) pela LO1/2015, uma vez que, na redação anterior, se determinava (apenas) que o delito fosse cometido *em proveito* da pessoa jurídica. A doutrina espanhola tem referido o elemento literal “benefício” a um benefício patrimonial, ainda que concedendo que tal benefício possa ser indireto ou mediato. Como exemplo aponta-se “uma mera vantagem competitiva, que a médio ou longo prazo se concretiza num benefício patrimonial”⁶.

5. A inquietude das penas aplicáveis ao ente coletivo

No que se refere às penas aplicáveis ao ente coletivo, o legislador de 2007, divergindo também aqui dos regimes específicos de responsabilidade criminal da pessoa coletiva para os crimes económicos e fiscais, seguiu, nos artigos 90.º-A e ss. do Código Penal, a mesma estrutura tripartida prevista para a responsabilidade individual: penas principais (artigo 90.º-A), penas de substituição da pena de multa (artigos 90.º-C a 90.º-E) e penas acessórias (artigos 90.º-G a 90.º-M).

A Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, trouxe também novidades nesta matéria sobretudo na relevância dada aos programas de cumprimento normativo no plano sancionatório. Com efeito, preveem-se diversas consequências jurídicas positivas, no plano sancionatório, ligadas à implementação destes programas, favorecendo indubitavelmente a sua implementação. A adoção e implementação destes programas em momento anterior à prática do crime (*compliance ex ante*) constitui nos termos do artigo 90.º-A, n.º 4, uma causa especial de atenuação da pena. Já a implementação do programa após a prática do crime (*compliance ex post*) e até a data de audiência de julgamento pode ser considerada pelo tribunal na determinação dos dias de multa, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 90.º-B.

O dever de adotar um programa de cumprimento pode ainda ser uma consequência jurídica da condenação criminal da pessoa coletiva, agora integrado em penas já exis-

⁶ Cf. Bernardo del Rosal Blasco, *Derecho Penal de Sociedades Mercantiles*, Thomson Reuters, 2022, p. 89.

tentes. Mas aqui, reconhecendo-se ao cumprimento normativo uma dupla natureza. A sua adoção pode ser uma *injunção*, ordenada pelo tribunal como pena acessória, de acordo com o disposto no artigo 90.º-G, n.º 1, alínea *b*), determinada com o objetivo de prevenir crimes da mesma natureza ou diminuir significativamente o risco da sua ocorrência. O programa de cumprimento normativo pode ainda ser relevante no contexto da pena de substituição de vigilância judiciária, relativamente à condenação em multa inferior a 600 dias (artigo 90.º-E, n.ºs 1 e 2). Neste caso, pode o tribunal nomear o acompanhamento da pessoa coletiva por um representante judicial de modo a que este monitorize a adoção ou implementação do programa de cumprimento normativo. A não implementação determinará a revogação da pena de substituição.

Este regime das penas das pessoas coletivas difere do Código Penal para os regimes específicos. Uma primeira diferença em face daqueles regimes específicos ou especiais situa-se na amplitude dada no Código Penal às penas de substituição, praticamente desconsideradas fora daquele diploma. Na verdade, algumas das penas de substituição que o Código Penal prevê para as pessoas coletivas eram já conhecidas, mas sob outra forma, pelos diplomas anteriores que admitiam essa responsabilidade. É o caso da *admoestação*, tida no Código como pena de substituição (artigo 90.º- C), mas prevista no âmbito dos delitos económicos (artigo 7.º, alínea *a*) do Decreto de Lei n.º 28/84) como pena principal. Um segundo exemplo desta disparidade é protagonizado pela pena de *dissolução*, consagrada no código como pena principal, mas prevista no RGIT como uma das penas acessórias aplicáveis aos crimes tributários (artigo 16.º, alínea *h*)). Ou, num derradeiro exemplo da falta de harmonização ao nível das sanções, a *caução de boa conduta* é prevista no regime geral como pena de substituição, mas tida como sanção acessória no âmbito dos crimes económicos e crimes fiscais, com a inevitável consequência de acompanhar (e não de substituir) a pena principal.

Estes exemplos são, a nosso ver, suficientes para demonstrar a falta de coerência existente entre o regime geral previsto no Código Penal e os regimes específicos estipulados no direito penal secundário. Um esforço de maior harmonização no tratamento dogmático e legislativo das sanções aplicáveis, mas em geral de todo o regime da responsabilidade criminal da pessoa coletiva está ainda por fazer. Para além da evidente vantagem formal daí decorrente, são também inegáveis de um ponto de vista substantivo os seus benefícios: na verdade, não se compreende que, pela prática de um crime previsto no regime geral, a multa possa ser substituída por uma caução de boa conduta, mas a prática de um crime económico possa ser sancionada com multa e cumulativamente com a sanção acessória de caução de boa conduta, em claro prejuízo de um princípio basilar de igualdade na aplicação das sanções penais.

Termino com uma reivindicação antiga de Figueiredo Dias formulada em 1984. Nas palavras do Autor, “fica de pé o problema mais difícil e importante: o da definição da capacidade das coletividades para sofrerem penas e medidas de segurança e das especificidades de que deve revestir-se. Limitar-me-ei a chamar a atenção para o necessário esforço de imaginação e criatividade na elaboração de um largo catálogo de sanções quem compensem a inaplicabilidade da prisão”⁷. Um esforço também a nível dogmáti-

⁷ Jorge de Figueiredo Dias, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *in*: *DPEE* (publicado

co por um regime geral de responsabilidade criminal dos entes coletivos e, em particular, “do catálogo de sanções aplicáveis”. Senhor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, em 2022, este apelo não podia ser mais atual e evidente.

Muito obrigada.

originariamente na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 16 (1983-84), p. 263 e ss. e Ano 17 (1984-1985), p. 7 e ss.), Vol. I, p. 69 e s.

DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL *

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Universidade de Coimbra

Introdução

O problema da racionalização da determinação da medida concreta da pena passa por considerar a discricionariedade que os juízes podem/devem ter neste domínio. A linha é ténue entre demasiada, com a consequência inevitável de disparidades indesejáveis nas penas aplicadas, e a ausência de qualquer discricionariedade, que leva a decisões injustas. Existe um equilíbrio difícil entre oferecer mais ou menos discricionariedade e alcançar maior ou menor racionalização no momento de determinar a pena. É a partir daqui que, nos sistemas romano-germânicos, é à lei que cabe indicar os critérios e, com mais ou menos detalhe, circunstâncias ou fatores de medida da pena – um modelo, no dizer curioso do britânico *Julian Roberts*, de *guidance by words* – e, nos sistemas de direito comum, nos deparamos com *sentencing guidelines* e a existência de *sentencing commissions*. Em qualquer dos casos, busca-se a racionalidade e podemos falar em objetivos comuns – transparência no processo de tomada das decisões sobre as penas a aplicar em concreto, coerência, proporcionalidade e previsibilidade das próprias decisões sobre a sua medida, tendo em vista promover a confiança do público na justiça da punição.

Nesta aproximação ao problema, proponho-me começar por analisar a que razões respondem uma e outra forma de abordar a questão, quais os principais desenvolvimentos na matéria em ambos os sistemas e que utilidade pode ter a construção de um «tipo»

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do Colóquio Internacional 40 Anos do Código Penal, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ou «tipos» de medida da pena. A concluir, procurarei evidenciar o desafio aqui contido de procedimentalização da tomada de decisão sobre a medida concreta da pena.

Para mim, esta escolha impôs-se-me pela clareza com que me conduzia no caminho iniciado há vários anos com a Lição de Eduardo Correia sobre o tema e gravada no novo Código Penal de 1982 que hoje celebramos.

1. As preocupações de racionalização da medida da pena

Um exemplo da via de racionalização da determinação da pena seguido pelos sistemas continentais pode encontrar-se entre nós e no *modelo* teórico que se procurou elaborar.

A evolução do direito português mostra que, com o Código Penal de 1982, foi dado um passo decisivo no sentido da racionalização do procedimento de determinação da medida concreta da pena, quando o legislador consagrou os critérios gerais da culpa e da prevenção para o efeito (Artigo 72º, nº1), complementados pela indicação de circunstâncias – ou fatores – que concretizam aqueles critérios (Artigo 72º, nº2, do mesmo artigo). Pretendeu, assim, pôr fim às dificuldades surgidas com a Reforma de 1954 e com a norma que dispunha sobre a matéria (Artigo 84º), que, ao indicar o critério da «culpabilidade» como o critério a ter em conta pelo juiz na determinação da medida da pena, acrescentou um segmento disruptivo: «independentemente do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes». A dar azo, assim, a um entendimento no sentido de que seria com o recurso às circunstâncias, agravantes e atenuantes, que o juiz fixaria o *quantum* final da pena, num momento «posterior» àquele em que determinaria o *quantum* «provisório» – deve interrogar-se – da pena da «culpabilidade», atendendo aos *elementos* – ou, dever-se-á dizer, «circunstâncias»? – indicadas também pelo legislador de forma taxativa: a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos do crime e a personalidade do delincente. E, ainda, a não cercear uma ideia de que, sempre que faltassem as circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena devia ser aplicada no «ponto médio» da moldura penal abstrata. Talvez – cabe cogitar – a refletir uma tendência para não encontrar em circunstâncias de medida da pena, no modo como hoje (Artigo 71º, nº2) e desde 1982 são elencados no Código – de forma exemplificativa, a relevarem simultaneamente pela via da culpa e/ou da prevenção e sem qualquer indicação sobre o seu funcionamento agravante ou atenuante – o préstimo bastante para, por si só, ainda que lidas à luz dos critérios de medida da pena indicados pelo legislador (Artigo 71º, nº1), *orientarem* o juiz na determinação da medida concreta da pena e, assim, para racionalizar, como é devido, o procedimento de decisão sobre ela.

Deve dizer-se, em abono da revisão operada em 1995, que o legislador procurou dar, nessa altura, mais um contributo para a racionalização deste procedimento. Fê-lo, contudo – e apenas –, ao introduzir no Código um dispositivo relativo às finalidades das penas (Artigo 40º, nº1) – cuja aplicação visa «a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade» –, a que acrescentou a proibição de «em caso algum» a pena poder «ultrapassar a medida da culpa» (nº2, do mesmo artigo). A este respeito, foi a elaboração da doutrina que deu forma a um *modelo* de medida da pena. Entendendo que algumas questões fundamentais do processo de determinação da medida concreta da pena – que relação existe entre culpa e prevenção, por um lado e, pelo que se refere

às necessidades de prevenção, qual a relação entre prevenção geral e especial, por outro – têm implícita a resolução na composição que oferece o legislador sobre a ordenação das finalidades da punição. Nesta revisão do Código, assim como em qualquer outra que se lhe seguiu, permaneceu, todavia, intocado – apenas retocado... – o disposto relativo à determinação da medida da pena, encerrando uma formulação que, no dizer de *Lackner*, perante norma similar do direito alemão, «tudo cobre e só obscurece a problemática».

Não vou tão longe, mas penso que é tempo de o legislador, em diálogo com a doutrina e a jurisprudência, cumprir o papel que indiscutivelmente lhe cabe de dar mais um passo no sentido da racionalização do procedimento de determinação da medida concreta da pena. Esta é uma exigência que decorre da necessidade de promover o sentimento de confiança dos cidadãos na justiça em geral e na justiça penal em particular. Em parte, minada pela falta de previsibilidade e disparidades indesejáveis das decisões sobre as penas e a sua medida. Além disso. Julgo que é mesmo *urgente* que o legislador tome essa tarefa em mãos, à vista da eventualidade de, mais cedo do que tarde, nos defrontarmos com a entrada no nosso sistema de justiça penal de instrumentos de avaliação do risco na fase de determinação da pena – instrumentos que, como é sabido, são já uma realidade nos sistemas anglo-americanos. Em face da algoritmização do procedimento de tomada de decisões na fase de *sentencing*, com a decisão a transferir-se do juiz humano para artefactos cada vez mais inteligentes, que prometem objetividade nos resultados *versus* a discricionariedade da decisão do juiz, creio que é o tempo de o legislador, legitimado para tal, criar, para juízes humanos, um «algoritmo a ser seguido» (*Andrew Ashworth*) na tomada de decisões sobre a medida concreta da pena, que se quer que continue a ser um procedimento humano.

É esta ideia que procurarei clarificar na minha intervenção.

Importa ter presente que também a utilização de *sentencing guidelines* se coloca num cenário de necessidade de limitação da discricionariedade judicial. Há, por isso, boas razões para dirigir a nossa atenção para um sistema de *sentencing* assim ancorado. Saliarei apenas uma, que tem a ver com o protagonismo dos juízes, fazendo avultar a discricionariedade das suas decisões. Também no nosso espaço continental de justiça, eles vão cada vez mais para além de intérpretes da lei e transformam-se em mediadores de interesses sociais, especificamente, populares e políticos. O que acontece, por seu turno, em face de modelos normativos marcados pela densidade de sentidos, em que a função jurisdicional amplia notavelmente os seus limites, não raras vezes atravessada por fortes tensões mediáticas, que se projetam com intensidade perturbadora nas suas decisões. A margem de discricionariedade da sua atuação avizinhou-a, assim, da função jurisdicional mais criativa dos sistemas de *common law*. Que, historicamente conhecendo uma ampla discricionariedade no âmbito da medida da pena, empreenderam um caminho para a sua limitação, através de *orientações*.

Do meu ponto de vista, é sobretudo nesta sua face de *dar orientações aos juízes* no procedimento de tomada de decisão sobre a medida da pena que o contributo das *sentencing guidelines* pode ser mais útil para os sistemas de justiça continentais.

Torna-se necessário olhá-las mais de perto.

No caso de as *Guidelines* serem «presumivelmente vinculativas», como é o caso das *Grid-Based Guidelines* adotadas em vários estados norte-americanos (e.g. Minnesota,

Pensilvânia ou Oregon), o juiz deve (*must*) aplicar uma pena concreta determinada dentro da moldura estreita de pena indicada na «grade» das *Guidelines*. Que, por sua vez, resultou da interseção do nível de gravidade do crime com a categoria do passado criminal do agente. Estas *Guidelines* são vistas como «relativamente restritivas» da discricionariedade na determinação da pena, na medida em que os juízes são *incitados* a aplicar penas determinadas no âmbito das molduras estreitas indicadas nas grades. Na verdade, devem apresentar razões «substanciais e convincentes» (*substantial and compelling reasons*) para justificar o que é designado como uma «*departure sentence*», isto é, uma pena, de maior ou menor gravidade, que fica *fora* das molduras «oficiais» das grades das *Guidelines*.

Estas *Guidelines* norte-americanas são mais prescritivas do que as *Offence-Specific Guidelines* existentes na Inglaterra, País de Gales e Escócia, adotadas, na sequência da aprovação da *Coroners and Justice Act 2009*, para cada categoria de crimes (por exemplo, *assault*, crimes relacionados com estupefacientes ou outras), que permitem uma discricionariedade considerável. Assim, cada *Guideline* estabelece uma moldura penal para o crime em causa (*offence range*), consistindo o primeiro passo do juiz para encontrar a medida concreta da pena em determinar, no âmbito da *offence range*, a gravidade do crime, que resulta da interseção do nível de culpa com a categoria do dano e se exprime numa *category range*. Para este efeito, o juiz deve tomar em consideração *exclusivamente* as circunstâncias agravantes e atenuantes que constam da lista da *Guideline*. A natureza taxativa das circunstâncias é apontada como um dos aspetos mais restritivos da discricionariedade judicial das *Guidelines*, que se manifesta na determinação da culpa e do dano. Estas também indicam – é o segundo passo –, dentro da *category range*, o *starting point*, ou seja, a pena-base de que o juiz deve partir para determinar a medida final da pena, tomando em consideração outras circunstâncias agravantes e atenuantes, agora já não indicadas taxativamente.

A *flexibilidade* é assinalada como uma das principais características das *Guidelines*. Desde logo, evidenciada na determinação da *category range*, no caso de o *Sentencing Council* não se achar em condições de pré-determinar todas as circunstâncias de medida da pena relevantes. Caso em que é a própria *Guideline* a derrogar a taxatividade destas circunstâncias e a remeter o juiz para a consideração, no caso concreto, de outras circunstâncias e a conferir, assim, neste primeiro passo do processo, valor exemplificativo ao elenco contido na *Guideline*. Depois, o *dever* imposto ao juiz é o de determinar a pena concreta dentro da *offence range* e não na mais restrita *category range*, estando apenas obrigado a fundamentar a medida da pena no caso de esta ficar, «no interesse da justiça», fora dos limites da *offence range*. É o que resulta das normas conjugadas da *Secção 125* da *Coroners and Justice Act 2009*: (1) *b*) o *dever* de o tribunal seguir a *Sentencing Guideline* relevante no caso – «the court ... *must follow*» – é flexibilizado pelo que é disposto a seguir: «*unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so*»; e (3) «(...) nada nesta *Secção* impõe ao tribunal um *dever* (...) de aplicar uma pena concreta no âmbito da *category range*».

Vale a pena acompanhar a avaliação que a reforma introduzida pela *Coroners and Justice Act 2009* tem merecido do ponto de vista da racionalização da fase de *sentencing* – fala aqui *Ashworth* de uma reforma «lamentavelmente frouxa» (*pitifully loose*), em contraponto com *Roberts*, que vê na familiarização com as *Guidelines* um motivo de forte impacto racionalizador, independentemente do grau de cumprimento exigi-

do. Por minha parte, assinalo a relevância primária, com efeito limitador da discricionariedade, das circunstâncias a ter em conta no primeiro passo na determinação da gravidade do facto. Ressalto, ainda, que a racionalização pretendida se liga fundamentalmente à uniformidade metodológica das decisões, discricionárias, de medida da pena. A chave das *Guidelines* está na criação de um *procedimento* para a decisão sobre a medida da pena, cuja justiça radica mais na *fairness processual* do que na própria substância da decisão sobre ela.

Importa-me, pelo que se refere, em geral, aos sistemas de *Guidelines*, fazer ainda uma derradeira consideração.

Prende-se com o facto de que a racionalidade que se pretende introduzir no processo de tomada de decisão sobre a medida da pena poder servir vários objetivos político-criminais. A questão é importante, uma vez que as *Sentencing Guidelines* em que se apoiam os sistemas anglo-americanos, não sendo tecnicamente instrumentos preditivos, apresentam similitudes com eles. E, como é sabido, a utilização de instrumentos atuariais e, mais recentemente, de tecnologias digitais, que aflorei no início desta intervenção, é vista como parte de uma cultura de controlo. Os novos cientistas de dados estarão a satisfazer, de outro modo, a mesma necessidade de racionalização a que respondeu, na segunda metade do século passado, a cibernética ou a teoria dos jogos, a análise de custos benefícios em relação ao crime ou a justiça penal baseada na incapacitação seletiva e na prevenção geral intimidatória (a regra *three strikes and you are out* é um bom exemplo do que se quer significar). Não vou entrar hoje nesta discussão – que me desviaria do meu objetivo precípuo –, mas impõe-se não deixar de ter em conta o que estes instrumentos significam na conceptualização da determinação da pena. Tenho defendido que eles transformam de forma radical e fecham o direito à discricionariedade necessária da decisão judicial na medida da pena. Importa, por isso, ter presente e prevenir que (também) a utilização de *Sentencing Guidelines* possa servir uma racionalidade deste tipo.

2. Uma proposta: um tipo (ou tipos) de medida da pena

Não é de hoje a denúncia do carácter isotérico das reflexões teóricas sobre a determinação da pena, isoladas da *praxis*, salientando-se a necessidade de um maior diálogo entre ambas. Há um consenso sobre a necessidade de conferir maior racionalidade ao procedimento de determinação da sua medida concreta, refletindo o grau de gravidade dos diferentes crimes e as necessidades de prevenção geral e especial e capaz de promover a coerência, a proporcionalidade e a previsibilidade das decisões tomadas a este respeito pelos juízes. Entre a impossibilidade de total juridificação e a pura automatização, julgo que poderá situar-se uma *discricionariedade* que aponta para uma *self-restraint* do juiz que encontra arrimo, como defendi há alguns anos, no «facto para efeito de medida da pena», que pode ser construído – acrescento agora – como um *tipo* ou tipos *de medida da pena*.

Encontro em *Wolfgang Frisch*, num seu artigo publicado em 2013 na *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) – a propósito do papel dos princípios da culpa e da proporcionalidade na determinação do *quantum* da pena e no seu sistema de *definições* que descrevem «*situações-tipo*» relativas à medida da culpa –, inspiração para sugerir um sistema de fatores relativos à medida da culpa, que atribuem uma quantidade justa e *adequada* de pena a um determinado grau de culpa, e de um sistema de fatores rela-

tivos a exigências preventivas, que definem uma pena *proporcional* à sua satisfação. A racionalização da determinação da medida da pena pressuporia, assim, a consideração pelo juiz de uma série de fatores, de raiz empírica, *indicados pelo legislador em tipos de medida da pena*, que concretizam, para um crime ou uma categoria de crimes, os critérios jurídicos genéricos previstos no Artigo 71, nº1, do Código Penal, coadjuvando-o no procedimento de adequação das molduras penais abstratas ao caso concreto. Fatores que se referem a circunstâncias unicamente relativas ao facto cometido e, assim, a circunstâncias que apenas têm a ver com a gravidade do ilícito típico cometido pelo agente e com a culpa que manifesta na sua prática; e fatores relativos a circunstâncias alheias ao facto, isto é, atípicas ou extra-típicas, atinentes à pessoa do agente e à comunidade em geral. A fundamentação, *material*, da decisão tornaria *transparente* o procedimento seguido – primeiro passo – de valoração dos fatores relativos ao facto cometido para a identificação da *moldura concreta da pena*, em função da gravidade da culpa e do dano produzido. Esta moldura de pena, que é uma moldura da culpa e nunca poderia ser derogada *apenas* no seu limite máximo, abriria o caminho – segundo passo do procedimento –, mediante a valoração de fatores adicionais (extra-típicos), para encontrar a *pena final proporcional* à satisfação das exigências preventivas. A *utilidade* da determinação daquela moldura concreta de gravidade do facto (moldura concreta de culpa) reside na possibilidade de *auto-controlo* (e também de *hétero-controlo*) *do juiz* na tarefa de determinação da pena final preventiva *em confronto* com a pena da culpa. Deixo para reflexão posterior saber se a lista destes fatores seria total ou parcialmente taxativa ou lhe deve corresponder a indicação da relevância agravante e/ou atenuante para efeitos de culpa e/ou de prevenção.

Com isto, não se ilude a questão que é a de, numa tomada de decisão judicial, quando se trata de decidir sobre a punição, estar em causa um procedimento em busca de uma decisão que é a melhor decisão para o caso – em termos *dworkianos*, correta: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas sim o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem em relação ao direito de uma comunidade política. O problema prende-se com o *método*. Não vou entrar em detalhes, mas todos os que me ouvem entenderão que eu diga que a racionalidade que se exprime na decisão judicial quanto à medida concreta de uma pena não prescinde da discricionariedade; ou, como se aceita além-manha, deve contar com uma margem de flexibilidade. Porque, no mundo – digo-o desta forma seca –, a relação do observador com o objetivo releva de um acoplamento de que não se conhece antecipadamente a forma, que não está fixada definitivamente em uma regra. Ou, numa formulação mais chegada às nossas preocupações punitivas: a relação do juiz com o facto, o condenado e a situação é uma relação *existencial*.

Volto à Lição de Eduardo Correia quando escrevia, no seu Direito Criminal, Volume II, 1971, sobre a determinação da medida concreta da pena, que «aí se afinam todos os particulares sentidos dos fins das penas, aí há que lançar mão de todos os ensinamentos da criminologia e da política criminal, aí se apuram todas as infinitas gradações dos vários momentos em que se analisa o crime».

É, assim, menos constrangida que, como penalista, confesso que a medida final exata de pena aplicada a uma pessoa condenada não tem fundamentação possível. Mas o procedimento para a alcançar pode ser tornado mais racional.

APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS*

MARIA JOÃO ANTUNES

Universidade de Coimbra

1. Em 1982, na primavera que anunciava uma revisão constitucional significativa em matéria penal e a entrada em vigor, no ano seguinte, de um novo Código Penal, Figueiredo Dias enunciou, a propósito dos *novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, a proposição político-criminal segundo a qual *tanto a vertente social como a vertente liberal da ideia do Estado de Direito material conduzem a que a pena constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante*. Uma e outra vertente conduzem, nomeadamente, a que a pena de prisão seja única e simples.

Ainda em 1982, já no outono, foi aditado ao artigo 30.º da Constituição um novo n.º 4, nos termos do qual *nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos*. Logo depois, em janeiro de 1983, no capítulo da parte geral dedicado às penas acessórias, o novo Código Penal, cujo *Projeto* havia inspirado os constituintes, consagrou, por seu turno, o princípio geral de que *nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos* – artigo 65.º – e estabeleceu que à prática de certos crimes pode ainda corresponder, por força da lei, a incapacidade eleitoral ativa e passiva, para ser jurado ou, ainda, para exercer o poder paternal, a tutela, a curatela ou a administração de bens – artigo 69.º, n.º 2.

2. 40 anos depois e 27 anos volvidos sobre a Revisão de 1995, que incidiu sobre esta matéria, continua atual a observação feita por Figueiredo Dias em 1993 de que *reina uma insegurança e uma confusão – não meramente terminológicas! – quase inextricáveis*

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do Colóquio Internacional 40 Anos do Código Penal, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

quanto ao que devemos entender por penas acessórias, efeitos das penas, efeitos dos crimes, efeitos inerentes ao sentido da condenação e certas medidas de segurança não privativas da liberdade.

Com segurança e de forma clara, é de afirmar que no direito português vigente há penas acessórias que se caracterizam como tal, por referência ao conteúdo do ilícito típico; por se ligarem, necessariamente, à culpa do agente, que é seu pressuposto e limite; por se justificarem de um ponto preventivo, em face da insuficiência da pena principal ou de substituição para satisfazer as necessidades da punição; e por serem determinadas concretamente em função dos critérios gerais de determinação da medida da pena previstos no artigo 71.º do Código Penal, a partir de uma moldura que estabelece os seus limites (mínimo e máximo) de duração.

