



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

**ACTAS DAS SESSÕES DA COMISSÃO REVISORA  
DO CÓDIGO PENAL**

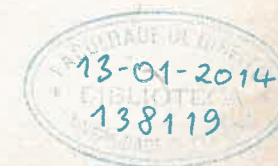
**PARTE GERAL**

BIBLIOTECA  
DOUTOR FERRER CORREIA  
FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

**I VOLUME**

LISBOA • 1965

FC-26-12



criminal, que o Projecto apresentado se reveste do mais alto mérito, independentemente de todas as críticas e reservas que possam vir a ser formuladas, e que o Relatório que o antecede é, sem favor algum, um documento verdadeiramente notável. Agradeceu em seguida a presença de todos os membros da Comissão, que se dispõem assim a colaborar com o Ministério da Justiça e, por isso, se tornam credores do reconhecimento do Governo. E, posto isto, propôs-se fazer algumas considerações sobre cada um dos pontos marcados para serem discutidos na primeira sessão.

Quanto ao *plano e métodos de trabalho da Comissão Revisora*, pondera que o ideal consistirá em se realizarem duas sessões por semana. Posto o ponto à discussão é ele unânimemente aprovado. Resta, assim, saber quais os dias da semana que se mostrarão mais convenientes. Ouvidos todos os membros da Comissão, fica em princípio assente que as sessões semanais se realizarão, uma na sexta-feira à tarde e a outra no sábado de manhã. Em virtude, porém, da conveniência de alguns membros, as próximas duas sessões terão lugar, a segunda na próxima terça-feira, dia 10, pelas 15 horas e a terceira no dia seguinte, quarta-feira, dia 11, pelas 10 horas.

No que toca pròpriamente ao método de trabalho, fez o Senhor Ministro duas sugestões: dado que a Comissão é relativamente ampla, a palavra será dada uma vez a cada membro para que exponha as suas ideias, findo o que será ela dada ao Autor do Projecto, para que responda — evitando-se assim, na medida do possível, os diálogos frequentes, entrecortados, que conduzam a discussões pouco úteis; em segundo lugar, sugere que as propostas de alteração do articulado, quando se inicie a discussão na especialidade, sejam acompanhadas de uma concreta redacção de alternativa, já prèviamente preparada.

Estas sugestões do Senhor Ministro não suscitaram discussão, mas apenas um pedido de esclarecimento da parte do Dr. Sidónio Rito, que quis saber se as bases teóricas em que o Projecto assenta se encontravam ou não já oficialmente aprovadas pelo Governo.

O Senhor Ministro respondeu negativamente, esclarecendo: à aprovação dessas bases se dirige justamente a discussão na generalidade, que se vai encetar já nesta sessão; tal aprovação eventual não significa, porém, sequer limitação da liberdade do Ministro da Justiça, que apresentará o Projecto ao Governo, nem muito menos limitação da liberdade do Governo, que apresentará o Projecto à Nação; o Ministério da Justiça e o Governo reservam-se, pois, inteira liberdade para introduzirem as modificações que julgarem convenientes no Projecto saído da Comissão Revisora.

O Prof. Gomes da Silva interveio para afirmar que a tarefa mais importante e difícil é, justamente, no que toca à Comissão, a discussão das bases do Projecto, isto é, a discussão na generalidade: mais importante, porque em direito penal toda a matéria da Parte Geral é, de forma particular, solidária; mais difícil porque o Projecto está já elaborado e, por conseguinte, criticá-lo em certos aspectos parcelares será quebrar aquela solidariedade e assim até, porventura, ser injusto para com ele. O Senhor Ministro fez notar que a discussão das bases em que assenta o Projecto terá ocasião de fazer-se em dois momentos: na sessão actual, quando aquele for discutido na generalidade, e depois ao afluírem-se, na discussão na especialidade, as disposições básicas do Projecto, como *v. g.*, os artigos 1.º, 2.º, 48.º, etc.. Ainda neste segundo momento haverá, pois, ocasião para ressuscitar a apreciação das bases do Projecto. O Prof. Ferrer Correia entende que a discussão da Parte Geral de um Código Penal é, fundamentalmente, uma discussão de política criminal em sentido estrito, isto é, a apreciação das soluções apontadas de um ponto de vista prático, de luta contra a criminalidade. O Senhor Ministro concorda, mas acrescenta que, também desse ponto de vista, a discussão de muitas das soluções do Projecto será ressuscitada na apreciação da especialidade.

## II

Entrou-se depois, pròpriamente, na *discussão do Projecto na generalidade*, sendo conferida a palavra, de acordo com o decidido, a cada membro da Comissão, para que cada um desse notícia, quanto possível completa, das reacções que lhe suscitara o estudo do Projecto na generalidade. As questões fundamentalmente suscitadas pelos membros da Comissão foram as seguintes: 1) a do monismo ou dualismo das chamadas pelo Projecto «reacções criminais», ligada principalmente ao problema de saber se as medidas de segurança devem ou não restringir-se, na sua aplicação, aos delinquentes inimputáveis e se, para explicação desta solução, é legítimo ou necessário recorrer à construção da culpa na formação ou preparação da personalidade; 2) a do sistema punitivo consagrado no Projecto, ligada aos problemas da oportunidade de previsão de novos tipos de penas, do abaixamento sensível do limite máximo de duração da pena de prisão e da indeterminação da medida legal da pena, a favor de uma maior liberdade do juiz na fixação da medida concreta da pena; 3) a do tratamento legislativo do problema chamado da imputabilidade diminuída (artigo 18.º); 4) a da legitimidade e oportunidade de eliminação de parte do chamado ilícito criminal administrativo — em particular das contravenções — do âmbito do Código e do Direito Penal. Outras questões foram ainda tratadas, às quais se fará a devida referência, mas com menor insistência do que as que ficam nomeadas.

1) Assim, sobre o *problema do monismo das reacções criminais* começou por se fazer notar (Prof. Ferrer Correia) que este, para além de, no ponto de vista teórico, ser tanto ou mais justificável que o dualismo — que tem na sua base, como é notório nos autores alemães que dele tratam e o defendem, um puro prejuízo teórico —, corresponde à solução que verdadeiramente se adequa às necessidades práticas, de política criminal, uma vez que o dualismo, para ser coerente, terá de postular uma condenável diferen-

ciação dos estabelecimentos de internamento ou, quando menos, uma perniciosa alteração dos métodos de tratamento penitenciário. A legitimidade desta ideia objectou-se, porém, que para salvar o monismo é necessário recorrer a uma ficção (Dr. Maia Gonçalves), considerando inimputáveis indivíduos que são clinicamente imputáveis; e também que ele tem de sofrer, mesmo no pensamento coerente do Autor do Projecto, alguns desvios, nem todos de some-nos importância (Dr. Guardado Lopes). Desvios que se destinam sobretudo a permitir — que possam punir-se os casos de imputabilidade diminuída; que os inimputáveis possam continuar a considerar-se dentro do campo do direito penal; que a sociedade possa convenientemente defender-se dos criminosos políticos; que se possa compreender que o critério consignado no artigo 84.º ceda, como nele próprio se afirma, em face de particulares «exigências de reprovação merecida pelo facto»; finalmente, e sobretudo, que se possa prolongar sem limites o internamento de imputáveis previsto no § 2.º do artigo 124.º, que não pode deixar de ser visto como consagrando uma verdadeira e própria medida de segurança. Justamente em vista das importantíssimas dificuldades com que o monismo depara é que na reunião internacional do Grupo de Peritos de Prevenção do Crime e Tratamento de delinquentes se optou, nesta matéria, por uma solução intermédia: distinção conceitual, teórica, das medidas de segurança e das penas, sem prejuízo (para obviar ao inconveniente muito bem salientado pelo Prof. Ferrer Correia) da sua unificação para os efeitos práticos de execução.

Problema ligado a este, e também discutido na Comissão, foi o da necessidade ou desnecessidade, para justificação das soluções do Projecto, de recurso à ideia da *culpa na formação da personalidade*.

O Prof. Ferrer Correia, aderindo embora à ideia de se estruturar o conceito de culpa daquela forma, fez notar que as soluções do Projecto são, de alguma forma, independentes da moldura teórica que para elas o Autor ofereceu, a qual só fornece um quadro

possível de explicação, que de nenhuma forma vincula, nem deve vincular, o legislador ou o próprio intérprete. O que interessa é que as soluções preconizadas sejam, como de facto são, as melhores. Mas foi tal o desejo de desvincular as soluções de considerações teóricas, que o Projecto vai ao ponto de se poder vir a compatibilizar, através da possibilidade que neste sentido o artigo 18.º oferece, com a própria hipótese determinista, se esta viesse amanhã — o que não é crível — a impor-se.

As afirmações do Prof. Ferrer Correia sobre este ponto foram depois secundadas pelo Dr. Sidónio Rito, embora este tenha acentuado que não pode ser tão optimista como o Prof. Ferrer Correia e tenha posto o problema de saber se o artigo 18.º poderá de facto permitir uma larga sobrevivência do Código Penal, no caso de vir amanhã a triunfar a hipótese determinista, à qual, aliás, não adere, — já que aquela disposição teria então porventura de ser considerada como uma excepção.

Quanto ao *princípio da culpa* como fundamento geral de todo o Projecto, ele foi aceite — salvas as reservas que já ficaram consignadas no que toca ao problema do monismo ou dualismo — por todos os membros da Comissão Revisora. A respeito dele, porém, e nomeadamente das suas relações com o facto e a personalidade, por um lado, e com a necessária defesa da sociedade, por outro, puseram-se os problemas seguintes:

Pelo Prof. Gomes da Silva foi dito que, uma vez subscritas integralmente as soluções do Projecto, difficilmente poderemos afirmar que nos mantemos ainda nos domínios do facto. Ora este sempre deverá ser — até por imposições da própria ética, que não reconhece ao homem competência para directamente julgar as outras pessoas, no seu foro interno — o indispensável fundamento de todo o direito penal. Sempre que falta o apoio do facto — *v. g.* na tentativa impossível ou no crime putativo, por uso de meios absolutamente inidóneos ou pela existência de uma personalidade fantasista — há sempre uma inibição em julgar. Além de que (e será esta talvez a ideia mais importante), julgando directamente

a personalidade — embora não a personalidade naturalista, mas a ética — e dando concomitantemente ao juiz uma ampla liberdade de fixação concreta da pena (como no Projecto se faz), há sempre o perigo de que nesse julgamento intervenham factores imprevisíveis e ilegítimos — a cor dos cabelos ou dos olhos — e assim a sentença venha a pôr em causa, de modo definitivo, o valor da segurança que a ela deve primacialmente competir. Temos um bom exemplo disso na experiência (embora limitada e unilateral) que nos é fornecido pelos tribunais militares.

Ainda a respeito destes problemas, o Conselheiro José Osório confessa que, tendo embora inicialmente experimentado os mesmos receios, a reflexão lhe mostrou não haver nada no Projecto, quanto a estes pontos, verdadeiramente de temer e que o sistema consagrado substitui com apreciável vantagem o anterior.

Pelo Conselheiro José Osório foram, porém, postos dois problemas, sobre os quais se pronunciaram também os Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes.

O primeiro é relativo aos chamados estados de pré-delinquência, de marginalismo criminoso (vadios, prostitutas, etc.). Pois a estes parece difficil estruturá-los fora dos quadros da perigosidade, como problemático parece estruturá-los, quando não revelem perigosidade, como verdadeiros crimes, atentas as dificuldades de tipicização e as dúvidas sobre a sua dignidade punitiva.

O segundo problema respeita aos chamados delinquentes políticos. Pois, quanto a eles, será necessário examinar se deve ou não lançar-se mão da ideia de perigosidade, ou se tudo poderá ser resolvido remetendo-os para os domínios da pena indeterminada — caso em que o período de indeterminação da pena deverá então porventura ser superior ao consignado no Projecto.

Até porque — acrescentou o Dr. Maia Gonçalves — não pode esquecer-se que a ideia de readaptação social é, quanto a tais delinquentes, perfeitamente inoperante: o delinquente político julga-se corrigido, ou melhor, é ele quem quer corrigir os outros.

Pelo que, a ser assim, a ele só poderá adequar-se uma medida de segurança ou, se se preferir — e a ideia poderia então aplicar-se também aos vadios e equiparados —, uma pena que se mantenha, através de prorrogações, ao jeito do sistema actualmente em vigor, durante o tempo em que ele mantiver a sua personalidade perigosa.

Ainda sobre estes pontos, foi, pelo Dr. Maia Gonçalves, chamada a atenção da Comissão para o facto de a solução dualista ser porventura imposta pelo artigo 124.º da Constituição Política.

2) Um outro assunto que mereceu a particular atenção da Comissão Revisora foi o que se relaciona com o sistema punitivo consignado no Projecto.

Assim, (aderindo embora integralmente ao sistema punitivo do Projecto e pondo em destaque as suas vantagens do ponto de vista político-criminal e mesmo do ponto de vista financeiro) foram desde logo salientados, pelo Prof. Ferrer Correia, os inconvenientes resultantes de uma muito brusca transição entre o sistema punitivo de tipo clássico, que é o actual, e o sistema profundamente inovador contido no Projecto, inconvenientes agravados pelo facto de, no momento da entrada em vigor do futuro Código, se não ter provavelmente conseguido formar ainda o numeroso grupo de assistentes sociais competentes que a boa execução do sistema punitivo proposto supõe.

Em vista de tais inconvenientes, sugeriu aquele Professor a promulgação de uma lei de introdução ao Código que consignasse, por um período de tempo limitado e relativamente curto, a aplicação de um sistema punitivo de transição, de cariz mais acentuadamente clássico que o previsto no Projecto, de forma a que as maiores inovações deste só mais tarde entrariam completamente em vigor. Inclusivamente, nessa lei se poderia estabelecer um agravamento das penas de prisão previstas no Projecto, cujo limite máximo poderia *v. g.* deslocar-se para os 15 ou mesmo os 18 anos — para desta forma compensar a falta de serviços perfeitos de assistência social. O que, além do mais, permitiria uma dupla van-

tagem: conseguir a formação, sem pressas, de pessoal especializado de assistência social e bem assim uma transição menos brusca entre o sistema punitivo actual e o futuro.

À ideia assim expendida se opôs, porém, o Prof. Gomes da Silva, na base de que uma lei concebida de tal forma representaria a confissão de que o sistema punitivo do Projecto não é bom.

Como solução impolítica a considerou, por sua vez, o Dr. Maia Gonçalves, que disse preferir então uma *vacatio legis* suficientemente longa para conseguir as mesmas vantagens que da lei de introdução se esperariam — no que foi secundado pelo Dr. Guardado Lopes.

Outros membros, todavia, preferiram que se obstasse directamente aos perigos que assim se assacavam ao sistema punitivo do Projecto.

O Prof. Gomes da Silva pôs, nesta linha de pensamento, em evidência que, no Projecto, a expiação por vezes como que se evapora, o que é particularmente visível no que toca ao criminoso ocasional, que não tem uma personalidade particularmente perigosa, mas que pode todavia ter cometido o facto com toda a maldade possível. Pois para indivíduos deste tipo a pena será irrisória, ao mesmo tempo que ela não defenderá convenientemente a sociedade — até porque o Projecto, tão rico de formas de punição de carácter educativo, é pobre no que toca a formas de punição expiatória, referida ao facto, podendo-se porventura tentar enriquecê-lo neste ponto, *v. g.* através de penas concebidas nos moldes da antiga pena de trabalhos forçados.

De tudo resulta, pois, que se o Projecto se transformasse, tal como está, em lei, haveria certamente um geral regozijo por parte dos criminosos, regozijo só contrabalançado pela incerteza em que ficarão sobre a medida da pena que sobre eles recairá. E este é, justamente, um dos outros pontos em que o Projecto exagera: concede uma demasiada liberdade ao juiz na determinação da pena, o que fará com que esta seja, muitas vezes, mal compreendida pela sociedade, o que poderá inclusivamente pôr em causa o seu efeito

educativo. É certo que a escola clássica exagerou, até ao ponto de preconizar penas fixas; mas em todo o caso não se pode prescindir de uma certa medida objectiva da pena.

O Dr. Sidónio Rito não vê, por sua parte, que haja o perigo aludido de um regozijo geral por parte dos criminosos; mas não deixou de notar que no Projecto parece descortinar-se um esquecimento da sociedade, e particularmente da pessoa da vítima, em favor do criminoso. Isto se revela, logo, na vertical queda do limite máximo da pena de prisão, de que o artigo 48.º dá conta — disposição de que, aliás, não compreende bem o sentido, enquanto fixa um máximo mas admite excepções, que se não sabe até onde poderão ir e enquanto, por outro lado, se fica sem saber se ela significa prescindir de molduras penais próprias, mais estritas, para cada crime; crê, todavia, que o sistema a seguir na parte especial acabará por não diferir, sensivelmente, do que actualmente se segue, razão por que não haverá também aqui motivo para alarme, salvo no que toca ao limite máximo da pena, como já ficou referido.

Por outro lado, parece-lhe fundamental — e os sociólogos não se têm esquecido de a pôr em relevo — a ideia, contida no nosso velho Código, da reparação do dano causado na ordem moral da sociedade, da qual não parece, pelo menos entre nós, poder prescindir-se. É que o figurino que serve a um país de alto nível cívico pode não convir a um outro em que esse nível seja mais baixo, o que não deixa de dever ser ponderado. Até porque, como notou o Prof. Gomes da Silva, a primeira condição para que a pena tenha efeito reeducativo é que ela tenha sido compreendida e aceite pela sociedade. Ora não parece que a nossa sociedade esteja apta a aceitar uma tão ampla liberdade como aquela que o Projecto atribui ao juiz na fixação da pena — e que faz com que esta apareça, aos olhos da sociedade e do próprio criminoso, como obra do acaso. Acresce que, funcionando esta liberdade exageradamente a favor do criminoso, pode menosprezar-se a atenção que deve sempre conceder-se à pessoa da vítima.

Os perigos que podem advir de uma demasiado acentuada descida do máximo de duração da pena de prisão foram depois analisados pelo Conselheiro José Osório e pelo Dr. Maia Gonçalves.

O primeiro chamou a atenção para o facto de que, com a fixação desse máximo, não se renuncia só, em geral, a uma pena mais elevada, mas também — e é isto que sobremaneira importa acentuar — daí deriva um abaixamento de todas as penas de prisão. E é este abaixamento geral que pode vir a revelar-se perigoso.

O segundo pôs em evidência que mesmo os mais modernos Códigos e Projectos prevêem um máximo mais elevado de pena de prisão — em regra 15 anos —, acrescentando que alguns conhecem ainda a pena de morte ou a pena de prisão perpétua. Aos inconvenientes que do baixo limite máximo previsto no Projecto resultam se deve desde já procurar obstar, não esperando que tudo fique para resolver na parte especial, ao abrigo dos «casos excepcionais» que o próprio artigo 48.º prevê.

O Dr. Guardado Lopes defendeu, todavia, — sem prejuízo de reparos a formular na discussão da especialidade — o sistema punitivo do Projecto. Isto fundamentalmente porque sabe bem que à maior parte dos criminosos que passaram 20 ou 30 anos na prisão, quando sai só lhe resta a possibilidade de se acolherem num asilo, tal é a sua desadaptação à vida social. Aliás, as estatísticas revelam ser diminuto o número de delinquentes que, *v. g.* em 1957, cumpriam penas superiores a 12 anos de prisão.

3) Entre as restantes questões que mereceram a atenção da Comissão destaca-se a da chamada imputabilidade diminuída e a da distinção entre o ilícito criminal e o ilícito administrativo, sobretudo quando conexada com o problema das contravenções.

Quanto à primeira, disse o Conselheiro José Osório que contra a tendência para alargar os quadros da inimputabilidade à custa da imputabilidade diminuída está o facto de, como é sabido, a sociedade encarar com geral desconfiança todas as sentenças que

absolvem um delinquente de um crime grave baseadas na sua inimputabilidade, sobretudo quando esta tem a sua origem em anomalia não aparente. Nem deve, por outro lado, esquecer-se que o imputável diminuído tem ainda capacidade para avaliar a ilicitude do seu facto e para se determinar de acordo com essa avaliação. Este limite é, já de si, algo vago; mas as dificuldades serão ainda maiores e mais consideráveis quando se entenda que em certos casos — os do artigo 18.º — não é ele quem, em última análise, decide da imputabilidade ou inimputabilidade. Continuando, pois, como se tem feito, a considerar a imputabilidade diminuída dentro da verdadeira imputabilidade, estar-se-á a obviar, na medida do possível, aos inconvenientes apontados.

Por sua parte, o Dr. Maia Gonçalves pôs em relevo que a distinção entre ilícito criminal e ilícito administrativo, além de muito difícil, é ainda hoje fluida e diversamente entendida pelos autores. O próprio critério que o Prof. Eduardo Correia para ele parece oferecer — o do chamado *mínimo ético* — não pode, só por si, resolver integralmente o problema. Acresce que pretender ligar a esta distinção o efeito prático de subtrair aos tribunais comuns a apreciação do ilícito administrativo e, por conseguinte, das contravenções, é uma solução inconstitucional, uma vez que o artigo 117.º da Constituição só permite a constituição de tribunais especiais para apreciação de crimes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado e as contravenções não são, em regra, infracções de natureza social. Por outro lado, a vantagem que se assinala em expurgar do Código Penal todas as contravenções — a de aliviar o serviço dos tribunais — é fictícia: afinal, aliviar-se-iam uns para se irem sobrecarregar outros.

A este respeito interveio, posteriormente, o Prof. Gomes da Silva, para declarar que, em seu entender, a colocação das contravenções em lei especial — e o pensamento poderia repetir-se para os chamados crimes políticos — pode tornar-se numa porta aberta aos maiores abusos, já que elas constituirão então matéria degra-

dada, pelo menos no sentido de que o legislador, ao regulamentá-las, já se não sente obrigado a respeitar aqueles princípios de defesa da pessoa humana que têm de estar sempre presentes no espírito do legislador penal. E se é certo — como parece dever ser — que quando a pena prevista para certa contravenção ultrapasse uma dada medida ela se transforma em crime, será esta uma razão mais a mostrar que o seu tratamento deve ser unificado, dentro do Código Penal.

4) Para além destas questões fulcrais, o Dr. Maia Gonçalves chamou a atenção para as seguintes: a de parecer preferível adoptar uma designação para cada artigo, de acordo com o sistema que vem sendo ultimamente seguido entre nós; a de o Projecto não conter disposições expressas prevendo os problemas da interpretação e integração da lei penal e o problema da causalidade — o que parece ser necessário para dissipar dúvidas e traçar um caminho firme ao aplicador da lei; a de parecer necessário uma mais completa explicitação dos conceitos que integram a disposição (artigo 33.º) que regula o problema da unidade e pluralidade de infracções; a de ser de aplaudir a eliminação da distinção entre tentativa e frustração.

### III

Em seguida falou o Autor do Projecto. Começou por agradecer as palavras do Senhor Ministro e, depois, as que lhe haviam sido dirigidas por cada um dos membros da Comissão; quanto às críticas, que aceita porque sabe que foram feitas com a mais límpida intenção, vai procurar responder-lhes.

1) O Prof. Ferrer Correia, apreciando o Projecto de um ponto de vista político-criminal e tratando então os problemas do monismo ou dualismo das reacções criminais e do sistema punitivo, colocou, desde logo, a questão da apreciação na generalidade na sua verda-

deira sede. Aderiu à ideia da culpa como fundamento de todo o direito penal e mesmo, em certa medida, à ideia da culpa pelo carácter; mas logo acentuou que as soluções preconizadas no Projecto podem, de alguma forma, desprender-se da fundamentação que no Relatório se oferece. Também isto é em princípio exacto e merece aceitação. O que importa é que o homem responda por aquilo que fez, na base daquilo que ele é. Se responde, como querem alguns (Engisch, Eb. Schmidt, etc.), justamente *por ser como é*, ou antes porque, como parece preferível, se podia ter preparado para ser de modo diferente, é coisa que fundamentalmente não interessa às soluções apontadas. No plano teórico, a questão é debatidíssima: no próprio seio da Igreja Católica o problema tem sido debatido e tem encontrado partidários de uma e outra explicação; nem foi, no fundo, outra a causa da dissidência entre Lutero e Erasmo, mais voltado para a predestinação o primeiro (orientação levada depois ao extremo pelos calvinistas) e para a força salvadora da vontade o segundo. Talvez por isso a primeira orientação seja mais querida, hoje, aos protestantes, e a segunda, que se perfilha, aos católicos. Certo que é muito difícil explicar tudo através da vontade; mas justamente de um esforço nesse sentido se dá conta no Relatório que antecede o Projecto.

Mas nem por tudo isto se pode dizer, como pareceu afirmar o Prof. Gomes da Silva, que no Projecto o direito penal passa a assentar não no facto mas na personalidade. O facto é e continua a ser o necessário ponto de partida, e mesmo o fulcro, de todo o direito penal. Certo que, através das prescrições sobre a medida da pena, logo se revela que se não pode ficar só no facto; mas isso é uma coisa que hoje já ninguém quererá pôr em dúvida, porque já ninguém irá aceitar uma pena fixa, que seria a necessária consequência de se punir só o facto como tal: retirar a personalidade da medida da pena é voltar à escola clássica, sem que por isso, como se tem amplamente demonstrado, se passe a servir melhor o valor da segurança.

Diz-se que se não pode julgar o homem, como tal. Mas o

homem nunca aparece, no Projecto, desligado dos seus factos. E se vai dar-se àquela objecção todo o peso que ela parece comportar, deve perguntar-se: porventura não se julga já o homem no direito actual — e com muito menos garantias do que no Projecto, e esquecendo por vezes a base ética da sua responsabilidade —, *v. g.* quando se lhe prorroga, porventura até indefinidamente, a pena a que foi condenado? O que importa verdadeiramente é que, ao julgar-se o homem na base dos seus factos, se não esqueça a autonomia ética que a ele essencialmente pertence. Aliás, houve no Projecto sempre o cuidado de acentuar que a personalidade que se avalia não é uma qualquer personalidade, mas a personalidade *referida, expressa no facto*. Porque só assim se poderá continuar a dizer — como deve dizer-se em relação ao Projecto — que todo o direito penal é um direito penal do facto.

2) Quanto ao que toca ao sistema punitivo, pensou o Prof. Ferrer Correia que talvez o estado actual da nossa sociedade se não compadecesse com uma queda vertical do limite máximo de duração da pena de prisão. Talvez não seja assim. Mas não repugna admitir a ideia da lei de transição, que parece mais adequada — até porque tem tradição entre nós — do que a de uma muito longa *vacatio legis*. Recorde-se que a lei de 1867 não pôde, no tocante ao cumprimento da pena de prisão, entrar imediatamente em execução prática. Criou-se, por isso, um sistema de alternativa quanto às penas. E isso não foi, de forma alguma, motivo para que o legislador recusasse nas suas posições, de tal modo que a solução consignada naquela lei acabou, mesmo na execução prática, por prevalecer.

A verdadeira questão é pois a de saber se o sistema proposto é ou não, em geral, válido. Ora as críticas formuladas não evitam que ponha o maior empenho na defesa do sistema, através do qual nos colocaremos à cabeça das nações a quem este problema preocupa. Será este até um título de glória, a juntar a outros de que nos podemos com justiça orgulhar, e nos quais avulta o da abolição



da pena de morte e mesmo da pena de prisão perpétua. Não tenhamos medo de sermos pioneiros.

Aliás, o sistema proposto não é tão inovador como se fez crer. Pois não pode esquecer-se que nós é que recuámos depois de 1932: foi a transformação de uma pena não detentiva (o degredo) em pena detentiva (prisão), que fez com que ficássemos com penas cujo limite máximo orça pelos 30 anos. Claro que há países que continuam a ter penas de prisão perpétua; mas esse é problema que não pode — constitucionalmente — nem deve — em virtude do chocante pensamento que contém — ser revivido entre nós.

Dir-se-á que com um sistema benévolo como o do Projecto os criminosos regozijar-se-ão. Mas não é exacto. Até porque — e nisto têm os positivistas inteira razão — em regra o criminoso não faz contas, é por natureza imprevidente, pensando que não virá a ser descoberto e punido. De sorte que a alternativa será esta: ou vamos para uma solução de puro terror, para que a prevenção tenha uma qualquer eficácia; ou procuramos a pena que seja verdadeiramente justa para a sociedade e para o próprio delinquente. Certo que por vezes há situações de conflito e que, nelas, não se pode pura e simplesmente desproteger a sociedade. Mas a melhor defesa que se conhece para a sociedade — como veio notar a escola da «Défense sociale» — é e será sempre a de recuperar o delinquente. Isto fundamentalmente porque o problema específico da criminalidade, o verdadeiro problema, não é o da criminalidade primária mas o dos reincidentes.

Certo que há casos excepcionais em que a defesa da sociedade impõe uma punição particularmente dura; desses, porém, se deve cuidar na parte especial. Quanto ao resto, é evidente que criminosos terá que os haver sempre, mesmo com corte de braços e pernas, enquanto houver no mundo a possibilidade de se fazer o bem e o mal. Mas, como nota Huxley, não há progresso sem que se progrida na caridade e na solidariedade: ao direito penal cabe, não organizar a violência, mas sim organizar a não-violência. E esta

só pode ser organizada na base de uma ideia optimista do delinquente e do próprio homem. E note-se que ideia optimista da responsabilidade é também ideia optimista na readaptação: esta é, aliás, a razão mais funda por que se prefere explicar a responsabilidade na base da ideia da culpa na formação da personalidade, antes do que explicá-la com base na ideia de que o homem tem que responder por aquilo que é, sem curar dos motivos pelos quais ele é como é. Porque aquela ideia se adequa, muito melhor do que esta, à feição pedagógica a que o direito penal não pode renunciar.

Se se acentua, por outro lado, esta feição pedagógica, já através dela se terá eliminado em grande parte a antítese entre criminoso e sociedade. Aliás, no fundo, também na concepção do Projecto se parte, afinal, do interesse da sociedade. Não se parte, para a construção do direito penal, do campo da ética, muito menos de uma ética individual, mas antes dos bens, valores ou interesses que cumpre defender na vida social e comunitária: o direito penal só entra em questão quando tais valores sociais são, de qualquer forma, violados. Nem é outra a razão por que, na parte dogmática, se repudia a doutrina de Welzel, a chamada teoria finalista da acção.

Certo que o descuro da reparação devida à vítima pode prejudicar, indirectamente, a própria sociedade. Mas julga-se que a sua posição está suficientemente acautelada no Projecto e que nada se ganharia, aqui, em assinalar à pena, na esteira do nosso Código, uma primacial finalidade de «reparar o dano causado na ordem moral da sociedade». A fórmula, que ficou a dever-se a Welcker, tem sido prevalentemente considerada — entre nós sobretudo por obra de Beleza dos Santos — como uma fórmula ecléctica, que procura dar guarida a fins retributivos e preventivos e que, nesta medida, encontra também consagração no Projecto, o qual procura justamente não menosprezar a prevenção, embora só dentro daquilo que é justo. Daí, precisamente, a alteração mais sensível do Projecto em relação ao direito constituído: acentuar, na medida do possível, a eficácia da prevenção, de modo a conseguir a readaptação do delinquente (*maxime* através do plano individual de recupe-

ração que competirá aos Serviços Prisionais e Sociais), mas não permitir, em geral, que tal eficácia se procure obter através de um internamento que desconheça um limite máximo de duração.

Posto isto, a objecção séria que resta é a de que 10 anos de prisão é um limite insuficiente para defender a sociedade. Das considerações expostas, juntas às que constam do Relatório, já se mostra que assim não é; mas se se pretende que a nossa sociedade não está ainda preparada para acolher bem este limite, não se vêem dúvidas em aceitar a já referida ideia de uma lei de introdução ao Código, que consagre um sistema de alternativa enquanto os serviços pós-prisionais e sociais não estiverem aptos a dar os frutos que deles se esperam. Isso em nada desprestigiaria o sistema consignado no Projecto. Resta esclarecer que o facto de o artigo 48.º conter um máximo geral não impede que na parte especial se prevejam casos excepcionais em que aquele seja ultrapassado nem evita a necessidade de aí se estabelecer um máximo, um mínimo, ou um máximo e mínimo legais para cada tipo legal de crime.

3) Quanto ao artigo 18.º e à maneira como no Projecto se procura resolver o *problema da imputabilidade diminuída*, convém que se não estabeleçam confusões. O artigo 18.º não exclui o problema da imputabilidade diminuída nem impede que ele continue a ser solucionado como até aqui. Quanto a isto, o Projecto só exclui que o problema e a sua solução sejam pensados num quadro de pensamento estritamente naturalista. Nada mais. Ao que o artigo 18.º procura reponder é, sim, àqueles casos-limite de imputabilidade diminuída em que o homem, além de ter a sua capacidade de avaliação e decisão sensivelmente diminuída, não pode, vistas bem as coisas, ser censurado e responsabilizado pela sua personalidade. Ora, impõe-se, para que bem se preserve o carácter ético do direito penal, que dele se extraiam aqueles casos que justamente podiam conspurcar a sua pureza, remetendo para os domínios da imputabilidade as hipóteses em que seria particularmente problemática a afirmação de que o delinquente podia alguma coisa pelo

seu carácter. Além desta vantagem, o artigo 18.º corresponde ao ensinamento dos próprios psiquiatras, que se pronunciam a favor de um alargamento dos domínios da inimputabilidade; como corresponde, aliás, ao sentido da evolução do próprio direito penal: desde o Código francês — onde apenas se previa a loucura em sentido estrito como causa de inimputabilidade — até aos nossos dias, tem-se assistido a um constante alargamento daqueles limites, para que, na medida do possível, ao responsabilizar-se o homem se não esteja a recorrer a uma ficção. Para além de tudo isto, o artigo 18.º representa, como muito justamente notou o Prof. Ferrer Correia, uma «válvula de segurança» de todo o sistema que permite que ele, em última análise, se adegue mesmo a uma hipótese determinista. O Dr. Sidónio Rito disse que ele seria sempre, nessa altura, uma mera excepção — e é exacto; mas uma excepção a partir da qual se poderia então criar uma vastíssima gama de hipóteses, que conduziriam à sujeição dos delinquentes a medidas de segurança. Nele se deve ver, pois, antes de tudo, uma garantia de sobrevivência do Código Penal cujo Projecto se aprecia.

4) Quanto ao *problema dos estados marginais de perigosidade*, preferiu-se solução diferente da que está actualmente consagrada na lei, remetendo-os para o direito penal propriamente dito. Porquê? Em primeiro lugar, precisamente porque se quer fugir à possibilidade de se referirem medidas criminais directamente à personalidade de delinquentes imputáveis, e por isso se prefere tipicizar aqueles estados como formas de vida criminosas. Há dificuldades na tipicização? Certamente, mas elas são vencíveis, como o mostra o exemplo alemão, onde se fez, e com felicidade, aquela tipicização. Consequentemente, também tais formas de vida, quando obedçam aos pressupostos do artigo 94.º, não devem dar origem a medidas de segurança, mas sim e ainda a verdadeiras penas, que todavia deverão ser relativamente indeterminadas. Haverá quem diga — como parece ser ideia do Conselheiro José Osório — que tais formas de vida, enquanto não obedçam aos pressupostos do ar-

tigo 94.º, não têm dignidade punitiva. Não parece que assim seja; e, de qualquer forma, a discussão é prematura, só devendo ter lugar depois de, na parte especial, elas terem sido devidamente tipicizadas.

5) Também a Comissão pôs o difícil e melindroso problema dos chamados *crimes políticos*. Quanto a este ponto, só se deve por agora dizer que não parece que se tenha de modificar a estrutura monista sobre a qual repousa o Projecto, e que parece ter merecido geral aceitação, em homenagem a um caso particularíssimo como é o dos crimes políticos. Se se entender que o seu regime deve ser, em certos pontos, um regime específico, então para ter em conta tal especificidade bastará seguramente a parte especial do Código futuro, ao descrever os respectivos tipos legais de crimes, ou, quando muito, uma lei especial a eles dedicada. Procedendo-se assim, também por aqui se estará a tentar preservar uma longa vida para o Código e, de modo particular, para a sua Parte Geral. Direitos como o francês, o alemão e o suíço, contêm, nas partes especiais dos respectivos códigos, ou em leis especiais, as particularidades de que se entende revestir estes crimes; não há razão para que entre nós se proceda, em princípio, de maneira diversa. Até porque, ao fim e ao cabo, a última palavra nesta matéria pertencerá ao Governo e não, seguramente, à Comissão Revisora.

6) Quanto ao que diz respeito ao chamado *ilícito criminal administrativo*, têm pleno cabimento as apontadas dificuldades de delimitação. Mas justamente por causa delas é que tal delimitação não deve ficar a cargo do intérprete ou aplicador do direito, mas deve, na medida do possível, caber ao próprio legislador. Ora, se se parte de uma eticização do direito penal, ou de qualquer forma se tende para ela, não se pode deixar de preconizar uma purificação do direito penal da matéria contravencional, expurgando-o de todas aquelas incriminações que em si não contêm um fundamento ético mais ou menos evidente. Aliás, é este o caminho seguido pelas modernas legislações e Projectos e não só na Alemanha e na Europa

mas também, por exemplo, em toda a América Latina. Claro é, por outro lado, que esta purificação do direito penal de toda a matéria contravencional não pode, de maneira nenhuma, considerar-se inconstitucional. Ninguém quer que intervenham na sua apreciação tribunais especiais. O que se quer é que as penas sejam impostas pelas respectivas autoridades administrativas, actuando os tribunais comuns só em via de recurso. Reconhece-se que, assim, não se poderá invocar um sensível alívio dos tribunais; mas não é essa a principal nem uma das mais importantes vantagens do sistema preconizado. Por outro lado, a objecção de que, assim, se degrada esta matéria e se deixam de opor ao legislador os travões que para ele constituem os princípios de defesa da pessoa humana, não colhe. É ensinamento geralmente aceite, e entre nós de forma particular depois da lição de Beleza dos Santos, que tais princípios, na medida em que a pena ligada à contravenção sempre representa um mal para quem a sofre, devem ser respeitados nas contravenções (*v. g.* o princípio de que não há pena sem culpa). Se se desconfia do legislador em matéria contravencional, então o caminho só poderá ser um, que não o da sua inclusão no Código Penal: a via de fixar constitucionalmente os princípios que lhe devem presidir. Nada disto impede, porém, que haja princípios próprios das contravenções e que estes sejam consagrados em diploma especial, inversamente falando, nesse sentido, as aludidas vantagens ligadas a uma purificação do direito penal.

7) Importa concluir. Procurou-se erigir um sistema coerente, na base sobretudo de que a culpa é o fundamento da responsabilidade de todos os delinquentes imputáveis. Esta é a base indispensável, segundo se crê, de todo o direito penal verdadeiramente moderno e eficaz. Isto não significa, porém, que em casos-limite a perfeição do sistema não seja — até porque se trata de obra humana — sacrificável, em vista de prementes necessidades práticas. Um desses casos-limite é, como muito justamente notou o Dr. Guardado Lopes, o do § 2.º do artigo 124.º. Mas deve ver-se

que aí se trata de imputáveis que, em razão de anomalia psíquica devem (por uma evidente medida de economia de estabelecimentos) ser internados em estabelecimentos destinados a inimputáveis; e que, além disso, são particularmente perigosos, no sentido que podem vir a cometer crimes graves. Não parece, pois, que aqui se possa renunciar a um internamento que dure enquanto durar o seu estado de perigosidade. É — nesse ponto tem inteira razão o Dr. Guardado Lopes — a prorrogação, aqui, uma verdadeira medida de segurança. É um desvio do sistema que, em suma, parece que terá de aceitar-se.

8) Quanto às restantes questões levantadas, sobretudo por parte do Dr. Maia Gonçalves, o Autor do Projecto disse: que lhe não parecia conveniente, por perigoso, epigrafar cada um dos artigos do Código, devendo esse trabalho ser deixado aos comentadores e à doutrina; que o mesmo podia ser repetido no que toca aos problemas de interpretação, integração e causalidade — à excepção do problema da analogia (artigo 1.º), que toca de maneira particular com a liberdade das pessoas; que a entrada em vigor do Código implicava, seguramente, uma revisão profunda da Organização Judiciária e do Processo Penal e que disso se devia, efectivamente, cuidar.

#### IV

Depois de ter falado o Autor do Projecto, o Senhor Ministro pôs este à votação, na generalidade, *tendo ele sido aprovado por unanimidade*, no sentido, pois, de que era adequado a servir de base a uma discussão na especialidade.

#### V

A encerrar a sessão, o Senhor Ministro afirmou o seu prazer em ter assistido à sessão em que as intervenções foram de tão ele-

vado nível. Lembrou o grande ausente, o saudoso Prof. Beleza dos Santos, a quem pertence muito do que nesta sessão se disse e discutiu. E terminou, resumindo o sentido das intervenções.

Assim, disse, a questão fulcral de saber qual a base do sistema, se o facto se a personalidade, parece ter ficado convenientemente esclarecida depois da intervenção do Autor do Projecto. Da mesma forma ficou resolvida a dúvida sobre se os únicos limites penais da prisão eram os contidos no artigo 48.º, quando o Autor do Projecto esclareceu que, na parte especial, a cada crime corresponderia a sua própria moldura penal.