Ao abrigo do n.º 2 do artigo 65.º do Código Penal, a lei pode fazer corresponder a certos crimes determinados efeitos, prevendo penas acessórias cuja aplicação é ainda por referência ao conteúdo do ilícito respetivo e à censura do facto praticado, penas que constituem a forma atual de os efeitos do crime poderem ter relevo, sem qualquer quebra da proibição constitucional da sua automaticidade. O Tribunal Constitucional tem entendido, reiteradamente, que o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição proíbe indistintamente os efeitos automáticos da condenação em pena e da condenação pela prática de determinado crime.

3. A insegurança e/ou a confusão, essas, resultam, entre outras razões: da jurisprudência constitucional que se tem afastado o parâmetro constitucional contido no artigo 30.º, n.º 4, e aprecia as normas à luz das disposições constitucionais que consagram o direito fundamental que é concretamente restringido por efeito de uma condenação penal; de haver efeitos inerentes ao sentido da condenação entre as penas acessórias e os efeitos das penas, de que é exemplo a suspensão do exercício de função prevista no artigo 67.º do Código Penal; de haver disposições de natureza estritamente processual entre as penas acessórias e os efeitos das penas, de que é exemplo a declaração de indignidade sucessória consagrada no artigo 69.º-A do Código Penal; de haver efeitos da condenação penal que o legislador denomina “pena acessória” que, em bom rigor, o não são, de que é exemplo a pena acessória de expulsão de cidadão estrangeiro, estatuída no artigo 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho; de haver penas acessórias sem limites de duração pré-definidos, de que são exemplo a pena de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, prevista no artigo 152.º, n.º 4, do Código Penal e as penas pela prática de crimes contra animais de companhia, omissas quanto ao limite mínimo, estabelecidas no artigo 388.º-A do Código Penal; de haver condenação em pena acessória ainda que o agente seja dispensado da pena principal, de que constituem exemplos a proibição do exercício de função, consagrada no artigo 66.º do Código Penal e a proibição do exercício de qualquer cargo político, estatuída no artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho; de haver penas acessórias que estão assistematicamente consagradas na parte geral do Código Penal, de que são exemplo as estabelecidas nos artigos 69.º-B e 69.º-C; de haver penas acessórias cujos limites de duração são manifestamente excessivos e amplos, de que são exemplo, mais uma vez, as previstas nos artigos 69.º-B e 69.º-C; de haver penas acessórias às quais o legislador penal associa a sua automaticidade, de que são exemplo a proibição de

conduzir veículos com motor, estatuída no artigo 69.º do Código Penal, bem como a *proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual, a proibição de confiança de menores e a inibição de responsabilidades parentais, previstas nos, já mencionados, artigos 69.º-B, n.ºs 2 e 3, e 69.º-C, n.ºs 2 e 3.*

4. *A automaticidade das penas acessórias, censurável do ponto de vista da Constituição e da lei, bem como à luz da proposição político-criminal a que aludimos, não deixa, porém, de nos interrogar sobre as vantagens da aplicação a título principal de penas acessórias relativamente a crimes como os de condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º do Código Penal), de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (artigo 292.º do Código Penal, contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores (artigo 171.º e ss. do Código Penal), de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal), cometidos no exercício de funções públicas (artigo 372.º e ss. do Código Penal) e da responsabilidade de titulares de cargos políticos (artigo 7.º e ss. da Lei n.º 34/87).*

No direito vigente, a pena acessória aplica-se juntamente com a pena principal ou de substituição, em função de exigências preventivas, limitadas pela culpa do agente, que ainda subsistam depois de ter sido concretamente determinada a pena a que se junta. É o que resulta, muito claramente, das penas acessórias que têm como pressuposto a natureza e a gravidade da pena a que se juntam – 3 anos de pena de prisão no caso da proibição do exercício de função, prevista no artigo 66.º – e de normas como a constante do n.º 3 do artigo 78.º do Código Penal. É este também o entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência.

Em relação a certo tipo de crimes – nomeadamente aos já referidos – justificar-se-á, porém, que os agentes ou determinados agentes sejam punidos, *cumulativamente*, com uma pena principal ou de substituição e uma pena acessória. Nisto consistiria a referida aplicação a título principal de uma pena acessória.

Com efeito, relativamente a certo tipo de crimes, quando praticados por determinados agentes, pode fazer sentido passar a prever expressamente a aplicação *cumulativa* de uma pena principal (de prisão ou de multa) e de uma pena acessória para a punição de determinados comportamentos. Pode fazer todo o sentido, por exemplo, prever que o titular de cargo político que pratique crime de corrupção seja punido com pena de prisão de X a Y e pena de proibição do exercício de qualquer cargo político por um período de 2 a 10 anos; prever que determinado agente da prática de um crime contra a autodeterminação sexual de menor seja punido com pena de prisão de W a X e pena de proibição de confiança de menores por um período de Y a Z.

Em nosso entendimento, em casos como estes, as penas aplicadas *cumulativamente* ao agente da prática do crime corresponderiam às mais adequadas do ponto de vista das finalidades preventivas da punição. Tratar-se-ia de uma aplicação das penas acessórias a *título principal*, por estarem expressamente previstas para o sancionamento dos tipos de crime em causa e poderem ser fixadas pelo juiz na sentença independentemente da pena principal ou de substituição aplicadas, isto é, independentemente da determinação prévia da pena principal ou de substituição e da sua natureza e gravidade.

As exigências preventivas da punição seriam então ponderadas de forma simultânea na determinação da pena principal e acessória, com a vantagem de possibilitar a deter-

minação de penas de prisão mais curtas e de alargar, conseqüentemente, a possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade. Com a vantagem, ainda, de a execução da pena acessória não ser excessivamente diferida no tempo.

Tal como a configuramos, a pena principal tenderia a coincidir com o necessário do ponto de vista da defesa da ordem jurídica e da paz social (com o conteúdo mínimo da prevenção geral positiva) e tenderia, por isso, a corresponder ao limite mínimo da moldura da prevenção geral, determinada dentro da moldura legal de acordo com os critérios de determinação da pena estabelecidos no artigo 71.º do Código Penal, segundo o modelo da prevenção. As exigências subsistentes de prevenção especial, essas, seriam satisfeitas por via da aplicação da pena acessória.

Pelo seu conteúdo, na sua ligação ao conteúdo do ilícito típico, as penas acessórias aplicadas a título principal teriam a vantagem de garantir de forma mais efetiva a reintegração do agente na sociedade.

Dir-se-á contra o acabado de expor que a aplicação a título principal de penas acessórias dilui a finalidade de proteção de bens jurídicos a que o artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal dá primazia. Dilui-la-á, mas ganhar-se-á um homem, como diria Eduardo Correia, a quem hoje prestamos a homenagem que lhe é devida.

O CÓDIGO PENAL E AS PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO: O REGRESSO ÀS ORIGENS E A RENOVAÇÃO DA DISCUSSÃO EM TORNO DA NECESSIDADE DE UMA VERDADEIRA TEORIA GERAL DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO*

ANA PAIS

Universidade de Coimbra

1. O Código Penal de 1982 constituiu um marco histórico decisivo na luta contra a pena de prisão, dando cumprimento ao ideário do movimento de reforma do direito penal português desenvolvido nas décadas precedentes e que teve como ponto alto o Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia, de 1963. Na verdade, este Projecto foi decisivo para direccionar a discussão acerca da danosidade da pena de prisão para o domínio da média criminalidade, pois que, até então, eram sobretudo alvo de crítica as penas curtas de prisão. Isto permitiu abrir caminho a que o Código Penal em 1982 viesse, por um lado, admitir a substituição da pena de prisão de média duração (à data, toda a pena de prisão inferior a 3 anos), reservando-se, por princípio, a aplicação efectiva da prisão para os casos de criminalidade grave, e, por outro lado, consagrar o princípio que preside à operação de escolha da pena (hoje vigente no artigo 70.º e reconfigurado com a reforma do Código Penal de 1995) da preferência pela sanção não privativa da liberdade em detrimento da sanção detentiva, sempre que aquela possa satisfazer de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Trata-se de um “princípio constitucional orientador do programa político-criminal em matéria de consequências jurídicas do crime, em decorrência da

* Este texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do Congresso Internacional Comemorativo dos 40 anos do Código Penal, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

exigência de necessidade/subsidiariedade da intervenção penal e de proporcionalidade das sanções penais que se extrai do artigo 18.º, n.º 2, da CRP”¹.

A descrença na pena de prisão fundava-se na ideia da sua imprestabilidade para garantir, na maioria dos casos, a ressocialização do condenado, podendo até ter um efeito criminógeno “expondo-o ao contágio criminal, habituando-o à vida prisional e estigmatizando-o com o labéu de «ter estado na prisão». Para já não falar nas graves consequências advindas do grande número de condenados em tais penas que, superlotando os estabelecimentos prisionais, impedem um efectivo melhoramento das condições de cumprimento da pena no período da sua execução”².

Note-se que estas preocupações se mantêm plenamente actuais, apesar das derivas securitárias que tendem a reclamar mais direito penal e maior pena, de sucessivas propostas legislativas que preconizam o agravamento das molduras penais em alguns domínios da criminalidade (nomeadamente da pena de prisão) ou mesmo de algumas alterações pontuais ao Código Penal, como aquela que conduziu à eliminação da pena de multa como alternativa à prisão em matéria de crimes contra a autodeterminação sexual³ (com a Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto). Mas estas tendências convivem com um sistema punitivo que, apesar de tudo, se mantêm fiel à matriz de 1982: fez desaparecer a pena de multa complementar⁴ com a reforma de 1995 (DL n.º 48/1995, de 15 de Março); consagrou o alargamento do leque de penas de substituição e da sua aplicabilidade até ao limite dos 5 anos com a reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro); aboliu as penas de substituição detentivas com as alterações introduzidas em 2017 (com a Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto).

É, aliás, um sistema punitivo em que, segundo o Panorama da Justiça Penal de 2020⁵, divulgado pela Direcção-Geral da Política de Justiça, no universo das condenações em 1.ª instância, só 9,1% dos arguidos julgados foram condenados em pena de prisão efectiva.

2. Na verdade, são vários os mecanismos legais previstos no Código Penal, quer no plano da determinação da pena, quer no plano da sua execução, que concretizam actualmente a opção político-criminal de que a privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*.

Começando pelo plano da execução da sanção, são de destacar as formas de execução da pena de prisão permitidas hoje em dia pelo Código Penal com aquele mesmo desiderato, quais sejam o regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, aplicável quando em causa esteja pena de prisão não superior a dois anos (seja ela efectiva ou resultante do incumprimento da pena de substituição), e a liberdade condicional, abrangendo-se aqui igualmente o regime da

¹ Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, 2ª edição, 2022, p. 18.

² Anabela Miranda Rodrigues, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Número Especial*, 1984, p. 30.

³ Nomeadamente nos artigos 172.º, n.º 3, 173.º, 174.º e 176.º, n.º 5, do CP.

⁴ E que constituía, usando as palavras de Maria João Antunes, *cit.*, p. 35, uma ”solução político-criminal indefensável”.

⁵ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

adaptação à liberdade condicional, também com recurso a vigilância electrónica, que permite antecipar o momento da libertação do condenado.

No plano da determinação da pena, em primeira linha, claro está, surge a pena de multa enquanto pena principal, sendo a questão da sua eficácia político-criminal o maior desafio que o julgador enfrenta e que se revela fundamental na afirmação de uma verdadeira alternativa à prisão. No já referido Panorama da Justiça Penal de 2020⁶, os dados fornecidos indicam que a aplicação da pena de multa atingiu 59,6% das condenações em 1ª instância, mas sem que se faça a distinção entre a pena de multa principal e pena de multa de substituição. Ainda assim, é significativo que a referida percentagem se situe perto dos 60%.

Ainda ao nível da determinação da pena, a inovadora proposta de Maria João Antunes apresentada neste Congresso também concorre no sentido de alargar as hipóteses de substituição da prisão porque a aplicação de penas acessórias a título principal favorece “a determinação de penas de prisão efetivas mais curtas ou até mesmo a substituição da pena de prisão por pena não privativa da liberdade”⁷.

Com efeito, é com o regime das penas de substituição que o legislador dá cumprimento, de forma directa e mais evidente, ao propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade. Anabela Miranda Rodrigues, na senda de Eduardo Correia, fala mesmo num conceito histórico, para além do conceito dogmático, de penas de substituição, como sendo “todas as penas a cuja origem histórica está ligado um significado de reacção contra a prisão”⁸.

3. O Código Penal de 1982 não foi o diploma pioneiro na consagração de uma ideia de substituição da pena. Sem embargo, ainda que já o Código Penal de 1852 se referisse à substituição de penas e que o pensamento correcionalista tivesse conduzido à previsão legal de medidas de substituição da prisão correcional, é incontornável que o tema das penas de substituição teve o seu ponto de viragem com a publicação do Código Penal de 1982, que aqui estamos a celebrar. Logo no seu Preâmbulo, anunciava o Código que “no momento actual, não pode o Código deixar de utilizar a prisão. Mas fá-lo com a clara consciência de que ela é um mal que deve reduzir-se ao mínimo necessário”⁹ e ainda que “aceita-se a existência da pena de prisão como pena principal para os casos mais graves, mas o diploma afirma claramente que o recurso às penas privativas de liberdade só será legítimo quando, face às circunstâncias do caso, se não mostrarem adequadas as reacções penais não detentivas”¹⁰.

Na verdade, às referidas razões históricas deve somar-se o fundamento constitucional, que vai para além do conteúdo geral do princípio definido no artigo 18.º, n.º 2, da CRP (da subsidiariedade da intervenção penal e proporcionalidade das sanções pe-

⁶ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

⁷ Consultar o texto da Autora publicado neste mesmo Ebook.

⁸ Anabela Miranda Rodrigues, *cit.*, p. 33.

⁹ Ponto 9 do Preâmbulo do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro.

¹⁰ Ponto 7 do Preâmbulo do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro.

nais) porque se prende com as *específicas* exigências de proporcionalidade que se erigem quando em causa está o direito fundamental à liberdade, decorrentes do disposto no artigo 27.º da CRP. Neste sentido, como bem nota Maria João Antunes, “a esse movimento [de luta contra a pena privativa de liberdade] foi-se juntando também a constitucionalização dos direitos fundamentais, na passagem de um *Estado legislativo de direito* para um *Estado constitucional*, com a consequência de a pena de prisão ter passado a ser vista como restrição do direito fundamental à liberdade e passar a estar sujeita, por isso mesmo, à exigência de ser aplicada somente quando for necessária, o que equivale a dizer que passou a estar legitimada apenas quando outras soluções menos restritivas se mostrem não adequadas e suficientes do ponto de vista das finalidades da punição.”¹¹

4. A partir do exposto se alcança que o conceito de pena de substituição, de um ponto de vista histórico, mas também de uma perspectiva jurídico-constitucional, está incindivelmente ligado ao direito fundamental à liberdade. Faz, por isso, cada vez mais sentido defender que as penas de substituição devam ser apenas aquelas que são aplicadas, na sentença condenatória, em vez da pena principal de prisão concretamente determinada e que assumem carácter não privativo da liberdade. O que, no fundo, vale por dizer que só as penas de substituição em sentido próprio são verdadeiras penas de substituição.

Aliás, bem vistas as coisas, não havendo fundamento histórico, nem de ordem jurídico-constitucional, não se compreende sequer que haja alguma outra válida razão para que subsista no Código Penal a previsão da admoestação enquanto pena de substituição. Relembramos que no contexto actual, a admoestação é a única pena de substituição da pena de multa principal, podendo ser aplicada quando esta não ultrapassar 240 dias. Já dizia Figueiredo Dias que se tratava de uma pena “com carácter puramente simbólico”¹², que se apresentava como *questionável* no direito penal de adultos e *dispensável* na generalidade dos casos por estar “comprimida entre as verdadeiras penas de substituição, por um lado, e a dispensa de pena, por outro”¹³. Com efeito, os pressupostos exigidos pelos artigos 60.º e 74.º do CP só diferem parcialmente e os casos não abrangidos pela dispensa de pena (aqueles em que a pena de multa seja superior a 120 dias sem ultrapassar 240 dias ou que não apresentem ilicitude e culpa diminutas) não justificam também por si só a necessidade de uma pena de substituição da multa. Além disso, a admoestação apresenta a enorme desvantagem de ser “cumprida” pelo tribunal, a quem se pede que profira uma solene censura oral, ao jeito de um obsoleto que casa mal com o papel dos tribunais criminais no Estado constitucional contemporâneo. Ainda assim, Figueiredo Dias admitia que a admoestação pudesse subsistir como pena de substituição de multas de pequena gravidade¹⁴, como é o caso do que hoje sucede em virtude do preceituado no artigo 60.º do CP. cremos que nem nestes casos se justificará a sua manutenção, não só pelas relevantes razões acabadas de referir ou até pela sua

¹¹ Maria João Antunes, *cit.*, p. 37 e 38.

¹² Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crimes*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2005, p. 385.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 388.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 389.

escassa aplicação, mas ainda porque o instituto não comunga do substrato material das demais penas de substituição e introduz, por isso, uma brecha injustificada no conceito de pena de substituição enquanto verdadeira pena.

5. Aliás, tomando como ponto de partida que as penas de substituição são verdadeiras penas e que gozam de autonomia, faria todo o sentido a delimitação de uma verdadeira *teoria geral das penas de substituição* no âmbito do direito nacional, conforme preconizado por Figueiredo Dias¹⁵.

Não vemos que constitua óbice à delimitação de uma tal teoria o facto de cada uma das penas de substituição ter o seu próprio campo de aplicação e os seus pressupostos.

Relevante será definir como premissas fundamentais: (1) a de que as penas de substituição são verdadeiras penas e (2) a de que gozam de autonomia face à pena principal, apesar de pressuporem a prévia determinação desta.

São verdadeiras penas e não formas de cumprimento diversificado da pena principal porque partilham dos mesmos desígnios da pena que visam substituir, propondo-se atingi-los de forma distinta. Neste sentido, constituem um sucedâneo da prisão porque permitem cumprir as mesmas finalidades preventivas, ainda que as não satisfaçam da mesma forma. E, por isso, devem ser determinadas autonomamente dentro de uma moldura também autónoma definida pelo legislador.

Gozam de autonomia face à pena substituída porque a pena principal constitui tão só o seu referente, quer para a decisão do julgador de escolher uma ou outra pena de substituição, quer porque deverá ser a pena principal executada em caso de incumprimento da pena de substituição. Porém, esta relação umbilical apenas será relevante até ao momento da escolha da pena de substituição, nomeadamente pela necessidade de o julgador partir da medida concreta da pena principal para decidir que pena de substituição poderá ser escolhida e, a partir desse momento, deixará de relevar a pena substituída e apenas interessará a pena de substituição. Sendo esta aplicada em vez daquela, só relevará novamente a pena substituída se, já em sede de execução, se verificar o incumprimento da pena de substituição, o que, em todo o caso, se espera que não aconteça.

Havendo sintonia na definição destas premissas, cremos que a mencionada *teoria geral das penas de substituição* será viável se for possível convergir em alguns aspectos essenciais atinentes ao respectivo regime jurídico, que sintetizaremos em três proposições essenciais, que seguidamente se expõem.

a) Em primeiro lugar, a questão da determinação autónoma da medida concreta da pena de substituição:

Sendo esta uma questão relativamente à qual não se tem verificado estabilidade no regime jurídico do Código Penal, a verdade é que actualmente só no caso da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (cf. art. 58.º, n.º 3, do CP) se verifica uma excepção à regra da determinação autónoma que vale para as demais penas de substituição, nomeadamente a pena de multa, a proibição do exercício de profissão, função ou actividade e a suspensão da execução da pena de prisão.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 329 e ss.

No entanto, não se diga que é forçoso que esta pena de prestação de trabalho a favor da comunidade seja determinada segundo regras de correspondência entre os dias de prisão a substituir e as horas de trabalho a prestar porquanto só desde a revisão de 2007 se prevê uma tal regra. Aliás, acompanhamos Maria João Antunes¹⁶ na ideia de que esta norma do art. 58.º, n.º 3, do CP introduz uma quebra na autonomia das penas de substituição e pode conduzir a um indesejável desvio do sistema na medida em que a determinação da medida da pena principal pode ser feita já em função da duração adequada que o julgador pretende que tenha a pena de substituição. Ou seja, se a determinação for autónoma, também mais rigorosa será a determinação da própria pena principal.

Com efeito, esta questão da determinação relaciona-se indelevelmente com a premissa da autonomia das penas de substituição. Têm de ser autonomamente determinadas porque só assim se pode garantir que a pena não privativa da liberdade possa vir a satisfazer tão bem como a pena principal as exigências preventivas do caso. Só permitindo que seja determinada em medida eventualmente diferente (e mais gravosa, quiçá) da pena que visa substituir é que se pode dar margem para que o *quantum* da pena de substituição acautele devidamente as necessidades de prevenção que o caso reclama.

b) Em segundo lugar, a questão do desconto dos dias de privação de liberdade por detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação na pena de substituição:

As razões de justiça material que constituem a *ratio* do instituto do desconto associadas às premissas expressas anteriormente (de que as penas de substituição são verdadeiras penas que gozam de autonomia face à pena principal) apontam no sentido de ter de ser efectuado o desconto das medidas processuais privativas da liberdade na pena de substituição.

E mais: não se diga que não há fundamento jurídico para tanto porque a lei não o prevê, desde logo no artigo 80.º do CP. Estando em causa uma lacuna do legislador (que também se regista relativamente à medida de segurança de internamento), a aplicação do instituto às penas de substituição faz-se por apelo à analogia *in bonam partem* e advogando um desconto segundo o critério da equitatividade¹⁷.

Argumenta-se na jurisprudência que o facto de a lei se referir expressamente ao desconto das medidas processuais no *cumprimento da pena de prisão* (art. 80.º, n.º 1, do CP) constitui óbice a que tal desconto se faça na pena de substituição. Não deve também ser este o entendimento a seguir. O que o legislador quer evitar com aquela referência ao *cumprimento* é que venha a ser realizada uma operação de escolha da pena, que, antes do desconto, não era de todo possível (por se tratar de pena superior a 5 anos de prisão), e que se tornaria possível apenas por efeito do desconto operado na pena principal¹⁸. De facto, a instrumentalização do instituto do desconto nessas situações teria o resultado perverso de subverter o critério legal de que só se substituem penas de prisão de curta e média duração.

Dizem alguns autores que o desconto na pena de substituição pode implicar que não haja qualquer pena a cumprir e que, por isso, a pena de substituição não cumpre o seu efeito de ameaça. Não nos parece que seja assim, desde logo porque o que se propõe é

¹⁶ Maria João Antunes, *cit.*, p. 98.

¹⁷ Neste sentido, Figueiredo Dias, *cit.*, p. 300 e 301, e Maria João Antunes, *cit.*, p. 82.

¹⁸ Cf., a este propósito, Maria João Antunes, *cit.*, p. 82.

fazer o desconto que parecer equitativo, lançando mão do critério legal que já é acolhido pelo legislador para os casos de desconto de uma pena noutra pena de diferente natureza, nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CP. Isso permite ao tribunal avaliar as exigências preventivas do caso e “reservar” sempre algum tempo de cumprimento da pena de substituição se aquelas exigências o justificarem. De todo o modo, mesmo que tal sucedesse e que nenhuma pena restasse para cumprir depois do desconto, esse é o preço a pagar com a própria previsão do instituto, assumindo-se, com Figueiredo Dias, a prevalência das considerações de justiça sobre as exigências da prevenção¹⁹.

Enfim, o desconto é um caso especial de determinação da pena e deve ser realizado pelo juiz na sentença condenatória, a final, incidindo sobre a pena que vai ser cumprida pelo agente e transformando o seu *quantum*²⁰. Se a pena que vai ser cumprida é uma pena de substituição, nessa pena terá de ser descontado o tempo de privação de liberdade anteriormente sofrido à ordem daquele processo ou de processo diferente²¹. É de elementar justiça que assim seja, sob pena de tratar diferentemente o agente que é condenado em pena principal e beneficia do desconto, assim como aquele que vê revogada a pena de substituição e que também beneficiará do desconto, do condenado em pena de substituição que a cumpre escrupulosamente.

c) Em terceiro lugar, a questão das consequências do incumprimento da pena de substituição:

Sendo a pena de substituição aplicada em vez da pena principal, ela representa uma tentativa de o sistema evitar a aplicação efectiva da privação de liberdade. Cumpre, assim, uma função de substituição enquanto advertência, assume um “conteúdo aflagante potencial”²², por outras palavras, está-lhe subjacente uma ideia de ameaça ou, pelo menos, um “efeito intimidativo” possível²³. Assim sendo, pela natureza das coisas, a consequência em caso de inadimplemento tem de ser o cumprimento da pena principal determinada na sentença.

Não ignoramos que as alterações ao Código Penal ocorridas em 2007 vieram pôr em causa a possibilidade de afirmar uma regra uniforme de cumprimento da pena principal por inteiro, com a previsão, nos artigos 46.º, n.º 5 e 6, e 59.º, n.º 4, do CP, de um regime legal que manda operar um desconto na pena principal a cumprir nos casos de incumprimento da pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e da prestação de trabalho a favor da comunidade. Todavia, não concordamos com a existência deste regime diferenciado que, como refere Maria João Antunes²⁴, só fazia sentido para as penas de substituição detentivas, que já não existem²⁵.

E mais: cremos que não faz sentido apelar aos imperativos de justiça material que fundamentam o instituto do desconto em caso de cumprimento parcial da pena de

¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 298.

²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 299.

²¹ Como se admite, desde 2007, no artigo 80.º, n.º 1, do CP.

²² Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 388.

²³ Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, p. 339.