Discutida foi a questão do limite máximo da prisão, enquanto, inversamente, ninguém se preocupou com o mínimo; tais problemas terão porém de ser de novo debatidos quando se tratar, na especialidade, do artigo 48.º; como igualmente ficou para resolver, em definitivo, o problema de haver ou não um sistema de transição, através de uma lei de introdução, ou se deve antes consagrar-se uma *vacatio legis* longa — ou mesmo se deverá alterar-se, pura e simplesmente, o limite máximo da pena de prisão. O Dr. Guardado Lopes avançou o argumento do pequeno número de delinquentes que, entre nós, cumprem pena superior a doze anos; mas o argumento é reversível. Pois significa ele que tais penas são dispensáveis, ou, antes, que aquele pequeno número prova que, pelo facto de haver limites altos, a prevenção é eficaz? A reflexão ensina que, na realidade, tudo o que vá para além de um certo *quantum* de prisão não tem qualquer finalidade reeducativa e que o esforço dos serviços prisionais se torna pura e simplesmente inútil. Mas há o problema da intimidação, da prevenção geral, convindo não exagerar a ideia de que o criminoso é sempre imprevidente. Como conciliar as coisas? Um caminho será porventura este: sabe-se que antes do julgamento a sociedade pensa sobretudo na vítima; que na altura da condenação se começa já a pensar caridosamente no delinquente; e que passados tempos já ninguém se lembra da vítima, mas sim, de preferência, da família do criminoso, que ficou ao desamparo e que sente a falta do seu chefe. Isto dá uma sugestão

para se resolver o problema, apontando o seguinte caminho possível: manter relativamente altos os máximos penais; e, em compensação, alargar a incidência posterior do instituto da liberdade condicional. Assim se dará porventura maior satisfação à sociedade; se não perderá a força intimidativa das sanções penais — que sempre algum valor terão, como ainda recentemente o revelou o agravamento da punição do furto de automóveis; e ao mesmo tempo se não perderá de vista o interesse na efectiva readaptação do delinquente. Será este um caminho realista — e convém que se seja realista na discussão da especialidade — que, além do mais, permitirá porventura uma mais longa vida ao Código futuro. Isto sem prejuízo da ideia consignada no Projecto — e que não suscitou críticas da parte da Comissão — de restringir a extensão de aplicabilidade da pena de prisão, em cuja aplicação há sem dúvida entre nós um exagero, como aliás se revela pelo facto de sermos um dos países europeus com maior percentagem de população prisional.

Finalmente, discutida foi ainda a delicada questão da imputabilidade diminuída. Quanto aos casos normais, a ideia da culpa na formação da personalidade dá, sem dúvida, do ponto de vista prático, inteira satisfação; mas, para resolução dos casos-limite, de crise, o Autor do Projecto formulou o artigo 18.º. E parece ser esta, com efeito — sem prejuízo de toda a discussão que deva ainda merecer — uma boa forma de resolver o problema da necessária purificação do direito penal.

Com isto se encerrou, eram 21 horas, a presente sessão, sendo marcada a 2.ª para o dia 10, pelas 15 horas, e a 3.ª para o dia 11, pelas 10 horas.

## ACTA DA 2.ª SESSÃO

Às quinze horas do dia 10 de Dezembro de 1963 teve início a 2.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por S. Ex.ª Ministro da Justiça e à qual estiveram presentes todos os membros.

O Senhor Ministro declarou aberta a discussão da Parte Geral do Projecto do Código Penal na especialidade, propondo — o que foi aceite — que a discussão se iniciasse com o artigo 1.º e continuasse, depois, artigo por artigo. Nos artigos mais longos a discussão far-se-á número por número, — tudo sem prejuízo, como é evidente, de quaisquer considerações de ordem geral que os membros entendam dever fazer a respeito de qualquer das disposições.

### I

Como questão prévia levantou o Prof. Ferrer Correia o problema da técnica legislativa dentro da qual o Projecto está concebido; aquela técnica, repartindo a matéria de cada artigo por um corpo e diversos §§, ao gosto tradicional, está em oposição com a técnica actual, que faz a divisão da matéria, dentro de cada artigo, por números.

O Senhor Ministro esclareceu que chegou a pôr a questão ao Autor do Projecto, em vistas das dificuldades que cria a técnica tradicional, a qual, para ser perfeita, exige que no corpo do artigo

se contenha a regra e nos §§ as excepções ou princípios especiais. A Comissão deve, pois, deliberar sobre o sistema dentro do qual quer trabalhar.

Ao Autor do Projecto é em absoluto indiferente a técnica a seguir pela Comissão, não pondo quaisquer reservas à alteração do método que seguiu no Projecto, por ser aquele a que está mais habituado.

O Prof. Gomes da Silva prefere o sistema de dividir o artigo em §§, evitando os números ou alíneas, que são incómodos para efeitos de citação, e faz notar que o sistema por que propugna tem verdadeira tradição na nossa história legislativa. Além de que as alíneas se devem usar, não para fazer enumerações, mas distinções.

O Cons.<sup>o</sup> José Osório prefere o sistema que vem sendo actualmente seguido nos diplomas emanados do Ministério da Justiça, afirmação subscrita depois por outros membros da Comissão.

Posto o problema à votação, foi deliberado, por maioria, que se seguisse a técnica legislativa que modernamente vem sendo, entre nós, adoptada, isto é, a divisão da matéria de cada artigo por números.

## II

Outro problema prévio discutido foi o de saber se os títulos, que no Projecto se não encontram epigrafados, devem agora sê-lo.

A favor da ideia ponderou-se (Prof. Gomes da Silva) que a falta de epígrafes pode representar uma falha na própria sistematização. Não se nega a especial dificuldade de sistematização da matéria do direito penal; mas o legislador deve pôr, nesse sentido, o melhor do seu esforço. É certo que, quanto a alguns títulos, pode ser impossível atribuir-lhes uma epígrafe adequada (Cons.<sup>o</sup> José Osório); mas isso poderá inclusivamente dar ensejo ao legislador a que reveja a própria colocação de algumas matérias. Além de que, na Parte Especial, os títulos terão forçosamente que levar epígrafe. Por outro lado (Prof. Ferrer Correia, Cons.<sup>o</sup> Osório), a existência

de epígrafes pode traduzir uma apreciável vantagem para a interpretação da lei e para o seu mais fácil entendimento por parte dos juristas ou mesmo (Dr. Sidónio Rito) por parte dos leigos que têm de a consultar.

Contra a ideia de epigrafar os títulos argumentou-se com a dificuldade ou mesmo impossibilidade de o fazer (Dr. Maia Gonçalves) e com as diminutas vantagens que desse esforço seriam tiradas, uma vez que tanto os compartimentos maiores (livros) como os mais pequenos (capítulos) se encontram devidamente epigrafados; uma vez que o Projecto já está feito, é inútil o esforço para colmatar aquela pequena falta; igualmente se alegou, por último (Dr. Guardado Lopes), que, sendo em tese geral preferível a existência de epígrafes, a discussão da possibilidade de fixação destas parece extemporânea enquanto se não decidir da arrumação de algumas matérias.

A este propósito foi considerado, pelo Autor do Projecto: inicialmente chegou a dar epígrafes aos títulos e, se abandonou a ideia, foi porque as dificuldades eram ponderosíssimas e as vantagens duvidosas. Assim, para referir só um exemplo, dar ao Título I do Projecto a epígrafe «Disposições preliminares» é pura tautologia; chamá-lo, em compensação, «Da lei penal», é falso, porque o artigo 1.<sup>o</sup> refere-se também à lei que prevê a aplicação, não de penas, mas de medidas de segurança, enquanto o artigo 2.<sup>o</sup> nem sequer a ela se refere. E, todavia, não há dúvida que aqueles artigos devem estar à cabeça do Código, o primeiro pelos princípios fundamentais que contém, o segundo porque encerra, só ele, todo um programa. Aliás, o que importa fundamentalmente autonomizar são os Capítulos, enquanto os títulos servem apenas de compartimentação mais geral.

Por outro lado, a designação que se use pode auxiliar, mas também pode prejudicar a interpretação, na medida em que limita ou entrava a actividade dogmática e, assim, põe um dique ao progresso científico. Tanto mais que, em direito penal, é quase

impossível encontrar uma sistematização que agrade a todos ou mesmo só a um grande número, devendo, por outro lado, ter-se em conta a consabida rapidez da evolução dos quadros sistemáticos (veja-se o exemplo da França, onde há alguns anos a esta parte se assiste a uma profunda modificação da sistematização e das designações usadas para os conceitos fundamentais). Fica, com isto, fundamentado o receio de que epígrafar os títulos seja, afinal, uma contribuição para abreviar a vida do Código futuro: as desvantagens e a dificuldade sobrelevam de muito as vantagens que se podem tirar. Perante o que ficou dito, com efeito, qualquer dos dois caminhos que se poderiam trilhar vem a revelar-se impraticável: pois ou se dá às epígrafes um carácter de generalidade tal que elas não podem cumprir a finalidade auxiliar da interpretação que se lhes pede; ou se lhes dá um carácter estrito, preciso, e então com certeza que elas se revelarão, a breve trecho, ultrapassadas e perniciosas.

Não é, pois, que se seja adversário das epígrafes; elas seriam um ideal, se pudessem cumprir a função que se lhes pede. Mas não se vê como tal seja possível.

Posto o problema à votação, *foi aprovada, por maioria, a resolução seguinte: a Comissão gostaria que, sendo possível, cada título tivesse uma epígrafe adequada.*

Posto isso, passou-se à discussão do

LIVRO I  
PARTE GERAL

TÍTULO I

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

ARTIGO 1.º

**A ninguém pode ser imposta qualquer reacção criminal sem que uma lei anterior expressamente a estabeleça e, sem recurso à analogia, descreva o facto a que corresponde.**

**§ único. A descrição pela lei de uma acção ou omissão como punível deve ser anterior à sua prática.**

I

Inicialmente o Autor do Projecto procurou explicitar as ideias contidas no artigo e apresentar a sua justificação. O artigo 1.º, disse, consagra vários princípios fundamentais do direito penal, particularmente o da legalidade, quer no que toca à reacção criminal, quer no que toca ao próprio crime. Tem a sua correspondência fundamental no artigo 8.º, n.º 9, da Constituição e nos artigos 5.º e 54.º do actual Código Penal. Parece, porém, que o nosso actual Código Penal se não deu conta das totais implicações dos princípios que procurou consagrar, além de que os consagrou de forma não unitária, em várias disposições. A tais inconvenientes procurou obstar a redacção do artigo 1.º, um dos mais difíceis de todo o Projecto e que foi mais demoradamente ponderado.

Assim, no corpo do artigo logo se procura tomar posição quanto ao momento em relação ao qual se pode e deve pôr, de forma unitária, o problema da anterioridade da previsão de uma reacção criminal e da descrição do facto a que aquela corresponde: este momento é, só pode ser, o momento da condenação. Isto porque, desde logo, o corpo do artigo 1.º tem de ser conexionado com o n.º 2 do artigo 3.º, onde se consagra o princípio indiscutido da aplicação ao delinquento da lei mais favorável. Esta a razão principal da junção, na mesma disposição, dos dois princípios conhecidos, cuja formulação em latim se ficou a dever a Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Por outro lado, quis-se assim consagrar desde já também o princípio da legalidade da medida de segurança, sabido como é que, quanto a estas, se aplica a lei vigente à data da decisão.

As medidas de segurança não esgotam, porém, juntamente com as penas, todos os tipos de reacções criminais, havendo, ao lado delas, medidas de protecção, de tratamento, etc.. Hoje, na verdade, pode considerar-se adquirida a ideia da impropriedade de se designarem todas estas medidas — como se acentua com especial vigor por parte da escola de Marc Ancel e pelos criminalistas nórdicos — com o nome genérico de medidas de segurança. E, todavia, nenhuma dúvida há de que essas outras medidas devem ser subordinadas ao mesmo princípio de legalidade que vale para as medidas de segurança pròpriamente ditas. Daí a razão da designação usada no artigo em exame, «reacções criminais», já que se não encontrou mais nenhuma que tudo abrangesse. Nem se pode falar, como quer o Dr. Santos Carvalho, de medidas «de outra natureza», já que tal designação pecaria por ser demasiado ampla, abrangendo as próprias medidas de natureza civil que porventura ao crime estivessem ligadas.

Por outro lado, exige-se, no corpo do artigo 1.º, que a lei estabeleça com anterioridade a reacção criminal «expressamente». Isto para vedar a possibilidade de o legislador dar ao juiz um quadro amplo de reacções criminais, podendo ele a seu bel-prazer

escolher uma para ligar, na aplicação, a certo comportamento criminoso — o que seria uma injustificável revivescência do sistema das «penas arbitrarias».

Ainda no corpo do artigo se toma partido a favor da condenação da possibilidade de se integrar a lei criminal por analogia, em homenagem a um valor de segurança pessoal que será escusado estar a encarecer. Porém, diversamente do que acontece no Código actual, não se proíbe a interpretação extensiva. A única razão que se tem invocado contra isto é a da dificuldade de distinguir a analogia da interpretação extensiva. Mas temos de prestar homenagem aos nossos magistrados e confiar que eles saberão fazer a distinção — que, sendo embora difícil, é hoje, doutrinalmente, em absoluto nítida. Se o juiz não sabe distinguir, então o remédio adequado seria um regresso às teses de Beccaria: proibir toda e qualquer interpretação, reduzindo o juiz a mero autómato. Escusado será, porém, acentuar o absurdo da solução.

Finalmente, o § único consagra o princípio da anterioridade da descrição do comportamento punível em relação ao momento da *prática* do facto, necessária expressão do princípio do *nullum crimen...* e que não vale para a pena, pelas razões já expressas e consagradas no n.º 2 do artigo 3.º.

## II

Entrou-se depois, pròpriamente, na discussão do artigo 1.º. Desta resultou, fundamentalmente:

1) Em primeiro lugar, absoluta concordância, por parte de todos os membros da Comissão, acerca da necessidade de se consagrarem os princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. Em segundo lugar, absoluta concordância também sobre a ideia de que ninguém deve ser punido por lei que não seja anterior à prática do facto ou que consagre pena mais grave do que a então prevista.



2) O Prof. Gomes da Silva pôs, todavia, o problema de saber se não haverá, no artigo 1.º do Projecto, uma errada acentuação tónica do princípio *nulla poena...* sobre o princípio *nullum crimen...*, quando devia ser o primeiro a deter a primazia — deslocando logo, com isto, o direito penal do campo do facto e do crime para o campo da pena e da pessoa. Isto dá, em primeiro lugar, um carácter repressivo ao Projecto — aliás estranho às ideias do próprio Autor; e depois esquece que o facto punível, o crime, é sempre a ideia-fulcro do direito penal, a ela se não podendo renunciar logo de início; até porque só ela permitirá claramente — e sem recurso a teorias duvidosas como a da autoria mediata — resolver certos problemas como o da punição do participante no acto levado a cabo por inimputável. Poder-se-ia até falar a este propósito, como quer o nosso Código, em «facto voluntário». Em suma, na redacção do Projecto o § único do artigo 1.º é um mero apêndice, quando afinal é nele que está contida a ideia fundamental.

Estas ideias depararam, por sua vez, com opposição por parte do Dr. Maia Gonçalves, que acentuou que o artigo 1.º do Projecto não proibia nem impunha a punição do participante no acto do inimputável — já que a punibilidade daquele se deve fundamentar simplesmente na ideia de que o inimputável é usado como mero instrumento do imputável.

Expressiu-se também o receio (Cons.º José Osório) de que a fórmula contida no artigo 1.º se não adegue em absoluto ao pensamento constitucional, ou pelo menos possa, neste ponto, dar lugar a dúvidas em tudo aquilo que da Constituição não consta ou não consta directamente. Por outro lado, deveria expressamente consagrar-se o princípio — que, se não se retira da letra, retira-se do espírito da Constituição e da prática jurídica — da anterioridade da pena não só em relação ao momento da sentença mas também em relação ao momento da prática do facto.

Este ponto de vista foi posteriormente reforçado pelo Prof. Gomes da Silva, que afirmou que do espírito da lei consti-

tucional se retira a conclusão de que é necessário que a providência criminal contida na lei seja anterior à prática do facto — sem prejuízo de poder vir a aplicar-se uma pena contida em lei posterior, desde que ela seja mais favorável; se, pois, a disposição do artigo 1.º do Projecto for contra isso, ela será inconstitucional.

3) Não houve acordo no tocante aos problemas postos, a respeito do artigo 1.º, pelas medidas de segurança.

Assim, disse o Dr. Sidónio Rito que o artigo 1.º, se resolve perfeitamente os problemas relativos ao binómio crime-pena, mostra-se, pelo contrário, insuficiente, quando se aplica ao binómio estado (perigosidade) medida de segurança. Por um lado, porque deve dizer-se expressamente, como o faz o Código alemão, que às medidas de segurança se aplica a lei vingente ao tempo da sua prática; por outro lado, porque as novas medidas de segurança devem poder ser sempre aplicadas, mesmo quando posteriores ao julgamento e mais graves do que as anteriormente previstas.

O Cons.º José Osório discordou também de se misturar, na mesma disposição, o regime das penas com o das medidas de segurança.

Por sua parte, o Dr. Maia Gonçalves acentuou a necessidade de pôr a questão relativa às medidas de segurança em moldes e por forma diferente daquela por que se põe para as penas, já que quanto àquelas o facto é só um pressuposto da sua aplicação, devendo tal aplicação reger-se pela lei existente no momento em que tem lugar. Mas fez notar, contra o Dr. Sidónio Rito, que não é procedente a crítica relativa ao facto de se poder aplicar uma medida de segurança, posterior à condenação, uma vez que, já segundo o direito actual, — e seguramente também segundo o direito futuro — as sentenças que ordenam a aplicação de uma medida de segurança são sempre modificáveis, de maneira que também aqui se aplica sempre a lei vigente ao tempo da sua aplicação.

4) Concordância houve, entre todos os membros, no que toca à proibição da analogia e à permissão da interpretação extensiva.

Mas fez-se notar, quanto ao primeiro ponto, que a proibição da analogia merece ser destacada para número à parte (Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva e Cons.º José Osório) ou mesmo para artigo autónomo (Drs. Sidónio Rito e Guardado Lopes) ou até para o Capítulo II, onde se trata da lei penal (Dr. Maia Gonçalves). Por outro lado, foi acentuado por alguns membros (Prof. Gomes da Silva, Cons.º Osório, Dr. Maia Gonçalves) que a proibição da analogia se não dirige ao legislador — como poderia dar a entender a leitura da fórmula consignada no artigo 1.º — mas sim ao aplicador da lei, ao juiz, também neste ponto se impondo uma formulação mais adequada: o que se veta não é a incriminação ou descrição legislativas por analogia, mas a aplicação da lei por esta forma.

O Cons.º José Osório fez ainda notar que a proibição da interpretação extensiva não tem impedido a jurisprudência de estender a aplicação das disposições até onde ela tem sentido ser justo e a sua permissão pode constituir um incentivo a que se alargue demasiado a incidência das disposições penais.

### III

Foram feitas diversas objecções concernentes à *forma* por que se encontra redigido o artigo 1.º, para além das já referidas.

Assim, propôs-se que os diversos princípios contidos no artigo 1.º e § único fossem seccionados em três números diferentes (Prof. Ferrer Correia e Drs. Sidónio Rito e Maia Gonçalves).

Igualmente se discutiu a legitimidade e oportunidade de se falar em «reacções criminais». Contra a expressão se pronunciou o Prof. Gomes da Silva, acusando-a de dar ao artigo um tom, uma sugestão repressiva que mal se quadra com as ideias do Autor do Projecto, de se adequar mal à ideia monista e de ser pouco exacta no aspecto puramente linguístico — melhor sendo então, a persistir-se nela, falar de «reacções anticriminais». A favor da expres-

são se pronunciaram, no entanto, os Drs. Sidónio Rito, Maia Gonçalves (negando este que ao termo se ligue uma ideia de repressão e acentuando que ele tem tido curso entre nós nos últimos 15 anos), e Guardado Lopes, que todavia admitiu também a expressão «reacções penais» para obviar ao inconveniente linguístico apontado.

Acentuou-se ainda que a expressão «facto a que corresponde» deve ser substituída, por insuficiente, na medida em que a par do facto se deve falar na «personalidade» ou em certos «estados», se no artigo se quiser abranger também o binómio estado-medida de segurança (Dr. Sidónio Rito). A isto obtemperou o Dr. Guardado Lopes que tal referência não é necessária, uma vez que, como já ficou estabelecido, só através do facto se pode alcançar e punir a personalidade. O Dr. Maia Gonçalves, por seu turno, prefere à expressão «facto» — que, em seu entender, não engloba a omissão — a palavra «comportamento». O Cons.º José Osório acentuou, finalmente, que não basta falar em «descrição pela lei de uma acção ou omissão como punível», como se faz no § único, já que ela não abrangeria então, *v. g.*, o caso de um facto que só era punido a título de dolo e que, depois da sua prática por um certo agente, passou a ser punido também a título de negligência.

### IV

Finalmente, o Autor do Projecto frisou que, ao cabo e ao resto, os membros da Comissão aderem às ideias fundamentais que se consagram no artigo 1.º do Projecto. Procurando responder às objecções levantadas por cada um, disse: Quanto à proposta do Prof. Ferrer Correia, de dividir o artigo em três números diferentes, um correspondente ao corpo do artigo, outro ao § único e outro em que expressamente se consagre a proibição da analogia — nada há, em princípio, contra ela, desde que ela não quebre a conexão, que se procurou consagrar, dos princípios *nullum crimen...* e *nulla poena...*

Quanto às preocupações expendidas pelo Prof. Gomes da Silva, elas não parecem procedentes. A razão por que o artigo se inicia pela ideia de que «a ninguém pode... etc.» é, no fundo, porque ele quer representar, antes de mais, uma garantia do cidadão, logo por aí se adequando ele ao pensamento constitucional. Por outro lado, não pode dizer-se que o que está aqui em questão é, antes que tudo, o facto; verdadeiramente, o que está em causa é a pessoa, visto que não é o facto mas a pessoa que sofre a pena e portanto é esta pessoa que importa garantir contra quaisquer excessos do poder punitivo. É esse o verdadeiro pensamento constitucional, como esse é o pensamento que o artigo 1.º traduz.