²⁴ Maria João Antunes, *cit.*, p. 99.

²⁵ No caso dessas penas de substituição em sentido impróprio, faria sentido que o incumprimento conduzisse ao cumprimento da pena de prisão principal apenas pelo tempo remanescente precisamente porque tais penas tinham carácter privativo da liberdade.

substituição quando em causa está uma pena aplicada em vez de outra e que foi culposamente incumprida por parte do condenado. A consequência, conhecida do agente logo no momento da condenação em virtude da função que cumpre a pena de substituição, deve ser em qualquer caso o cumprimento integral da pena principal.

Muito menos cedemos ao argumento de que deve valer aqui um imperativo de não violação do princípio *ne bis in idem*. O conteúdo desse princípio convoca a proibição da duplicação de julgamentos pelos mesmos factos e não uma ideia de duplicação de penas, que também não se verifica: não há duas penas a ser cumpridas pelos mesmos factos; o que há é uma pena aplicada em vez de outra que, por sua vez, não foi cumprida, razão pela qual terá de ser cumprida a pena substituída.

Também não colhe o argumento de que, ocorrendo o incumprimento num momento final da execução da pena de substituição, a não aplicação do desconto torna injusto que o cumprimento da pena principal tenha de ser integral. É que parece haver mecanismos legais que permitem ao juiz fazer a adequada ponderação destas situações. No caso da pena de multa de substituição, para além da elasticidade que caracteriza a sua execução (com a possibilidade de pagamento em prestações, com prazo diferido ou mesmo em trabalho), há ainda que considerar a solução do artigo 49.º, n.º 3, do CP que evita uma revogação automática para os casos em que a razão do não pagamento não é imputável ao condenado. Também no caso das demais penas de substituição, nunca a revogação deve ser automática, supondo sempre alguma ponderação por parte do tribunal (cf. arts. 46.º, n.º 3, 55.º, 56.º e 59.º do CP). Assim, o que deveria suceder, para qualquer pena de substituição, seria a aplicação de um regime idêntico ao que o legislador prevê para a suspensão da execução da pena de prisão, regime esse que permite ao tribunal ponderar a circunstância que motivou o incumprimento e determinar qual a consequência devida, a qual pode passar por uma simples advertência, ou por medidas mais intensas (como a exigência de garantias de cumprimento ou a prorrogação do período de cumprimento da pena), antes mesmo de determinar a sua revogação.

6. Em jeito de resumo, as penas de substituição são verdadeiras penas e têm autonomia face à pena principal que visam substituir, pelo que:

a) Têm de ser autonomamente determinadas de acordo com os critérios gerais de determinação da pena, a partir de uma moldura própria;

b) Tem de ser feito o desconto equitativo na pena de substituição das medidas processuais privativas de liberdade que tenham sido cumpridas pelo agente, por razões de justiça material;

c) Em caso de incumprimento culposo da pena de substituição, não deve haver revogação automática ou imediata desta; mas, se se concluir que o incumprimento põe em causa a prossecução das finalidades preventivas por via daquela pena, então haverá revogação judicial da pena de substituição; em caso de revogação, o condenado terá que cumprir a pena principal de prisão aplicada na sentença, sem que haja lugar a desconto do tempo cumprido ao abrigo da pena de substituição.

Enfim, a renovação da discussão em torno de uma teoria geral das penas de substituição obrigaria a alterações legislativas no Código Penal que pudessem dar cumprimento às proposições expostas, mas que, estamos em crer, não defraudariam a matriz originária de um Código que nasceu com a marca da democracia e com a marca da liberdade.

O CÓDIGO PENAL

PARTE ESPECIAL

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO*

NUNO BRANDÃO

Universidade de Coimbra

1. Para este Colóquio que visa assinalar os 40 anos do nosso Código Penal decidi trazer à discussão a matéria da interrupção voluntária da gravidez. Ao contrário de outrora, a interrupção voluntária da gravidez é hoje um tema em relação ao qual a generalidade da sociedade portuguesa se apaziguou, parecendo existir um largo consenso social se não de adesão pelo menos de não oposição ao quadro legal vigente. Um cenário que contrasta com o de outras paragens, como é o caso paradigmático dos Estados Unidos da América. Aí, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, fez cair uma das suas mais famosas decisões, a do acórdão *Roe v. Wade*, o que gerou uma enorme efervescência em torno da questão do aborto. Não obstante a acalmia que há muito reina entre nós neste domínio, pareceu-me justificar-se abordar o tratamento penal da interrupção voluntária da gravidez nesta celebração que ora fazemos dos 40 anos de vigência do Código Penal.

Neste arco temporal de 40 anos passámos de um quadro de quase absoluta proibição do aborto para um panorama de ampla liberalização da interrupção voluntária da gravidez. Deparamos, parece-me, com um caso emblemático de alteração de paradigma da lei penal fruto de profundas mudanças da sociedade portuguesa e das valorações que nela predominam acerca da vida intra-uterina e dos direitos das mulheres. A nossa sociedade mudou, a sua relação com a moral católica também mudou e na sequência disso também a nossa lei penal relativa ao aborto mudou. Transformações que envol-

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Internacional 40 Anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

veram também uma recompreensão do papel da ideia de bem jurídico como referente da legitimação material da criminalização. Uma retrospectiva sobre esta evolução não deixa mesmo de aqui e ali nos causar espanto sobre os termos como a questão se punha e debatia nos alvares da vigência do nosso Código Penal.

A diversidade de vozes e de gerações que se cruzam no presente Colóquio é um factor de enriquecimento das discussões que nestes dias travamos. Sou um dos que nasceu já depois da Revolução de Abril de 1974. Por razões óbvias, passei ao lado do primeiro momento liberalizador, de meados da década de 1980. Só fui verdadeiramente despertado para o debate sobre o aborto e a interrupção voluntária da gravidez quando, em meados da década de 1990, se iniciou um movimento dirigido à instituição de uma *solução do prazo*, do chamado aborto a pedido, por simples decisão da mulher. Recordo-me bem desses tempos, em que na nossa academia, entre os estudantes, não falávamos de outra coisa, sobretudo quando se avançou para o primeiro referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez. Os choques de opiniões, apaixonados, por vezes mesmo agressivos, que então sucederam mostram-se hoje ultrapassados; sinal de que a generalidade da sociedade portuguesa convive bem com o novo rumo instituído em 2007, após um segundo referendo, de adopção de um modelo do prazo.

2. Na *versão originária do Código, em 1982*, não se previa de forma expressa qualquer circunstância justificante da interrupção voluntária da gravidez. Nem sequer se contemplou uma indicação terapêutica, fundada em perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física da mulher, como a que se propunha no Projecto da Parte Especial do Código Penal apresentado em 1966 por Eduardo Correia. Tudo se jogaria, continuaria a jogar, no plano geral das causas de justificação, podendo quando muito apelar-se em tais casos de graves riscos para a vida ou saúde da gestante às dirimentes do direito de necessidade ou do conflito de deveres. Causas de justificação que eventualmente poderiam ser convocadas também em casos de inviabilidade ou de malformações do feto ou de gravidez resultante de crime sexual.

A ausência de uma regulamentação especificamente dirigida à interrupção voluntária da gravidez constituía, como é evidente, um obstáculo de monta mesmo àquelas interrupções da gravidez que fossem claramente *indicadas* em função das referidas ordens de razões. As dúvidas que, mesmo em tais situações, inevitavelmente pairariam sobre a legalidade do procedimento abortivo poderiam inibir a sua realização, seriam um factor de arbitrariedade na decisão médica sobre a sua admissibilidade e constituiriam um incentivo ao recurso ao aborto clandestino.

O que definitivamente ficaria fora daquele plano de possível apelo às causas de justificação da parte geral do Código Penal seria a interrupção voluntária da gravidez fundada exclusivamente em decisão da grávida. Como se verá já de seguida, os tempos ainda não estariam suficientemente maduros para sequer se cogitar uma tão substancial via despenalizadora. O que não significa que não houvesse já uma clara e aguda consciência sobre os números anuais de abortos clandestinos realizados em Portugal, na ordem das dezenas de milhar, sobre a raquítica repressão criminal do fenómeno, sobre os riscos para a vida e para a saúde física e psíquica das mulheres que abortavam na clandestinidade e sobre a inadequação do direito penal para prevenir e punir o aborto clandestino.

Os danos sociais deste flagelo e a falta de aptidão para lhe fazer frente de forma eficaz pela via criminal foram magistralmente expostos por Manuel da Costa Andrade no final da década de 70, numa intervenção sobre “O aborto como problema de política criminal” (ROA, 1979, p. 293 e ss.). Louvando-se sobretudo em estudos da criminologia norte-americana, pôs o dedo na ferida, frisando que “o recurso ao aborto, à margem ou contra a lei, implica custos sociais intoleráveis”, assinalando os “graves perigos para a vida (...) bem como os plúrimos perigos para a saúde física” da mulher. Alertou ainda para “os alarmantes riscos para a saúde psíquica”, ligados a “traumas duradouros e pesados sentimentos de culpa, susceptíveis de comprometer o seu equilíbrio mental”, o que é resultado de um forte condicionamento cultural. “O que, aliás, não custa a compreender. Desde a fase inicial da decisão, da procura e negociação até à sua consumação, o aborto clandestino obriga a mulher a uma interacção em condições de isolamento emocional, de bloqueamento das suas relações pessoais e de completa degradação moral. (...) E isto em nítida desvantagem: enquanto do seu lado se transacciona o que pode ser a experiência mais densa da sua vida, joga-se do outro lado apenas mais um caso de rotina «profissional». Acresce o permanente envolvimento da consciência de, apesar de tudo, se estar a cometer um crime (...)”. “Decidida a libertar-se, a todo o preço, duma gravidez indesejada, a mulher transforma-se em vítima fácil das mais diversas formas de exploração: desde a normal extorsão financeira, à chantagem e exploração sexual”. Podia enfim concluir-se que “ao ser tão frequentemente iludida (...) a lei determina a proliferação de uma série de actividades delituosas diversas. A tipificação do aborto origina, pois, crimes” (Landrove Diaz, *apud* Costa Andrade).

3. O primeiro passo de sentido despenalizador da interrupção voluntária da gravidez foi dado em 1984, com a Lei n.º 6/84, de 11/5, que modificou o Código Penal nesta matéria. Sob a epígrafe “exclusão da ilicitude do aborto”, o art. 140.º do CP passou a autorizar a interrupção voluntária da gravidez em situações de perigo de morte ou de grave e irreversível e/ou duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; de suspeita de que o nascituro viesse a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação; e de existência de sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher.

Foi, pois, instituído um regime de indicações, de funcionamento, aliás, temporalmente curto. À margem da despenalização continuariam a ficar a esmagadora maioria dos casos de aborto, aqueles fundados exclusivamente na vontade da mulher grávida, que assim permaneceriam na clandestinidade.

Sem embargo, não foi sem resistência que este novo modelo conheceu a luz do dia. Expressivos dessa dificuldade foram os numerosos votos de vencido que o diploma recebeu nas duas vezes que foi submetido à apreciação do Tribunal Constitucional, nos Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85. Apesar de a lei introduzir apenas algumas poucas e muito limitadas indicações, foram várias as vozes que contra elas se levantaram, invocando dúvidas cruciantes e apontando para uma sua inconstitucionalidade fundada na inviolabilidade da vida humana, reconhecida pelo art. 24.º da Constituição. São essas posições que hoje, olhando para trás, causam perplexidade, por se oporem à despenalização até mesmo em casos extremos como aqueles que o Código passou a contemplar.

A posição que fez vencimento no Tribunal Constitucional partiu também do axioma de que o nascituro é um ser humano, constituindo a sua vida (intra-uterina) um valor englobado no direito fundamental à vida plasmado no art. 24.º, n.º 1, da Constituição. Afastou, porém, possíveis equiparações com a vida das pessoas já nascidas, tendo submetido o sacrifício da vida intra-uterina nas primeiras fases da gravidez a um balanceamento com outros interesses, também eles de quilate jusfundamental, de que a grávida é titular nos diversos cenários de indicações, designadamente os direitos à vida e à saúde e o direito a uma maternidade consciente. Apelou-se ainda à ideia de que “a normal penal, sobretudo quando recorre a penas privativas da liberdade, deve constituir uma última instância dos meios de tutela estaduais dos valores constitucionalmente protegidos” (Ac. do TC n.º 85/85).

Foi precisamente neste contexto que começou por assomar na jurisprudência constitucional uma ideia forte que dá sustentação a uma *legitimação pela positiva da intervenção penal*: a de que os direitos fundamentais encerram uma dimensão objectiva à qual é inerente uma obrigação para o Estado de assegurar uma protecção efectiva dos bens jurídicos fundamentais respectivos. Ideia à qual vai associada uma recusa de imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização.

4. Só na *segunda metade da década de 1990* foi dado início ao movimento que culminou na situação actual. A revisão de 1995 do CP e a Lei n.º 90/97 ampliaram o alcance das diversas indicações instituídas em 1984, aperfeiçoando o regime da interrupção voluntária da gravidez de forma a dar resposta adequada a várias situações para as quais a lei anterior não assegurava um tratamento satisfatório.

O espírito era já o de alargamento do quadro normativo da interrupção voluntária da gravidez. Nos trabalhos parlamentares que precederam a Lei n.º 90/97 afirmou-se mesmo que “hoje em dia: ninguém propõe a revogação do quadro legal gerado em 1984 e o regresso ao proibicionismo típico do Código Penal de 1886” (*DAR*, II-A, de 22.02.1997, p. 358-2).

Portugal havia entrado na então Comunidade Económica Europeia, uma enorme revolução económica de sentido liberalizador estava em curso, o muro de Berlim tinha caído, sinalizando o fim da guerra fria, os portugueses passaram a ter acesso a canais de televisão privados, o ensino superior público e privado crescia a olhos vistos, os estudantes do secundário e do superior manifestavam-se nas ruas contra a PGA e contra as propinas, Portugal abria-se ao mundo com a Expo-98, o país vivia um período de euforia. Os tempos eram outros, as mentalidades passaram a ser outras, também. E foi neste ritmo de acelerada evolução histórica do nosso país que, em 1998, as forças políticas de esquerda (PCP e PS) avançaram para a realização de um *referendo* com a seguinte questão: “Concorda com despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”.

A resposta ao *referendo de 1998* sobre a interrupção voluntária da gravidez foi, como se sabe, maioritariamente negativa. Embora o número de pessoas que nele participou não tenha sido em número suficiente para vincular a Assembleia da República, a então maioria parlamentar de esquerda considerou não estarem reunidas as condições políticas para que se adoptasse o modelo de prazo que havia sido rejeitado no referendo. Com o que se manteve um exclusivo sistema de indicações por mais uma década.

É com um *novo referendo, realizado em 2007*, que tudo muda de figura. Colocada novamente aquela mesma questão, desta feita prevaleceu claramente o “sim”, abrindo-se então caminho a uma substancial alteração do modelo legal da interrupção voluntária da gravidez, que passou a integrar, a par das indicações que vinham de trás, uma solução de prazo: a interrupção voluntária da gravidez *deixou de ser ilícita* se realizada por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Esta nova circunstância *justificante*, constante da al. e) do n.º 1 do art. 142.º do CP, foi acompanhada de exigências procedimentais, onde pontifica uma consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável, à qual se deverá seguir um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da sua realização.

Temos então que, actualmente, a mulher grávida pode interromper a gravidez dentro das primeiras 10 semanas após o seu início, que se fixa no momento da nidação. Um prazo que é mais curto do que o previsto na generalidade dos países europeus que admitem um modelo de prazo. A partir das 10 semanas de gravidez, a interrupção só será autorizada se se verificar alguma das indicações legalmente previstas, que, naturalmente, vão diminuindo à medida que a gravidez avança. Um sentido restritivo que vai ao encontro da consciência comunitária, que quanto mais a gestação progride e o feto se desenvolve menos tolera o aborto.

5. A solução do prazo introduzida em 2007 foi apreciada e considerada não inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 75/2010. As posições aí firmadas inscrevem-se na jurisprudência constitucional sobre a matéria, reforçando diversas linhas de justificação da bondade constitucional do modelo abertas nas décadas anteriores. Considerou-se, em especial, que a vida intra-uterina recebe a protecção do direito fundamental à vida previsto no art. 24.º da Constituição, daí resultando, para o Estado, sob pena de violação do princípio da proibição da insuficiência, um dever de adoptar os meios que garantam uma sua tutela eficiente. Nesse sentido, voltou a recusar-se a existência de uma obrigação de meios penais para proteger este bem jusfundamental. E mais até, afirmou-se, com plena propriedade, que a própria intervenção penal não está imune à exigência de um juízo positivo sobre a sua efectiva aptidão para prevenir ofensas à vida intra-uterina. Admitindo-se a existência de medidas que assegurem uma protecção eficiente deste bem jurídico – como é o caso, nomeadamente, da consulta informativa que deve ser realizada pela grávida que deseje interromper a gravidez durante as suas primeiras 10 semanas –, não há uma obrigação constitucional de punição penal desse facto.

6. O *percurso legislativo da interrupção voluntária da gravidez na direcção de um modelo do prazo* dá corpo a diversas ideias-chave de um direito penal liberal, de natureza subsidiária, funcionalmente orientado por uma lógica de tutela eficiente de bens jurídicos com referente constitucional e assente no primado da política-criminal.

6.1 Nele divisamos uma das dimensões essenciais do pensamento do bem jurídico, a da *libertação do direito penal de puras violações morais*. É certo que o bem jurídico que a incriminação do aborto visa proteger tem lastro ético-jurídico bastante para ser encarado e compreendido à margem de qualquer mundivisão moral ou religiosa. Mas não pode ignorar-se que a oposição à interrupção voluntária da gravidez tem sido, his-

toricamente, influenciada pelas mais diversas doutrinas religiosas, nutrindo-se delas de forma mais ou menos explícita. Por isso não será descabido ou exagerado entender que a legislação penal relativa à interrupção voluntária da gravidez representa um marco de emancipação do direito penal face à moral religiosa, nesse sentido participando do ideário do direito penal do bem jurídico.

6.2 Foi com a discussão penal em torno da interrupção voluntária da gravidez que, na Alemanha, germinou toda uma nova concepção sobre o papel dos direitos fundamentais. A função de protecção que lhes passou a ser atribuída liga-se à própria função do direito penal como ordem sancionatória de tutela de bens jurídicos. Muito mais do que se projectar apenas num repúdio da existência de obrigações constitucionais implícitas absolutas de criminalização, o pensamento do dever estadual de protecção, fundado na vertente objectiva dos direitos fundamentais, deve ser chamado ao plano da fundamentação da legitimação da intervenção penal.

A despenalização da interrupção voluntária da gravidez representou um novo desafio à dogmática dos direitos fundamentais. Do que se tratava já não era de encontrar um fundamento legitimador para ingerências estaduais em direitos fundamentais, como tipicamente sucede quando está em causa a criminalização de um certo comportamento. Tendo em conta as restrições que daí resultam para os direitos fundamentais dos destinatários da norma, justifica-se aí convocar o princípio da proibição do excesso (art. 18.º, n.º 2, da Constituição). Já não assim quando se trate de fazer recuar a lei penal. A abstenção de intervenção penal significa uma abstenção de ingerência estadual de natureza criminal na esfera dos direitos fundamentais das pessoas. Nessa medida, não há razão para que quanto a essa abstenção se convoque o princípio da proibição do excesso e a teoria do bem jurídico enquanto limite à criminalização.

O que essa abstenção suscita é a questão de saber se é constitucionalmente aceitável que o Estado se demita de acorrer à protecção de um certo bem jusfundamental com o instrumentário criminal. Desse ponto de vista, afirma-se que o direito fundamental o que reclama do Estado é uma *obrigação de protecção eficaz*. Trata-se, assim, de uma obrigação de resultado (protectivo) e não de meios (por exemplo, penais). Do mesmo passo percebe-se que é precisamente esse dever de protecção que funda, pela positiva, a legitimação material da intervenção penal. Desta perspectiva, cobra significado decisivo a ideia de que, no caso da interrupção voluntária da gravidez, a ameaça penal não dissuade eficazmente o aborto e é antes factor de potenciação de outros crimes. E se assim é, não sendo o direito penal meio idóneo de protecção da vida intra-uterina no primeiro período de gravidez não é através dele que o Estado deverá promover a sua protecção.

A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO TIPO DE CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA*

ANA RITA ALFAIATE

Universidade de Coimbra

O crime de violência doméstica consta do art. 152.º do CP, integrando o capítulo dos crimes contra a integridade física, do título dos crimes contra as pessoas, da parte especial do Código Penal Português. Muitas das condutas associadas hoje a este crime podiam, no entanto, antes da sua inserção no Código Penal, ser já punidas por outros tipos legais preexistentes no ordenamento jurídico português: ofensas à integridade física, ameaça, sequestro, coação sexual, injúria, entre outros. Por isso, ao criar o crime de violência doméstica, a primeira questão que se coloca é a de saber se, mais do que proteger cada um dos bens jurídicos separadamente tutelados por cada uma daquelas incriminações, o legislador terá querido sublinhar que um novo bem jurídico ganhava espaço no ordenamento jurídico penal e/ou se o crime de violência doméstica representa uma incriminação qualificada de cada um dos tipos legais de crime a que já era possível subsumir as condutas de maus tratos físicos ou psíquicos que o tipo legal encerra. Esta exposição procura tratar destas questões, mas também a partir de outras, a nosso ver problemáticas, que o tipo encerra.

Justificação do crime

Convoca-se, para a definição desse aparente novo bem jurídico, a importância do respeito entre aqueles que vivem um determinado tipo de proximidade existencial. E

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Internacional 40 Anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

justifica-se, pois, a nova incriminação, pelo que acrescentaria à tutela da integridade física e psíquica, da liberdade pessoal e sexual, da imagem e da honra, etc, pela especificidade de tutela das relações dos que têm ou já tiveram uma relação de intimidade, daqueles que na sequência dessa relação tiveram filhos e ainda daqueles que, pertencendo ou não à mesma família, são unidos por uma relação de cuidado, dividindo o espaço doméstico.

Há um maior desvalor da conduta praticada por quem mantém este tipo de relação com a vítima, na medida em que esta se apresenta, precisamente pela natureza dessa relação que partilha com o agressor, mais exposta, mais vulnerável. O agressor é alguém em quem a vítima julgava poder confiar e de quem é credora de respeito, nos casos mais significativos, por força da própria lei. O dever de respeito entre cônjuges decorre do artigo 1672.º do CC e o dever de respeito entre pais e filhos decorre do artigo 1874.º, também do CC.

O crime de violência doméstica exige, pois, seja para que dela emergja o bem jurídico novo, que mais não é, antecipamos, na nossa opinião, que a reconfiguração de vários bens jurídicos tradicionalmente acolhidos no Código, seja para que se justifique a qualificação, uma especial relação de proximidade existencial entre agente e vítima, o que o torna um crime específico. É isso, aliás, que, na nossa opinião, permitirá cobrir as condutas que noutras circunstâncias não seriam crime. E, por outro lado, deixar de fora, por exemplo, as agressões levadas a cabo por um sujeito sobre outro, ambos estudantes, e que partilham casa, mesmo quando é possível afirmar a vulnerabilidade de um deles, a vítima dos factos.

Condutas cobertas pelo tipo

Em Portugal, considera-se hoje violência doméstica a prática, de modo reiterado ou não, de maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedimento de acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns. Podem ser vítimas deste crime o a) cônjuge ou ex-cônjuge; a b) pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; o c) progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; e e) menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite.

Para as primeiras três alíneas, não se exige a coabitação, mas para a alínea d) a coabitação é elemento do tipo legal de crime. Já a alínea e), foi introduzida mais recentemente e terá procurado sobretudo afastar a crítica segundo a qual o tipo legal de crime de violência doméstica não acautelava os casos de violência entre pais e filhos que não coabitassem.

Na realidade, se, por força da regulação do exercício das responsabilidades parentais, por exemplo, o filho residisse com um dos progenitores e o agressor fosse o progenitor não residente que, contudo, mantinha um direito de visita e contacto com o filho, o tipo legal de crime não previa como violência doméstica as agressões praticadas (pelo menos tendo em mente uma interpretação restrita do conceito de coabitação que, apesar de tudo, parece ter sido a que sempre foi acolhida). Por outro lado, se, por exemplo, um filho for cuidador de dois pais idosos e dependentes que, contudo, continuam a receber

cuidados na sua casa, distinta da casa do filho, também os eventuais episódios de violência do filho para com os pais não se podem incluir no crime de violência doméstica. Estas eram duras críticas à redacção existente e que não deixaram de ser determinantes na opção do legislador de introduzir, em Agosto de 2021, a alínea e) do artigo. Além disso, o legislador acrescentou ao elenco de condutas típicas o impedimento de acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns, acolhendo aí o incomodo que a dependência económica de outrem, sobretudo na relação entre adultos, traduz em termos de desequilíbrio de forças, podendo comprometer, por exemplo, o princípio constitucional da igualdade entre cônjuges.

A alteração de Agosto de 2021

— *Quanto às vítimas indirectas*

Procurando cobrir realidades demasiado díspares, a verdade é que o tipo legal de crime tem exigido alguma originalidade na interpretação do que pode e do que não pode ser considerado violência doméstica, algumas vezes atabalhoadamente superada por alterações à redacção do texto legal.

Foi também em Agosto de 2021 que, em termos processuais penais, se tornou claro que devem ser consideradas vítimas de crime as crianças ou jovens até aos 18 anos que sofreram um dano causado por acção ou omissão no âmbito da prática de um crime, incluindo os que sofreram maus tratos relacionados com a exposição a contextos de violência doméstica. Embora a redacção anterior do artigo permitisse, segundo o nosso entendimento, compreender já estas crianças ou jovens expostos a contextos de violência doméstica como verdadeiras vítimas do crime, a verdade é que a jurisprudência vinha alimentando a ideia de que se tratava de vítimas indirectas, para as quais, naturalmente, não se reservavam as garantias processuais gerais das vítimas. A circunstância de os factos serem praticados na presença de menores de idade eram suficientes para agravar o crime cometido, mas não era unânime, muito pelo contrário, que um episódio de agressão, por exemplo, a uma mãe com um filho ao colo fizesse, em rigor, duas vítimas e não apenas uma. Tudo isto acabou por gerar várias críticas por parte da doutrina que, ao longo dos últimos anos, vinha reclamando uma nova interpretação do fenómeno da violência. Nessa nova interpretação, defendida como a única que respeitaria o superior interesse das crianças, a exposição a contextos de violência era apta a preencher o tipo de crime, pelos efeitos que eram desencadeados do ponto de vista do integral desenvolvimento das crianças, sobretudo no plano do seu desenvolvimento psíquico. O legislador acabou, então, por reconhecer, na alteração legislativa de Agosto de 2021, que, embora não fosse impossível esta interpretação, a jurisprudência não a fazia sempre e muitas crianças e jovens permaneciam manifestamente desprotegidas em contextos de violência doméstica e era necessário proceder a uma mudança da noção de vítima no próprio código de processo penal.

A mudança no plano processual penal terá, enfim, satisfeito as necessidades que se viam sentindo de garantir o estatuto de vítima a todas aquelas crianças, mas não deixou, porém, no que à realidade da violência doméstica diz respeito, de parecer redundante.

— *Quanto ao elemento típico da coabitação*

Em sentido oposto, a verdade é que, em termos de direito substantivo, a mudança operada pelo legislador poderia ter resolvido outros problemas que o tipo deixa a descoberto. Queremos com isto referir-nos ao elemento típico da **coabitação** e que decorre da al. d) do artigo 152.º/1 para todas as situações de violência que não possam enquadrar-se na violência em relações de intimidade associada à conjugalidade, à paraconjugalidade, ao namoro ou à partilha da parentalidade. Na verdade, destaca-se no tipo a protecção das relações familiares de parentesco e afinidade, bem como de outras, simétricas daquelas, mas apenas quando na linha recta descendente. A violência entre irmãos ou praticada por descendentes depende do requisito adicional da coabitação, existindo, porém, em regra, uma domesticidade menos frequente nestes casos do que nos casos de violência conjugal e de pais para filhos (menores ou dependentes).

Quando, em 2021, se prescindiu do elemento típico da coabitação, mas apenas relativamente a menores que sejam descendentes do agressor ou descendentes do seu cônjuge ou ex-cônjuge, da pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou de progenitor de descendente comum em 1.º grau, ignoraram-se todas as outras crianças que, estando a cargo do agressor e tendo relativamente a este uma expectativa de respeito pelo seu superior interesse, não coabitem com ele.

Relativamente a esta situação, julgamos que melhor teria andado o legislador se, sem reбуço, tivesse concluído pelo alargamento do âmbito de protecção da norma a todas as crianças e jovens a cargo. É verdade que a alínea d), ao manter a possibilidade de aplicação do tipo legal nos casos de maus tratos às pessoas particularmente indefesas que coabitem com o agressor, permite cobrir as situações das crianças com medidas aplicadas em sede de processo de promoção e protecção, na medida em que o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idónea, o acolhimento familiar e a confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a família de acolhimento com vista a futura adopção pressupõem a coabitação entre a criança e o adulto. Já assim não ocorre, no entanto, no caso de algumas providências tutelares cíveis que, pela sua estabilidade, serão muitas vezes a solução de continuidade face a uma medida de protecção, por natureza temporária. Falamos, por exemplo, da tutela, que não prevê a necessária coabitação entre a criança ou jovem e o seu tutor, o que poderá desencadear a hipótese, não meramente teórica, de a agressão não poder subsumir-se ao crime de violência doméstica, nem pela alínea d), por não se preencher o elemento típico da coabitação, nem pela alínea e), por não se tratar de um descendente do agressor ou de uma das pessoas a cujos descendentes a protecção foi alargada nesta alínea. Mas podemos acrescentar também o caso do apadrinhamento civil que, pese embora tenha na sua génese uma obrigação de cuidado assente na coabitação, pode manter-se em caso de separação dos padrinhos civis, devendo regular-se o exercício dos poderes funcionais sucedâneos das responsabilidades parentais nos exactos mesmos termos em que isso ocorre nos casos de ruptura de um casal de pais. E aí, então, poderemos ter padrinhos civis que, não coabitando com os seus afilhados, mantêm relativamente a estes um direito de visita e convívio, mais ou menos amplo consoante os casos concretos e que poderá, em algum momento, ser palco de um episódio de mau trato físico ou psíquico. Ora, para estes dois últimos casos, sempre se

poderá dizer que há a possibilidade de os enquadrar no crime de maus tratos, que prevê a protecção de quem é vítima daquele que o tem ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação. Mas terá isto razão de ser à luz das figuras em causa? Trata-se de duas formas de suprimento da incapacidade por menoridade, associadas à superação da falta de quem assuma as responsabilidades parentais. Não figurando, pelo menos o caso da tutela, da rede de relações jurídicas familiares por mais ampla que seja a acepção do conceito, aproximam-se muito mais dessas, nomeadamente da da filiação, do que qualquer medida de protecção que, como vimos, parece poder alicerçar um caso de violência doméstica, por pressupor a coabitação.

Sob um outro prisma, parece ainda importante dizer que o n.º 2 do artigo, ao fazer uma remissão para o n.º 1, fica, na nossa opinião, dependente do preenchimento dos elementos típicos de pelo menos uma das alíneas desse n.º 1, o que acaba por traduzir-se numa mera oportunidade de agravação do facto por ter sido praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima, não se podendo daqui retirar uma forma nova de protecção da vítima menor ou obviar às críticas que vimos assinalando.

Por outro lado, o legislador português desperdiçou a oportunidade de reconhecer que o que motiva a autonomização do crime de violência doméstica é também um desvalor maior da conduta do agressor relativamente a pessoas que são vulneráveis em razão da sua muita idade ou da degradação física ou mental associada ao envelhecimento e que, por força dessa vulnerabilidade, esperam daqueles com quem partilham relações de proximidade, um cuidado e atenção especiais. O legislador perdeu a oportunidade, quanto a este aspecto em particular, de deixar cair a exigência da coabitação e, por aí, passar a proteger aqueles adultos vulneráveis cuidados por familiares com quem não partilham habitação (que não é sequer exigência, por exemplo, no regime do maior acompanhado). É hoje estatisticamente reconhecido que muitas vezes estes agressores são os seus próprios filhos ou netos, que tanto podemos encontrar como maltratantes por acção como por omissão. Afastando-nos de qualquer equiparação entre a infância e a velhice, não deixa de ser notória a preocupação expressa pelo legislador ao longo do código penal com as vítimas particularmente vulneráveis em razão da idade, pouca ou muita. Ora, estando aqui em causa a violação última da relação de cuidado assente na proximidade existencial, bastaria, na nossa opinião, conceder que se limitasse o tipo, para este efeito, às vítimas especialmente vulneráveis em razão da idade quando entre esta e o agente existisse uma relação jurídica familiar de parentesco na linha recta. Não nos parecendo haver divergência quanto ao bem jurídico, a vergonha da assumpção dos factos acabará por promover a ocultação muito mais dos casos de violência sobre adultos do que de violência sobre crianças ou jovens, até por força da intervenção alargada em matéria de promoção e protecção no caso destes últimos. Tornar mais acessível o preenchimento do tipo legal, que é público, redundaria, no nosso modo de ver as coisas, num tipo legal de crime mais actual face à realidade do nosso país.

No caso dos colaterais em 2.º grau, e eventualmente 3.º, ainda que pudesse conceder-se em manter a expressa exigência da especial vulnerabilidade da vítima, sempre se poderia também prescindir do elemento da coabitação, o que, reconhecemos, romperia com a tradição do Código Penal, de não considerar os laços de parentesco na linha colateral para efeitos de agravação dos factos.

Uma nova protecção de bens jurídicos velhos – o dever reforçado/especial de respeito

Ao bem jurídico protegido neste crime, o que dá forma é a relação de proximidade existencial entre o agressor e a vítima que, apesar de tudo, deve, na nossa opinião, ser limitada pela relação jurídica familiar ou parafamiliar (directa, ou indirecta, no caso de progenitor de descendente comum) ou a coabitação. E é também por isso que concordamos com a não eliminação da exigência de coabitação da alínea d) em geral, que, se ocorresse, desvirtuaria, no nosso modo de ver as coisas, o próprio crime de violência doméstica. Mas, por outra banda, o alargamento do tipo realizado em 2021 também não nos parece, pelas razões acabadas de expor, ser ainda suficiente. A relação de proximidade existencial e de confiança, ligadas a uma relação ampla de família ou de coabitação e em que assenta a dependência económica ou em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez tornam a vítima credora, como adiantámos, de um especial dever de respeito por parte do agressor, que se traduz num desvalor próprio e que justifica a autonomização deste crime face aos demais. À protecção desta vulnerabilidade não se pode dizer que baste a consagração da natureza pública do crime. Se é certo que esta opção do legislador, de subtracção do conflito à vítima, tem em vista, alegadamente, a sua própria protecção, a verdade é que não deixa de ser oportuno questionar se, em algumas situações, isso não se traduzirá num desrespeito pela sua opinião e a que, em termos práticos, se tem procurado obviar não muito raramente por meio da suspensão provisória do processo. Por outro lado, e lançando também os olhos à prática, não deixa de verificar-se que a falta de colaboração da vítima, independentemente da seriedade na origem dessa falta, condiciona amplamente a acção do Ministério Público e acaba por levar ao arquivamento dos processos por não ser possível reunir prova.

Argumentação semelhante permite concluir ainda que é natural que o tipo legal de crime não exija, em abstracto, nem a gravidade, nem a reiteração da conduta, surgindo como alternativas ao preenchimento do tipo a prática reiterada ou a gravidade do facto. A possibilidade de, pela sua gravidade, uma só conduta preencher o tipo quando em causa está um mau trato entre pessoas com aquela proximidade existencial, parece hoje unânime. Já quanto às condutas de menor gravidade e relativamente às quais o desvalor seria mais facilmente apurado em face da reiteração do comportamento, importa, no nosso entender, perceber o espaço para a adequação social, ou, dito de outra maneira, se é possível uma conduta insignificante repetida muitas vezes ganhar expressão e sentido em matéria de ilicitude penal. Somos tentados a dizer que sim. Comportamentos aparentemente adequados ao quotidiano podem ganhar um desvalor relevante nesta sede pela violação do reforçado dever de respeito. Assim, dividiríamos em dois os tipos de casos cobertos pelo tipo legal de crime de violência doméstica: o primeiro, para o qual qualquer conduta, isoladamente considerada, grave ou não, que pudesse, autonomamente, desencadear a aplicação de um outro tipo de crime encontra, no tipo legal de crime da violência doméstica, a sua qualificação substancial, por força da relação entre agente e vítima, ainda que, do ponto de vista da pena a aplicar, deva mobilizar-se aquela que está prevista na incriminação autónoma por se afigurar mais grave (vale isto por dizer que a qualificação de que aqui se fala não é aquela que necessariamente oferece a moldura penal mais adequada, mas antes aquela em que sobressai um peculiar grau de ilicitude do facto e de culpa do agente); e o segundo, em que o tipo acolhe as condutas

que isoladamente não se podem considerar cobertas por aqueles tipos legais, mas que geram, pela relação de proximidade entre o agente e a vítima, um incómodo passível de bulir com o bem estar físico ou psíquico de outra pessoa, em termos tais que a convivência se torne insustentável. Nestes segundos casos, e só nestes, a espessura jurídico penal da conduta está, para nós, dependente de uma certa reiteração que comprometa a vida em comum, primeiro à luz do que parecer razoável para o homem médio, mas sempre, após, tendo em conta as específicas condições em que o facto ocorre e o modo como, naquele contexto, pode ser interpretado o comportamento. O incómodo físico ou psíquico reiterado, provocado por condutas que isoladamente parecem neutras do ponto de vista da tutela do bem jurídico, parece-nos suficientemente idóneo para, em alguns casos, desencadear o juízo de ilicitude e de censura penal. É o que acontece quando, por exemplo, A chama repetidamente tonto a B, seu marido. Aceitar que a reiteração nunca é necessária e que basta o critério subjectivo do incómodo sofrido pela vítima em casos que, em circunstâncias outras, não passariam de bagatelas, parece-nos pecar por excessivo.

A muito disto, julgamos, talvez pudesse obviar a transposição para o nosso ordenamento jurídico de uma ideia que há muito vem fazendo caminho no Brasil e que reclama para o cuidado a categoria, não de bem jurídico-penal, mas de valor jurídico. Desse modo, na realidade, seria a ideia de um cuidado responsável, vinculado às necessidades de uma pessoa vulnerável que poderia, caso faltasse, por exemplo, legitimar uma resposta no plano da responsabilidade civil que hoje não nos parece poder ter sempre lugar, mas também respingar efeitos no plano da política criminal.

Naturalmente, não estamos a pensar numa obrigação de amar, ou sequer de gostar ou ser empático, que não cabe ao direito regular, nem num plano do direito a constituir. Seria, isso sim, uma obrigação geral que, contendo todas as obrigações que já hoje decorrem dos deveres de respeito, auxílio e assistência, preencheria alguns espaços vazios e tornaria digno da tutela penal o perigo para a dignidade física ou psíquica emergente da sua violação.

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: EM TEMPOS DE NORMALIDADE E EM TEMPOS DE CALAMIDADE*

MIGUEL JOÃO COSTA

Universidade de Coimbra

Gostaria de começar por cumprimentar a Senhora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, com grande admiração académica e estima pessoal, dizendo-lhe da honra que tenho em integrar este painel presidido pela Senhora Doutora, felicitando-a pela organização deste Colóquio e agradecendo-lhe a oportunidade que me dá de nele intervir. Gostaria igualmente de saudar todos os demais elementos deste painel e toda a plateia, em particular as pessoas que integram ou integraram a Secção de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me sinto muito, muito privilegiado de integrar.

1. “O Código mais perfeito carece de commentarios” – é a primeira frase de Levy Maria Jordão no seu Commentario ao Código Penal Portuguez, publicado em 1853. O Código Penal de 1982 não será por certo perfeito, mas é uma obra notável em inúmeros aspectos, vários dos quais têm sido abordados ao longo deste Colóquio, e foi ainda melhorada em vários outros pela Reforma de 1995.

Em 1982 eu não era ainda nascido e em 1995 era ainda criança. A celebração e a reflexão sobre acontecimentos a que não se assistiu é diferente da reflexão sobre aqueles

* O presente texto constitui uma versão apenas ligeiramente adaptada da comunicação oral feita no Colóquio cujos trabalhos aqui se publicam. Na preparação desta comunicação beneficei de valiosas trocas de ideias, em particular com Pedro Caeiro, como em tantas outras ocasiões; com Susana Aires de Sousa e Francisco Borges. Sobre o crime de desobediência, ‘em tempos de calamidade’, trabalhei pela primeira vez com Maria João Antunes, Sónia Fidalgo e Ana Pais, no âmbito do trabalho publicado em *Desafios Societais e a Investigação em Direito – Vol. 2: Pandemia e Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico, pp. 15-16, e no do ainda não concluído projecto *Criminal Law and the Covid-19 Crisis*. A todos agradeço penhoradamente; as falhas são apenas minhas.

que se viveram. Este Código a mim apresenta-se como um dado; é simplesmente o Código Penal; não tive outro. Olhando para ele desta forma, a única que me é possível, e avançando já para o meu tema, diria que a incriminação da desobediência não terá sido a mais defeituosa nem a mais virtuosa das soluções aí consagradas.

Trata-se, de todo o modo, de um tema que me pareceu difícil, pelo que aquela percepção não pretende corresponder exactamente a uma crítica, nem as observações que aqui trago a conclusões terminantes.

2. O crime de desobediência não foi uma inovação do Código Penal de 1982: tinha o seu antecedente imediato no artigo 188.º do Código Penal de 1886, nos termos do qual (para o que aqui mais releva):

“Aquele que (...) faltar à obediência devida às ordens ou mandados legítimos da autoridade pública ou agentes dela, será condenado a prisão correccional até três meses, se por lei ou disposição de igual fôrça não estiver estabelecida pena diversa. (...)”

Nada mais se exigia, portanto, do que a falta de obediência devida a ordem ou mandado legítimos da autoridade.

O Anteprojecto da Parte Especial, de 1966, afastava-se dessa solução, propondo antes, no artigo 416.º, a seguinte (destaque acrescentado):

“A falta de obediência devida, embora sem resistência, a ordem ou a mandado legítimos, que tenham sido devidamente notificados, de autoridade ou funcionário competente e para a qual certa disposição legal preveja a pena da desobediência simples ou qualificada, será punida respectivamente com prisão até três meses ou com prisão até três meses e multa de três a dez dias.”

De acordo com as Actas da Comissão Revisora do Código Penal (Parte Especial), publicadas em 1979, a “principal” questão que se suscitava a respeito da incriminação que então se achava em vigor prendia-se com a sua “amplitude”. O Autor do Anteprojecto sublinhou que a incriminação deveria “manter-se dentro de limites razoáveis” e que isso implicaria que “uma lei preveja a pena de desobediência para o não cumprimento do mandado em causa” (no essencial, a modalidade hoje prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal e no n.º 2 do mesmo preceito). Esse era, para o Senhor Doutor Eduardo Correia, “o limite que não deve ser ultrapassado”. A proposta foi acolhida na Comissão Revisora sem discussão e por unanimidade.

Mas não o foi no Código de 1982, que, ao invés, previu no seu artigo 388.º o seguinte:

“1. Quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisão até 1 ano e multa até 30 dias.

2. A mesma pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples.

(...)”

Parece emergir aqui pela primeira vez – pelo menos, no âmbito do artigo do Código Penal relativo à desobediência (quanto à legislação avulsa, não pude fazer um levantamento) a bifurcação entre desobediência cominada por lei e a mera desobediência a ordem de funcionário. Com diferenças, porém, em relação ao regime actual, desde logo a de que, na ausência de cominação legal, não era necessário, aparentemente, que autoridade cominasse a punição da desobediência, bastando para o preenchimento do

tipo que se desobedecesse à ordem – na linha daquela que era a solução do Código de 1886. Isso, aliás, parecia votar a uma certa irrelevância a desobediência cominada por lei, do n.º 2 do preceito.

O âmbito da incriminação permanecia, pois, amplo. As Actas da Comissão de Revisão, publicadas em 1993, documentam essa preocupação, sendo uma das posições expressadas a de que era “necessário restringir o âmbito de aplicação do artigo, pois é excessivo proteger desta forma toda a ordem”; a restrição deveria cingir-se “àquelas ordens protegidas directamente por disposição legal que preveja essa pena” e, além disso, “o mandado (...) deveria ter lugar com a cominação da pena” – ou seja, se percebi bem, cumulativamente. Neste caso, já não se trataria tanto de ‘cominar’ uma punição quanto de recordar uma punição já cominada por lei, actualizando-a na consciência do destinatário da ordem. De resto, a Reforma de 1995 realizou, nas palavras do seu próprio Preâmbulo, “alterações de relevo” no domínio dos crimes contra o Estado, com base na proposição fundamental de que, “num Estado de direito democrático estabilizado a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou formas análogas de actuação.”

Porém, na Comissão Revisora, a preocupação com a amplitude do crime de desobediência era acompanhada de uma outra que apontava na direcção oposta à da sua restrição: a preocupação de “não desarmar” por completo a Administração. Consensual, na Comissão, era a necessidade de “clarificar o alcance da norma para o aplicador”.

A solução encontrada para conciliar essas diversas preocupações foi a que hoje encontramos no artigo 348.º do Código Penal, que não foi alterado desde então e que prevê o seguinte (deixando de lado novamente a desobediência qualificada, a que em grande medida se aplicam as mesmas considerações que em relação à desobediência simples cuja punição é cominada por lei):

“1. Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se:

a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou

b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação.

(...)”

Creio que esta solução deu resposta à preocupação de não desarmar a Administração. Bem assim à de reduzir o âmbito da incriminação (embora não ao ponto de garantir a sua constitucionalidade, mas a este aspecto voltarei adiante). Já o desígnio de clarificar o alcance da norma, esse penso que fracassou: o novo tipo legal talvez fosse melhor do que o anterior de várias perspectivas, mas que fosse de interpretação significativamente mais fácil não penso que possa dizer-se.

De todo o modo, antes de voltar à factualidade típica, julgo que é importante reflectir sobre o bem jurídico protegido (embora este não me pareça ser um daqueles casos em que a análise minuciosa da factualidade típica possa conduzir a resultados radicalmente diferentes nesse plano).

3. Tornou-se relativamente consensual na doutrina e na jurisprudência que o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do Estado. A autonomia intencional do Estado é – nas palavras do Professor Doutor António Manuel de Almeida Costa – um “valor-meio”, por contraposição com a noção de “valor fundamental”, mas que apresenta uma “densidade penal própria” que justifica concebê-lo como um bem jurídico-penal em si mesmo. Um bem jurídico secundário, mas, apesar disso, autónomo. Protege-se a própria “legalidade, objectividade e independência” que devem presidir ao exercício de funções públicas, e daí que certos desvios a esses parâmetros de actuação apresentem logo dignidade penal, independentemente de se aproximarem da ofensa a valores já fundamentais. Trata-se, pois, de um valor reportado em primeira linha ao processo decisório público. É o que está em causa, por exemplo, nos crimes de corrupção.

A desobediência penalmente relevante parece pressupor uma autonomia intencional já realizada, já satisfeita, uma vez que exige que a ordem seja legítima – e, pelo menos em princípio, isso implica que na formação da ordem não tenha havido desvios àqueles parâmetros. Seja como for, a desobediência, pressupondo uma decisão já tomada – a ordem ou o mandado –, parece estar já algo para além da realização, da satisfação, da autonomia intencional do Estado, emergindo antes como uma ofensa à autoridade daquela decisão.

O facto de se olhar para este tipo legal de crime mais da perspectiva da autoridade do Estado do que da sua autonomia intencional não conduz inevitavelmente a respostas diferentes a várias – talvez mesmo a nenhuma – das questões que ele suscita, visto que, mesmo quem lhe atribui a finalidade de tutelar essa autonomia intencional, está a tomá-la, para estes efeitos, numa acepção que na verdade muito a aproxima daquele outro conceito: a actuação do Estado é aqui prejudicada, nas palavras da Senhora Doutora Cristina Líbano Monteiro, não “de dentro”, mas “de fora”, através da “colocação de entraves à actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos”, e são estes entraves que o crime de desobediência visa afastar.

De todo o modo, essa reflexão ajuda a vincar a descontinuidade que em qualquer dos casos existe entre a força da ordem e o conteúdo da ordem. E, assim, entre o juízo sobre a dignidade penal da falta de obediência à ordem e o juízo sobre a dignidade penal da frustração do interesse que a ordem visava prosseguir.

Se olharmos para certas modalidades agravadas de desobediência, a perspectiva mantém-se plausível. Veja-se por exemplo no artigo 6.º, n.º 4, da Lei de Bases da Protecção Civil:

“A desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas nos termos da lei penal e as respetivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo.”

Não considero a questão líquida, mas diria que o fundamento da agravação não residirá tanto na superior importância do interesse público subjacente à ordem quanto no superior grau de respeito devido a essa ordem. Isto é: pode presumir-se que o interesse público subjacente a uma mesma ordem seja mais importante ou que esteja mais ameaçado quando ela for emitida durante um daqueles estados de excepção administrativa do que quando for emitida fora deles; mas não creio que esse interesse seja necessariamente mais relevante do que vários interesses subjacentes a várias ordens emitidas em

estados de normalidade administrativa. De resto, aquela norma não especifica nenhuma ordem concreta, mas apenas o contexto em que é emitida uma pluralidade indefinida de ordens que supõe puníveis nos termos da lei penal para que remete.

Se isolarmos, então, o interesse no cumprimento da ordem enquanto tal, a ordem pela ordem, do interesse que a ordem visa prosseguir, poderemos considerar que o proémio do artigo 348.º, n.º 1, do Código Penal (“Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido...”) se apresenta já como uma norma sancionatória virtualmente perfeita, onde se contém toda a ilicitude, e que a cominação pela autoridade exigida pela alínea b) se aproxima já da categoria da punibilidade em sentido estrito – que, a ser assim, se apresentaria aqui numa configuração decerto peculiar, o que em qualquer caso não seria por si só insólito nesta já muito heterogénea categoria dogmática. Ou seja, que a alínea b) daquele preceito é dominada pela intenção fundamental de reduzir a punibilidade de um conjunto muito amplo de condutas que se consideravam ilícitas e, pois, *prima facie*, já susceptíveis de punição. A leitura é congruente com os antepassados desta incriminação e com a documentada tentativa, no âmbito da Reforma de 1995, de conciliar as discordantes preocupações que ela suscitava¹.

4. Esta leitura ajudaria a resguardar (mesmo assim talvez não logre fazê-lo, mas penso que oferece bases novas para isso, para resguardar) a desobediência cominada pela autoridade de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade criminal, uma vez que, desse modo, pelo menos, já não se concebe que por via da alínea b) esteja a outorgar-se à Administração um papel co-determinante do recorte da própria ilicitude, que só o legislador pode desempenhar.

Simplemente, esta leitura expõe ainda mais o crime de desobediência – na modalidade da alínea b) (é sobretudo a esta que, a partir deste ponto, a presente exposição se refere) – a inconstitucionalidade por ausência de dignidade penal. No mínimo, ela obriga a renovar essa discussão nuclear reclamada por um crime com estas características: o interesse genérico em que as ordens públicas sejam cumpridas é capaz, sozinho, de sustentar uma incriminação?