Quanto às objecções de forma: mau grado tudo quanto contra ela se possa dizer, a expressão «reacções criminais» é a mais exacta para englobar as penas, as medidas de segurança, de tratamento, de correcção, etc.. Reacções *criminais* e não *criminosas*, como é evidente: falar-se de reacções anticriminais seria tão destituído de sentido como falar de direito anticriminal... Propôs-se, por outro lado, que se usasse a expressão *facto voluntário*: mas justamente ninguém tem poupado o legislador do nosso Código actual às mais severas críticas por ter usado essa expressão, que constitui uma autêntica barbaridade do ponto de vista legislativo. De resto, não se trata aqui de definir o facto, o crime, desde o *summum genus* à *differentia specifica* já que, nessa altura, seria preciso optar por uma de duas: ou expressar aqui uma pura definição fenomenológica, que teria um interesse legislativo puro e simplesmente nulo; ou então procurar meter no artigo 1.º... toda a Parte Geral do Código Penal, já que toda ela concorre para dizer o que é o crime. Seria uma originalidade sensível, já que nenhum Código assim procede. Quanto ao problema — citado a título de exemplo — da punição dos participantes no acto do inimputável, é claro que, como muito bem disse o Dr. Maia Gonçalves, ele nada tem que ver com o artigo 1.º: em que condições eles devam ser punidos é coisa que, ou resulta das regras gerais sobre a participação, ou deve então dizer-se no lugar próprio. Por último, parece claro

que a proibição da analogia se refere, não ao legislador, mas ao aplicador do direito; mas, honestamente, aceita-se que neste ponto a redacção deva ser melhorada.

O Dr. Sidónio Rito pôs o problema da aplicação das medidas de segurança posteriores à sentença. Mas esse problema deve ser resolvido nos precisos termos expressos pelo Dr. Maia Gonçalves: a sentença não forma caso julgado, de modo que aquelas medidas podem ser sempre aplicadas na base do princípio da aplicação imediata. Não se vê, por outro lado, que seja necessário falar em *personalidade*, uma vez que, como disse o Dr. Guardado Lopes, o facto é o necessário pressuposto da intervenção das reacções criminais.

Quanto às relações entre o artigo 1.º e o correspondente texto constitucional, para além do que ficou já dito, há de facto uma diferença entre eles, mas no sentido de que o artigo 1.º, interpretando a Constituição, *fica aquém dela, limita-a* — exigindo que a reacção criminal seja estabelecida expressamente, bem como o facto a que corresponde, por lei anterior ao momento da decisão. Mas isto, justamente, convém ser explicitado: se a Constituição pode, neste ponto, dar lugar a dúvidas, o Governo prestará um alto serviço interpretando-a e tornando claro o que nela é duvidoso. Porém, quanto à pena aplicável, não pode exigir-se que ela seja a estabelecida expressamente antes da prática do facto, porque então não poderia aplicar-se, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º, uma pena posterior mais favorável.

Em resumo, tudo isto corresponde ao legislador constitucional e aos princípios do direito criminal. É fundamental distinguir os princípios *nullum crimen...* e *nulla poena*, mas fundamental é também connexioná-los numa mesma disposição, para que não possam reviver instituições como a das penas arbitrarias. Daí o ter-se escrito no artigo 1.º «...sem que uma lei anterior expressamente a estabeleça e (...) descreva o facto», para, através da copulativa, salientar a conexão entre o princípio da legalidade do facto e o da reacção. Não há grandes dúvidas em que a disposição seja desdobrada, desde que isto se não perca de vista. Há, por

outro lado, que atentar em que o artigo 1.º — bem como o artigo 2.º — é uma pedra angular de todo o Código Penal e fica bem, portanto, à cabeça deste, não devendo ser relegado para o capítulo da aplicação da lei penal. Até porque ele não trata só da lei penal, mas da lei que prevê a aplicação de medidas de segurança, de tratamento, etc.. Simplesmente, quanto a estas, há que não esquecer o que já se disse: que a sentença que as manda aplicar pode ser modificada posteriormente; do mesmo modo, não pode aqui falar-se de uma medida mais ou menos favorável ao delinquente, para efeitos do n.º 2 do artigo 3.º, mas só de uma medida mais ou menos adequada a recuperá-lo — e a última é sempre mais adequada e até portanto, se quisermos, em certo sentido, mais favorável. O problema, pois, pode perfeitamente resolver-se através do texto do artigo 1.º.

## V

Finda a intervenção do Autor do Projecto, foram presentes à Comissão as seguintes propostas de alteração do artigo 1.º:

Do Prof. Ferrer Correia:

### ARTIGO 1.º

1. *A ninguém pode ser imposta uma reacção criminal (uma pena ou qualquer providência de carácter criminal) sem que uma lei anterior expressamente a estabeleça, qualificando como punível o facto (o acto ou a omissão) a que corresponde (ou: descrevendo o facto a que corresponde).*

2. *Na aplicação das normas legais incriminadoras não pode utilizar-se o argumento de analogia.*

3. *A lei que define uma acção ou omissão como punível só vale em relação a acções ou omissões que ocorram posteriormente ao começo da sua vigência.*

Do Dr. Guardado Lopes:

### ARTIGO 1.º

1. *Só a lei pode qualificar factos como puníveis e determinar as correspondentes reacções criminais.*

2. *A lei que qualifica um facto como punível deve ser anterior à sua prática.*

3. *A qualificação de um facto como punível ou a aplicação de uma reacção criminal não pode resultar de uma interpretação por analogia.*

De Sua Ex.<sup>a</sup> o Senhor Ministro (no intuito de sintetizar e conciliar algumas das ideias expostas pelos membros da Comissão):

### ARTIGO 1.º

1. *A ninguém pode ser imposta qualquer sanção criminal sem que lei anterior expressamente a estabeleça, descrevendo o facto a que a sanção corresponde.*

2. *O facto só pode ser punido se a punibilidade estiver legalmente estabelecida antes da sua prática.*

3. *Na aplicação da norma incriminadora não é permitido o recurso à analogia.*

Depois da apresentação destas propostas, alguns membros expenderam a opinião de que o assunto não devia ainda considerar-se esgotado, devendo pois prosseguir a discussão na sessão seguinte.

## VI

O Senhor Ministro, ao encerrar a sessão, disse que havia já algumas ideias que pareciam perfeitamente assentes e sobre as quais

todos estavam de acordo. Na sessão seguinte, todavia, os membros da Comissão poderão entregar propostas de alterações — para além das já apresentadas — que traduzam as ideias por cada um expendidas, com a forma que repute preferível.

Quanto ao sentido das intervenções, pode resumir-se, talvez, da forma seguinte:

Absoluta concordância em que não deve ser admitido o recurso à analogia, mas deve, pelo contrário, permitir-se o recurso à interpretação extensiva. Todavia, alguns membros afirmaram não ser a mais exacta a maneira como a ideia da proibição da analogia está formulada, tendo-se também acentuado a necessidade, ou pelo menos a conveniência, de a destacar para número autónomo.

Igualmente todos parecem estar de acordo em que ninguém deve ser punido por lei que não seja anterior à prática do facto; mas já se esboçaram dúvidas sobre a necessidade de se considerar o momento da anterioridade da lei — quer referente ao facto, quer à sanção ou reacção que desencadeia — em relação ao momento da decisão. No que, também aqui, se está de acordo é em que não pode ser aplicada uma pena mais grave do que a prevista ao tempo da prática do facto, ficando em aberto a possibilidade de se aplicar uma pena mais benévola.

Finalmente, não parece haver acordo quanto aos problemas suscitados a este propósito pelas medidas de segurança. Aqui, parece levantarem-se dois problemas: o primeiro refere-se ao estado de perigosidade que desencadeia a aplicação da medida de segurança, e em relação ao qual todos concordam que seja sujeito à lei vigente ao tempo da decisão; o segundo — que foi, talvez, pouco considerado — refere-se aos factos que funcionam como índices daquele estado da perigosidade: também quanto a eles é preciso que a lei seja anterior à sua prática, ou regem-se antes pelo princípio da actualidade? São estes os principais problemas suscitados pela discussão.

A propósito desta última questão, posta pelo Senhor Ministro, o Autor do Projecto esclareceu: O legislador não pode nem deve

tentar solucionar, de forma definitiva, todos os problemas. Este é justamente um daqueles que intencionalmente se quis deixar em aberto, já que quanto a ele não se encontra unanimidade na doutrina dos diversos países. Basta considerar que os Projectos alemães se referem sempre e só ao problema das medidas de segurança e não ao dos factos-índices da sua aplicação. À jurisprudência pertencerá — e deve pertencer — completar, depois, os critérios que, dotados de uma certa elasticidade, se lhe oferecem.

Com isto se encerrou, eram 19 horas, a presente sessão.

## ACTA DA 3.<sup>a</sup> SESSÃO

Pelas 10 horas e 20 minutos do dia 11 de Dezembro de 1963 teve início a terceira sessão da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal, presidida por S. Ex.<sup>a</sup> o Senhor Ministro da Justiça e à qual estiveram presentes os membros nomeados, à excepção do Prof. Ferrer Correia.

### I

O Senhor Ministro começou por recapitular os resultados que haviam sido obtidos na sessão anterior. Assim, disse, parece haver acordo fundamental no sentido de consagrar os tradicionais princípios do *nullum crimen sine lege* e do *nulla poena sine lege*, como acordo há, seguramente, em condenar o recurso à analogia no momento da incriminação e em, inversamente, permitir o recurso à interpretação extensiva. As divergências de fundo parecem resultar sobretudo de se ter pretendido abarcar, numa regra geral, as prescrições relativas por um lado às penas e, por outro, às medidas de segurança — sendo certo, todavia, que quanto à referência dos aludidos princípios às medidas de segurança não há unanimidade de pontos de vista. A Comissão deve, por isso, investigar se não será um caminho viável de resolução dos problemas com que deparou o de, no artigo 1.º, se limitar a formular os princípios relativos às penas e outras sanções paralelas, deixando para uma disposição ulterior

os relativos às medidas de segurança — à semelhança, aliás, do que se faz no Código alemão. Este caminho terá, além do mais, a vantagem de deixar intocado — como quer o Autor do Projecto — o problema relativo ao *factos* indiciadores do estado de perigosidade, isto é, àqueles factos que são pressupostos necessários da aplicação posterior de uma medida de segurança.

Para além das divergências referidas, as restantes parecem dizer apenas respeito à forma por que a disposição deve ser redigida.

### II

Para dar forma aos pensamentos expressos pelos membros da Comissão foram apresentadas, além das já referidas na acta da sessão anterior, as seguintes propostas:

Propostas do Cons.º José Osório:

#### A) ARTIGO 1.º

1. *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão.*
2. *Não é permitido o recurso à analogia para integrar a previsão legal dos factos puníveis ou as medidas que, em atenção a eles, podem ser aplicadas.*

#### B) ARTIGO 1.º

1. *Ninguém pode ser sujeito a medidas criminais sem que seja, por lei anterior, qualificado como crime o facto que as motiva e estabelecida a pena que lhe corresponde.*
2. *Não é permitido o recurso à analogia para qualificar qualquer facto como crime ou determinar as medidas que, em atenção a ele, podem ser aplicadas.*

A) ARTIGO 1.º

*A lei penal só é aplicável se o comportamento do agente se encontrar descrito (mediante um comportamento do agente que se encontre descrito), num preceito anterior, como fundamento de certa providência criminal, sem que, para a fixação desta ou para a qualificação do facto como punível, seja lícito recorrer-se à analogia.*

B) ARTIGO 1.º

*A lei penal só é aplicável se o comportamento do agente se encontrar descrito, num preceito anterior, como fundamento de aplicação de certa providência criminal, sem que, para a fixação desta ou para a descrição do facto como punível, seja lícito recorrer-se à analogia.*

Proposta do Dr. Sidónio Rito:

ARTIGO 1.º

1. *Nenhuma reacção criminal (ou medida penal), ainda que de carácter não expiatório, pode ser aplicada a qualquer indivíduo, sem que os pressupostos legais da sua aplicação sejam expressamente fixados por lei anterior à verificação de tais pressupostos.*

2. *A medida da pena é essencialmente a da culpa do agente pelo facto punível.*

3. *As medidas penais de carácter não expiatório aplicáveis são as vigentes à data da decisão que as manda aplicar.*

*Não é admissível a analogia para qualificar os pressupostos de aplicação de qualquer reacção criminal (ou medida penal), ainda que de carácter não expiatório.*

Foi apresentada ainda uma proposta do Dr. Maia Gonçalves, de que a Comissão não chegou, porém, a tomar conhecimento, uma vez que ela foi posteriormente retirada.

III

Lidas as propostas anteriores, bem como aquelas que haviam sido apresentadas na sessão antecedente, o Autor do Projecto interveio para afirmar que, na medida em que foi possível inteirar-se de algumas delas, parece terem esquecido aquilo que justamente foi a sua maior preocupação ao redigir o artigo 1.º. É que nele não estão consagrados apenas, como na discussão quase sempre se pensou, os dois princípios *nullum crimen... e nulla poena...* Não há dois princípios no artigo 1.º do Projecto, mas verdadeiramente quatro: não basta o princípio da legalidade do crime, por um lado, e o da legalidade da pena, por outro; mas é ainda necessário ter também em conta a conexão legal do crime e da pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), e a conexão do crime e também da pena com o princípio da proibição da analogia.

Isto não significa, evidentemente, que com o artigo 1.º se tenham resolvido todos os problemas que nesta matéria se podem pôr. Houve mesmo o cuidado de não regular de forma expressa e imperativa certos problemas, como, *v. g.*, o já referido dos factos indiciadores da perigosidade; mas a verdade é que só através da formulação do artigo 1.º do Projecto, ou de outra análoga, fica dito o essencial, evitando-se uma regulamentação partida — como, por exemplo, acontece no nosso Código actual: vejam-se os artigos 5.º, 18.º e 54.º — de uma matéria que é fundamentalmente unitária. Não pode,

aliás, no que toca ao problema das medidas de segurança, deixar de se conezionar a matéria em discussão com a regulamentação contida no artigo 123.º, onde se exige que o inimputável tenha cometido «um facto ilícito, descrito num tipo legal de crime».

Com isto se não quer dizer, porém, que se tenham esquecido todas as críticas aqui formuladas; pelo contrário, algumas se aceitam, em homenagem sobretudo à clareza. Assim, por exemplo, a formulada pelo Prof. Gomes da Silva, acentuando que a proibição da analogia se refere, não ao legislador, mas ao aplicador da lei, ao juiz. Assim, também, a que se dirige a uma mais clara formulação do princípio contido no § único. Mas o que, repete-se, não se pode aceitar é que se pretenda ficar *a meio* na regulamentação desta matéria, quer expurgando da disposição tudo o que de qualquer forma se prenda com medidas de segurança e não com penas, quer não acentuando a necessária conexão legal dos princípios *nullum crimen ... e nulla poena ...* — impondo desta forma que a matéria fique partida por várias disposições e reincidindo assim nos defeitos que à nossa legislação actual podem ser apontados.

Por tudo isto se propõe a seguinte fórmula de substituição:

#### ARTIGO 1.º

1. *A ninguém pode ser aplicada qualquer reacção criminal sem que uma lei anterior expressamente a estabeleça e descreva, sem que possa ser integrada por analogia, o comportamento (tipo legal) a que corresponde.*

2. *A descrição pela lei de um comportamento como punível deve ser anterior à prática da acção ou omissão que a realiza (preenche).*

Lida esta proposta, ela mereceu a plena concordância do Dr. Maia Gonçalves, que retirou a sua em favor da do Prof. Eduardo Correia, afirmando no entanto que preferia eliminar a expressão «anterior» que se lê no n.º 1.

#### IV

O Senhor Ministro fez notar que, quanto ao artigo 1.º do Projecto, a opção mais importante é a de ou desdobrar, porventura até em várias disposições, os diferentes princípios nele contidos, ou, inversamente, manter a ideia do Autor do Projecto, condensando-os num artigo só. Por outro lado, merece ser investigado se há utilidade em consagrar a regra da anterioridade (como no Projecto se contém) em relação à imposição da sanção, à sentença decisória, ou se deverá antes ir-se logo e apenas para a regra da anterioridade em relação à prática do facto.

A este propósito o Autor do Projecto ponderou que o princípio da legalidade em relação ao crime, à pena, e à conexão daquele com esta é absolutamente indispensável. Caso contrário, terá ele depois de ser formulado em várias normas posteriores, nomeadamente quanto à pena — à maneira do artigo 54.º do Código actual —, com o que se terá incorrido no erro de dispersar uma matéria unitária. Eliminar a palavra «anterior» no n.º 1, como quer o Dr. Maia Gonçalves, é possível e não suscita dúvidas ou dificuldades particulares; mas eliminar pura e simplesmente a regra do n.º 1 é abalar toda a disposição e despojá-la da utilidade que se pretendeu conferir-lhe.

Quanto à proibição da analogia, discutiu-se se seria conveniente usar a fórmula «na aplicação da norma incriminadora», como por exemplo se lê na proposta apresentada pelo Senhor Ministro. Alguns membros (Dr. Maia Gonçalves, Cons.º José Osório, Dr. Sidónio Rito) exprimiram o receio de que a expressão «norma incriminadora» pudesse ser tomada como referência ao momento processual da «incriminação» (despacho de pronúncia), devendo por isso substituir-se por uma expressão unívoca.

A terminar a discussão, o Senhor Ministro evidenciou dúvidas sobre a utilidade em se porem todas as propostas apresentadas à votação. Acordou-se, por isso, em que seria mais conveniente incum-



bir o Secretário da Comissão Revisora de tentar reduzir o número de propostas, vendo o que todas ou algumas delas teriam de comum, e de apresentar na próxima sessão duas ou três fórmulas, para sobre elas recair a votação.

Posto o que se passou à discussão do

#### ARTIGO 2.º

*Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa.*

#### I

Em geral, contra a inclusão do artigo 2.º no futuro Código Penal, pronunciou-se o Cons.º José Osório. Assim, disse, a começar: devem reccar-se as condições de generalidade dentro das quais o artigo se inscreve e o enorme alcance que ele pode obter na prática. O que dele se aproveita é aquilo que o próprio Projecto consigna nas regras sobre a medida da pena. O que esteja para além disto e amanhã possa vir a considerar-se contido no artigo 2.º é injustificável. Depois, a comparação que o artigo exige que se estabeleça entre a medida da culpa e a medida da pena é, no domínio prático, impossível de fazer: culpa e pena são grandezas em absoluto incomensuráveis. Acresce que o princípio está formulado unilateralmente: nele se diz que a medida da pena não pode exceder a da culpa; diz-se, pois, implicitamente, que a medida da pena pode ser inferior à da culpa — o que também encerra perigos que se não podem devidamente controlar. Em conclusão: todo o sentido útil da disposição é o que se contém nas disposições posteriores do Projecto sobre a medida da pena; tudo o que naquele se contém a mais que nestas só encerra perigos, sem ao mesmo tempo ter qualquer utilidade.

Os restantes membros da Comissão pronunciaram-se, de forma genérica, a favor da doutrina contida na disposição. Foram-lhe feitas, contudo, as objecções seguintes:

O Prof. Gomes da Silva acusou a fórmula *culpa* de não traduzir devidamente o conceito normativo que se tem em vista, devendo, pois, ser substituída pela expressão *culpabilidade*. Neste sentido falaria uma razão não meramente formal: a de a primeira expressão se aproximar daquela ideia — muito divulgada entre os autores germânicos —, filha dos pressupostos formais do pensamento kantiano, segundo a qual a culpa é um mero juízo que reside apenas na cabeça do juiz. Ora a culpa reside no agente; e o que neste existe é uma mera qualidade, uma verdadeira reprovabilidade. Este o verdadeiro conteúdo normativo do conceito, que deve assim traduzir-se pela expressão «culpabilidade».

Em segundo lugar, no artigo 2.º há uma alternativa que deve ser eliminada: «culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade ...» — o que logo dá a entender que se abandona a base do facto, do comportamento tipificado; entendimento este que se reforça através da combinação da personalidade com o seu carácter perigoso. Aquela alternativa deve, por isso, transformar-se em copulativa. A menos que se pretenda, com este apêndice do artigo 2.º, dizer que ainda pode haver pena para além da gravidade do facto; neste caso tal doutrina será, pura e simplesmente, de repudiar.

A propósito deste último problema disse o Dr. Sidónio Rito que o artigo, tal como o entendia, pretendia abranger todo o campo do direito criminal, quer o do crime quer o da perigosidade, e, portanto, quer o da pena quer o da medida de segurança. Mas, a ser assim, deveria então falar-se, antes que de medida da pena, de medida da reacção criminal. Quanto à segunda parte da segunda proposição, ou se lhe daria um lugar terciário, ou se eliminaria, desaparecendo assim a alternativa contra que se insurgiu o Prof. Gomes da Silva.