¹ Mesmo a cominação legal exigida pela actual alínea a) – essa, já presente, nos diferentes termos acima referidos, na versão de 1982 – parece mais norteada por esse propósito de reduzir a punibilidade do que pelo de especificar o sentido de ilicitude já atribuído ao desrespeito pela ordem por si só. Não deixa, aliás, de ser curioso – talvez, mesmo, sintomático da perspectiva que aqui procura explorar-se – que, naquela versão de 1982, a modalidade da cominação legal surgisse no n.º 2 – portanto, apenas depois da da pura desobediência à ordem da autoridade, que então nem mencionava a realização de uma cominação pela autoridade. Não obstante, neste caso da alínea a), não pode deixar de considerar-se que as disposições legais cominatórias ainda concorrem para o recorte da ilicitude das condutas em causa, na medida em que, especificando, como fazem, o conteúdo de determinadas ordens, necessariamente o associam ao valor do respeito à ordem enquanto tal. Tem sentido, por isso, a meu ver, que o Tribunal Constitucional, ao fiscalizar a constitucionalidade da desobediência do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), considere exigível que a disposição legal cominatória satisfaça, ela própria, as exigências – desde logo, orgânicas – do princípio da legalidade criminal (cf., *u.g.*, o Acórdão n.º 485/2010). É verdade que deste modo de ver as coisas resulta uma assimetria na interpretação das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 348.º. Porém, como nota Cristina Líbano Monteiro, uma certa assimetria parece inevitável. Por discutir sobre a questão de saber em que momento, em que patamar dogmático, ela desponta.

Num Estado de Direito Liberal, a incriminação desse puro incumprimento causa uma irritação. Dir-se-á – já foi dito –, com muita razão aliás, que o respeito a tais ordens é indispensável à própria subsistência de um Estado com aquelas características. Um pouco como nos paradoxos da tolerância e da liberdade. A autoridade do Estado ou a autonomia intencional do Estado na sua ‘dimensão externa’ são também ‘valores-meio’ e, de facto, talvez não possa sequer dizer-se que estejam mais distantes dos valores fundamentais que em última instância servem do que o está a autonomia intencional do Estado na sua ‘dimensão interna’. A distância será idêntica ou mesmo menor. Estão, porém, umas e outra, em latitudes e/ou longitudes diferentes da discussão político-criminal.

É que, se certas formas de inobservância dos critérios em que devem basear-se as decisões públicas, em princípio, são sempre penalmente relevantes, porque uma Administração saudável só pode ser a que observe tais critérios, a imposição penal da obediência a tais decisões, além de obrigar a uma discussão específica sobre as alternativas a essa imposição, não parece poder prescindir de um juízo sobre a relevância do interesse que a ordem visava prosseguir; ou seja, do conteúdo da ordem. Somente quando este conteúdo presente, ele próprio, uma certa relevância ganhará substrato aquela justificação genérica da imposição de ordens públicas como um exercício indispensável à garantia do Estado de Direito Liberal.

Não é, pois, surpreendente – embora também não seja um argumento em si mesmo –, que tantos países de tradição jurídica e política próxima da nossa não prevejam semelhante crime. Não o da alínea b). Apenas o da alínea a), que pressupõe, como se disse, uma ponderação do conteúdo de determinadas ordens.

5. Curioso neste crime de desobediência pura da alínea b) é que, quaisquer que sejam a premissas de que se parta, quase inevitavelmente se termina com grandes dúvidas sobre a sua constitucionalidade. Mas, consoante as premissas de que se parta, diferentes serão essas dúvidas. (i) A ideia de que na mera desobediência à ordem o legislador não quis ainda encapsular toda a ilicitude – carregada como vem, ainda que sobretudo simbolicamente, da legitimidade material de que inquestionavelmente se reveste a noção de autonomia intencional do Estado no seu sentido mais estrito – resguarda a incriminação de certos problemas de dignidade penal, mas revela-lhe problemas de legalidade criminal. É certo que, entre esses problemas, está também o de a autoridade não ter legitimidade para determinar a dignidade penal de uma conduta. Trata-se, porém, de um problema em primeira linha orgânico. (ii) A ideia de que a exigência de uma cominação pela autoridade se prende apenas com a punibilidade da conduta resguarda a incriminação desses problemas de legalidade criminal, mas deixa logo à partida a nu a sua duvidosa legitimidade no plano da dignidade penal.

E isso não é indiferente: na segunda linha de raciocínio, a viabilidade constitucional da incriminação está irremediavelmente comprometida, mesmo quando a ordem concretamente desrespeitada possa louvar-se num interesse com clara dignidade penal. Isso inviabiliza abordagens como a que ficou consignada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2013, que fixou jurisprudência nos seguintes termos:

“Em caso de condenação, pelo crime de condução em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (artigo 292.º do Código Penal) e de aplicação da sanção acessória de proibição de conduzir (artigo 69.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal), a obrigação de entrega do título de condução derivada da lei (artigo 69.º,

n.º 3, do Código Penal, e artigo 500.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), deverá ser reforçada, na sentença, com a ordem do juiz para entrega do título, no prazo legal previsto, sob a cominação de, não o fazendo, o condenado cometer o crime de desobediência do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.”

O nosso Supremo Tribunal, tendo afastado expressa e assertivamente a ideia de que a cominação da alínea b) pudesse relacionar-se com a categoria da punibilidade, não só não considerou existir aqui qualquer problema de constitucionalidade, como determinou mesmo que a ordem em causa fosse sempre reforçada sob cominação da autoridade. De todo o modo, o mais relevante para o ponto de vista que procurava transmitir é a fundamentação apresentada para justificar a cominação. A título de exemplo:

“Confrontados com os elementos que acabam de se aduzir, cumpre tomar posição sobre se se revela suficientemente eficaz, um sistema que conta apenas com a consequência da apreensão do título, face à falta da sua entrega voluntária, e com a possibilidade de o condenado ficar incurso no crime do art. 353.º, do CP, se for encontrado a conduzir.

A resposta terá que ser negativa.

Subjaz a esta tomada de posição uma consideração de fundo, que se prende com a situação vivida no nosso país em matéria de sinistralidade rodoviária. Os números são conhecidos, e vamos limitar-nos a apontar que a condução sob o efeito do álcool responde por muitos dos acidentes ocorridos, com especial incidência em noites de festa ou fim de semana, acidentes protagonizados por indivíduos jovens.

Estamos perante uma realidade frequente, de consequências graves, e que reclama portanto um combate eficaz.

(...)

Impõe-se um reforço de meios ao serviço do juiz, para que, de facto, o condenado fique privado do título de condução. Porque essa privação é essencial para que o arguido deixe de conduzir, e porque se pretende que a proibição incida, em termos de prevenção, sobre o condenado e sobre a comunidade. Tudo em nome da segurança rodoviária.”

Não se trata de um recurso de constitucionalidade, naturalmente, mas será nítido que o Supremo Tribunal de Justiça (que não deixa de ser um órgão de administração da justiça constitucional, como decorre do artigo 204.º da Constituição) afirmou implicitamente a dignidade penal da conduta por referência ao conteúdo de uma determinada ordem e ao valor por ela prosseguido (a segurança rodoviária), ordem e valor esses que, na linha de raciocínio aqui esboçada, são já externos à ilicitude possível de entender contida no artigo 348.º, n.º 1, alínea b).

6. Admitindo que a desobediência a uma ordem só pode ser incriminada se o próprio interesse subjacente a essa ordem apresentar uma certa relevância social, a criminalização de condutas que estruturalmente se traduzam em faltas de obediência a uma ordem deverá então suportar-se em (e ser pensada logo à partida essencialmente como) forma de protecção dos interesses que estão na base dessa determinada ordem. O que, aliás, permitirá uma calibragem da moldura penal aplicável em função da importância desses interesses, pois não parece também razoável que seja igual (descontada a nuance permitida pela punição a título qualificado) a moldura penal aplicável à desobediência a ordens relacionadas com interesses de relevância díspar.

Permanece válida, pois, a desobediência cominada por disposição legal para certas ordens – aquela que já temos na alínea a) –, mas mesmo essa assumiria, a esta luz, um carácter algo diferente: a dignidade penal de tais condutas já não assentaria primacial-

mente num bem jurídico intermédio (sendo neste sentido sempre uma desobediência em sentido impuro), mas sim no bem jurídico mais fundamental (ainda que ele próprio ainda relativamente intermédio) ínsito em cada uma das ordens em questão.

Por outro lado, perspectivando-se as coisas nesses termos, muitas vezes creio se concluirá que a forma mais adequada de intervenção penal não será a da tipificação de condutas com uma estrutura de desobediência, mas a da construção de tipos legais directamente pensados para o valor mais fundamental que se pretende proteger. Bom exemplo disso será o da saúde pública – e com isto chego à recta final da minha exposição.

7. Esta parte será muito curta, porque me pareceu que a generalidade dos problemas que se colocaram aqui a propósito do crime de desobediência não são, realmente, problemas do crime de desobediência: o que ficou claro, essencialmente, foi que não existia legislação penal substantiva adequada para um problema de saúde pública com estas características de alta transmissibilidade.

Dentro desse pressuposto, o amplo recurso que durante a pandemia se fez e tem feito ao crime de desobediência já não me parece tão censurável como em dado momento pareceu, tendo em conta aquela impreparação e a velocidade dos acontecimentos. Legislação daquela espécie, pensada especificamente para uma crise de saúde pública com estas características, não deve ser fácil de desenvolver de maneira afinada – e o resultado poderia ter sido pior. Crucial – como algumas e muito autorizadas vozes sublinharam – é que isso não se converta numa orientação político-criminal mais perene, que perdure para lá da situação excepcional vivida.

Os problemas jurídicos que se colocaram foram sobretudo de natureza orgânica – ora no estado de emergência, ora no estado de calamidade. (i) No de emergência, uma das questões centrais foi a de determinar os limites da intervenção legiferante do Governo no plano penal durante um estado de excepção constitucional, questão que em grande medida se colocou a propósito do crime de desobediência mas que poderia ter-se colocado, sem variação sensível nos seus eixos fundamentais, a propósito de outros crimes. (ii) No de calamidade já não havia dúvidas de que os poderes legislativos do Governo estavam sujeitos às limitações normais – já não estava em discussão o alcance do artigo 19.º da Constituição –, reduzindo-se a discussão fundamentalmente à questão de saber se as normas em causa, aprovadas pelo Governo sem autorização da Assembleia da República, se limitavam a replicar conteúdos já extraíveis de normas pré-existentes e organicamente válidas, em particular do já aqui referido artigo 6.º, n.º 4, da Lei de Bases da Protecção Civil. A questão também se colocara no estado de emergência – por referência, neste caso, ao artigo 7.º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência –, e com resultados diferentes, mas em ambos os casos a análise acabou por girar grandemente em torno do princípio da tipicidade (não de forma directa, mas na medida convocada pelas questões orgânicas) – tudo o que, como se disse, não se relaciona propriamente com problemas fundamentais do crime de desobediência.

De maneira algo estranha, o Governo (sem autorização da Assembleia da República) aprovou várias normas destinadas a servirem como disposições legais cominatórias para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, expondo-se a inconstitucionalidade orgânica. Várias vozes notaram então – também eu o pensei – que era desnecessário arriscar esse problema de constitucionalidade, quando o Governo poderia

limitar-se (o que de facto, em parte, também fez) a recordar que as autoridades sempre poderiam fazer a cominação a que se refere a alínea b) daquele preceito. O que conluo depois desta reflexão é que, independentemente das vantagens que ainda assim daí poderiam ter advindo, isso provavelmente também não afastaria a inconstitucionalidade. Não por problemas orgânicos ou outros que este concreto contexto tenha revelado, mas pelos problemas congénitos de dignidade penal de que enfermava já este crime de desobediência pura.

O CRIME DE BURLA: ALGUNS DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA APROVAÇÃO DO CÓDIGO PENAL *

TIAGO DA COSTA ANDRADE

Universidade de Coimbra

I. O Crime de Burla na Economia desta Intervenção

O crime de burla é, como é sabido, um crime cuja interpretação e densificação da área de tutela típica parecem simples, mas que apenas o aparentam ser, sendo, na verdade, uma das, senão a, mais complexa forma de agressão contra o património.

Na primeira vez que se toma contacto com o crime de burla, a sensação que atravessa o leitor da norma penal do atual artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal é a de que neste tipo de crime cabe quase tudo o que tenha que ver com um engano, seja qual for a sua forma, e que gere um prejuízo patrimonial.

Depois, quando se começa a *desembrulhar* este tipo de crime, a sensação é a contrária: parece que no tipo de crime de burla, se interpretado com rigor, é difícil subsumir qualquer conduta, quanto mais prová-la, tais são as exigências que põem o dolo, a específica intenção de obtenção de enriquecimento ilícito, o prejuízo patrimonial e, claro, o engano astucioso. Não se devendo esquecer que integram o tipo de crime de burla, pelo menos, 2 elementos normativos e um conceito indeterminado.

A solução para a correta interpretação do crime de burla passará, em nossa opinião, pela rigorosa consideração dos seus elementos típicos dentro das finalidades e da função do direito penal, nomeadamente enquanto ramo de direito autónomo face ao direito

* O presente texto corresponde ao essencial da intervenção no Congresso Internacional dos 40 Anos do Código Penal, que teve lugar na tarde do dia 25.11.2022, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

civil e à sua tutela contratual, procurando sempre a justiça material, mas com o limite inultrapassável do princípio da legalidade.

O crime de burla não sofreu grandes alterações típicas desde que surgiu no CP de 1982 até à versão hoje vigente desde 1995. Mais vírgula menos vírgula, mais “*através de*” menos “*por meio de*”, entre “*prejuízos patrimoniais*” e “*prejuízo patrimonial*”, é seguro dizer-se que o tipo de crime de burla hoje em vigor no artigo 217.º do Código Penal manteve uma assinalável estabilidade nos últimos 40 anos.

Todavia, não se pode deixar de notar que a descrição da conduta típica introduzida em 1982 rompeu com o paradigma da codificação penal de 1886, passando-se de uma formulação que recorria à enumeração legal de comportamentos tipicamente relevantes de influência francesa, ancorada no paradigma da necessidade de uma *mise-en-scène* para o preenchimento do elemento do engano típico, para um modelo aproximado dos referentes suíço, austríaco e alemão de simplificação e unificação dos vários modos de cometimento do crime de burla assente na ideia de engano astucioso.

Contudo, a estabilidade na descrição típica do comportamento criminalmente relevante para efeitos de burla, não significa que este tipo de crime não tenha sido posto à prova no que toca à sua idoneidade para cumprir os desígnios de política criminal que estão na sua origem, nomeadamente de proteção do património.

É verdade que o legislador tem desenhado vários outros tipos de crime especialmente próximos do crime de burla, que vêm confirmando a exclusividade do seu propósito de tutela para o património e diminuindo a tendência da sua aplicação generalizada a qualquer tipo de fraude. No Código Penal, encontramos a burla relativa a seguros, para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, a burla informática, *etc.* Fora do Código Penal, deparamo-nos com a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, fraude na obtenção de crédito, uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento, entre outros.

Alguns destes tipos têm em comum a sua função de proteção do património, outros que do crime de burla se aproximam por se fazer apelo ao engano ou ao erro como modalidade de execução da agressão a outro bem jurídico, e outros existem que de semelhante só apresentam o *nomen iuris* de burla ou fraude.

Ou seja: ainda que o artigo 217.º do Código Penal se tenha mantido constante ao longo dos tempos, viu nascer ao seu lado, mesmo no Código Penal e também em legislação penal avulsa, muitas outras formas de burla ou fraude que procuram dar resposta às supostas lacunas de punibilidade deixadas pela exigência de tipicidade característica da burla clássica.

Ainda assim, o próprio crime de burla do artigo 217.º do Código Penal apresenta elementos típicos cuja resistência continua e continuará a ser testada com o evoluir dos tempos, sendo os últimos 40 anos manifesto disso mesmo.

Pelo que, para a minha intervenção no presente Colóquio, decidi destacar 4 desafios. Desafios que em 1982 ou não seriam pensáveis ou seriam fenómenos sociais com pouca expressão face à que podemos admitir que hoje têm e prever que no futuro terão, e para os quais gostaria de colocar algumas questões e debater algumas linhas de resposta, evidentemente não acabadas:

- Primeiro: A emergência dos criptoativos como bens ou valores cada vez mais comuns na esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos e que, por isso, podem sofrer um ataque através de uma conduta enganosa de outrem;
- Segundo: A anonimização ou despersonalização no comércio de venda e troca de bens e serviços na era da globalização e da revolução tecnológica;
- Terceiro: O crime de burla no contexto das pessoas coletivas;
- Quarto: O lugar do crime de burla no quadro da chamada luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.

II. Os Criptoativos e o Conceito Jurídico-Penal de Património

De acordo com o Banco de Portugal, os criptoativos são representações digitais de valores ou de direitos que podem ser transferidos e armazenados eletronicamente e que, apesar de poderem ser usados para fazer pagamentos, devido à elevada oscilação do valor que lhes corresponde, são sobretudo utilizados como ativos de investimento.

Os criptoativos surgiram com o desenvolvimento da tecnologia de registo descentralizado de informação, *i.e.* de registo numa rede de base de dados sem um administrador central. E, especialmente, com o recurso a um dos tipos desta tecnologia, a *blockchain*, que, através do uso de criptografia e de fórmulas matemáticas que garantem que a informação guardada não pode ser adulterada, permite que a informação seja armazenada em blocos encadeados por ordem cronológica. Desta forma, em princípio, todas as trocas de criptoativos podem ser rastreadas desde a criação do ativo.

Ainda de acordo com o Banco de Portugal, os criptoativos não são tidos como verdadeira moeda. Desde logo, porque, em razão da sua volatilidade, não permitem estabelecer um preço para os bens, nem preservar o poder de compra. Além disso, na maioria dos países, não são garantidos pelo regulador com competência em matéria financeira, não tendo os cidadãos qualquer proteção legal que lhes confira direitos de reembolso.

Na Alemanha, por exemplo, já existe uma desenvolvida regulação legal aplicável aos criptoativos, estando estes classificados consoante a sua função seja a de troca ou de pagamento, a de valor mobiliário, a de representação de um bem ou servido oferecido pelo emitente ou terceiro ou a de uma combinação de algumas destas características. É necessária uma licença para a sua emissão se classificada como instrumento financeiro, além de se exigir licenciamento para os negócios de gestão e depósito de criptoativos e aos operadores de um registo de criptoativos enquanto valores mobiliários, como se de instituições de crédito ou de serviços financeiros se tratassem. O *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* é a autoridade competente para a emissão de licenças e para o seu controlo.

Em Portugal, parece caminhar-se nessa direção de uma compreensiva regulação e regulamentação do uso de criptoativos. Não só do ponto de vista penal, através, por exemplo, da introdução do artigo 3.º-G na Lei do Cibercrime, que considera como meio de pagamento aquele que tenha por objeto moeda digital, mas, essencialmente, do ponto de vista fiscal, com as alterações ao regime do IRS trazidas com a proposta do OE de 2023 – na quarta-feira votadas favoravelmente na especialidade – que, independentemente das questões de correção do seu âmbito de regulamentação, se inserem no amplo movimento de regulação europeu em linha com a proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos.

Pois bem, no que toca ao crime de burla, parece-me haver cada vez menos dúvidas, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que o bem jurídico tutelado é o património, independentemente das externalidades positivas que com este tipo de crime se consigam para a lealdade e para a confiança no tráfico jurídico.

Trata-se de um crime de dano que só se consuma com um efetivo prejuízo patrimonial.

É um crime material ou de resultado que exige a saída da disponibilidade fáctica do enganado ou da vítima dos bens ou valores patrimoniais, como momento independente da conduta enganosa e que assinala a consumação.

E é um crime de resultado cortado uma vez que a consumação do crime não depende de um efetivo enriquecimento do agente ou de terceiro, apesar de se exigir que a conduta típica seja realizada com tal intenção.

A pergunta que se impõe neste domínio é, portanto, a de saber se os criptoativos integram o conceito de património pressuposto pelo tipo de crime de burla.

Neste plano, parece também haver um cada vez maior consenso em torno do conceito jurídico-penal de património como enquadrado pelo Almeida Costa. Um conceito a que aderimos, no essencial. No fundo parte-se da conceção económico-jurídica de património, que abrange todas as posições com valor económico, detidas por uma pessoa e não desaprovadas pela ordem jurídica, introduzindo-se-lhe o corretor de ser à luz das específicas valorações jurídico-penais que se deve avaliar tal não desaprovação. Fazendo-se, depois, apelo a um conceito objetivo-individual de dano patrimonial, existindo um dano sempre que se observe uma diminuição do valor económico por referência à posição em que o lesado se encontraria se o agente não houvesse realizado a sua conduta.

A partir deste conceito, parece conseguir-se encontrar já uma linha de resposta para os criptoativos como integrantes do conceito jurídico-penal de património. Mesmo que não haja uma regulação acabada do ponto de vista jurídico-civil, -administrativo e/ou -fiscal, não havendo uma censura penal quanto à detenção, propriedade, troca e venda de criptoativos, não cremos haver qualquer obstáculo à sua participação no conceito jurídico-penal de património. Quer sejam reconduzidos à categoria de direitos subjetivos patrimoniais sobre bens imateriais, quer à de fonte de expectativas jurídicas e/ou fácticas da obtenção de vantagens económicas.

Assim sendo, somos da opinião de que, se um engano tipicamente relevante determinar, à luz dos critérios de imputação objetiva aplicáveis, que o enganado ou um terceiro disponham dos seus criptoativos e com isso sofram um prejuízo patrimonial que não teriam sofrido sem o engano típico, se pode afirmar a lesão do bem jurídico património para efeitos do crime de burla.

Note-se, no entanto, que não temos aqui em vista os casos em que os criptoativos são utilizados como valores mobiliários ou meios de investimento sujeitos ao risco de valorização ou desvalorização.

Tal como no caso da valorização ou desvalorização de ações, independentemente da responsabilidade civil que no caso seja convocável, pensamos que não deverá haver crime de burla por inexistência de prejuízo patrimonial causado pelo agente, se uma pessoa for convencida a investir os seus criptoativos numa corretora, sujeitando-os à flutuação do mercado. Porque, mesmo relativamente aos ativos que menos se espera que se valorizem, há sempre a possibilidade de que o façam, ficando então na disponibilidade do suposto enganado o momento em que decide trocar os seus criptoativos por moeda estável a um preço mais baixo do que o do investimento.

Se o ativo em que investiu estiver com uma cotação mais baixa do que aquele que tinha no momento do investimento, e se o investidor decidir sair nesse momento e não esperar pela valorização, então não haverá prejuízo patrimonial tipicamente relevante, já que a intervenção do investidor quebra o nexo de imputação objetiva necessário à tipicidade do crime consumado. No fundo, se assim não fosse, se o ativo se valorizasse no dia A, não haveria burla; se desvalorizasse no dia B, já haveria; se no dia C, voltasse a valorizar deixaria de haver burla. Seria, portanto, em nossa opinião, insustentável do ponto de vista político criminal, do princípio da legalidade e de imputação objetiva, afirmar nestes casos existir um prejuízo patrimonial para efeitos de burla.

III.A Anonimização das Relações de Comércio e Troca de Bens

Outro dos desafios que se põem hoje ao âmbito de tutela do crime de burla é o da sua aplicação no domínio das relações que se criam e desenvolvem no tráfico jurídico caracterizado pela anonimização. Anonimização aqui usada no sentido em que as contrapartes de uma relação interpessoal e negocial não se conhecem nem nunca tiveram contacto antes da celebração do negócio. Isto é, o negócio não é celebrado no contexto de uma relação já existente de confiança entre as partes ou tendo presente um qualquer histórico negocial entre elas.

Trata-se de um desafio, a nosso ver, porque o que está em causa quanto se trata do crime de burla é saber o que é que permite tornar criminalmente responsável uma pessoa pela decisão de administração ou de disposição do património de outra. Neste caso, tornar criminalmente responsável uma pessoa pela decisão de outra, quando nenhuma das outras verdadeiramente se conhece.

No contexto da dogmática do crime de burla, podemos identificar 2 grandes conceções de engano tipicamente relevante, consoante a tónica de tal relevância típica seja posta na pura eficácia do engano avaliada *ex post facto* ou na exigência de uma determinabilidade *ex ante* que identifique claramente as esferas de responsabilidade pela decisão.

A primeira desenvolve-se sobretudo no quadro do paradigma subjetivista do engano, que erige a efetiva causação do erro da vítima como vetor maior da determinação do engano tipicamente relevante, desde que comprovada tal eficácia e tendo em conta unicamente o enganado numa sua consideração puramente individual. E, portanto, sem considerar o mercado como o contexto geral de interação patrimonial entre as pessoas e o papel que cada uma aí assume, de modo a saberem com o que podem contar e como podem e devem agir. O que importa nesta conceção é, pois, avaliar se *ex post facto* houve efetivamente um enganado e se tal engano foi a causa da disposição patrimonial que lhe causou um prejuízo.

A segunda conceção a que me referi trata-se de um paradigma objetivo ou normativo que tem como pedra angular a identificação *ex ante* da fronteira entre a esfera de responsabilidade dos interlocutores na relação interpessoal. À luz deste modelo, é necessário que o agente saiba como se pode comportar no mercado sem incorrer numa conduta criminalmente ilícita, conhecendo o que lhe pertence fazer e dizer e o que pertence à sua contraparte fazer e dizer.

Ora, no contexto do anonimato em que determinadas atividades económicas se desenvolvem, parece apenas pertinente falar-se da perspetiva de relevância do engano

considerado *ex ante*, porque só se houver regras claras anteriormente estabelecidas, das quais pode derivar a responsabilidade criminal dos intervenientes no negócio, é que o tráfico jurídico será fluido e jurídico-penalmente leal.

Se a relevância típica do engano não depender das regras estabelecidas previamente ao negócio, por lei ou de modo intersubjetivamente reconhecido por ambas as partes, mas da pura causalidade avaliada *ex post* entre um comportamento de uma das partes e o erro da outra, as pessoas ficam sem saber as condições em que podem atuar no mercado relativamente a contrapartes que pura e simplesmente não conhecem. Não conhecem as suas características pessoais e profissionais, não conhecem o seu grau de inteligência negocial ou emocional, não conhecem o seu histórico de comportamentos negociais. Nada.

Se não for assim, sempre estará presente o risco de um comportamento de uma pessoa que determina o erro daquela sua concreta contraparte ser tido por tipicamente relevante, mas que não determinaria tal erro na maioria das pessoas com quem o sujeito ativo normalmente se relaciona ou relacionaria.

Além disso, do nosso ponto de vista, só ligando a relevância típica do engano à sua idoneidade *ex ante* para defraudar as legítimas expectativas da contraparte, considerada no papel que assume no tráfico jurídico e não enquanto sujeito portador de uma infinidade de idiosincrasias pessoais, é que se garante que os destinatários das normas penais conhecerão com determinabilidade e precisão as condutas que podem ou não praticar, no quadro de um ramo do Direito como o criminal que deve obediência estrita ao princípio da legalidade criminal.

Em nosso entender, é por estes motivos que o crime de burla não pode assentar apenas numa interpretação do erro como falsa representação da realidade, podendo abranger também uma pura e simples ausência de representação. O erro que determina outra pessoa à prática de um ato de disposição patrimonial autolesivo deverá assim corresponder a uma defraudação das expectativas que uma parte tinha sobre o comportamento da outra.

Mas, também é por estes motivos que o crime de burla, não pode limitar-se a remeter para o conceito de boa-fé, mesmo em sentido objetivo tal como vale no direito civil, numa tentativa impossível de densificar o conceito indeterminado do engano astucioso utilizado pelo legislador.

Desde logo, à luz do objetivo de política criminal e dogmático de diferenciação da ilicitude penal em face da ilicitude civil, a partir do princípio da carência de tutela penal. O crime de burla não deve estabelecer a sua área de tutela típica por sobreposição à do direito civil e à boa-fé que é princípio normativo transpositivo deste ramo do direito.

Ademais, ainda que se admita a modalidade de engano por atos concludentes, não se pode concretizar o que é engano astucioso unicamente em função de uma intenção prévia do agente de não cumprir os termos do negócio, como incumprimento contratual pré-concebido.

Além disso, o princípio da boa-fé remete para o sistema jurídico de forma aberta, móvel, elástica, ampla e heterogénea, atuando ou não conforme as circunstâncias do caso, determinando uma colisão entre a justiça do caso concreto proporcionada pela boa-fé e o objeto inamovível que é o princípio da legalidade

Propomos, portanto, que em lugar do princípio da boa-fé, deve o intérprete fazer uso de um modelo de decisão geralmente vigente no mercado. Este modelo de decisão geralmente vigente no mercado é mais do que uma boa-fé moldada sobre a definição funcionalista de meros papéis sociais, alheada da dimensão pessoal-individual das relações humanas.

Num mercado globalizado, complexo, ágil e, não raras vezes, de relações interpessoais anónimas, é necessária uma garantia normativa de um certo grau de veracidade nas relações económicas. Não obstante, a assimetria informativa é algo de inerente ao mercado liberal, sendo a necessidade de confiar noutro operador económico sempre um risco. Isto é: nem toda a expectativa de verdade goza de uma garantia normativa.

Assim, apenas haverá dever de verdade se a informação for normativamente inacessível à pessoa. Aspectos jurídicos e económicos do seu próprio património devem ser conhecidos pela própria pessoa. Aspectos jurídicos e económicos do património de uma parte devem ser conhecidos pela outra, tendo esta o dever de averiguar essa informação sempre que esse esforço não comprometa o ritmo normal da relação económica. E a informação sobre o funcionamento do mercado e aspectos jurídicos e económicos da relação económica devem da responsabilidade de cada um, a não ser que se atue num setor com informação normativamente inacessível ou em mercados de elevada complexidade onde o agente ocupa uma posição de especialista.

Pelo que, haverá imputação objetiva através da violação de um dever de verdade assente na regulação de deveres de verdade do direito positivo, desde que relacionados com a proteção do património, nos usos do comércio desde que normativizados, e na concreta regulação económica interpessoal em causa, devendo averiguar-se quem é que intersubjetivamente e de modo inequívoco assumiu expressamente um maior ou menor risco de erro ou, ainda, quem é que praticou atos de bloqueio ao acesso a informação normativamente acessível.

Assim, o modelo de decisão geralmente vigente no mercado não participa da mesma indeterminação que está na natureza e é pressuposto da boa-fé. Não se trata, pois, de um modelo de decisão da vítima concretamente considerada, mas de um modelo racional e normativo.

A preocupação que muitas vezes se evidencia quanto a esta nossa conceção é a de poder abrir margens de impunidade, comprometendo a tutela do património. Diz-se que a especial ingenuidade ou inexperiência do ofendido – que, aliás, é, em princípio, desconhecida do agente em relações anonimizadas – não poderá consubstanciar um motivo atendível para que o respetivo património deixe de merecer a proteção do direito penal, nem é justificação bastante para a afirmação da atipicidade da conduta do agente.

Porém, parece-nos que só com uma definição de deveres de verdade e de autoproteção, moderados pelo critério da acessibilidade normativa à informação e da sua redefinição nas relações económicas dinâmicas é conseguida a segurança jurídica necessária em direito penal. Pensamos, além disso, que se trata de um critério fundamentado e eficaz num nível superior ao do simples apelo para o fim de proteção da norma que, no específico caso da burla, mais parece um meio de atribuir uma aparência de fundamentação a uma tomada de posição intuitiva ou próxima de um sentimento de justiça do aplicador, sem que se contribua para a segurança das soluções, imprescindível em direito penal.

De onde decorre que, segundo cremos, só se o crime de burla for interpretado como remetendo para os deveres de verdade a que o agente está obrigado pelo ordenamento jurídico, e não para a maleável boa-fé, é que tal crime poderá ter uma área de tutela típica do património eficaz, jurídico-criminalmente diferenciada e que respeite o princípio da legalidade criminal, nomeadamente o seu corolário da determinabilidade, especialmente nas relações anonimizadas cada vez mais frequentes no quotidiano hodierno.

IV. O Crime de Burla no Contexto das Pessoas Coletivas

Como terceiro desafio que notamos que hoje se coloca com particular acuidade, elencamos a burla no contexto de pessoas coletivas.

Quanto às pessoas coletivas, a sua inclusão nesta nossa comunicação não tem propriamente como razão de ser a sua consideração enquanto sujeito ativo do crime. Ou melhor, da imputação à pessoa coletiva de responsabilidade criminal pela prática de um crime de burla.

Parece-nos sem grande discussão que a pessoa coletiva, à luz do artigo 11.º do Código Penal, pode ser criminalmente responsável pelo crime de burla praticado em seu nome ou por sua conta e no seu interesse por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança e por quem aja em seu nome ou por sua conta e no seu interesse, sob a autoridade das pessoas referidas, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Sempre se devendo lembrar que não é a pessoa coletiva que engana, mas as pessoas que nela ocupem uma posição de liderança ou as pessoas que ajam sob a sua autoridade. Devendo questionar-se, pois, se, tendo presente o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva inscrito no Código Penal, não se deverá exigir que tanto estas pessoas singulares como a própria pessoa coletiva devem estar obrigadas por um dever de verdade para que possa haver imputação do crime de burla. E refletir se isto deve ser assim apenas por causa do modelo de imputação do Código Penal ou se pode ser pensado de outro modo noutros paradigmas de responsabilidade criminal da pessoa coletiva.

Ainda assim, segundo cremos, o desafio maior residirá na pessoa coletiva como enganado ou vítima do crime de burla.

O crime de burla é um crime com participação da vítima, no sentido de que a realização típica exige que o enganado, induzido em erro pela conduta do agente, pratique os atos de disposição patrimonial que lhe provoquem (ou a terceiro) um prejuízo patrimonial.

E o património das pessoas coletivas não difere em nada, enquanto bem jurídico-penal, do património das pessoas singulares, sendo igualmente tutelado pelo crime de burla.

Se perfilhássemos a doutrina tradicional do erro enquanto elemento puramente psicológico, no sentido de exigir uma comprovação *ex post facto* de que determinada disposição patrimonial lesiva foi causada por um efetivo erro enquanto representação errónea da realidade num dos seus representantes legais, que originou uma manifestação de vontade da pessoa coletiva viciada, o problema estaria resolvido, no sentido da admissão da pura e simples possibilidade de enganar uma pessoa coletiva desde que se enganassem os titulares do órgão que representa a vontade da pessoa coletiva.

Porém, já tivemos oportunidade de escrever que o erro a que se refere o tipo legal do crime de burla do artigo 217.º do Código Penal não deve ser tipicamente vislumbrar-

do como uma qualquer alteração ocorrida na psique do agente que resulta numa falsa representação da realidade e que obsta à total clarividência do enganado em relação aos contornos de determinado negócio. Na verdade, entendemos que o relevante para efeitos de apuramento da tipicidade da conduta do agente do engano é o nexo de imputação objetiva entre o engano e o ato de disposição autolesivo, devendo relegar-se o erro para um papel de parâmetro de relevância típica do engano.

Conseqüentemente, o erro deve apenas e só caracterizar-se por um estado de defraudação das expectativas que permite aferir da relevância típica do engano sem que, no entanto, a sua existência determine invariavelmente a confirmação da tipicidade da conduta do agente.

Desta nossa tese decorre a admissibilidade de casos em que um engano é eficaz, produzindo um erro psicológico, sem que se possa falar da comissão de um crime de burla, sempre que o enganado não haja cumprido com os seus deveres de autoproteção e de acesso à informação. Mas também tem como consequência que, se a vítima não atingir um estado de erro psicológico efetivo, como falsa representação da realidade, mas tenha apenas atuado com base numa expectativa geral de verdade e cumprimento ou confiado na probabilidade de não defraudação num negócio rotineiro, possa haver engano tipicamente relevante desde que afirmada a idoneidade *ex ante* do engano para produzir um prejuízo patrimonial.

Assim, parece-nos defensável a ideia de que não há obstáculo a que uma pessoa coletiva possa ser alvo do engano no crime de burla. Não só quando o engano provém do exterior do ente coletivo, mas também, eventualmente, quando provém dos seus próprios representantes legais, onde poderá aparecer muitas vezes em concurso com o crime de infidelidade e com crimes societários.

A pessoa coletiva é dotada de uma vontade negocial reconhecida pelo ordenamento jurídico que é distinta da das pessoas singulares titulares do seu órgão de representação. A pessoa coletiva também atua num mundo de impossível informação completa e de transações crescentemente complexas, tomando decisões económicas tendo por base sinais e indícios de comportamento das suas contrapartes.

E, com processos decisórios colegiais, muitas vezes apenas formalmente documentados, e uma estrutura que integra várias pessoas singulares, procedimentos e automatismos que são propensos à difusão do processo decisório da pessoa coletiva, nem sempre é possível descobrir o *se* e o *onde* de um verdadeiro erro psicológico.

Agora, a possibilidade de ter como enganado para efeitos de burla uma pessoa coletiva não dispensa que a responsabilidade criminal do agente assente na violação de um dever de verdade e que a pessoa coletiva tenha cumprido com os seus deveres de autoproteção. Será tanto mais difícil imputar um engano de um agente a uma pessoa coletiva, quanto mais desenvolvida e profissionalizada for a sua estrutura, principalmente quando a responsabilidade de uma disposição patrimonial sua necessitar de ser processada e confirmada por uma série de pessoas ou departamentos.

Isto é, mesmo que o agente tivesse a possibilidade fáctica de prestar mais informações à pessoa coletiva, este não poderá ser criminalmente responsabilizado se mantiver a sua atuação dentro dos limites da sua posição na relação económica e no mercado.

V. O Lugar do Crime de Burla na Era da Luta contra a Fraude Lesiva dos Interesses Financeiros da União Europeia através do Direito Penal

Em último lugar, entendemos ser de questionar qual o lugar que caberá ao crime de burla na era da luta político-criminal contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia através do direito penal.

No momento de aprovação do Código Penal, o Estado português ainda não era parte da Comunidade Económica Europeia. É certo que se encontrava já a decorrer, desde 1977, o processo de adesão, mas o tratado só veio a ser assinado em 12.06.1985. Ainda assim, como começámos por assinalar na nossa intervenção, desde 1982 que o crime de burla vem mantendo uma assinalável estabilidade quanto aos seus elementos típicos.

Hoje, a Diretiva UE n.º 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.07.2017, marca o contexto da política criminal ao nível da União no que toca à fraude. Veio criar a obrigação de criminalizar certas condutas de fraude que tenham como finalidade o enriquecimento ilegítimo à custa de dinheiro ou fundos do orçamento da União Europeia. Sendo que, até ver, é esta Diretiva que estabelece o mais relevante âmbito de competência da Procuradoria Europeia.

Os grandes espaços de punibilidade desenhados pela Diretiva parecem estar, no ordenamento jurídico-penal português, cobertos pelos crimes de fraude fiscal, do lado da receita, e os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, do lado da despesa.

Como nota José Damião da Cunha, estes tipos de crime acentuam a ilicitude criminal do comportamento do agente no próprio comportamento fraudulento e não tanto no prejuízo patrimonial, prescindindo da referência típica da decisão patrimonialmente relevante imputável ao engano do representante da Administração.

Isto significa que não se deva reconhecer ao crime de burla nenhum papel no domínio da proteção dos interesses financeiros da União Europeia?

Tendo a pensar que não, que o crime de burla tal como está tipificado no Código Penal, e ainda que sujeito uma dogmática distinta da destes crimes, poderá ainda servir para punir determinadas práticas enganosas contra entidades públicas não cobertas pelos crimes de fraude fiscal e de fraude na obtenção de subsídio, e pelas suas específicas áreas de tutela típica, conquanto se preencham todos os seus elementos típicos.

Já escrevemos, noutro lugar, que nos parece que o património do Estado ou de qualquer outra pessoa coletiva pública não está afastado da tutela do património pretendida com o crime de burla.

Do ponto de vista sistemático, o Código Penal português reservou o título V dos crimes contra o património para a prevenção da lesão do interesse público, através dos crimes de apropriação ilegítima e administração danosa, previstos, respetivamente, nos artigos 234.º e 235.º do CP. Mas, acompanhamos José António Barreiros quando não atribui relevo decisivo ao argumento de ordem sistemática, já que estes crimes não cobrem todos os ataques ao património público, baseando-se a sua autonomização típica apenas na dupla verificação de cariz objetivo e subjetivo, de que seja lesado o património público e que os crimes sejam simultaneamente cometidos por agentes com estatuto público.

Sendo verdade, contudo, que no crime de burla não se faz qualquer referência expressa à tutela do património orçamental do Estado, à intervenção de funcionários do Estado no cometimento do crime e que o programa político-criminal pressuposto pelo direito penal

patrimonial português assenta na disponibilidade na tutela do património. O que, salvo algumas exceções, não será o caso do património público, cuja administração e disposição visa finalidades coletivas e deve estar vinculado ao princípio da legalidade da administração e ao mínimo de discricionariedade.

José Damião da Cunha alerta para o facto de a prestabilidade do crime de burla poder ser afirmada no domínio da contratação pública. Não do ponto de vista da garantia da fiabilidade do resultado da contratação e da tutela da concorrência à qual responde o crime de perturbação de arrematações do artigo 230.º do CP, mas quanto ao dano patrimonial público, particularmente na execução de contratos públicos: despesas indevidas, como o aumento do preço contratado através de afetação de custos indevidos, de estabelecimento inadequado de preços ou de faturas falsas que aumentam o preço ou os custos, *etc.*

Tendemos a concordar com esta posição, desde que se respeite a exigente tipicidade do crime de burla, nomeadamente do ponto de vista da existência de um engano astucioso. No entanto, cremos, também, que não deve ficar esquecida a possibilidade de integrar no crime de burla condutas que se situem em momento contemporâneo do concurso público, como acordos ilícitos, desde que, evidentemente, se consiga afirmar e provar o prejuízo patrimonial tipicamente exigido.

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT : UN NOUVEAU DÉFI POUR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS ?*

LORENZA-LOUISE LISSA-GEAY

MCF en Droit privé et Sciences criminelles à l'UBS – Vannes Membre du LabLEX,
membre du CDPC de l'Université de Paris Nanterre

Résumé en français

À l'heure de la transition écologique, la protection de l'environnement occupe une position de premier plan parmi les préoccupations de l'opinion et des pouvoirs publics dans la plupart des pays du monde. Quant à la légitimité de la répression pénale et au rôle qu'elle est censée jouer dans ce domaine sensible, si le débat n'est pas définitivement clos, il n'en demeure pas moins que la doctrine majoritaire semble désormais reconnaître à la sanction pénale un « quid pluris », une véritable plus-value par rapport aux sanctions civiles et administratives dès lors qu'il s'agit de réprimer les comportements les plus gravement attentatoires aux valeurs environnementales. La demande d'incriminations et de peines sévères s'est d'ailleurs accrue au fil du temps. Toutefois, cette « dilatation de la sphère pénale » n'est pas sans inconvénients. Au sein de l'Union européenne s'est posée la question de l'harmonisation des incriminations et des peines. Dans la présente communication nous allons pourtant nous intéresser plutôt à l'état du droit positif français. En effet, la répression des infractions environnementales expose le droit interne à un certain nombre de défis qui touchent aussi bien à l'efficacité qu'à la « légitimité » du droit pénal de l'environnement. Dans le système français, ces défis viennent se greffer sur un droit pénal général caractérisé par des profils d'originalité, mais également par des lacunes qui ressortent de la comparaison avec les systèmes des autres pays rattachés à la famille romano-germanique. D'une part, la théorie de la causalité a pris du retard. Certes, la loi Fauchon du 10 juillet 2000, ayant introduit un

* Ce texte correspond à la communication orale présentée dans le cadre du Colloque International « 40 Anos do Código Penal », tenu les 24 et 25 novembre 2022, à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra.

rapport de proportionnalité inverse entre intensité du lien causal et degré de la faute, a permis de rapprocher le droit français de la théorie de la causalité adéquate, dans le but notamment d'éviter des condamnations trop faciles à l'encontre de l'auteur indirect ou médiate de l'infraction. Mais, l'élaboration doctrinale dans ce domaine demeure embryonnaire. D'autre part, le régime applicable à la faute est assez original, aussi bien en raison de la distinction entre trois types de faute (simple, délibérée et caractérisée) définies par les formules complexes consacrées à l'article 121-3 du Code pénal, mais également à cause d'un faible taux de normativisation de la notion de culpabilité, encore majoritairement rattachée à une conception psychologique. À cela s'ajoutent les défauts propres au droit pénal de l'environnement, défauts qui portent préjudice à son efficacité tout en mettant sous tension les principes fondateurs d'un droit pénal moderne et libéral. A la veille de l'adoption de la loi *Climat et Résilience* (loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets), qui a réformé les délits environnementaux, l'on pouvait se plaindre d'un faible taux de respect des principes de la légalité pénale et la nécessité de la peine (pourtant consacrés à l'art. 8 de la CDDC). Du premier point de vue, l'on pouvait remarquer : la surabondance des textes d'incrimination et leur dispersion en une multiplicité de codes (pénal, de l'environnement, de la santé publique, code rural, etc.), mettant sous tension le principe de l'accessibilité de la norme pénale ; une formulation trop technique et parfois obscure des incriminations, susceptible d'en affecter la lisibilité ; l'abus des techniques législatives du *renvoi*, du *renvoi en cascade* et de la *norme pénale en blanc*, qui portent préjudice à la clarté et précision du texte d'incrimination. Non moins nombreuses étaient les atteintes au principe de nécessité : la prolifération des infractions-obstacle, dont l'incrimination, au lieu de viser la protection d'un véritable bien juridique, poursuit un objectif de fluidification de l'activité administrative en matière de contrôle sur les activités productives dangereuses ; la présence de mécanismes permettant l'infiltration occulte du principe de précaution dans un domaine, la matière pénale, où cette pénétration soulève des problèmes délicats. De surcroît, la doctrine se plaignait aussi bien de l'absence d'un délit de pollution générale, censé remplacer un certain nombre d'infractions sectorielles afin d'asseoir une notion unitaire d'environnement, que de celle d'un délit formel de « mise en danger » des milieux naturels. Mais, avant tout, la doctrine invoquait la création d'un écocide, crime très sévèrement puni et susceptible d'être ensuite reconnu par le droit international, en vue d'une dilatation des compétences de la CPI en matière de crimes contre l'humanité.

Or, force est de constater que le bilan sur la loi *Climat* présente quelques lumières et beaucoup d'ombres. Certes, un délit général de pollution a été créé, mais ce que les auteurs de la loi *Climat* désignent comme écocide n'en est pas un, s'agissant non pas d'un crime mais d'un délit intentionnel puni de dix ans d'emprisonnement. Quant à la mise en danger, elle s'est traduite par l'introduction d'une série de circonstances aggravantes applicables à des délits préexistants et n'a pas donné vie à un délit autonome. Enfin, on aurait pu s'attendre à une limitation de l'emploi des clauses d'illicéité extra-pénale, dans une perspective d'équilibre entre dimension anthropocentrique et dimension écocentrique. Malheureusement, cela n'a pas été le cas et cette clause est omniprésente, même dans les incriminations qui visent des atteintes à l'environnement extrêmement graves. Toutes ces considérations nous conduisent à reconnaître que la protection pénale de l'environnement constitue un véritable défi pour le droit français, un défi que le législateur a certes voulu relever, mais qu'il est loin d'avoir gagné.

La transizione ecologica ha messo al centro delle preoccupazioni dell'opinione pubblica e dei governi della maggior parte dei paesi del mondo la questione della protezione dell'ambiente. E' quindi legittimo domandarsi quale ruolo il diritto penale sia chiamato a svolgere in tale contesto. Se il dibattito sull'utilità in materia ambientale della pena, espressione di una *extrema ratio* e, in quanto tale, suscettibile di intervenire laddove le sanzioni civili ed amministrative appaiano insufficienti, non è del tutto archiviato, bisogna comunque riconoscere che, in generale, alla pena si attribuisce un plusvalore allorquando si tratti di reprimere le offese più gravi alla qualità dell'ambiente. Per questo motivo, la domanda in termini di nuove incriminazioni e di pene più severe appare in costante aumento in materia ambientale. Al contempo, le autorità europee si sono misurate col problema dell'armonizzazione del diritto penale ambientale, nei limiti fissati dall'articolo 83.2 del TFUE. Una prima risposta è venuta dalla Direttiva 99/2008 sulla protezione penale dell'ambiente. I risultati della sua applicazione in termini di *rapprochement* e di rafforzamento delle tutele dell'ambiente e degli ecosistemi si sono rivelati insoddisfacenti. Per questo motivo, la Commissione ha recentemente presentato la proposta di adozione di una nuova direttiva in materia. Nelle presenti comunicazioni, tuttavia, l'accento sarà messo sul diritto interno francese al fine di dimostrare che la protezione penale dell'ambiente costituisce, non solo in ambito europeo, ma prima di tutto in ambito nazionale, una sfida importante, capace di mettere a dura prova il legislatore.

All'alba della legge *Clima* del 2021, il diritto penale ambientale francese presentava un certo numero di criticità che venivano a sommarsi a problematiche di più ampio respiro, legate all'evoluzione insufficiente della teoria dell'infrazione, terreno sul quale la Francia mostra un indiscutibile ritardo rispetto ad altri paesi della famiglia romano-germanica. In primo luogo, sul piano della causalità penale, nonostante le migliorie introdotte dalla legge *Fauchon* del 10 luglio 2000 - la quale ha creato un rapporto di proporzionalità inversa tra l'intensità del nesso causale e grado della colpa, rendendo così più difficile la condanna dell'autore indiretto o mediato del reato - l'avvicinamento tardivo alla teoria della causalità adeguata non permette di risolvere tutte le problematiche legate alla caratterizzazione del nesso eziologico tra condotta ed evento, problematiche particolarmente numerose e complesse in materia ambientale. Senza contare che la *Chambre criminelle de la Cour de cassation* non sembra favorire un'applicazione rigorosa della legge *Fauchon* (da una parte, esige che il nesso causale sia certo, ma poi non sanziona i tribunali e le corti d'appello che si limitano sul punto ad inserire nella motivazione una clausola di stile; dall'altra, ammette che in certi casi un nesso causale indiretto sia trattato come se fosse diretto, con la conseguenza di facilitare la condanna dell'agente). Al contempo, sul terreno della *colpevolezza* si registrano sia un tasso elevato di originalità che un tasso piuttosto ridotto di *normativizzazione* della colpa. Dal primo punto di vista, si segnala l'articolazione della colpa in tre forme diverse, definite in termini complessi dall'articolo 121-3 del codice penale francese: la *faute simple*, la *faute caractérisée* et la *faute délibérée*. Dal secondo punto di vista, si deve sottolineare la tendenza del modello francese a mantenersi in gran parte fedele alla tradizionale conce-

zione psicologica della colpa. Se qualche elemento normativo si è, in realtà, insinuato nella categoria della colpevolezza, non è tuttavia possibile affermare che la dimensione psicologica di quest'ultima sia tramontata.

Su questo sfondo si vengono a delineare le criticità proprie del diritto penale ambientale, che possono essere raggruppate in tre distinte categorie.

Al primo gruppo appartengono le disfunzioni suscettibili di attentare al principio di legalità ed ai suoi diversi corollari. Figurano in questa categoria: la sovrabbondanza delle incriminazioni, la cui inflazione preoccupa da tempo la dottrina d'Oltralpe per le conseguenze nefaste che ne derivano in termini di reperibilità e conoscibilità della norma penale; la dispersione delle incriminazioni in una molteplicità di codici (codice dell'ambiente, codice penale, codice della salute pubblica, codice del diritto agrario...) che viene ad aggravare il problema dell'inflazione legislativa e gli effetti negativi che ne derivano; l'abuso delle tecniche legislative del rinvio, del rinvio plurimo o *a cascata*, e della *norma penale in bianco*, che costringe l'interprete ad un'opera di autentica *orfèvrerie juridique* quanto si tratta di ricostituire nella sua integrità l'infrazione i cui elementi costitutivi appaiono polverizzati e dispersi in una moltitudine di testi che si rinviano l'un l'altro in un gioco di specchi.