Esta opinião foi, todavia, combatida pelo Dr. Maia Gonçalves, que disse ser evidente que o artigo não podia nem queria abranger o campo dos inimputáveis e das medidas de segurança, uma vez que

então não poderia falar-se nem de culpa nem de pena. A intenção do artigo é, pois, antes, a de constituir uma trave-mestra de todo o sistema — logo por aqui se vendo que não virá a ser grande a sua importância prática, não havendo, pois, lugar para os receios expendidos pelo Cons.<sup>o</sup> José Osório. Quanto a pormenores de redacção, advogou a substituição da palavra «facto» pela palavra «comportamento» e sustentou que a alternativa «pelo seu facto ou pela sua personalidade» não levava aos perigos referidos pelo Prof. Gomes da Silva.

As considerações do Dr. Maia Gonçalves relativas ao significado e importância do artigo foram depois reforçadas pelo Dr. Guardado Lopes. Entende, todavia, que as expressões «culpa do agente pelo seu facto ou...» podem dar lugar a equívocos e se ligam, demasiado, a uma certa concepção doutrinal da culpa que nem todos aceitarão; haverá, por isso, vantagens em que o artigo termine na expressão «culpa do agente».

## II

O Autor do Projecto, respondendo às objecções formuladas, disse que, quanto à expressão culpa, nela cabe perfeitamente o sentido normativo a que o Prof. Gomes da Silva se referiu: não é à relação psicológica entre o agente e o seu facto que a lei se quer referir; nem tão-pouco apenas ao juízo de censura que o juiz formula; mas sim à reunião daquela relação psicológica com este juízo de censura. É esta expressão que está na nossa tradição jurídica, sendo aliás neste preciso sentido que já o Código actual fala, muitas vezes, em culpa.

Quanto aos princípios, a muitos parecerá líquido — depois de tudo o que ficou já consignado no Relatório e que não será necessário aqui repetir — que o artigo 2.<sup>o</sup> é, verdadeiramente, uma disposição fundamental, uma trave-mestra de todo o Projecto, como lhe chamou o Dr. Maia Gonçalves. Claro que não é tanto uma disposi-

ção que tem em vista a sua aplicação prática, mas antes uma disposição programática, como a do artigo 4.<sup>o</sup> da Constituição Política. E certamente todos estarão de acordo em que, se se amputasse à Constituição este artigo, ela ficaria mais pobre. O mesmo se poderia dizer do caso presente.

Claro é que o artigo 2.<sup>o</sup> só tem em vista as penas e os imputáveis, já que só quanto àquelas e a estes se pode falar de culpa. Mas mais: fala-se nele em «não poder exceder essencialmente a da culpa». Isto significa que o juiz, quando mede a pena, não pode abstrair do seu fundamento ético. Simplesmente, não deve ele esquecer os fins de prevenção, que podem por vezes vir obrigá-lo a afastar-se alguma coisa daquele *quantum* que uma consideração puramente ética forneceria. Daí a razão de se dizer que a medida da pena não pode exceder *essencialmente* a da culpa. É esta, pois, uma nota importantíssima: a medida da culpa só pode fornecer, não um *quantum* exacto de pena, mas uma moldura, um quadro que não é fixo; de sorte que, e por ser assim, dá-se uma permissão ao juiz para atender a fins de prevenção — exactamente até ao ponto em que a *essência* da pena (a culpa do agente) não seja tocada.

Parece, por outro lado, dever acentuar-se que a culpa há-de ser a do facto ou a da personalidade. Desde logo porque, como é sabido, o crime não é suficiente para resolver todos os problemas da punibilidade (assim os da negligência, do erro sobre a proibição, da embriaguez, etc.); depois, porque a personalidade criminalmente perigosa interessa por vezes para determinar a própria gravidade do facto. Certo que não haverá grande perigo em substituir a alternativa por uma copulativa; mas convém não esquecer que, como se diz no Relatório, casos-limite há em que a personalidade vem a fundamentar autónomamente a punição; só que não será — como é o caso porventura do nosso direito actual — uma qualquer personalidade mas uma personalidade referida a factos, ou melhor, uma personalidade tipicizada.

Finalmente, eliminar aqui qualquer referência à personalidade viria não só pôr o artigo 2.<sup>o</sup> em desacordo com o artigo 85.<sup>o</sup>, mas

retroceder em relação ao nosso direito actual que, no artigo 84.º, manda já atender àquela para determinar a medida da culpa e da pena.

### III

Depois desta intervenção o Senhor Ministro pôs à votação as propostas apresentadas.

Assim, em primeiro lugar, a do Cons.º José Osório, de se eliminar pura e simplesmente o artigo 2.º. *Esta proposta foi rejeitada pela Comissão.*

Igualmente *rejeitada* foi a proposta do Prof. Gomes da Silva de se substituir a expressão «culpa» pela de «culpabilidade».

Pôs-se depois à consideração se deveria eliminar-se toda a segunda proposição contida no artigo 2.º. Também esta proposta foi *rejeitada por maioria.*

O Senhor Ministro considerou, a seguir, que talvez à maioria da Comissão agradasse que se substituisse a expressão «a medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente» pela expressão proposta pelo Dr. Sidónio Rito «a medida da pena depende essencialmente da culpa do agente». Esta proposta foi *aprovada por maioria.*

A seguir votou-se a proposta do Dr. Guardado Lopes de se eliminar a parte restante do artigo 2.º. Foi *rejeitada por maioria.*

Finalmente votou-se a proposta do Prof. Gomes da Silva, de substituir a alternativa *ou* pela copulativa *e*. Foi *aprovada por maioria.*

Em conclusão, o artigo 2.º passou a ter a seguinte redacção:

*«Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena depende essencialmente da culpa do agente pelo seu facto e pela sua personalidade criminalmente perigosa».*

Passou-se depois à discussão do

## CAPÍTULO II

### DA LEI PENAL

#### ARTIGO 3.º, N.º 1.º

*A lei penal não tem efeito retroactivo, salvas as seguintes excepções:*

*1.º — A infracção punível por lei vigente ao tempo em que foi praticada deixa de o ser se uma lei nova a elimina do número das infracções. Tendo havido condenação transitada em julgado, a execução e os efeitos penais da condenação cessam.*

*O disposto não tem aplicação quando a lei penal vale por um determinado espaço de tempo ou para um certo estado de coisas e o facto que a viola foi praticado dentro do período de tempo ou durante a situação por ela previstos.*

O Autor do Projecto começou por salientar que este número procura corresponder, bem como aliás o n.º 2.º, ao estado actual da legislação penal portuguesa.

### I

A objecção principal, feita pelo Prof. Gomes da Silva, e logo secundada pelos Drs. Sidónio Rito e Maia Gonçalves, foi a de que deve continuar a aplicar-se a lei de emergência aos factos praticados durante a sua vigência, ainda quando esta foi posteriormente revogada de forma expressa e o julgamento tem lugar já no domínio da lei nova. Ora, se a aceitação desta doutrina estava porventura já no espírito do Autor do Projecto, todavia deve procurar-se uma formulação em que ela caiba melhor, uma formulação mais restrita do que a contida no Projecto, seja esta embora a tradicional.

O Dr. Sidónio Rito, por seu turno, chamou a atenção para o facto de o legislador poder alterar — *v. g.* no que toca à pena — uma lei de emergência, sem todavia lhe retirar este carácter, sendo então a lei nova que deve aplicar-se.

Pelo Dr. Maia Gonçalves foi dito entender que devia acrescentar-se um número novo ao artigo, onde se declarasse expressamente que as medidas de segurança são regidas pela lei vigente ao tempo da sua aplicação. E o Dr. Guardado Lopes perguntou se não seria bom pôr em evidência que as disposições legais que regulam a execução da pena são de aplicação imediata. Certo que tais normas não são vulgarmente consideradas de direito penal; mas, atendendo a que o Projecto contém muitas normas desta natureza, talvez não fosse descabido expressar aquela doutrina.

Por seu turno, o Cons.<sup>o</sup> José Osório afirmou que a disposição do n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup> vale ainda para os casos em que o trânsito em julgado é posterior à lei nova. Mas considerou que talvez não valesse a pena, por isso, alterar uma redacção que vem já de longe. O Dr. Maia Gonçalves preferiu, no entanto, que se eliminasse pura e simplesmente a expressão referente ao trânsito em julgado.

Foram feitas, finalmente, objecções de carácter puramente formal, tendentes a substituir as expressões que se referem a «um certo estado de coisas» pela de «leis de emergência» ou outra análoga (Prof. Gomes da Silva, Cons.<sup>o</sup> José Osório, Dr. Maia Gonçalves).

## II

Respondendo às objecções, e começando pela referente à questão levantada a propósito do trânsito em julgado, o Autor do Projecto acentuou que eliminar tal expressão seria tirar uma dúvida — que aliás facilmente se resolve por interpretação, à qual nenhum jurista pode fugir, por mais claro que seja um texto legal — para pôr em seu lugar uma outra. Como disse o Cons.<sup>o</sup> José Osório, tal dúvida não justifica que se altere uma redacção que já vem de longe.

Quanto ao emprego da expressão «leis de emergência», parece mais feliz a expressão usada no Projecto, mas não se vê inconveniente de maior na substituição, se a Comissão entender que esta deve ser feita.

No que toca ao problema da lei temporária que é revogada, parece que a dúvida levantada pelo Prof. Gomes da Silva deve resolver-se, por interpretação, no sentido por ele propugnado: da interpretação da norma já resulta que a doutrina contida na segunda parte do n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup> do artigo 3.<sup>o</sup> se aplica tanto ao caso normal em que a lei se auto-revoga — ou expressamente, ou pelo seu conteúdo temporário — como àquele caso em que ela vem a ser posteriormente revogada. É certo que se poderia tentar autonomizar a doutrina num número novo; mas a técnica legislativa seria então defeituosa, pois tal número viria a constituir uma excepção a uma excepção. Talvez, porém, que a ideia resulte de forma mais clara desde que se arranje uma fórmula que não ligue tão directamente o seu conteúdo ao da primeira parte do n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup>, eliminando-se a expressão «O disposto não tem aplicação...».

## III

O Senhor Ministro acentuou, depois, haver fundamental acordo quer no que toca à regra contida no artigo 3.<sup>o</sup> quer no que toca à primeira excepção. Todavia, a redacção da segunda parte do n.<sup>o</sup> 1 presta-se a dúvidas, podendo porventura ser melhorada. E uma vez que o próprio Autor do Projecto acredita nessa possibilidade, ficará ele encarregado de apresentar em sessão posterior uma fórmula de substituição.

Com isto se encerrou, eram 13 horas e 45 minutos, a presente sessão.

## ACTA DA 4.ª SESSÃO

Pelas 10 horas e 15 minutos do dia 20 de Dezembro de 1963 teve início a quarta sessão da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal, presidida por S. Ex.ª o Senhor Ministro da Justiça e à qual estiveram presentes todos os membros.

O Senhor Ministro propôs que se continuasse a discussão até ao último artigo do Capítulo II, só depois se resolvendo os vários assuntos pendentes, ou que, pelo menos, estes só fossem tratados ao findar da presente sessão. Esta última proposta foi aprovada por unanimidade, passando-se assim imediatamente à discussão do

### ARTIGO 3.º, N.º 2.º

**2.º — Quando as disposições penais vigentes ao tempo em que termina a prática de um crime forem diversas das estabelecidas em lei posteriores, serão sempre aplicáveis as normas mais favoráveis ao agente que ainda não esteja condenado por sentença passada em julgado.**

#### I

O Autor do Projecto começou por justificar sumariamente a fórmula proposta, que é a vulgarmente usada, na doutrina e nas legislações, para resolver o problema da lei penal aplicável. Propôs,

todavia, que, para maior clareza e para dissipar as dúvidas que, na vigência do Código actual, se têm suscitado na prática, se dissesse que seriam aplicadas «as normas *concretamente* mais favoráveis» ou «as normas *em concreto* mais favoráveis».

#### II

Esta precisão foi secundada, depois, por todos os membros da Comissão.

Para além dela, porém, a Comissão levantou vários problemas acerca do número em discussão.

Assim, o Conselheiro José Osório pôs dois problemas: o primeiro prende-se com o facto de a fórmula do Projecto parecer permitir a aplicação cumulativa de normas pertencentes, umas à lei antiga, outras à lei nova — o que pode dar lugar a situações que não foram previstas nem queridas pelo legislador. A aplicação da lei deve ser unitária: escolhe-se, entre a lei antiga e a lei nova, a que for mais favorável e depois aplica-se só essa lei. Em vista disso, propõe que se substitua a expressão «normas» pela expressão «lei».

Esta objecção foi depois ponderada pelos Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes e pelo Prof. Gomes da Silva. Para este, o problema mais grave suscitado pelo n.º 2 do artigo 3.º é, com efeito, o de saber se se aplicam as parcelas mais favoráveis de cada lei ou se se aplica só, em globo, a lei mais favorável. Deverá, por isso, procurar-se uma redacção que expressamente consagre aquilo que se deve fazer: computar a pena do delinquente segundo cada uma das leis e aplicar depois a que tiver resultado mais favorável. Não é tanto a aplicação em concreto que se tem em vista, mas a *apreciação*, o *confronto* em concreto.

O outro problema, de índole processual, posto pelo Conselheiro Osório, prende-se com a expressão «aplicáveis». Quererá ela significar que aquele favor para o delinquente já condenado por sentença não transitada em julgado só actua *por* via de recurso

e se houver recurso? Ou, como parece mais razoável, que ele actua com inteira independência do estado processual da causa? Se esta última hipótese for — como parece — a exacta, deve preferir-se, à expressão «applicáveis», a expressão «applicadas». Esta ideia, secundada pelos Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes, foi reforçada depois pelo Prof. Gomes da Silva, que acrescentou ser todavia duvidoso que para a consagrar baste o uso da expressão «applicadas».

O Dr. Maia Gonçalves notou ainda que não são todas as normas ou mesmo todas as leis mais favoráveis que se aplicam, mas só as leis penais, propondo pois que se diga: «será sempre aplicada a lei penal concretamente mais favorável». O Dr. Guardado Lopes secundou esta proposta e chamou de novo a atenção para a conveniência de, no artigo 3.º, ficar expressa a ideia de que as normas de execução penal ou penitenciária são de aplicação imediata.

Finalmente, pelo Dr. Sidónio Rito foi levantado o problema da prescrição, quer do procedimento criminal quer da pena. As normas que a estabelecem são leis penais, em relação às quais vai surgir, de forma flagrante, o problema da escolha entre as antigas e as novas. No direito actual, o artigo 6.º, ao resolver o problema de que agora nos ocupamos, fala em «efeitos da pena». Em face dele, parece que o Autor do Projecto quis alargar a incidência do princípio da aplicação da lei mais favorável. Mas será essa, com efeito, a sua ideia? E aquele alargamento irá até ao ponto de abranger o problema da prescrição? Esta é a dúvida que pretende levantar.

### III

Respondendo, o Autor do Projecto começou por salientar que se não opõe à substituição de «normas» por «lei». Mas frisa que, com isso, em nada se esclareceu o problema posto pelo Con-

selheiro José Osório: se a primeira expressão pode envolver dificuldades, também a segunda se não livra delas. O que importa é que ao delinquente seja aplicado o regime, previsto numa ou noutra lei, que concretamente se mostre mais favorável. Assim, por exemplo, uma lei estabelece para um crime uma certa moldura penal; posteriormente, outras normas criam, para o caso, uma circunstância atenuante, ao mesmo tempo, porém, que elevam o limite máximo da pena. É evidente que só no momento da aplicação se pode, em concreto, afirmar qual das leis ou qual das normas é mais favorável. E esse, não outro, é o verdadeiro problema.

Com respeito ao problema normas — ou leis — «applicáveis» ou «applicadas» ele tem, como o próprio Conselheiro José Osório notou, natureza especificamente processual e não pode ser resolvido pela simples mudança de expressões. O que importa, aqui, é anotar cuidadosamente a questão para que ela venha a ser resolvida num futuro Código de Processo Penal.

Quanto ao problema posto pelo Dr. Guardado Lopes, ele tem, efectivamente, toda a razão de ser e deve decidir-se, como preconizou, pelo princípio da aplicação imediata. Todavia, não valerá a pena enxamear o Código Penal com normas que pertencem ao direito de execução penal ou ao direito penitenciário e que, por conseguinte, terão lugar próprio na lei que de futuro modifique — como será necessário — tal direito.

No que toca, finalmente, ao problema posto pelo Dr. Sidónio Rito, é preciso notar que o n.º 2 do artigo 3.º contém uma disposição que procura regular todos os problemas que a este propósito possam ser postos — não só problemas de punição *sensu stricto*, mas de imputabilidade, de atenuantes e agravantes, etc.. No que toca, porém, à prescrição, urge desde logo acentuar que muitos a consideram matéria adjectiva, processual; e, para além disso, importa não esquecer que a questão de saber qual das duas leis se aplica — se a antiga, se a nova — é discutidíssima na doutrina, não devendo, pois, o legislador cortar a discussão. Acresce que a opinião que parece melhor e que hoje de algum modo se

poderá dizer triunfante é a de que se não põe aqui um problema de retroactividade da lei, mas um problema de aplicação imediata. A ser assim, não será necessário que a questão seja aqui expressamente regulamentada. O n.º 2 do artigo 3.º é, por um lado, uma disposição suficientemente elástica para abarcar todos os problemas que se entenda dever tratar na sua base; mas esta elasticidade permite justamente, por outro lado, que se deixe à doutrina e à jurisprudência campo livre para subsumir ou não nele certas questões, entre as quais se poderá precisamente contar o caso da prescrição.

#### IV

O Senhor Ministro pôs, depois, as várias propostas à votação.

Assim, em primeiro lugar, a sugestão do Conselheiro Osório para substituir «aplicáveis» por «aplicadas»: *foi aprovada por unanimidade.*

Depois, a de substituir «normas» por «lei», como quer o Conselheiro Osório, ou por «lei penal», como quer o Dr. Maia Gonçalves. O Prof. Gomes da Silva sugeriu que se usasse só a expressão «regime» — sugestão que foi *aprovada por unanimidade.*

O n.º 2 do artigo 3.º ficou assim, nesta parte, com a seguinte redacção: «... *será sempre aplicado o regime que concretamente for mais favorável...*».

Seguidamente tratou-se da questão levantada pelo Dr. Sidónio Rito a respeito da prescrição, perguntando o Senhor Ministro à Comissão se via vantagem em acrescentar um novo princípio ao já contido no n.º 2, através do qual aquele problema se decidisse. O Prof. Gomes da Silva notou que o problema pode ser ampliado e posto também em relação a novas condições objectivas de punibilidade, de procedibilidade, de isenção da pena, etc..

O Senhor Ministro chamou a atenção para o auxílio que porventura poderá fornecer a doutrina do direito ou do processo civil — tal como ela vem sendo defendida em Coimbra —, que parece ter obtido resultados mais ou menos seguros; mas fez notar que o mais importante era saber se, tendo-se votado a expressão «regime... mais favorável» a Comissão não quis já tomar posição no problema, no sentido de que o princípio fosse também aplicado à prescrição e mesmo a tantos outros problemas que certamente irão surgir com a entrada em vigor do Código Penal, *v. g.*, os relativos ao regime de prova, à concessão da liberdade condicional, etc..

O Prof. Ferrer Correia, por seu lado, pôs em evidência que o n.º 2 do artigo 3.º contém uma das chamadas «cláusulas gerais», que não prejudicam nunca as soluções que se reputarem mais justas para certos problemas concretos. Não é de saudar, como procedimento legislativo óptimo, a tentativa de se resolver em definitivo todas as pequenas questões que, em concreto, se podem pôr perante qualquer princípio geral; antes, bem ao contrário, o ideal será aqui a consagração de uma cláusula geral, que não impede que, num ou noutro caso concreto, se sinta e se obedeça à necessidade de consagrar uma excepção. Só este procedimento — que é afinal o do Projecto — se livra de contradições e não incorre em graves riscos.

Estas considerações do Prof. Ferrer Correia foram secundadas e reforçadas pelo Autor do Projecto, que acrescentou ainda: o ter-se votado a expressão «regime», em vez de normas ou leis, não pode levar a pensar que ficaram resolvidos todos os problemas. Ali está consagrado um princípio ou cláusula geral que pode, muito bem, sofrer excepção, sem correr risco de contradição. Mas devemos guardar-nos de consagrar expressamente excepções num campo, como *v. g.*, o da prescrição, onde justamente são grandes as dúvidas sobre o caminho melhor e mais praticável. Assim, por exemplo, a doutrina que se ensina e se consagra no direito e no processo civil encontra forte opposição no campo do direito penal, onde

há uma nítida tendência para seguir, em matéria de prescrição, o princípio da aplicação imediata. Ora, à aplicação deste princípio naquela matéria não obsta o disposto no n.º 2 do artigo 3.º. Nada, pois, se deve acrescentar a este.

Finda a discussão, foi *aprovada, por maioria*, a seguinte resolução: «a Comissão não vê vantagem em acrescentar qualquer outro princípio ao contido no n.º 2 do artigo 3.º».

O Dr. Maia Gonçalves logo ressaltou, porém, o problema das medidas de segurança. É que, disse, seria esta a altura da Comissão se pronunciar sobre o eventual acrescentamento de um número em que se consagrasse a doutrina — que não suscita dúvidas de fundo — segundo a qual se aplicam as disposições sobre medidas de segurança que estejam em vigor ao tempo da decisão.

O Autor do Projecto retorquiu que a fórmula que propunha para o artigo 1.º do Código resolvia já a questão de forma absolutamente clara, na medida em que é conveniente a sua resolução. Na verdade, uma disposição expressa sobre a questão logo levanta o problema de saber se se aplica só à reacção ou também aos factos que dela são pressupostos ou índices formais. Além de que seria necessário, então, explicitar o problema da inexistência, quanto a tais decisões, de força de caso julgado verdadeira e própria. Assim, quer-se aclarar o problema, quando, afinal, se criam dificuldades. Por isso mesmo, boas foram as razões que levaram o Projecto do Código Penal alemão a omitir — ao contrário do que sucede com o Código — qualquer regulamentação expressa. Em suma, pois: o que nesta matéria é possível e conveniente dizer, já está dito no artigo 1.º; qualquer outra formulação expressa ou será um truísmo ou será inconveniente e deve ser repudiada.

O Conselheiro Osório fez notar, também, a ligação do problema com a aprovação do artigo 1.º do Projecto, propondo que a sua discussão se relegasse para depois daquela aprovação. Esta proposta foi *aprovada por unanimidade*.

Assim se passou à discussão do

#### ARTIGO 4.º

*Para determinar o tempo da prática de um crime tomar-se-á em conta a actividade realizada ou que deveria realizar-se, independentemente do momento em que o resultado se produziu ou devia produzir.*

#### I

O Prof. Gomes da Silva começou por afirmar que, não pondo qualquer objecção à doutrina contida no artigo, entende ser bom que, em relação à actividade que deveria realizar-se, se anteponha: «no caso de omissão». E o mesmo se diga para a parte final do artigo, quando se fala no resultado que se devia produzir. O primeiro acrescentamento sugerido foi aplaudido pelo Conselheiro Osório — que acrescentou dever pôr-se a expressão seguinte na forma pretérita: «deveria ter-se realizado» — e pelos Drs. Sidónio Rito e Maia Gonçalves, e combatido, por desnecessário, pelo Prof. Ferrer Correia.

O Dr. Guardado Lopes perguntou se, com o artigo 4.º, se pretende estabelecer uma regra geral para determinar, em todos os casos, o tempo do delito, ou se o princípio nele contido vale apenas para a hipótese prevista no artigo anterior. A ser exacta esta última hipótese, deve então o artigo 4.º desaparecer como disposição autónoma, passando a constituir um outro número do artigo anterior.

#### II

O Autor do Projecto afirmou que pensa, como o Prof. Ferrer Correia, não ser necessário explicitar o caso da omissão, não



se opondo, porém, a tal explicitação. Quanto ao problema levantado pelo Dr. Guardado Lopes, a norma do artigo 4.º procura valer para todos os casos, e não só em relação ao artigo anterior. A sua justificação, com este âmbito geral, reside em que o momento do evento, do resultado, é aleatório; em direito penal o que interessa é a vontade manifestada, porque é esse o momento relevante para a retribuição, para a perigosidade, etc.. Por isso a doutrina nele contida deve valer, em princípio, para todos os problemas e para todos os efeitos.

O Prof. Gomes da Silva entende, todavia, que a proximidade do artigo 4.º com o artigo 3.º logo inculca no intérprete a ideia de que aquele só a este se refere, em particular ao problema da aplicação da lei mais favorável. Se ele dever, pelo contrário, ser compreendido como contendo um princípio geral, terão então de se lhe opor as maiores reservas, por exemplo em vista de problemas como o da prescrição. Assim, se alguém põe veneno numa garrafa que está na garrafeira de um alcoólico, este tanto pode bebê-la no dia seguinte como passado um ano; nesta hipótese deve ser o evento e não a conduta que decide o tempo do crime, até porque, de outro modo, o tempo que decorre entre a conduta e o evento iria aproveitar indevidamente ao criminoso.

A esta objecção respondeu o Autor do Projecto, lembrando as palavras do Prof. Ferrer Correia: o estabelecimento de uma cláusula geral não impede que, para certos efeitos particulares, se estabeleçam princípios ou normas especiais. É o que acontece com o exemplo referido pelo Prof. Gomes da Silva: para efeitos de prescrição rege, não o princípio geral do artigo 4.º, mas o princípio especial do artigo 109.º do Projecto.

O Prof. Gomes da Silva levantou ainda a questão de saber se em vez de se atender à *prática* do facto não seria então preferível atender à consumação, como se faz no referido artigo 109.º.

Ao que os Profs. Ferrer Correia e Eduardo Correia e o Dr. Maia Gonçalves responderam que o problema do tempo da infracção vale tanto para crimes consumados como não consu-

mados. No mesmo sentido, acentuou o Conselheiro José Osório que convém não confundir o problema da localização do crime, no tempo e no espaço, que decide de certos efeitos como, *v. g.*, o da aplicação da lei penal, com o problema do momento jurídico da consumação. Por isso prefere a redacção do Projecto (chamando, todavia, a atenção para que em artigos posteriores, em vez de «prática» se fala em «cometer», havendo conveniência na uniformização), entendendo o artigo 4.º como consagração de uma regra geral. Neste sentido se pronunciou também o Dr. Maia Gonçalves, enquanto o Dr. Guardado Lopes rematou, considerando perfeitamente dilucidada a questão que havia posto.

### III

O Senhor Ministro pôs depois à votação duas questões:

A primeira, referente a saber se o princípio consignado no artigo 4.º se deve entender subordinadamente ao artigo anterior — caso em que passará a ser um simples número do artigo 3.º — ou se, pelo contrário, se deve conceber como princípio de ordem geral, constituindo, como no Projecto, um artigo autónomo. *Esta última solução foi aprovada por unanimidade.*

A segunda questão referia-se à necessidade de aditar ou não a expressão «no caso de omissão» e de pôr a expressão que se segue na forma pretérita. *A Comissão decidiu afirmativamente, por maioria, as duas questões.* Ficou, pois, o artigo redigido, nesta parte, da forma seguinte: «...ou que, no caso de omissão, deveria ter-se realizado...».

Quanto às dúvidas, levantadas pelo Prof. Gomes da Silva, acerca da parte final do artigo, o Conselheiro José Osório entende que, podendo embora aquela parte aplicar-se à omissão, é de aplicar sobretudo ao caso de tentativa. O Prof. Gomes da Silva retorquiu que, nesse caso, em vez de «devia», seria bom dizer «pretenderia». O Dr. Maia Gonçalves concorda com a fórmula do Pro-

jecto, que julga útil para as hipóteses em que há concorrência de causas. Finalmente, o Autor do Projecto esclareceu que, no seu pensamento, a fórmula tanto serve aos casos de omissão como aos de tentativa.

Passando-se à votação, foi a fórmula final do artigo 4.º, tal como se encontra no Projecto, *aprovada por unanimidade*; apenas, em virtude de uniformização gramatical, se aprovou que passasse a dizer-se «*deveria ter-se produzido*».

#### ARTIGO 5.º, N.º 1.º

*A lei penal portuguesa é aplicável:*

**1.º — A infracções cometidas em território português qualquer que seja a nacionalidade do infractor;**

*Aprovado por unanimidade, sem suscitar qualquer discussão.*

#### ARTIGO 5.º, N.º 2.º

**2.º — A infracções cometidas fora do território nacional a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, salvo tratado ou convenção internacional em contrário;**

#### I

A propósito deste número, a Comissão levantou os seguintes problemas:

1) O Prof. Ferrer Correia fez notar que o conceito de nacionalidade só é de uso aplicar-se a pessoas, enquanto para navios e aeronaves se usa normalmente o critério do pavilhão ou da matrícula. Nos resultados práticos, porém, os dois critérios coincidem

em absoluto, talvez não valendo a pena, por isso, alterar o que está no Projecto.

Pergunta se, todavia, a doutrina do n.º 2 se quer aplicar também a navios ou aeronaves surtos em porto ou aeroporto estrangeiro. O Autor do Projecto quis, aqui, afastar-se da doutrina consignada no direito actual. Ora, se não vale talvez a pena mencionar uma excepção ao princípio quando o navio ou avião sulca águas ou espaço estrangeiro, já assim não será, porventura, se eles estão surtos em porto ou aeroporto estrangeiro.

O Autor do Projecto esclareceu que o princípio contido no n.º 2.º não exclui, de forma nenhuma, que nos casos considerados pelo Prof. Ferrer Correia se deva considerar que o crime foi então praticado em país estrangeiro. Aquele número visa, sobretudo, prevenir conflitos negativos de jurisdição; de maneira que, uma vez que o crime seja julgado no estrangeiro, a lei portuguesa não se aplicará, de acordo aliás com o estatuído pelo § 2.º do artigo 5.º.

2) O Prof. Gomes da Silva perguntou se com o n.º 2 se pretendeu abarcar também os navios e aeronaves militares, contra o que comumente se pensa; em caso negativo, propõe que se adicione à expressão «navios e aeronaves» o qualificativo «mercantes».

Aquele Professor pôs ainda, a respeito do problema levantado pelo Prof. Ferrer Correia relativamente ao critério da nacionalidade aplicado a navios e aviões, a questão — hoje muito vulgar — suscitada por navios ou aviões fretados, emprestados ou alugados. A importância deste problema foi depois salientada pelos Drs. Sidónio Rito, Maia Gonçalves e Conselheiro José Osório, fazendo este último notar que o problema é bilateral: ora se trata de navio ou avião português ao serviço de empresas estrangeiras, ora de navios ou aviões estrangeiros ao serviço de empresas portuguesas.

A este propósito o Autor do Projecto fez notar: em primeiro lugar que a expressão usada pelo Projecto: «navio ou aeronave

português» traduz um conceito normativo em branco, que poderá depois ser preenchido segundo as normas que resultem do direito comercial e do direito internacional; depois, que a maior parte das questões mais chocantes a que podem dar lugar as hipóteses de fretamento — onde sejam lesados interesses portugueses — estão salvaguardadas pelos n.º 5.º e 6.º do artigo 5.º, onde se consagra o chamado princípio da nacionalidade passiva.

## II

O Senhor Ministro, depois de acentuar que a ideia do Prof. Eduardo Correia foi seguramente a de não considerar os navios e as aeronaves militares portuguesas no n.º 2.º, uma vez que elas são consideradas território nacional e cabem portanto no n.º 1.º, pôs à votação o acrescentar-se ou não o qualificativo «mercantes». *A Comissão, por maioria, aprovou a inclusão da expressão «mercantes» no n.º 2.º.*

Em segundo lugar, o Senhor Ministro disse que, além do critério (da nacionalidade) aceite pelo projecto, a Comissão propôs, como outros critérios possíveis, o da matrícula e o do fretamento. Todavia, quanto a este último, a Comissão não fez quaisquer propostas concretas, pelo que propõe que a aplicação de tal critério seja estudada pelos Profs. Ferrer Correia e Eduardo Correia. *Esta proposta foi aprovada por unanimidade.*

### ARTIGO 5.º, N.º 3.º

*A infracções cometidas fora do território nacional contra a segurança interna ou externa do Estado (indicar artigos), falsificação de moeda, papéis de crédito ou notas de banco portugueses, segredos profissionais de empresas portuguesas ...*

## I

O Autor do Projecto começou por fazer notar que este número contém o princípio indiscutido que na doutrina se costuma designar por princípio da defesa dos interesses nacionais, justificando-o sumariamente. Mas acentuou que, verdadeiramente, só depois de se completar a Parte Especial do Código Penal se pode determinar exactamente a incidência daquele princípio, vendo-se quais os tipos legais de crime que merecem menção expressa no n.º 3.

## II

O Dr. Sidónio Rito concorda inteiramente com a disposição, mas propõe que se anote desde já a necessidade de mencionar no n.º 3 o caso dos crimes cometidos no estrangeiro contra funcionários públicos portugueses no exercício ou por causa do exercício das suas funções.

O Prof. Gomes da Silva ponderou que o n.º 3 briga com o § 2.º do artigo 5.º, no sentido de que este parágrafo não deve ser aplicável aos casos previstos naquele número. Assim, por exemplo, no que toca a crimes contra a segurança do Estado, não se compreende que um julgamento no estrangeiro crie uma inibição à aplicação da lei portuguesa. Os Drs. Sidónio Rito, José Osório e Guardado Lopes concordaram com esta objecção, enquanto o Dr. Maia Gonçalves entende que a questão deverá ser discutida a propósito do § 2.º do artigo 5.º.

O Autor do Projecto reconhece que a sugestão do Dr. Sidónio Rito relativa aos crimes contra funcionários deverá ficar anotada para que, ao elaborar-se a Parte Especial, se tome posição perante ela. Quanto ao § 2.º e às suas relações com o n.º 3, o Projecto limita-se a reproduzir a situação do direito actual, que não parece ter trazido consigo soluções insuportáveis. Certo que é possível fazer uma excepção para os casos de crimes contra a segurança do Estado — mas essa excepção será chocante, por um lado,

pela desconfiança que revela para com países estrangeiros, e odiosa, por outro, visto que carece de razões particulares que a justifiquem.

### III

*A Comissão decide, por unanimidade, que o problema da excepção deve ser resolvido a propósito do § 2.º. O texto do n.º 3 do artigo 5.º foi aprovado por unanimidade.*

#### ARTIGO 5.º, N.º 4.º

**4.º — A infracções cometidas fora do território nacional relativas ao tráfico de prostitutas, de escravos e estupefacientes ... e ainda a todas as infracções às quais, por tratado ou convenção internacional, Portugal se tenha obrigado a aplicar a lei penal nacional, desde que o criminoso seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado;**

### I

O Autor do Projecto ponderou que neste número se consagra o chamado *princípio da aplicação universal*, que procura englobar aqueles crimes que todos os Estados têm interesse em punir. Em princípio, quais sejam esses crimes é coisa que se fixa por tratados; mas é sempre necessário o princípio legislativo, até como norma de imprescindível colaboração entre os Estados. O único problema será, aqui, o de suscitar novas hipóteses que mereçam a sua inclusão neste número.

### II

O Prof. Ferrer Correia chamou a atenção para a necessidade de se não alargar em demasia as espécies de crimes em relação às quais vale o princípio de aplicação universal. O Dr. Sidónio Rito

propõe, todavia, que se inclua o tráfico de publicações obscenas ou pornográficas, no que é secundado pelo Dr. Maia Gonçalves. O Prof. Gomes da Silva propõe que se substitua o tráfico de prostitutas por «tráfico de mulheres e crianças» ou «tráfico de pessoas». O Dr. Maia Gonçalves acha estas últimas designações demasiado latas, porquanto poderiam inclusivamente abranger o tráfico de emigrantes trabalhadores; prefere por isso «tráfico de prostitutas». Quanto à parte final do número, o Prof. Gomes da Silva pergunta se não será preferível dizer-se «e não possa ser concedida a extradição».

O Autor do Projecto acha também demasiado latas as expressões propostas pelo Prof. Gomes da Silva, mas faz notar que não há nisso inconveniente, uma vez que na Parte Especial do Código se haverá de configurar e porventura denominar o respectivo tipo legal de crime.

### III

Passando-se à votação, a *Comissão aprova, por maioria:*

- a designação «tráfico de mulheres e de crianças»;
- a inclusão, no n.º 4, do «tráfico de publicações obscenas»;
- a manutenção da fórmula «e não seja extraditado», que se lê no Projecto.

Finda a votação, o Senhor Ministro propôs que se voltasse ao

#### ARTIGO 1.º

O Secretário da Comissão começou por dar conta das três fórmulas a que havia reduzido as nove que tinham sido propostas nas 2.ª e 3.ª sessões, pela forma seguinte:

*Proposta n.º 1* (com base na apresentada por Sua Ex.ª o Senhor Ministro).

## ARTIGO 1.º

1) *A ninguém pode ser imposta qualquer reacção criminal (1) sem que uma lei expressamente a estabeleça (2), descrevendo o comportamento (3) a que corresponde.*

2) *Um comportamento só pode ser punido se a punibilidade estiver legalmente estabelecida antes da sua realização.*

3) *Na aplicação da norma que prevê um comportamento a que corresponde uma reacção criminal (4) não é permitido o recurso à analogia.*

A proposta agora apresentada parece corresponder *integralmente* ao pensamento exposto nas propostas do Senhor Ministro, do Autor do Projecto, do Prof. Ferrer Correia e do Dr. Maia Gonçalves, e *em boa parte* — quando não totalmente — ao pensamento enformador das propostas do Dr. Sidónio Rito e do Dr. Guardado Lopes.

---

(1) Onde agora se lê «reacção criminal», lia-se, na proposta do Senhor Ministro, «sanção criminal». A substituição obedeceu à expressão usada nas propostas do Autor do Projecto, do Dr. Maia Gonçalves, do Dr. Sidónio Rito e do Dr. Guardado Lopes. Poderá, contudo, juntar-se àquelas duas expressões, como alternativas possíveis, as de «medidas» ou «providências» «criminais».

(2) Na proposta do Senhor Ministro lia-se lei «anterior». Mas a Comissão parece preferir que este qualificativo seja eliminado.

(3) Na proposta do Senhor Ministro, em vez de «comportamento», lia-se «facto». A substituição procurou adaptar-se às preferências do Autor do Projecto, do Dr. Maia Gonçalves e do Prof. Gomes da Silva.

(4) Onde agora se lê «norma que prevê um comportamento a que corresponde uma reacção criminal», lia-se, na proposta do Senhor Ministro, «norma incriminadora». A alteração foi originada pelo receio, expendido por vários membros da Comissão, de que a expressão «norma incriminadora» pudesse ser tomada como referência ao momento processual da «incriminação», isto é, do despacho de pronúncia. Por isso se foi buscar uma fórmula tanto quanto possível próxima da contida no n.º 1.

*Proposta n.º 2* (reproduz uma das propostas apresentadas pelo Prof. Gomes da Silva).

## ARTIGO 1.º

*A lei penal só é aplicável se o comportamento do agente se encontrar descrito, num preceito anterior, como fundamento de aplicação de certa providência criminal, sem que, para a fixação desta ou para a descrição do facto como punível, seja lícito recorrer-se à analogia.*

*Proposta n.º 3* (reproduz uma das propostas apresentadas pelo Cons.º Osório).

## ARTIGO 1.º

1) *Ninguém pode ser sujeito a medidas criminais sem que seja, por lei anterior, qualificado como crime o facto que as motiva e estabelecida a pena que lhe corresponde.*

2) *Não é permitido o recurso à analogia para qualificar qualquer facto como crime ou determinar as medidas que, em atenção a ele, podem ser aplicadas.*

Como, porém, alguns membros da Comissão alegassem que era necessário algum tempo para estudar as propostas apresentadas, a fim de as votar, a votação geral foi adiada para sessão posterior.

Com isto se encerrou, eram 13 horas e 15 minutos, a presente sessão.

## ACTA DA 5.<sup>a</sup> SESSÃO

Pelas 16 horas do dia 20 de Dezembro de 1963, teve início a 5.<sup>a</sup> sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Ex.<sup>a</sup> o Ministro da Justiça e à qual não estiveram presentes os membros Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva. A discussão das disposições do Projecto iniciou-se pelo

### ARTIGO 5.º, N.º 5.º

**5.º — A infracções cometidas fora do território nacional por portugueses ou por estrangeiros contra portugueses, sempre que:**

- a) Os agentes sejam encontrados em Portugal;**
- b) O facto seja também punível pela legislação do lugar em que foi praticado, salvo quando nesse lugar não se exerça poder punitivo;**
- c) O facto constitua crime que admite extradição e esta não seja concedida, salvo quando no lugar do crime não se exerça poder punitivo.**

#### I

O Autor do Projecto começou por afirmar que esta disposição é consequência directa do princípio conhecido e geralmente aceite «punire aut dedere»: todos aqueles indivíduos que o Estado não pode extraditar devem ser punidos pelas infracções que come-

teram fora do território nacional. Deste enunciado já resulta que a disposição tem, assim, como que um duplo campo de incidência: o da chamada nacionalidade *activa*, abrangendo os crimes praticados por nacionais em território estrangeiro — e cuja exigência de punição no país da nacionalidade resulta directamente do princípio da não extradição dos nacionais; e o da chamada nacionalidade *passiva*, abrangendo os crimes praticados por estrangeiros contra portugueses, fora do território nacional, sempre que, naturalmente, a extradição daqueles não possa ser concedida.

Do exposto já se conclui que a punição que assim se efectiva tem de estar sujeita a um certo número de pressupostos. Desde logo o de que os agentes sejam encontrados em Portugal, já que, de outra forma, a punição poderia revelar-se destituída daquela eficácia prática que constitui, justamente, a sua razão de ser. Depois: se um certo país vai punir o seu nacional ou mesmo o estrangeiro por factos praticados no estrangeiro, tal fica a dever-se, como já se disse, ao facto de o não poder extraditar; mas se assim é, evidente se torna que tal punição só terá sentido em relação a factos também puníveis pela lei do lugar da prática do facto. Finalmente, como também já se disse, é preciso que a extradição não possa ser concedida, mas sem prejuízo, como é claro, de que o crime seja um daqueles que, por sua natureza, a admite.