Nel secondo gruppo si annoverano i difetti del sistema che si ripercuotono negativamente sul principio della *nécessité de l'incrimination et de la peine*. E' per altro necessario premettere che tale principio, teoricamente suscettibile di giocare un ruolo simile a quello attribuito al principio di *offensivité* nel sistema penale italiano, non è a tutt'oggi sufficientemente valorizzato dal *Conseil constitutionnel* francese, benché esso sia espressamente consacrato all'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, che fa parte del *bloc de constitutionnalité*. In effetti, il *Conseil constitutionnel* in materia penale si limita a sanzionare, per altro raramente, le violazioni più gravi del principio di legalità nella redazione delle incriminazioni. Quanto al principio di necessità, esso è ancora interpretato restrittivamente e conduce a censurare esclusivamente la previsione di sanzioni palesemente sproporzionate alla gravità del comportamento incriminato. Per il resto, il giudice delle leggi si mostra assai restio a sanzionare il legislatore nella sua scelta di punire condotte scarsamente offensive. La giustificazione addotta si fonda sull'esigenza di garantire il massimo rispetto del principio costituzionale della separazione dei poteri teorizzato da Montesquieu. In questo modo, il legislatore non è incentivato a depenalizzare almeno una parte delle innumerevoli *infractions-obstacle* che, lungi dal tutelare un bene giuridico dotato di una reale consistenza, si limitano a fluidificare l'attività amministrativa di controllo sulle attività industriali pericolose per l'ambiente e la salute umana. Tuttavia, un'altra categoria di infrazioni desta preoccupazioni ancora maggiori in termini di potenziale violazione del principio di necessità. Si tratta delle *infractions-obstacle* che paiono essere indirettamente ispirate al principio di precauzione. Come è noto, tale principio impone l'adozione di misure preventive al cospetto di un rischio, vale a dire di un pericolo eventuale o virtuale, non ancora scientificamente provato. L'infiltrazione di questo principio in materia penale desta preoccupazione in quanto esso è difficilmente compatibile sia con la prova del nesso causale tra condotta ed evento nei reati materiali, sia, più in generale, con la dimostrazione della colpa. Come ritenere, infatti, che il nesso eziologico sia dimostrato quando la scienza stessa non ha la certezza che in presenza di un dato

comportamento si produca un determinato risultato ? E come ritenere che la condotta dell'autore sia riprovevole laddove egli abbia agito in presenza in una simile incertezza nomologica ? Certo, nessuna incriminazione ambientale, in diritto francese, si ispira direttamente al principio di precauzione. Tuttavia, certe nozioni, (come quella di « rifiuto pericoloso ») fungono da « cavallo di Troia » permettendo al principio di precauzione di infiltrarsi surrettiziamente *in subiecta materia* (basta pensare che i rifiuti sono talora classificati come pericolosi per il solo fatto di contenere delle sostanze potenzialmente tossiche, in assenza di qualunque prova scientifica in tal senso. E' allora legittimo domandarsi se i testi che incriminano indiscriminatamente la mancata trasmissione all'autorità competente di informazioni relative a tali rifiuti non meriterebbero di essere depenalizzati, in quanto fondati su un principio, quello di precauzione, la cui compatibilità col diritto penale appare dubbia).

In queste due prime categorie di difetti del dispositivo repressivo ambientale figurano tutti fattori che incrinano la legittimità del diritto in ragione di uno scarso rispetto dei principi fondamentali. Tuttavia, alla vigilia dell'approvazione della *loi Climat* la dottrina segnalava soprattutto una terza categoria, alla quale appartengono le lacune del diritto penale ambientale francese che incidono negativamente sull'efficacia della tutela ambientale. A questo proposito si lamentava anzitutto la mancanza di un delitto « generale » di inquinamento, destinato a proteggere l'ambiente nella sua globalità in luogo di limitarsi a tutelare questa o quella componente dell'ambiente naturale (aria, acqua, suolo, flora, fauna). Si lamentava ugualmente l'assenza di un reato di pericolo ambientale, costruito sulla falsariga della *mise en danger délibérée de la vie d'autrui*, prevista all'articolo 223-1 del codice penale francese, che il divieto dell'analogia impedisce di applicare alla messa in pericolo dei beni ambientali. Si richiedeva ugualmente al legislatore di fare l'economia della *clausola di illiceità extra-penale*, perlomeno nei testi che incriminano condotte all'origine di danni irreversibili o gravissimi all'ambiente. In questo modo si sarebbe potuto raggiungere un equilibrio soddisfacente tra approccio antropocentrico ed approccio ecocentrico alla protezione dell'ambiente. Più di tutto, si invocava la creazione di un autentico *écocide*, vale a dire di un crimine ambientale punito con una pena esemplare, imprescrittibile e soggetto al rincipio della competenza universale. Tale crimine sarebbe in effetti destinato ad essere in seguito riconosciuto anche dal diritto internazionale, eventualmente in una prospettiva di allargamento delle competenze della Corte Penale Internazionale.

Alla luce di tali aspettative, è lecito tentare, almeno per sommi capi, un bilancio della riforma del 2021 dei delitti ambientali.

Quanto ai difetti « sistemici », in termini di lacune della teoria della causalità e della teoria della colpevolezza, nessun passo avanti si registra dopo l'entrata in vigore di questa legge. Tuttavia, ciò non stupisce, in considerazione delle ambizioni settoriali della riforma. Ci si deve invece rammaricare dell'assenza di iniziative di semplificazione e razionalizzazione della pletora di infrazioni minori e bagatellari disseminate in una moltitudine di testi disparati. Quanto alle migliorie apportate all'impianto dei delitti previsti dal solo codice ambientale, mi pare si debba salutare con favore la creazione di un delitto « generale » di inquinamento ambientale, che consacra finalmente una concezione unitaria dell'ambiente. Quanto alla « messa in pericolo », il legislatore francese ha preferito introdurre delle circostanze aggravanti in un certo numero di reati

preesistenti invece di creare un reato autonomo di pericolo. La scelta sarebbe accettabile se la selezione dei reati aggravati non sembrasse, per certi aspetti, arbitraria. Per quanto concerne poi la clausola di illicéità extra-penale, la richiesta di sopprimerla nei casi più gravi non è stata accolta. Infine, la delusione maggiore deriva dall'introduzione di un écocide « di facciata » che non è un crimine sanzionato con una pena esemplare, ma un delitto intenzionale punito con dieci anni di reclusione. Certo, il Governo ha promesso di farsi portavoce a livello internazionale della proposta di creazione di un autentico écocide, ma questa promessa lascia l'amaro in bocca alle associazioni ambientaliste che confidavano in una riforma più ambiziosa.

In conclusione, le luci e le ombre della riforma dei delitti ambientali mostrano chiaramente che la protezione penale dell'ambiente rappresenta un'autentica sfida per il diritto francese, sfida che il legislatore sembra voler cogliere, ma che certamente non ha ancora vinto.

CRIMES CONTRA O AMBIENTE EVOLUÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS*

SÓNIA FIDALGO

Universidade de Coimbra

1. No momento atual, é já ocioso recordar que “um ambiente são constitui um valor fundamental da comunidade, uma condição indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo na comunidade”¹.

Na doutrina portuguesa, Figueiredo Dias foi o primeiro a considerar a questão do papel do direito penal na proteção do ambiente, num escrito de todos conhecido, que data de 1978². Nesse escrito, Figueiredo Dias defendia já a legitimidade de intervenção do direito penal neste domínio, concluindo que “os delitos ecológicos deveriam ser construídos como tipos que protegessem *imediatamente* bens jurídicos ambientais”, devendo, nesse contexto, ser punível “toda a pessoa – individual e coletiva – que, no exercício da sua atividade, desobedecesse às exigências (...) que as instâncias competentes em matéria de tutela do meio ambiente lhe dirigissem (...), ou que não observasse os condicionamentos (...) relativos ao exercício da sua atividade, editados por aquelas instâncias”³.

*O texto que agora se publica corresponde à conferência apresentada no Colóquio Internacional 40 anos do Código Penal, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 24 e 25 de novembro de 2022. Na conferência, longe de aspirarmos a um tratamento profundo do tema, apontámos apenas alguns dos problemas decorrentes da proteção do ambiente através do direito penal. Nesta publicação mantivemos a nossa intenção inicial, mantendo integralmente o texto apresentado no Colóquio, sem acrescentos de fundamentação, notas de rodapé ou referências bibliográficas que, naturalmente, se justificariam num texto com outro propósito.

¹ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues* I, p. 371.

² “Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente”, *RDE* 4 (1978), p. 3 ss.

³ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues* I, p. 372.

Mais de 40 anos volvidos, as conclusões a que Figueiredo Dias chegou nesse escrito mantêm-se válidas na sua essência.

2. A verdade, porém, é que estas posições assumidas por Figueiredo Dias não geraram, nos anos subsequentes à publicação do escrito, controvérsia doutrinal significativa em Portugal. E tanto assim foi que, quando entrou em vigor o Código Penal de 1982, nele não se previa qualquer tutela do meio ambiente⁴.

E, note-se, em 1982 a preocupação ecológica tinha tido já reflexo no contexto jurídico-constitucional. Na versão inicial da Constituição da República Portuguesa de 1976 figurava, entre os direitos de carácter social, no artigo 66º, a declaração segundo a qual “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”. Tal prescrição constituiria, no que aqui importa, fundamento de legitimação constitucional do legislador ordinário para – na medida em que o considerasse indispensável a uma proteção real e eficaz do bem jurídico ambiente – criar tipos de crimes ecológicos.

3. Foi apenas na sequência da revisão do Código Penal de 1995 (DL 48/95), que o Código passou a conter duas incriminações de atentados ao ambiente: uma relativa aos “danos contra a natureza” (artigo 278º) e outra (de “carácter geral”), relativa à “poluição” (artigo 279º).

Recordo, porém, que só o artigo 279º (crime de poluição) foi da responsabilidade da Comissão Revisora de 1995. O artigo 278º foi introduzido pela revisão ministerial do anteprojeto apresentado pela Comissão. No entendimento da Comissão – e enfatizo este aspeto por me parecer de grande relevância – o crime de poluição constituía “tutela penal bastante dos bens jurídicos ecológicos” que se pretendia proteger⁵. Saliento ainda que esta ideia – que norteou o trabalho da Comissão – de restringir a tutela penal do ambiente não era fruto de uma menor consideração da missão que ao direito penal deve caber neste campo. Era sim o resultado de uma dupla preocupação: “a de que uma posição maximalista (ou fundamentalista) pudesse conduzir à existência de incriminações puramente simbólicas; ou inversamente, para assim não ser, que elas pudessem determinar uma asfixia da atividade industrial, económica e produtiva” no nosso país⁶.

4. No tipo legal de crime de poluição previa-se, em 1995, a punição de quem poluísse as águas, os solos, o ar, ou provocasse poluição sonora *em medida inadmissível*. A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis ao ambiente pressuporia, porém, uma ponderação de interesses complexos e diversificados. Ponderação esta para a qual o legislador penal não seria competente. Tal ponderação só poderia caber ao direito administrativo e aos agentes da sua realização.

Deste modo, o legislador português assumiu explicitamente, no n.º 3 do artigo 279º, a cláusula de *accessoriedade administrativa* a que ficaria sujeito todo o crime de poluição. Podia ler-se nesta norma que a poluição ocorreria em medida inadmissível

⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 372.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 374.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 374.

sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariassem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas no artigo.

Pretendia-se, com esta incriminação, a proteção imediata do ambiente enquanto bem jurídico coletivo. O crime foi configurado como um crime de desobediência *qualificada*, em que a desobediência *implicava um dano para o ambiente*⁷, e a partir de uma acessoriedade administrativa de direito *e* de ato.

Tal dependência do direito penal do ambiente em relação ao direito e ao ato administrativo tinha, porém, como contrapartida a transferência para o direito penal do “défice de execução” do direito administrativo em matéria de proteção ambiental. Ou, de outra perspetiva, a eficácia do direito penal do ambiente pressupunha que a administração não se demitisse da sua função, quer de produção normativa, quer de correta realização dos atos concretos necessários à realização das normas⁸.

5. A previsão, em 1995, destas incriminações de atentados ao ambiente gerou uma das mais profundas controvérsias na doutrina portuguesa nos anos subsequentes. As críticas foram as mais variadas⁹ e, no limite, levaram mesmo a questionar se *Vale a pena o direito penal do ambiente?*¹⁰.

E a verdade é que, por razões diversas, nos anos subsequentes à previsão destas incriminações, as condenações por crimes ambientais em Portugal foram quase inexistentes.

6. O tipo legal de crime de poluição sofreu depois alterações em 2007 (L 59/2007), em 2011 (L 56/2011) e em 2015 (L 81/2015).

Em 2007, com a alteração do tipo legal de crime de poluição, pretendia o legislador dar “uma resposta mais eficaz a fenómenos criminais graves, como (...) os crimes ambientais”¹¹. Na versão resultante da L 59/2007, o tipo objetivo de ilícito da poluição passou a consistir em poluir águas, solos, ar ou provocar poluição sonora, de *forma grave*, em violação de disposições legais, regulamentares *ou* obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições (accessoriedade de direito *ou* de ato – e não já de direito *e* de ato). O agente aturaria de *forma grave* quando prejudicasse, de modo duradouro, o bem-estar das pessoas na fruição da natureza; impedisse, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou criasse o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas. Continuando a configurar o crime como crime de desobediência, o legislador introduziu, porém, como novo elemento típico, a *gravidade da ação poluidora*¹². E a

⁷ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 1999, §§ 35 e 37.

⁸ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 43 e bibliografia aí citada.

⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 375 e bibliografia aí citada.

¹⁰ Título da obra de PAULO DE SOUSA MENDES, publicada em 2000.

¹¹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei 98/X, ponto 2.

¹² Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 30 e bibliografia aí citada.

introdução deste novo elemento traduziu-se numa certa *regressão antropocêntrica* no domínio do crime de poluição, na medida em que o carácter grave da conduta poluidora passou a ser revelado por referência a bens jurídicos de natureza individual¹³.

7. O tipo legal de crime de poluição voltou a sofrer alterações em 2011 e em 2015 – por via da L 56/2011 (que pretendeu transpor a Diretiva 2008/99/CE, relativa à proteção do ambiente através do direito penal, e a Diretiva 2009/123/CE, relativa à poluição por navios), e da L 81/2015 (que visou transpor “integralmente” as referidas Diretivas 2008/99/CE e 2009/123/CE).

Tendo em conta a variedade de condutas puníveis, a diversidade de objetos sobre que pode incidir a ação, e ainda as diferentes configurações típicas adotadas pelo legislador ao longo da norma, “podemos identificar atualmente no artigo 279º do Código Penal não um, mas *vários* crimes de poluição”¹⁴. O que contribui também para a conclusão de que o legislador português deixou de contrariar a tendência – que havia (e bem) tentado contrariar aquando da revisão de 1995 – para multiplicar “os tipos de delitos ecológicos, cada um concebido de sua maneira, em função das soluções dos conflitos que, para cada espécie de atividade poluidora, o legislador *penal* pense ter encontrado”¹⁵.

Atualmente, com exceção das condutas referidas nos n.ºs 7 e 8, o crime de poluição previsto no artigo 279º é configurado como um *crime de desobediência* a “disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições” (accessoriedade de direito *ou* de ato), em que a desobediência implica, nas condutas descritas nos n.ºs 1 e 2, a causação de danos substanciais para o ambiente ou, nos termos do n.º 3, a *suscetibilidade* de causar os referidos danos substanciais. Nesta medida, o crime de poluição previsto em qualquer destes números é um crime ecológico puro, que visa a proteção imediata do ambiente. Em qualquer dos casos, “o crime tem uma configuração complexa, em que acresce à desobediência ou o dano (n.ºs 1 e 2) ou o perigo (n.º 3) para o ambiente”¹⁶.

No n.º 1 do artigo 279º, encontramos um crime de poluição de *execução livre*, ao passo que, no n.º 2, o legislador descreve em várias alíneas os modos concretos de execução das condutas poluidoras. Trata-se, neste n.º 2, de um crime de *execução vinculada*¹⁷.

Na revisão de 2011, o legislador deixou, assim, de fazer referência à *forma grave* da conduta poluidora e passou a referir a ação de poluição à provocação de danos substanciais ou à *suscetibilidade* de causar tais danos aos componentes ambientais (“danos substanciais” é também a expressão usada na Diretiva 2008/99/CE, relativa à proteção

¹³ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 35 e bibliografia aí citada.

¹⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 26 e bibliografia aí citada.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 378.

¹⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 31.

¹⁷ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 33.

do ambiente através do direito penal). Atualmente, poluição com relevância penal é só a que cause ou seja suscetível de causar danos substanciais¹⁸.

No n.º 6 do artigo 279º encontramos, em várias alíneas, uma densificação do conceito de danos substanciais que, em parte, é coincidente com a determinação do conceito de “forma grave” que encontrávamos já no n.º 3 da norma na versão conferida pela L 59/2007. Ou seja, a densificação do conceito de danos substanciais continua, em parte – tal como em 2007 – a ser feita por referência a bens jurídicos individuais, reafirmando-se, assim, a conceção antropocêntrica do bem jurídico protegido¹⁹.

Na generalidade das alíneas do n.º 6, para a densificação de um conceito indeterminado – *danos substanciais* –, o legislador utiliza outros conceitos indeterminados. É certo que o direito penal do ambiente terá sempre de acolher tipos incriminadores que permitam a adaptação da norma às alterações de carácter social e técnico sem que tenha de se proceder a alterações legislativas constantes no próprio Código Penal²⁰. Para tal, o legislador pode seguir um de dois caminhos: ou segue a via da acessoriedade administrativa, ou terá de recorrer a conceitos indeterminados²¹. Na versão originária da norma, em 1995, o legislador tinha seguido assumidamente a primeira via. Com as alterações introduzidas no artigo 279º em 2007 e em 2011, mantendo embora a cláusula de acessoriedade administrativa, o legislador penal acabou por enveredar também pelo segundo caminho, com todos os riscos que lhe são inerentes²² – não é por acaso que se vem salientado que, nos novos tempos, é mais no plano da determinabilidade do que no plano da proibição da analogia ou da retroatividade que reside o grande perigo para a consistência do princípio *nullum crimen*²³.

8. Mas, na revisão de 2015, o legislador introduziu no tipo legal de crime de poluição ainda um *outro* crime de poluição: o crime de *poluição por navios* (n.ºs 7 e 8, do artigo 279º). E a configuração típica deste crime de poluição por navios é completamente distinta da que vimos existir nos n.ºs 1, 2 e 3 do mesmo artigo 279º²⁴.

9. E já na revisão de 2011 o legislador havia introduzido no Código Penal um outro crime ecológico, ao lado dos “tradicionais” crimes de *danos contra a natureza* e de *poluição*: o crime de *atividades perigosas para o ambiente*, previsto no artigo 279º-A do Código Penal.

¹⁸ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 36.

¹⁹ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 37.

²⁰ Cf. G. HEINE, *ADPCP* (1993), p. 300.

²¹ Cf. SOUTO DE MOURA, *RMP* 50 (1992), p. 26.

²² Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, § 39.

²³ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, 2019, Cap. 8º, § 16.

²⁴ Sobre o tipo legal de crime de crime de poluição por navios, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Artigo 279º)*, 2022, §§ 52 e ss.

10. A tendência tem sido, assim, nos tipos legais de crime já existentes, a da multiplicação da referência a condutas que atentam contra o ambiente (através de criação de crimes de execução vinculada) tornando os tipos cada vez mais complexos. Por outro lado, o legislador tem vindo a criar novos tipos legais de crime.

No que diz respeito às sanções, nas sucessivas alterações dos tipos legais de crime ecológicos, o legislador tem procedido a uma agravação generalizada das penas e em alguns casos tem eliminado a pena de multa alternativa

11. Apesar desta intervenção do legislador penal no âmbito dos atentados ao ambiente, vem sendo notado por todos um desfasamento crescente entre a resposta da justiça penal à criminalidade ambiental e a situação criminológica na prática²⁵.

Nos anos de 2018 e 2019 a Comissão Europeia procedeu à avaliação da Diretiva 2008/99/CE relativa à proteção do ambiente através do direito penal e, em outubro de 2021, publicou as suas conclusões. A Comissão concluiu que as definições do que constitui criminalidade ambiental que constam da Diretiva não são claras, comprometendo a eficácia das investigações, das ações penais e da cooperação transfronteiriça. Concluiu também que os níveis de sanções não são suficientemente eficazes nem dissuasivos em todos os Estados-Membros. E concluiu, ainda, que o procedimento de deteção, investigação e punição da criminalidade ambiental é ineficaz. Foram identificadas falhas na aplicação da legislação em todos os Estados-Membros e em todas as fases do procedimento (por parte das entidades administrativas, das entidades policiais, do Ministério Público e dos tribunais). Foram identificadas, nomeadamente, falta de recursos, formação insuficiente, falta de conhecimentos especializados e debilidades na cooperação e partilha de informações²⁶.

Por tudo isto, a Comissão apresentou, em 15 de dezembro de 2021, uma Proposta de Diretiva relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que visa substituir a Diretiva de 2008.

Nesta Proposta mantém-se a generalidade das infrações já previstas na Diretiva de 2008 e acrescentam-se muitas outras. E o método utilizado na Proposta de Diretiva é o da remissão para outros atos legislativos da UE, ou seja: os Estados-Membros devem considerar infrações penais certas condutas praticadas em violação do disposto em (inúmeros) Regulamentos ou noutras Diretivas do Parlamento Europeu ou do Conselho.

No que diz respeito às sanções, a Proposta de Diretiva adotou o sistema do *mínimo da pena máxima*. E os mínimos referidos são, na generalidade dos casos, mais altos que os limites que encontramos no nosso Código Penal para a punição das condutas que integravam já a Diretiva de 2008.

Se esta Proposta de Diretiva vier a tomar a forma de Diretiva, prevê-se que a breve trecho haja novas alterações em matéria de crimes ambientais em Portugal. Haverá, uma vez mais, um alargamento do leque de condutas típicas e é de prever também um agravamento das penas.

²⁵ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que substitui a Diretiva 2008/99/CE, p. 3.

²⁶ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que substitui a Diretiva 2008/99/CE, pp. 9 e 12.

12. Saliento que na Proposta de Diretiva pode ler-se que “o recurso a sanções administrativas pelos Estados-Membros se revelou, até à data, insuficiente para garantir o cumprimento das regras em matéria de proteção do ambiente, o que exige medidas mais rigorosas em matéria de prevenção e luta contra a criminalidade ambiental”²⁷. Mas a verdade é que a Comissão concluiu que o direito penal também não se tem revelado eficaz nessa proteção do ambiente. Pergunto, por isso, se em vez de se ampliar o leque de condutas criminalmente puníveis e de se agravar as penas aplicáveis, a atuação não deveria incidir, para já, apenas nas *causas dessa ineficácia da intervenção penal*: falta de recursos, formação insuficiente, falta de conhecimentos especializados, debilidades na cooperação entre as diversas entidades.

13. É hora de concluir. E concluo dizendo o óbvio, mas que parece que vem sendo esquecido pelo legislador penal (europeu e nacional) nos últimos anos: o propósito do direito penal do ambiente não é o de alcançar uma proteção do ambiente em si mesmo e como um todo. Como vem ensinando Figueiredo Dias há já mais de 40 anos, não é, seguramente, propósito do direito penal do ambiente alcançar a resolução do (grave) problema ambiental que sobre todos tanto pesa²⁸.

Não tenho dúvidas em responder afirmativamente à questão de saber se *Vale a pena o direito penal do ambiente*?²⁹ Tenho, porém, muito mais dúvidas na resposta se a pergunta for “Vale a pena este (o atual) direito penal do ambiente”?

²⁷ P. 6

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Estudos Cunha Rodrigues I*, p. 377.

²⁹ Título da obra de PAULO DE SOUSA MENDES, publicada em 2000.

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

JORGE CARLOS FONSECA

Antigo Presidente da República de Cabo Verde

É um prazer feito de emoção voltar a Coimbra e, em particular, a esta Casa, no âmbito de um convite que me privilegia sobremaneira, permitindo-me rever Mestres, velhos companheiros destes saudosos espaços, afinal, segundo relato de um velho inimigo, hoje, depois da morte, meu admirador confesso (falo, naturalmente, de registo poético de cerca de duas décadas e meia), o território onde teve lugar o quarto e derradeiro momento de meu nascimento, nos finais dos anos sessenta. Regresso, pois, à Escola onde dei os primeiros e decisivos passos nas coisas do direito e, em especial, do crime, mas também ao sítio onde se terá dado a completude de um ser-com-os-outros, ainda com dezasseis anos de idade, vindo das ilhas do Verde Cabo.

Um sentimento de gratidão e de alegria também, porque me dá a possibilidade de, nalguma medida, voltar, diria com mais vagar e mais amplitude, a lidar com “as coisas do crime” – uma das paixões de minha vida –, e no contexto de um congresso que reúne cultores do direito penal e outras ciências penais de elevada dimensão científica e académica, circunstância que o nível das comunicações aqui proferidas, verdadeiramente à altura dos pergaminhos da Universidade de Coimbra, e, em especial, da sua ímpar Escola de Direito, acaba por confirmar de forma categórica. Escola toda ela estreitamente ligada ao Código Penal cujos quarenta anos de vigência ora assinalamos e celebramos, com propriedade e justiça, com destaque natural e legítimo para a figura de insigne cultor das ciências criminais, Mestre, Humanista e senhor de obra singular e pioneira, o Professor EDUARDO CORREIA, de quem ainda pude ter o privilégio de ser aluno nos princípios dos anos setenta.