#### II

Na discussão pôs-se desde logo em evidência a plena concordância de todos os membros com a ideia fundamental que preside ao número que está a ser apreciado. Apenas o Dr. Maia Gonçalves se pronunciou no sentido de que a al. *c*) constituiria uma redundância — uma vez que já se parte da ideia de que toda a razão de ser do número provém do princípio da não extradição dos nacionais —, podendo perfeitamente eliminar-se, enquanto o Dr. Guardado Lopes pediu para ser esclarecido sobre o significado que se atribui à exi-

gência, contida na mesma alínea, de que o facto constitua crime «que admite extradição», dado que a admissibilidade desta não depende actualmente da natureza ou gravidade do crime, mas da existência ou inexistência de tratados de extradição.

Foi ainda posto em relevo, pelo Cons.<sup>o</sup> José Osório, que a disposição em exame devia considerar-se subsidiária mesmo em relação ao disposto no n.<sup>o</sup> 6 — o que implicará não só que se troque a ordem dos n.<sup>os</sup> 5.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup>, como até que, na disposição em análise, se diga expressamente que ela só terá aplicação quando não sejam aplicáveis as disposições dos restantes números. A este propósito foi ponderado, pelo Dr. Maia Gonçalves, que talvez o problema se pudesse resolver substituindo a expressão «sempre que», contida na disposição em análise, por «quando». Finalmente, o Cons.<sup>o</sup> José Osório disse que, uma vez que na alínea *c*) se supõe que a extradição foi pedida mas não concedida, tal pressuposto torna supérflua a ressalva «salvo quando nesse lugar não se exerça poder punitivo» — uma vez que dos lugares onde não há poder punitivo nunca pode provir um pedido de extradição.

### III

A terminar, falou de novo o Autor do Projecto, ponderando: A inversão preconizada pelo Cons.<sup>o</sup> Osório pode fazer-se sem que daí resulte grande mal; não parece todavia que qualquer razão a imponha ou sequer a aconselhe. Na verdade: em primeiro lugar a estrutura subsidiária do princípio da nacionalidade resulta logo da sua subordinação ao princípio-regra da territorialidade; depois, mantendo a ordem do Projecto, nada mais se faz do que obedecer à ordem doutrinal estabelecida na exposição e resolução dos problemas de aplicação da lei penal no espaço; finalmente, o n.<sup>o</sup> 6.<sup>o</sup> é uma inovação integral do Projecto e tem um campo de aplicação muito mais restrito do que o que pertence ao n.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>. É evidente, todavia, que se a Comissão assim o entender, poder-se-á perfeitamente substi-

tuir a expressão «sempre que» pela expressão «quando». Ainda quanto a objecções de carácter formal, a dispensabilidade da ressalva contida na alínea *c*) constitui uma observação em princípio exacta; mas o que é certo é que tal ressalva não fica ali mal e terá a vantagem de acorrer ao caso excepcional em que um certo país estrangeiro viesse pedir a extradição do agente que tivesse praticado um crime em lugar onde se não exercesse poder punitivo.

Destituída de fundamento parece ser a dispensabilidade de toda a alínea *c*). Na verdade, não pode esquecer-se que o artigo 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>, não se aplica só a portugueses, mas também a estrangeiros que no estrangeiro tenham cometido crimes contra portugueses; ora, bem pode acontecer que a extradição de tais estrangeiros não seja possível, *v. g.* porque a hipótese não é contemplada pela lei interna ou pelo tratado de extradição. (Reforçando esta consideração do Autor do Projecto, o Cons.<sup>o</sup> Osório fez notar que normalmente a extradição só é concedida em relação a crimes de certa gravidade). Com efeito, a disposição em análise está pensada para a hipótese de haver uma lei interna de extradição — Portugal é dos poucos países onde tal lei não existe, mas é de supor que em breve ela venha a existir —, embora possa perfeitamente aplicar-se não existindo tal lei.

Finalmente, não pode esquecer-se que casos há em que a extradição não é concedida justamente porque o crime, sendo embora punível tanto pela legislação do lugar onde foi praticado como pela legislação portuguesa, é daqueles que a não admite, *v. g.*, em virtude da sua natureza política.

### IV

Finda a discussão, o Senhor Ministro pôs à votação as seguintes propostas:

Marcar ostensivamente o carácter subsidiário do preceito em análise, passando ele a constituir o n.<sup>o</sup> 6.<sup>o</sup> do artigo 5.<sup>o</sup>. Esta proposta

foi *rejeitada por maioria*, aprovando-se, pois, a manutenção da ordem por que os preceitos se encontram no Projecto.

Substituir a expressão «sempre que» por «quando». Foi *aprovada por unanimidade*.

Eliminar a alínea c). Foi *rejeitada por maioria*, aprovando-se a manutenção da alínea com a redacção do Projecto.

## ARTIGO 5.º, N.º 6.º

**6.º — A infracções cometidas fora do território nacional contra portugueses, por portugueses que vivam habitualmente em Portugal ao tempo da prática do facto e sejam encontrados em território português.**

### I

A seu respeito começou por ponderar o Autor do Projecto: o n.º 6.º do artigo 5.º é um preceito inteiramente novo, que tem por finalidade evitar as hipóteses mais chocantes de fraude à lei penal. Dois exemplos bastarão para mostrar o seu alcance: uma portuguesa, que sabe que o aborto é punido em Portugal, vai abortar à Alemanha Oriental, onde tal actividade é considerada lícita, regressando logo depois ao nosso país — caso em que, segundo os princípios tradicionais, continuaria a viver aqui impune; um indivíduo casado em Portugal catòlicamente consegue no México uma sentença de divórcio, aí se casando com outra pessoa — findo o que volta com o cônjuge a Portugal, continuando aqui a viver impune. Eis duas hipóteses caracterizadas de fraude à lei penal, que agora, por força do n.º 6.º do artigo 5.º, passarão a cair sob a alçada da lei penal portuguesa. Atento, porém, o carácter excepcional da disposição, nela se exige que os agentes vivam habitualmente em Portugal ao tempo da prática do crime e aqui sejam encontrados.

### II

A única dúvida que se pôs, a propósito deste preceito — saudado por todos os membros como maneira particularmente feliz de resolver um problema até agora em aberto — foi a de saber se a expressão «contra portugueses» não seria restrita em demasia. Ela cobre, ponderou o Cons.º Osório, a hipótese, também muito frequente, de crimes praticados por portugueses contra portugueses, *v. g.* no seio de um grupo excursionista que se desloca ao estrangeiro. Mas conseguirá ela abarcar hipóteses como, por exemplo, a do aborto, referida pelo Autor do Projecto? Poderá considerar-se o feto um «português»?

No mesmo sentido, mas de forma radical, o Dr. Maia Gonçalves propôs que se eliminasse pura e simplesmente a expressão «contra portugueses». Mas esta ideia logo mereceu censura do Dr. Guardado Lopes, que pôs em relevo que ela iria aumentar, para além do que é admissível, a incidência do princípio.

### III

Esta opinião foi depois reforçada pelo Autor do Projecto que disse que, a eliminar-se aquela expressão, não só se iria dar carácter de generalidade a uma disposição pensada para hipóteses excepcionais de fraude à lei penal, como afinal se acabaria por conferir ao princípio da nacionalidade uma incidência maior do que a que se contém no número anterior e que chegaria mesmo a brigar com o princípio-regra da territorialidade. O que não o impede de reconhecer que convirá procurar uma expressão que abranja, de forma mais clara, a referida hipótese do aborto — talvez substituindo-se «contra portugueses» pela expressão «contra interesses portugueses», expressão que, todavia, considera talvez um pouco imprecisa.



#### IV

Posto à votação, pelo Senhor Ministro, o problema de saber se devia utilizar-se a expressão «interesses portugueses», a Comissão exprimiu o desejo de que se encontrasse uma expressão mais definida. O Secretário da Comissão alvitrou que em vez de «interesses» se poderia então falar de «bens jurídicos portugueses», alvitre que foi *aprovado por unanimidade*.

#### ARTIGO 5.º, § 1.º

§ 1.º — *Um crime considera-se praticado no lugar em que, total ou parcialmente e sob qualquer forma de participação, se desenvolveu, ou no caso de omissão devia desenvolver, a actividade criminosa, bem como naquele em que veio a produzir-se o resultado descrito no respectivo tipo legal de crime.*

#### I

O Autor do Projecto chamou a atenção para o facto de neste parágrafo se consagrar a chamada solução *plurilateral* na resolução do problema da sede do delito: considera-se lugar do facto aquele onde se verificou quer a actividade — ou omissão — do agente, quer o evento descrito no tipo legal de crime. Ninguém desconhece que esta solução é exigida pelo interesse de que, em virtude dos diferentes critérios usados por leis de diferentes países, os criminosos não fiquem impunes; aliás ela tem sido recomendada em Congressos Internacionais, sobretudo por parte do Instituto de Direito Internacional, em 1931. Na redacção do parágrafo houve todavia um lapso, que desde já se corrige: onde se diz «se desenvolveu, ou no caso de omissão devia desenvolver, a actividade criminosa», deve dizer-se «se desenvolveu a actividade criminosa ou, no caso de omissão, devia desenvolver a actividade esperada».

#### II

Na discussão, levantaram-se dois problemas:

O primeiro, levantado pelo Cons.º José Osório, diz respeito à expressão «resultado descrito no respectivo tipo legal de crime». É que casos há em que o resultado que vai determinar a competência dos tribunais portugueses não é o que se descreve no tipo legal de crime que se imputa ao agente, mas o que se contém num outro tipo legal: assim acontece no caso daqueles crimes a que o Prof. Eduardo Correia chama crimes «substancialmente materiais e tipicamente formais», como, por exemplo, o envenenamento, sempre que o resultado «morte» vem efectivamente a produzir-se. Por isso se prefere que se fale, de forma mais genérica, em «resultado criminoso».

O segundo problema foi levantado pelo Dr. Maia Gonçalves, que disse pôr-se a respeito do parágrafo em discussão uma questão paralela à que se pôs em relação ao artigo 4.º: contém ele um princípio geral ou quer-se aplicar apenas às hipóteses contidas no artigo 5.º? Parece que, neste caso, a última hipótese é a exacta. Pelo que, a ser assim, convém fazer anteceder o texto do parágrafo da expressão: «Para efeitos deste artigo...». No mesmo sentido se pronunciou o Dr. Guardado Lopes, afirmando que a restrição é tanto mais conveniente quanto não pode esquecer-se que a disposição em exame deixará, na técnica legislativa aprovada pela Comissão, de ser um parágrafo para passar a ser um número.

#### III

Respondendo às objecções, disse o Autor do Projecto: A restrição preconizada pelos Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes não parece ter por si razões de peso; nada desaconselha que a solução oferecida pelo § 1.º se use em todas as hipóteses que venham a pôr o problema da sede do delito, salva disposição especial em contrário.

Quanto à objecção do Cons.<sup>o</sup> José Osório, não se vê bem qual seja o seu alcance. Pois o que é o resultado criminoso senão, pelo menos na concepção normativa que doutrinalmente se perfilha, o resultado descrito no tipo legal de crime? A razão por que o envenenamento ocorrido no estrangeiro é punido em Portugal é porque cá se produziu um resultado que tipiciza, quando ele tem lugar, o crime-base do envenenamento. Isto é, o crime de homicídio. Se, pois, assim é, deve concluir-se que «resultado criminoso» é uma expressão mais vaga do que a que se contém no Projecto e que por sua vez acarreta não menores problemas do que esta; em particular, ela admite que se leve a concepção do resultado de novo para o campo naturalista e, desta forma, se tornem válidas todas as críticas — nomeadamente as de imprecisão — que à teoria naturalista do resultado têm sido assacadas.

#### IV

Pelo Senhor Ministro foram depois postas à votação três propostas:

A primeira, contendo a proposta de alteração do texto preconizada pelo próprio Autor do Projecto. A propósito, o Cons.<sup>o</sup> José Osório ponderou ser gramaticalmente mais correcto falar-se, em vez de «devia desenvolver», em «deveria ter-se desenvolvido». Estas propostas foram *aprovadas por unanimidade*, ficando a ser a seguinte a redacção do parágrafo na parte em questão: «se desenvolveu a actividade criminosa, ou, no caso de omissão, deveria ter-se desenvolvido a actividade esperada».

A segunda, dirigida a substituir a expressão «resultado descrito no tipo legal de crime» por «resultado criminoso», foi *aprovada por maioria*.

A terceira, relativa à introdução das palavras «Para os efeitos deste artigo» no início do parágrafo em apreciação, foi *aprovada por maioria*.

#### ARTIGO 5.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>

§ 2.<sup>o</sup> — *A aplicação da lei penal portuguesa a infracções praticadas fora do território nacional só terá lugar quando o criminoso não tenha sido julgado — ou havendo-o sido, se haja subtraído ao cumprimento de toda ou parte da pena a que foi condenado — no país em que delinuiu.*

#### I

O Autor do Projecto frisou que este parágrafo é uma consequência directa do princípio de que a aplicação da lei nacional a crimes praticados fora do território respectivo é sempre *uma aplicação subsidiária*. A Comissão já a outro propósito levantou a questão de saber se tal princípio não será demasiado lato em relação aos crimes considerados e a considerar no n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup> do presente artigo; já nessa altura, também, se expendeu o próprio ponto de vista: crê-se que ainda nessas hipóteses deve continuar a afirmar-se o princípio contido no parágrafo em discussão — até porque, de outra forma, estaremos a revelar uma desconfiança internacional que não deverá ter aqui lugar. Resta chamar de novo a atenção para o facto de que, nesta parte, o Projecto limita-se pura e simplesmente a propor a solução que é já a actualmente consagrada pelo Código vigente.

#### II

Iniciada a discussão, o Conselheiro José Osório discordou da solução consagrada no § 2.<sup>o</sup>, considerando-a não-razoável. Na verdade, disse, em primeiro lugar não deve esquecer-se que a lei penal portuguesa é aplicável mesmo a crimes que não são como tal considerados pela lei do lugar em que foram praticados. Em segundo lugar, por exemplo nas hipóteses previstas nos n.<sup>os</sup> 3.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup>, bem pode acontecer que a lei do lugar preveja uma pena insignificante para um crime que em Portugal se considera grave e que ofende

de maneira sensível o nosso sentimento de justiça, ou mesmo que o que aqui se considera crime grave seja além reputado uma simples contravenção. Isto mostra que têm necessariamente que introduzir-se limitações ao princípio contido no § 2.º, pelo menos sempre que estejam em jogo interesses importantes de ordem pública portuguesa. O melhor caminho prático para dar satisfação a esta exigência será o de ressaltar expressamente aqueles artigos que contêm incriminações em relação às quais a aplicação da lei penal portuguesa deve sobrepor-se a todas as considerações.

Estas considerações foram inteiramente subscritas depois pelo Dr. Maia Gonçalves, que afirmou repugnar ao sentimento comum deixar o julgamento e a punição de crimes contra a segurança do Estado português ao cuidado de tribunais estrangeiros; como igualmente repugna, por exemplo, que se possa renunciar à punição do autor de um crime de aborto, cometido por um português num lugar onde tal actividade seja considerada uma contravenção ou seja punida com uma simples multa. O Dr. Sidónio Rito subscreveu igualmente estas considerações.

Num sentido mais restritivo pronunciou-se o Dr. Guardado Lopes, afirmando: o Prof. Eduardo Correia disse que não podemos colocar-nos numa situação de sistemática desconfiança internacional, e tem toda a razão; mas há interesses de que se não pode abrir mão em favor da competência de tribunais estrangeiros — e esses interesses são, fundamentalmente, os da segurança do Estado, de tal forma que só eles devem ser ressaltados do comando do § 2.º.

### III

O Autor do Projecto, encarando as objecções feitas, começou por pôr em evidência que o comando do § 2.º tinha de ser conexionado com o do § 3.º, na manutenção do qual põe, como em breve dirá, o maior interesse. Ora, para que se respeite o § 3.º e o princípio da recepção da lei penal estrangeira na ordem jurídico-cri-

minal portuguesa que nele se contém há, por força, que respeitar a essência do princípio contido no § 2.º. Se, por conseguinte, a Comissão entende que deve fazer restrições ao comando do § 2.º, elas poderão ser feitas — desde que com isto se não toque a sua essência e se respeite ainda o princípio contido no § 3.º; tais restrições deverão, contudo, de qualquer forma, ser prudentes, para que se não crie uma hostilidade internacional a que se não pode aderir e que não parece ser, a qualquer título, conveniente.

Aliás, nem só pelo caminho das restrições legislativas se poderá resolver o problema. Outro caminho possível — e ao qual em princípio se não adere, mas que poderá ser ponderado — é o de ressaltar a possibilidade de revisão — revisão em sentido material, como é evidente —, em certos casos, da sentença penal estrangeira. Cumpre, aliás, dizer ainda — para o caso de a Comissão se decidir pela ressalva, por via legislativa, de um certo número de hipóteses — que se não concorda também que a ressalva abranja os casos previstos no n.º 6.º do artigo 5.º: é que, na verdade, como então se disse, esta disposição representa já um alargamento da aplicação da lei penal portuguesa a certas hipóteses excepcionais, às quais tradicionalmente ela se não applicava; não parece, pois, bem, que a lei portuguesa não ceda perante a lei do lugar, quando tais factos são aí punidos e o delinquento foi já aí julgado.

### IV

A terminar a discussão interveio o Senhor Ministro, que começou por fazer notar que os casos como os que agora se discutem poderiam ser facilmente resolvidos, em Processo Civil, através do *princípio da reciprocidade*, que, todavia, não pode ser aqui aplicado, uma vez que em direito penal estão em jogo interesses de ordem eminentemente pública. De sorte que os dois grandes caminhos de solução, sobre os quais se deve pronunciar a Comissão, são os seguintes: ou uma via legalista, ressaltando expressamente da

aplicação do princípio do § 2.º aqueles casos que, pela sua particular delicadeza, se entenda não deverem ser em definitivo solucionados pelos tribunais estrangeiros; ou uma via administrativa, segundo a qual o princípio do § 2.º se mantém em toda a sua pureza, mas deixando na mão do Governo a possibilidade de requerer a revisão de certas sentenças estrangeiras. Caso a Comissão entenda dever seguir a via indicada em primeiro lugar, terá depois de escolher entre dois critérios de limitação: o menos rigoroso, defendido pelo Dr. Guardado Lopes, segundo o qual se ressaltarão apenas as hipóteses de crimes contra a segurança do Estado; o mais rigoroso, propugnado pelo Conselheiro Osório, que se propõe ressaltar todas aquelas hipóteses que caibam nos n.ºs 3.º e 6.º.

## V

Postas estas questões à votação, a Comissão decidiu:

*Por unanimidade*, seguir a via legalista.

*Por maioria*, ressaltar as hipóteses que venham a ser formuladas na Parte Especial do Código e caibam nos n.ºs 3.º e 6.º do artigo 5.º.

## ARTIGO 5.º, § 3.º

§ 3.º — *Sempre que a lei penal for aplicável a infracções cometidas fora do território nacional, o tribunal julgará o crime segundo a lei do país em que a infracção teve lugar — havendo-a — se ela for mais favorável ao delinquente.*

## I

Interveio em primeiro lugar o Autor do Projecto, para pôr em evidência que o princípio consagrado no § 3.º, sendo embora recente, é hoje saudado e acolhido em todos os lados. Bastará, para o provar, relembrar a aceitação que ele mereceu por parte

da Associação Internacional do Direito Penal no seu VIII Congresso, reunido em Lisboa em 1961, e a adesão que teve por parte do antigo Procurador-Geral da República Dr. Furtado dos Santos e relator português do tema — «A aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional» —, adesão consubstanciada no artigo que publicou no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92 (1960), pág. 159, sob o título «Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional. A aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional».

A justificação do princípio que agora se propõe é, aliás, muito simples: Portugal não deve deixar impunes os criminosos que praticaram infracções no estrangeiro e se encontram agora no país, para que desta maneira se não transforme em um coito de criminosos; mas também não deve pecar por excesso, impondo a aplicação da sua lei a factos praticados no estrangeiro, sempre que a lei do lugar é menos desfavorável ao delinquente que a lei portuguesa. Daí, pois, que nestas hipóteses Portugal deva receber a lei estrangeira mais favorável e aplicá-la ao delinquente. O problema do direito internacional penal, que até há pouco era exclusivamente o da competência positiva do sistema jurídico-penal nacional, passa agora a abranger também — de uma forma inteiramente idêntica à do direito internacional privado — a questão da aplicação, nestas hipóteses, do direito penal estrangeiro, isto é, do direito penal do lugar onde a infracção foi praticada.

Só haverá que ter em conta que, uma vez que a Comissão entendeu por bem fazer certas ressalvas ao princípio consignado no § 2.º, tais ressalvas terão agora que repetir-se em relação ao § 3.º.