* O presente texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Internacional 40 Anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Retorno, um ano após ter deixado a honrosa apaixonante função de Chefe de Estado de um pequeno país africano, amigo e próximo.

Paixão intermitente, diria quase diria sazonal, que se me espalhou, em primeira mão, precisamente nesta Coimbra do encantamento, onde fui impedido de terminar a licenciatura, pelas circunstâncias e pelos ditames da política de então (ainda era a vigência do Estado Novo), se transferiu e se desenvolveu, anos depois, em Lisboa, com o assomo da Liberdade em Portugal, com trânsito por Freiburg im Breisgau, Macau, e, depois, Cabo Verde, após o triunfo da Liberdade e da Democracia.

Sempre com as intermitências que a paixão da política e pela Liberdade foi exigindo, como se se tratasse de um sinuoso, mas invariavelmente apetecido, ritual enunciado pelos deuses.

Durante esse tempo – que, apesar das interrupções a que aludi, atravessa as quatro décadas de vigência do código penal português – fui esse apaixonado e volúvel cultor do direito penal e das ciências criminais, no geral.

É certo que, na qualidade de Presidente da República, e por virtude das competências que constitucionalmente me eram conferidas, muitas vezes me vi obrigado a pronunciar-me sobre matéria penal, ocasiões em que, amiúde, me referi criticamente ou em jeito de advertência, aos rumos da política criminal seguidos ou a intenções ou soluções de reforma da legislação penal e afim, apelando a cuidados perante o canto das sereias do populismo penal em voga um pouco por todo o lado e já com ecos em Cabo Verde, em segmentos da sociedade e da comunidade jurídica local, sem esquecer sectores da governação, do poder político e judicial, em geral, e da imprensa, invocando-se, sempre, abertamente ou de uma maneira mais enviesada, a *Strafbedürfniss der Bevölkerung* de que falava Sigmund Freud. Fenómeno, como se sabe, que se verifica em várias latitudes, atinge também Portugal e não é dos dias de hoje, fazendo-se apelo frequente à «opinião pública» e à «sociedade civil».

Mas, igualmente, sempre que tive de avaliar legislação atinente ao direito criminal para me decidir entre a promulgação, o veto político, a simples devolução para reavaliação do Governo ou o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade. Nomeadamente, tratando-se de algumas importantes reformas levadas a cabo no meu país (2015 e 2021, designadamente) que, no meu entendimento, intentavam soluções e orientações de política criminal que levantavam dúvidas sobre uma sua adequação aos princípios de um direito penal próprio de um estado social e democrático de direito erigidos em princípios fundamentais constitucionalizados.

Mas um contacto mais próximo e bem mais abrangente naturalmente o tive nas épocas em que ensinei, investiguei e preparei trabalhos académicos, em Portugal, em Cabo Verde ou na Alemanha e, sobremaneira, nos anos em que tive o privilégio e o gosto de dirigir os trabalhos de elaboração do anteprojecto do novo Código. Trabalhos que levaram dois anos, já na vigência da Constituição da democracia (1992), tendo sido entregue o texto ao Governo, acompanhado de uma extensa justificação, em Julho de 1996, acabando por ser aprovado em Novembro de 2003 e entrado em vigor a 1 de Julho de 2004.

Em todas as etapas deste percurso, estive presente, de um modo ou outro, numa medida ou outra, o código penal cujos quarenta anos de vida hoje aqui celebramos. Já enquanto embrião, diríamos, pois conhecemos, estudámos e discutimos, estando ainda em vigor o velho Código de 1886 (em parte, o de 1852) com as diferentes reformas nele

incorporadas e a imensa legislação avulsa entretanto editada, o Projecto EDUARDO CORREIA, particularmente o da Parte Geral (1963), nos seus propósitos político-criminais e soluções normativas, algumas vezes pioneiros, subscrevendo os que, como Figueiredo Dias, sublinharam o facto de que ele ia bem mais longe e mais fundo do que as propostas político-criminais dominantes, por exemplo, em sede de reconformação das reacções criminais, precedendo, até, de alguns anos, nesse domínio do sistema sancionatório, o *Alternativ-Entwurf* alemão. Projecto, que viria a ser fonte directa e próxima do diploma de 1982, os alicerces sobre os quais se ergueria a tão almejada reforma global do direito penal português, como ainda se expressava Figueiredo Dias, em 1971, numa conferência proferida em Madrid. Aprendemos, ensinámos e investigámos, tendo como base o CP de 82, a doutrina sobre ele elaborada e a jurisprudência construída a partir de seus articulado e princípios.

Seria, assim, normal e previsível, que, nalguma medida, o autor material do edifício normativo penal de Cabo Verde projectasse aqueles conhecimentos, experiência, cultura e proximidade na feitura do que viriam a constituir, no essencial, as bases fundamentais da reforma que se corporizaria no novo Código Penal de Cabo Verde. Se a um tal condicionalismo, fizemos acrescer a circunstância de uma boa parte dos quadros jurídicos cabo-verdianos se formarem, naquela época, em Portugal, designadamente nas Escolas de Direito de Lisboa e Coimbra; o contínuo intercâmbio na área jurídica, e na jurídico-penal, em particular, de cabo-verdianos e portugueses, a que não se furtam os trabalhos de investigação ou de produção legislativa; o facto de a Constituição cabo-verdiana, aprovada em 1992, num contexto nacional de “fome” de liberdade e de democracia e de ruptura com quinze anos de regime autoritário de partido único e a Constituição que lhe serviu como instrumento de legitimação jurídico-política (“traumatismo da ausência de direitos fundamentais” – chegou a proclamar-se), ter igualmente como uma das fontes mais próximas a Constituição portuguesa de 1976, sobretudo, na sua formulação saída das revisões de 1982 e 1989; os laços indelmentáveis de história, de cultura, e, em particular, de cultura e de tradições jurídicas com o antigo país colonizador, sem esquecer que a democracia portuguesa era a mais próxima e “acessível”, seria improvável ou, até, pouco natural, que o CP de Cabo Verde de 2004 não tivesse como fonte mais próxima o diploma português. Sobremaneira, na sua modelação fruto da importante reforma de 1995, cujos trabalhos e resultados acompanhámos de muito perto no processo de elaboração do anteprojecto de Código.

Um Código, porém, falamos do cabo-verdiano, reconhecidamente autónomo, com identidade própria, expressa, nomeadamente, em soluções diferenciadas, seja na Parte Geral, seja, sobretudo, na Parte Especial.

Na verdade, já pelas razões atrás aduzidas, já porque, sendo os dois países da mesma família jurídico-cultural, os conceitos e a “gramática” do direito penal tendem a ser aproximados, as diferenças entre os dois códigos, na Parte Geral são seguramente menos visíveis do que as que resultam da comparação entre as disposições respectivas da Parte Especial. Porque – e digamo-lo, de uma forma muito sintética e compreensiva – se a primeira (a PG) é mais abstracta, densificadora de princípios e de critérios de valoração, ou, na expressão de Claus Roxin, “se compõe especialmente de regras de validade e de imputação”, as Partes Especiais concretizam em normas de conduta a protecção dos bens jurídicos seleccionados, de acordo com as intenções e proposições de política criminal.

Ainda assim, e num olhar perfunctório e comparativo dos dois diplomas, sempre poderemos mencionar algumas diferenças nas opções de um e de outro na sistematização e no tratamento dogmático de conceitos e soluções relativas, nomeadamente a: aplicação da lei no tempo-regime mais favorável ao agente (não ressalva do caso julgado no CP de CV); regime da omissão; responsabilidade das pessoas colectivas; erro sobre as circunstâncias do facto (não previsão, no código de CV, do «erro sobre proibições» e diferente solução para o erro sobre os pressupostos de facto de causa de desculpa); inimputabilidade em razão de anomalia psíquica; causas de exclusão da ilicitude (o CP de CV não explicitava, pelo menos, o consentimento do ofendido); causas de desculpa, havendo, no CP cabo-verdiano uma cláusula expressa (e residual) de inexigibilidade, numa formulação que se aproxima da constante do art.º 45.º do Projecto Eduardo Correia, mas que não deixou de levar em conta, entre outros argumentos, os aduzidos nos debates havidos, em Portugal, da Comissão Revisora, incluindo os de EDURADO CORREIA; autoria e participação; ilicitude na participação; autonomização da instigação; penas de substituição ou alternativas à prisão, bem mais benevolente, nesta matéria, o diploma português, entre outras.

No que respeita à PE, como dissemos, os desvios foram mais pronunciados, não cabendo nesta singela comunicação fazer-se o elenco das muitas diferenças entre os dois Códigos. Bastaria referir-nos às de sistematização, no geral, ao tratamento dado aos crimes contra a vida (diferentes modelos de agravação no homicídio, não havendo, por exemplo, a técnica dos *exemplos-padrão*; não punição da propaganda do suicídio; inexistência de um tipo de homicídio privilegiado e não autonomização do homicídio preterintencional, deixando que se apliquem as regras da PG; penas diferenciadas para o incitamento e o auxílio ao suicídio; e aos crimes sexuais, sem olvidar, igualmente, um diferenciado olhar para outras categorias de crimes, como os ofensivos da honra, contra o património (em particular, os crimes de furto e de roubo) ou contra a justiça ou a fé pública.

Dúvidas não pode haver de que o Código Penal aprovado em Cabo Verde em 2003 pretendeu ser – e foi-o, seguramente – tributário do ideário humanista, democrático e liberal que iluminou, influenciou e serviu de fundamento às traves mestras da constituição cabo-verdiana de 1992, verdadeiramente fundante do constitucionalismo moderno, do Estado de direito e de democracia no nosso país, rompendo com duas décadas e meia de um regime autoritário de partido único saído da independência do país.

Como escrevi no documento de apresentação e justificação do anteprojecto de novo Código Penal de Cabo Verde, em jeito de síntese de caracterização do que veio a ser, no essencial, o CP de 2003: “Do ponto de vista do ideário político-criminal, ele é marcado pelos valores fundamentais consagrados pela Lei Fundamental de Cabo Verde, os quais, aliás, traduzem a idiosincrasia nacional cabo-verdiana: a crença na liberdade do Homem e a conseqüente aposta na responsabilidade pessoal; a dignificação da pessoa humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo; a renúncia a formas de tratamento que conduzam ou potenciem atitudes de conformismo e a técnicas de segregação incompatíveis com o respeito pela dignidade da pessoa humana; a aposta na recuperação do homem; o culto do humanismo e a defesa de uma antropologia optimista”.

Escasseiem-nos o tempo, o espaço e também o suficiente conhecimento actualizado da evolução do direito penal português (e do CP) para estarmos habilitados a um

pronunciamento seguro e abalizado sobre o seu estado de saúde democrático, vale por dizer a sua validade, a sua adequação aos critérios, princípios e soluções próprios de um direito penal de um estado de direito democrático e com cariz social.

Mas do que conhecemos e acompanhamos, do que estudámos e ensinámos, a resposta parece-nos dever ser inequivocamente positiva, de acordo, aliás, com o que aqui neste qualificado colóquio ouvimos, da avaliação conhecida, feita, em momentos diferenciados, por abalizados penalistas e decisores judiciais portugueses, sobre a evolução, os avanços e recuos e a dimensão da vitalidade democrática do CP de 1982, apesar das dúvidas, das críticas, das insatisfações (agravação das penas em certas áreas da criminalidade, contínua “expansão” do direito penal, novos tipos de crime e outros sobrepostos ou por imposição de agendas politicamente correctas ou das instâncias internacionais, alargamento das incriminações de perigo, sobretudo de perigo abstracto, aumento de barreiras ao funcionamento da prescrição, inclusivamente a menção de alguns à “resistência” do código às investidas ou tentações do fenómeno do populismo punitivo), apesar das propostas e sugestões, dos reparos e das perspectivas que, ao longo destes quarenta anos, foram expressos, manifestados e esgrimidos. Aliás, tudo o que, ao fim e ao cabo, pode justificar esta rica e ajustada celebração. Curioso e significativo, aliás, é o facto de, já pouco tempo após a entrada em vigor do Código de 1982, Figueiredo Dias ter feito uma espécie de apelo à resistência contra um “discurso contraditório”, secundado por “uma opinião pública sensível ao mercado do crime e do medo, organizado por certos meios de comunicação social – de *just deserts* e de *law and order*, nestes termos que, creio, ainda hoje, em alguma medida, poderão ser esgrimidos: “Enquanto este Código Penal estiver em vigor o poder político não poderá deixar de sustentar as suas intenções político-criminais mais profundas e de se opor a que elas se vejam a cada momento contrastadas...”.

E o Código Penal do meu país? Após várias reformas efectuadas, nomeadamente duas mais relevantes pelas alterações que introduziram, em 2015 e 2021, pode dizer-se que é o mesmo, como parece consensual com o código português? A verdade é que, por muitas razões que aqui não cabe escarpelizar, as reformas penais em Cabo Verde não foram escrutinadas de uma perspectiva técnica ou científica, objecto de uma avaliação crítica minimamente adequada e sólida.

Em várias ocasiões, pude intervir em jeito de alerta para sinais e iniciativas legislativas que me pareciam traduzir-se em recuos, desvios ou incongruências de uma perspectiva de um direito penal próprio de um Estado de direito.

Fi-lo, igualmente, através do veto político e do pedido de fiscalização da constitucionalidade junto ao STJ (com competência em matéria de jurisdição constitucional até à entrada em funções do Tribunal Constitucional) e ao Tribunal Constitucional, tendo acabado, já em 2021, por optar, perante a chamada quarta revisão ao Código Penal, por promulgar o diploma, mas fazendo acompanhar a decisão de uma comunicação muito crítica dirigida ao Presidente da Assembleia Nacional e aos deputados – que tinham aprovado a lei de revisão por unanimidade –, explicando os motivos por que não me decidira pelo veto político. Nessa mensagem, afirmava, entre outras coisas – e passo a citar, em síntese e por comodidade de exposição – o seguinte:

(...) Não cabe ao Presidente da República gizar a política criminal para Cabo Verde (...). Cabe, sim, tal mandato (... (a) o Parlamento livremente escolhido pelos eleitores

do nosso país

(...) E, em votação final global, o diploma que nos foi remetido mereceu a aprovação unânime de (...) os (...) Deputados(...) Não pode, assim, o Presidente da República(...) tentar (...) inviabilizar aquela que é uma decisão legítima e unânime de quem tem (...) competência para legislar sobre dada matéria tão sensível e central ao funcionamento do nosso sistema jurídico.

Assim, por muito que discorde das opções político-criminais vertidas no presente diploma, nas circunstâncias descritas, não seria, em nosso entendimento, um bom serviço aos cabo-verdianos que o Presidente da República usasse o veto político.

(...) Tal não implica que(...) não devamos dizer aqui, de forma clara, a V. Exas., que temos por errado o sentido geral político-criminal que vem sendo seguido em Cabo Verde (...) a política criminal tem como último escopo servir de *padrão crítico* tanto do direito constituído quanto do direito *constituendo*, as suas finalidades e as proposições devem ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores(...) que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição. E desta(...) fluem, indiscutivelmente, princípios de política criminal que não esquecem a vertente liberal de um direito penal adequada aos princípios democráticos e do Estado de Direito.

(...) continua a ser a certeza e eficácia punitiva, em tempo célere compatível com as garantias de defesa do arguido, aquela que, no plano axiológico e científico, melhores frutos oferece.

E a que temos assistido entre nós? Exactamente o oposto: a crença quase mirífica de que, elevando sistemática e sucessivamente as molduras penais abstractas teremos uma sociedade com menos crime, a concepção de que, p. ex., a colocação de entraves cada vez maiores às penas de substituição e ao incidente de execução da pena de prisão que é a liberdade condicional, serão respostas prontas para a protecção de bens jurídico-penais e a ressocialização que, na verdade, são mandamentos jurídico-constitucionais para o legislador ordinário e que, por via deste diploma, conhecem uma maior dificuldade de compatibilização, passando uma mensagem típica dos movimentos de *just deserts* ou de procura de afirmação, *exasperada*, de um direito penal *simbólico* que não tenha em devida conta a noção de que a função primordial da intervenção penal é a de tutela – e tutela subsidiária – de bens jurídicos fundamentais.

(...) Tudo para dizer que, sendo a presente alteração do Código (a par de outras anteriores com o mesmo conteúdo de sentido político-criminal) aquela com cujas traves mestras político-criminais menos nos identificamos na História da democracia constitucional em Cabo Verde, a unanimidade que em torno das presentes alterações se obteve na Assembleia Nacional, não poderia ter um desfecho, ao nível do processo legislativo, como explicámos, diferente do actual – a promulgação.

Serve esta mensagem, assim o espero, para suscitar a continuação do debate na Casa da Democracia e em toda a sociedade cabo-verdiana sobre que Direito Penal queremos, cientes de que o Código Penal muito diz quanto ao grau de consolidação e maturidade de qualquer Estado de Direito (...).”

Antes desta reforma, houvera outra, também importante, em 2015, que, além de outras alterações com alguma relevância, foi a que elevou o limite máximo geral da pena de prisão de 25 para 35 anos (elevando-se, assim, o mesmo limite máximo para o concurso de crimes), elevou as penas previstas para as duas formas de homicídio agrava-

do de 15 a 25 para 15 a 30 anos e agravou as penas dos crimes sexuais, além de outros, num sentido crescendo que também atravessa a reforma seguinte; introduziu o regime de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, de guerra e genocídio – seguindo regras de direito internacional aplicáveis a Cabo Verde – mas, igualmente, aos crimes dolosos contra a vida, ao mesmo tempo que alterava o regime de interrupção da prescrição do procedimento criminal, alargando os casos em que tal regime passa a aplicar-se (aproximando-se do vigente regime português), o que, juntando-se às novas regras de suspensão, na prática torna quase impossível que aconteçam casos de prescrição; alterou o regime da liberdade condicional, tornando, no geral, mais exigentes os pressupostos para a sua concessão, extinguindo a regra de concessão, cumpridos cinco sextos da pena, e exigindo cumprimento de cinco sextos para haver liberdade condicional, nos casos de condenação por 25 ou mais anos de prisão.

Reforma essa, ainda, que cria um dispositivo (art.º 84.º-A) – a seguir ao que dispõe sobre a atenuação livre da pena – com a epígrafe “Colaboração relevante”, o qual permite a redução da moldura penal abstracta para metade nos seus limites mínimo e máximo ou a isenção ou dispensa da pena ao agente que colaborar com as autoridades judiciais. Esta cláusula geral, pois não está dirigida a crimes ou a categorias de crimes em especial, com pressupostos muito abertos, num quase cheque em branco, surge inopinadamente, sem que vislumbremos uma única linha de argumentação justificando a sua consagração, sem olvidar as sérias dúvidas sobre uma sua compatibilização com um feixe de princípios e critérios, muitos com fundamento constitucional, próprios de um direito penal de feição democrático-liberal (igualdade, determinabilidade, lealdade processual, presunção de inocência, dignidade pessoal do arguido, independência judicial), arribando ao próprio fundamento ético do Estado de direito, a eminente dignidade da pessoa humana.

Neste momento, e com tudo o que pudemos, neste espaço, expor, falta responder à questão colocada: estamos ainda, em Cabo Verde, perante o mesmo Código Penal? Apesar das muitas alterações, seja na PG, seja na PE, que podem representar erosão das linhas essenciais de política criminal, em essencial sintonia com valores e princípios constitucionais? Apesar de haver sucessivos aumentos de pena em muitas categorias de crimes, incluindo dos limites mínimos, roçando as fronteiras estabelecidas pelo princípio da culpa, alargamento da punição da tentativa e de actos preparatórios, criação de crimes de perigo, especialmente de perigo abstracto, crescendo de imputação subjectiva a nível de dolo de perigo, normas penais em branco, generalização da técnica de agravações de tipos-base, sobreposição de tipos de crime em nome de um direito penal simbólico? Apesar de se poder favorecer a existência de múltiplas direcções de política criminal ou até uma *tensão de sentido político-criminal* entre as disposições e princípios definidos na PG e os normativos da PE, geradora de materiais incongruências entre eles?

A nossa resposta é positiva, num sentido afim à dos que, em Portugal, partilham a mesma opinião e resposta. Apesar de tudo, pode concluir-se que a estrutura central do código se mantém, diria a sua *ossatura central*, designadamente a que se define pelos critérios e princípios contidos na Parte Geral, com as excepções já aqui assinaladas.

Permanecem quase intocados os dispositivos sobre o princípio da legalidade e seus corolários, regime da omissão, regras de imputação subjectiva, dolo, negligência, agravação pelo resultado, erro sobre o facto típico e sobre a ilicitude, inimputabilidade, actos preparatórios e tentativa, desistência e arrependimento activo, autoria e compar-

tipificação, concurso de crimes, culpa na comparticipação, crime continuado, causas de desculpa, proibição de prisão perpétua e de pena de morte, limite da medida da pena pela medida culpa, limites à duração das medidas de segurança, efeitos das penas e das medidas de segurança, finalidades das sanções criminais, proibição de cumulação de pena e de medida de segurança, suspensão da execução da pena de prisão (no essencial), escolha e critérios de determinação da pena, punição da reincidência...

Algumas alterações foram positivas, como, a título meramente ilustrativo, a clarificação do regime de punição das pessoas colectivas, o alargamento das penas alternativas à prisão (como o regime de prova ou a permanência na habitação), a introdução da medida de proibição de contacto com a vítima, em certos crimes ou, ainda, a criação de alguns tipos de crime, como resposta a novas realidades potenciadoras de condutas susceptíveis de atingir bens merecedores de tutela penal (casos do tráfico de pessoas, de desvio do poder ou, ainda, de incriminações que, sendo comunitariamente inaceitáveis, representem violações de valores da *solidariedade global* ou atinentes às sociedades de risco modernas).

É, ainda, pois o mesmo Código Penal que, em ruptura com o velho código de 1886, ainda representa um avanço inequívoco, necessário e civilizacional. Mas as dúvidas, as reservas, as críticas que aqui apenas de uma forma muito sumária e rápida manifestámos, quanto às orientações e ao sentido geral das reformas que têm sido introduzidas no edifício do Código penal, deixam-nos um sentimento de dúvida e de alerta perante o futuro. É preciso ponderar o tempo e o modo de introdução de reformas que se mostrem necessárias, não *a quente* ou à flor da pele, com o intuito, quase sempre ilusório, de dar respostas imediatas a problemas sociais, económicos ou políticos favorecidos por tempos de mais dificuldades ou de crise ou a exigências e insatisfações de segmentos radicalizados da sociedade que clamam por vingança contra agentes de crimes considerados muito graves ou que causem enorme alarme social. Deve, ainda com Figueiredo Dias, recusar-se qualquer concepção penal baseada na “*expansão* da criminalização, que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de mera política estadual”. E -acrescentamos – instrumento que se revela, amiúde ou quase sempre, redutor e verdadeiramente ineficiente. Por isso que, em Cabo Verde, e desde a revisão constitucional de 1999, temos sugerido – até agora sem sucesso – a introdução de um *princípio de reserva de código (penal)* como um potencial remédio para o fenómeno.

Vale sempre a pena reiterar a noção, ainda perfeitamente válida, de que, num Estado fundado na afirmação da eminente dignidade da pessoa humana e organizado em democracia, a intervenção do direito penal deve ser vista como uma *ultima ratio* da política social e subsidiária no contexto de um sistema estatal de controlo. Que, num Estado de direito material, de cariz social, como o de Cabo Verde (ou o de Portugal), o direito penal só entra com os seus instrumentos de actuação, como acentuámos na justificação do anteprojecto do novo CP, citando Figueiredo Dias, “ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem...”.

Destarte, não cabe às reformas pretendidas do direito penal o objectivo de “corresponder às expectativas políticas”, ou eleitorais, mas também não o de se constituir instrumento de facilitação da tarefa dos aplicadores do direito na incriminação de arguidos, como tem transparecido de algumas iniciativas reformistas.

A fim e ao cabo, o esforço realizado e a ser prosseguido por um direito penal e seus principais instrumentos fiéis aos valores, critérios e princípios próprios de um Estado de direito, que resista às investidas do populismo, da ideologia securitária e do direito penal simbólico, traduz-se e integra-se numa luta mais vasta pela afirmação e reforço do constitucionalismo democrático, do estado de direito e da democracia. **NÃO PODEMOS SER PELO ESTADO DE DIREITO SELECTIVAMENTE! RETALHÁ-LO E ESCOLHERMOS A PARTE QUE NOS CONVÉM MAIS CUMPRIR.**

O que não pode ser interpretado como a defesa de uma política criminal de olhos vendados e desatenta às mudanças impostas por novas realidades.

O que vale tanto para Cabo Verde quanto para Portugal, num quadro mundial em que os riscos de sedução e de penetração das ideias ligadas a todo o tipo de autoritarismo são visíveis.

E não penso que, nessa luta, devam ficar de fora os cultores e estudiosos do direito penal, os investigadores e professores, os magistrados, advogados e outros servidores da justiça que lidam com a coisa criminal. Nenhum fórum seria mais adequado e representativo para que tomasse corpo a iniciativa – a estender-se, pelo menos, a outros espaços afins – de denúncia do iliberalismo penal e de sintonia com os caminhos de afirmação de um direito penal democrático.

Termino, reiterando a homenagem à figura do ilustre autor do Projecto de 1963, Professor Eduardo Correia, aos que estiveram à frente da reforma de 1995, de que se destaca o Prof. Figueiredo Dias, Mestre de muitas gerações, de cujo magistério doutrinário e científico beneficiaram também um sem número de profissionais, estudiosos e reformadores para além das fronteiras de Portugal e a quem, sem sombra de dúvidas, muito deve o direito penal de Cabo Verde. Homenagem que se estende igualmente, à ímpar Escola coimbrã de ciências criminais, sem olvidar todos os penalistas, estudiosos, investigadores, professores, magistrados e advogados que, com o seu labor doutrinário, jurisprudencial, pedagógico, cívico e profissional contribuíram para que este Código Penal Português se mantenha com a vitalidade que é demonstrada por estes quarenta anos de vigência.