## II

Iniciada a discussão, as considerações do Autor do Projecto mereceram a inteira concordância do Dr. Maia Gonçalves, que afirmou consagrar-se no § 3.º um salutar princípio cuja exequi-

bilidade está já provada em legislações estrangeiras, nomeadamente na Suíça; o que terá de ser feito — e deverá sê-lo — é introduzir as limitações que já se consagraram no § 2.º e para as quais o Autor do Projecto chamou a atenção. A doutrina do parágrafo mereceu também a concordância do Dr. Sidónio Rito.

Contra a doutrina do texto legal em exame se pronunciou, todavia, o Conselheiro José Osório, considerando-a inexecutável. O que deve fazer-se, afirmou, não é de modo algum preconizar a possibilidade de aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional, mas, mais modestamente, nos casos que cabem na hipótese do parágrafo, limitar a punição que deva ter lugar segundo a lei nacional em atenção aos critérios preconizados, para o caso concreto, pela lei estrangeira. Mais exactamente, deveria limitar-se a decisão proferida em Portugal, segundo a lei portuguesa, pela gravidade que a infracção assumia no lugar em que foi praticada.

Por sua parte o Dr. Guardado Lopes perguntou se, verdadeiramente, o parágrafo em questão não contém uma regra de processo penal, tendente a definir a competência do tribunal português.

### III

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto começou por afirmar que no parágrafo em questão se não trata um problema processual, mas o problema substantivo da determinação da lei aplicável a certos delinquentes que cometeram crimes no estrangeiro; é, verdadeiramente, uma hipótese de recepção, pela ordem jurídica portuguesa, de uma lei ou de um regime estipulado por uma lei estrangeira. A justificação do princípio já foi dada e é conhecida, pelo que não valerá a pena insistir nela.

A objecção do Conselheiro José Osório — que põe em causa a praticabilidade do princípio — por ponderosa que pareça não é procedente, nem em abstracto, nem, muito menos, quando concretamente considerada à face do Projecto. Na verdade, as difficul-

dades com que depara o princípio em discussão não são, segundo a sua natureza, diferentes daquelas com que depara o direito internacional privado. E depois, tal como está pensado o sistema punitivo do Projecto, a aludida impossibilidade de dar execução às prescrições penais estrangeiras só poderia traduzir-se em estas imporem a aplicação da pena de prisão perpétua ou da pena de morte — únicos tipos de penas, entre os actualmente consagrados pelas legislações estrangeiras, que o Projecto desconhece; mas, neste caso, justamente, o problema não chegará a pôr-se, uma vez que então a lei portuguesa será sempre mais favorável ao delinquente. Em todo o caso — e para prevenir a possibilidade de vir amanhã uma legislação estrangeira a criar um novo tipo de pena —, o mais que poderá conceder-se é que se acrescente ao disposto no parágrafo: «e o seu regime puder ser executado em Portugal».

Nem se diga que esta restrição acaba, afinal, por invalidar o princípio. Invalidá-lo seria, sim, aceitar as sugestões do tipo das preconizadas pelo Conselheiro José Osório, tendentes a ter em conta a lei estrangeira, mas para efeitos de se aplicar a lei portuguesa. Pois, na verdade, o que o princípio quer impor é *que se aplique a lei estrangeira*, embora, evidentemente, por força da lei portuguesa. Se se não aceita o princípio — que, acentua-se, parece ser hoje imposto pelo princípio da colaboração internacional —, então o caminho legítimo é cortar pura e simplesmente o parágrafo: é esta a opção fundamental que se põe à Comissão.

### IV

O Senhor Ministro interveio, então, para considerar desde já *aprovada por unanimidade* a ideia de que as restrições que a Comissão entendeu fazer ao § 2.º constem também do § 3.º.

E, depois, quanto ao problema posto pela disposição em análise, disse: A execução do princípio em discussão depara com dificuldades sensíveis — dificuldades que poderão logo nascer

no momento de saber qual o regime concretamente mais favorável ao delinquente, se o da lei estrangeira se o da lei portuguesa, uma vez que o juiz terá, muitas vezes, de comparar grandezas heterogéneas. E dificuldades que poderão levantar-se depois no momento da execução da pena. Por isso o Conselheiro José Osório propôs a eliminação pura e simples da possibilidade de o juiz nacional aplicar a lei estrangeira, enquanto o Prof. Eduardo Correia chamou em seu auxílio a experiência do direito internacional privado, que tem deparado com dificuldades análogas. Todavia, cumpre chamar a atenção para o reverso da medalha: as desigualdades de punições que o sistema pode acarretar em relação a crimes iguais. *A*, português, furta aqui um automóvel; *B*, também português, furta um automóvel igual, a um outro português, em França; ambos são julgados em Portugal, porventura no mesmo dia e no mesmo tribunal: *B* é punido muito menos severamente que *A*, só porque cometeu o crime no estrangeiro! Isto é chocante, sobretudo porque — diversamente do que acontece em direito internacional privado — a incriminação e punição de certos factos, em determinado país, por uma certa forma, têm muitas vezes atrás de si uma opção muito viva por certos valores.

O Autor do Projecto tomou então a palavra para contraditar a precedente argumentação. Também se se abandona o princípio em discussão, disse, não deixarão de existir divergências chocantes de punição. Assim, se *A* e *B* cometeram aquele furto em França, o primeiro como autor e o segundo como cúmplice e são ambos encontrados em Portugal, sendo extraditado o primeiro mas não podendo sê-lo o segundo, teremos que, enquanto aquele será punido, segundo a lei francesa, com uma pena levíssima, este sê-lo-á, de acordo com a lei portuguesa, com uma pena pesada. Não pode esquecer-se que a razão fundamental que está na base da aplicação da lei nacional a crimes cometidos no estrangeiro está em que o criminoso não pode ser extraditado. Sendo assim,

a nossa intervenção é sempre *em substituição* da intervenção do país onde foi cometido o crime; de maneira que pretender, ainda aqui, impor as concepções punitivas portuguesas é, vistas bem as coisas, aproximarmo-nos perigosamente do princípio-base da nacionalidade, que, depois da experiência alemã do tempo do nacional-socialismo, é unânimemente repudiado. Convém, aliás, ter presente que a aceitação do princípio em causa não significa de nenhuma maneira limitação da soberania nacional, uma vez que a lei estrangeira se aplica, sim, mas por força da lei nacional. Aliás, a disparidade de julgamentos a que o Senhor Ministro se referiu será certamente compreendida e aceite desde que se saiba que a sua razão está no facto de um dos crimes ter sido cometido, ao contrário do outro, no estrangeiro.

Sendo assim, restam as objecções que se fazem à possibilidade de se executar o princípio. Que aqui há dificuldades, e graves, não é lícito negá-lo. Mas que elas são vencíveis pelo juiz, já o mostra a experiência suíça, onde o princípio se encontra consagrado há mais de 20 anos, sem que haja notícia de quaisquer entraves não contornáveis; à jurisprudência competirá formular critérios, mais ou menos seguros, de resoluções dos diversos problemas práticos que se forem suscitando. No sentido da natureza vencível de tais dificuldades falam também, aliás, a resolução aprovada recentemente pelo já referido Congresso da A. I. D. P. de Lisboa e o estudo, também já mencionado, do Dr. Furtado dos Santos.

O Dr. Sidónio Rito interveio, finalmente, para dar o seu aplauso ao princípio contido no parágrafo em discussão. Mas acenou que se impunha fornecer ao juiz um critério geral de solução dos problemas que provavelmente virão a levantar-se na sua execução prática; restará saber em que medida tal critério poderá chegar a invalidar o próprio princípio.

Passando-se à votação, a Comissão *aprovou, por maioria*, o princípio da aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional, com as restrições — já aprovadas — relativas aos n.ºs 3.º e 6.º do artigo 5.º. Mas pediu também ao Prof. Eduardo Correia que estudasse a possibilidade de se consagrar já, no mesmo parágrafo, um critério de resolução dos problemas que a execução do princípio pode suscitar.

#### ARTIGO 5.º, § 4.º

§ 4.º — *Quando o réu tiver sido julgado no estrangeiro e voltar a sê-lo, pelo mesmo facto, em Portugal, levar-se-á sempre em conta, na pena a que venha a ser condenado, aquela que no estrangeiro já tiver cumprido.*

O Autor do Projecto fez notar que a doutrina deste parágrafo está já praticamente consagrada no Código actual e que o único problema que poderia suscitar — a forma de tomar em conta a pena cumprida no estrangeiro — está expressamente resolvido no artigo 93.º.

Sem discussão, o preceito foi *aprovado por unanimidade*.

#### ARTIGO 6.º

*O presente Código não é aplicável a pessoas que devam ser julgadas segundo o direito penal militar, o direito penal da marinha mercante ou outra legislação especial, salvo quando for mandado aplicar subsidiariamente.*

O Dr. Sidónio Rito objectou ao preceito que ele está longe de corresponder à ideia que se deve consagrar, uma vez que não é o Código Penal que é subsidiário em relação por exemplo ao direito penal militar, mas sim justamente o contrário.

A isto respondeu o Autor do Projecto que não parece que o Código Penal — sendo embora ele a lei fundamental nesta matéria — se deva impor a outro Código que é autónomo; há uma como que divisão de competências que a prudência manda respeitar. E, de qualquer forma, não há interesse em estar a erigir o Código Penal em direito-regra; até porque, perante ele, a ordem jurídico-penal militar não é, em rigor, excepcional, mas autónoma. Acresce, finalmente, que o facto de se elevar o Código Penal a regime aplicável salvo disposição em contrário pode envolver a possibilidade de regimes duplos.

O Senhor Ministro, afirmando que, de qualquer forma, todos estavam de acordo com a ideia de que o direito penal especial não vai definir os fundamentos do direito penal, mas apenas regulamentar aquilo que julgue haver de especial na sua ordem, perguntou à Comissão se preferia a redacção do Projecto ou outra que dissesse: «O presente Código é aplicável subsidiariamente ao direito penal militar, ao direito penal da marinha mercante ou a outra legislação penal especial, salvo disposição em contrário». Esta última formulação foi *aprovada por maioria*.

Depois de discutido e votado este artigo, encerrou-se a sessão, eram 20 horas.

## ACTA DA 6.ª SESSÃO

Às 15 horas do dia 10 de Janeiro de 1964 iniciou-se a 6.ª Sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Ex.ª o Senhor Ministro da Justiça. Não estavam presentes os Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva, nem o Dr. Sidónio Rito. O Senhor Ministro começou por propor — o que foi *aprovado por unanimidade* — que se discutissem e votassem os assuntos pendentes, começando pelo

### LIVRO I

### PARTE GERAL

### TÍTULO I

### CAPÍTULO I

### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

#### ARTIGO 1.º

*A ninguém pode ser imposta qualquer reacção criminal sem que uma lei anterior expressamente a estabeleça e, sem recurso à analogia, descreva o facto a que corresponde.*

§ único. *A descrição pela lei de uma acção ou omissão como punível deve ser anterior à sua prática.*

O Senhor Ministro leu as três propostas elaboradas pelo Secretário da Comissão (a Proposta n.º 1, com base na apresentada pelo

Senhor Ministro; a Proposta n.º 2, que reproduz uma das apresentadas pelo Prof. Gomes da Silva; e a Proposta n.º 3, que reproduz uma das apresentadas pelo Conselheiro José Osório), perguntando à Comissão sobre qual das propostas preferia que incidisse a votação. Antes de dar a palavra aos membros presentes, porém, leu uma carta do Prof. Ferrer Correia, na qual este se pronunciava a favor da Proposta n.º 1, já por ser a que mais claramente consagra todas as implicações do princípio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», já porque ela, diferentemente da Proposta n.º 2, elevava tal princípio à sua verdadeira dignidade: a de garantia fundamental dos cidadãos.

O Autor do Projecto pronunciou-se a favor da Proposta n.º 1, sobretudo porque qualquer das outras apresenta a desvantagem de não pôr claramente o problema da anterioridade da descrição do comportamento em relação ao momento da prática do facto.

O Conselheiro José Osório pôs em evidência a ideia fundamental que norteou a sua proposta: todas as medidas criminais servem para prevenção ou repressão de um crime; receia que a fusão do princípio da legalidade relativa às penas com princípios relativos às medidas de segurança venha a enfraquecer a força do princípio em relação aos *crimes*, uma vez que na aplicação das medidas de segurança há sempre uma certa elasticidade que se não permite em face das penas. Defende, pois, a sua proposta, sem prejuízo de reconhecer que a sua forma pode ser melhorada.

O Dr. Guardado Lopes preferiu a Proposta n.º 1, não só porque não acredita na possibilidade de se aplicar uma medida de segurança que não esteja expressamente prevista na lei — o que o Conselheiro José Osório parece aceitar —, como porque, afinal, também na proposta n.º 3 se fala de «*medidas criminais*», o que abrange as medidas de segurança. No mesmo sentido se dirigiu o voto do Dr. Maia Gonçalves, que pôs também em evidência a lacuna que se abre no n.º 1 da Proposta n.º 3, onde se



começa por falar de medidas criminais (expressão que abrange as medidas de segurança) e se fala depois só em penas.

O Senhor Ministro, considerando votada *por maioria* a proposta n.º 1, pôs à discussão a formulação nela contida. Esta foi integralmente aceite pelo Prof. Eduardo Correia, bem como pelo Dr. Guardado Lopes. O Conselheiro José Osório disse preferir, à expressão «reacções criminais», a expressão «medidas criminais». O Dr. Maia Gonçalves disse que no n.º 3, onde se diz «a que corresponde», preferia que se dissesse «passível de». Finalmente, todos concordaram em que, no n.º 1, se eliminasse o termo «anterior» e se dissesse «comportamento» em vez de «facto».

Efectuada a votação, aprovou-se a redacção seguinte:

#### ARTIGO 1.º

1. *A ninguém pode ser aplicada qualquer reacção criminal sem que uma lei expressamente a estabeleça, descrevendo o facto a que corresponde.*

2. *Um comportamento só poderá ser punido se a punibilidade estiver legalmente estabelecida antes da sua realização.*

3. *Na aplicação da norma que prevê um comportamento passível de uma reacção criminal não é permitido o recurso à analogia.*

O Conselheiro José Osório notou que não é inteiramente exacto dizer-se que é *na aplicação da norma* que se veta o recurso à analogia, no que foi secundado por outros membros da Comissão; esta assentou que a questão ficasse anotada e que no futuro se estudasse uma maneira de expressar mais correctamente a ideia que se pretende consagrar. Posto isto, passou-se à discussão do

## CAPÍTULO II

### DA LEI PENAL

#### ARTIGO 3.º, N.º 1.º, SEGUNDA PARTE

*O disposto não tem aplicação quando a lei penal vale para um determinado espaço de tempo ou para um certo estado de coisas e o facto que a viola foi praticado dentro do período de tempo ou durante a situação por ela previstos.*

O Senhor Ministro leu o texto de substituição, elaborado pelo Prof. Eduardo Correia: «Quando, porém, a lei penal foi estabelecida para um determinado espaço de tempo ou para um certo estado de coisas, os factos praticados durante a sua vigência continuarão a ser puníveis» e pô-lo à discussão.

O Conselheiro José Osório afirmou que a presente redacção dá uma ideia muito mais nítida que a anterior do princípio que se pretende consagrar — afirmação depois subscrita pelos membros restantes. Sugeriu, todavia, que em vez de «certo estado de coisas» se dissesse «estado de coisas transitório» — já que, afinal, toda e qualquer lei é feita para um certo estado de coisas.

Passando-se à votação, a Comissão aprovou *por unanimidade* a proposta do Prof. Eduardo Correia, com a alteração preconizada pelo Conselheiro José Osório. Passou-se, assim, ao

#### ARTIGO 5.º, N.º 2.º

*2.º — A infracções cometidas fora do território nacional a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, salvo tratado ou convenção internacional em contrário;*

A este propósito o Prof. Eduardo Correia, falando também em nome do Prof. Ferrer Correia, afirmou que, do estudo a que haviam procedido, resultou a impossibilidade de se consagrar um

critério especialmente adequado a resolver as hipóteses de freamento de navios ou aeronaves ou outras hipóteses análogas. O único critério possível — aliás seguido pela generalidade das legislações — é o critério da nacionalidade, determinada através do *pavilhão*; quais sejam, porém, os navios ou aeronaves portugueses (isto é, que possam arvorar pavilhão português) é questão que, no Código Penal, deve ficar em branco, para ser resolvida depois pelas normas do direito comercial ou do direito internacional privado.

Contra esta opinião se levantou o Dr. Maia Gonçalves, que afirmou persistir na ideia de que seria mais conveniente procurar um conceito especificamente penal de navio ou aeronave, para efeitos de aplicação no espaço da lei penal portuguesa. Também o Conselheiro Osório emitiu dúvidas sobre se o critério preconizado pelo Prof. Eduardo Correia resolveria adequadamente todas as hipóteses, nomeadamente a de o navio ser de uma certa nacionalidade, com tripulação dessa nacionalidade, mas arvorando pavilhão de nacionalidade diferente. Ao que o Prof. Eduardo Correia obtemperou que o problema aí era saber se um navio em tais condições poderia, legitimamente, arvorar pavilhão de nacionalidade diferente — mas que tal problema não era, em última análise, um problema de direito penal.

Posta a questão à votação, foi *aprovada por maioria* a formulação que se encontrava no n.º 2.º do artigo 5.º do Projecto. Com isto se passou ao

#### ARTIGO 5.º, § 3.º

§ 3.º — *Sempre que a lei penal for aplicável a infracções cometidas fora do território nacional, o tribunal julgará o crime segundo a lei do país em que a infracção teve lugar — havendo-a — se ela for mais favorável ao delinquente.*

O Autor do Projecto começou por recapitular os argumentos fundamentais que levam a que as dificuldades práticas, que se

levantam na execução do princípio da aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional, não devam nunca ofuscar a pureza de tal princípio. A este propósito recordou as resoluções aprovadas, sobre este ponto, pelo 8.º Congresso da A. I. D. P.. Nada disto, disse a seguir, deve porém fazer esquecer que, na realidade, há dificuldades graves na execução do princípio; não só, aliás, as que foram postas em evidência pelo Senhor Ministro e pelo Conselheiro José Osório, mas muitas outras, de natureza bem diferente, como, por exemplo, as relativas à determinação do tribunal competente, à interpretação do direito estrangeiro, etc.. Certo é, porém, que muitas das dificuldades ou são de natureza processual — devendo ser resolvidas no lugar respectivo —, ou são insusceptíveis de resolução por via legislativa, devendo ser deixadas à prática jurisprudencial; as que ficam e que podem ser resolvidas no artigo 5.º, são, efectivamente, as que dizem respeito à execução da pena — embora a resolução do problema pudesse ficar também para o Código de execução das penas.

Dois caminhos de resolução se apresentam; o primeiro seria, na esteira de Donnedieu de Vabres, elaborar uma tábua completa de conversão; mas, para além de ser dificilmente exequível, este sistema teria de ser revisto sempre que surgisse uma pena nele não considerada. De maneira que resta o segundo caminho, já ensaiado com bom resultado na prática jurisprudencial suíça, e de acordo com o qual se propõe o seguinte acrescentamento para o § 3.º: «*Para efeitos de execução, porém, o tribunal converterá sempre a pena aplicada segundo a lei estrangeira naquela que lhe corresponde no sistema punitivo nacional, ou, no caso da falta de correspondência directa, naquela cuja natureza e regime, no sistema português, mais se aproxima da pena a converter*».

Posto em discussão este texto, ele mereceu a aprovação de todos os membros da Comissão, tendo todavia o Conselheiro José Osório, posto em relevo que o seu aplauso não prejudicava as reservas que formulara ao próprio princípio da aplicação da lei

estrangeira pelo juiz nacional, reservas que, contudo, não tinham agora cabimento, em face da aprovação do princípio pela Comissão. Por ele foi ainda levantada a questão de saber se o § 3.º devia também aplicar-se às hipóteses do n.º 2.º do artigo 5.º, sobre a qual o Dr. Guardado Lopes se pronunciou em sentido negativo. O Dr. Maia Gonçalves disse que, nessas hipóteses, o crime não devia verdadeiramente considerar-se cometido fora do território nacional. Por seu turno, o Autor do Projecto pronunciou-se pela aplicação, ainda nessas hipóteses, da lei penal estrangeira.

Posto o texto proposto à votação, foi ele *aprovado por maioria*.

Depois de resolvidas estas questões pendentes, passou-se à discussão do

## TÍTULO II

### CAPÍTULO I

#### DO FACTO

#### ARTIGO 7.º

*O facto ou o resultado descrito num tipo legal de crime abrange não só a acção adequada a produzi-lo, mas também a omissão da acção adequada a evitá-lo.*

§ 1.º — *A comissão de um resultado por omissão só é, todavia, punível quando o dever de agir for confirmado por um preceito legal, um contrato ou uma situação criada pelo omitente, que o constituam, pessoalmente, garante da não produção do resultado.*

§ 2.º — *A pena poderá no caso do parágrafo anterior ser atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º.*

#### I

O Autor do Projecto, no seu esclarecimento inicial, acentuou que o artigo 7.º procura, por um lado, consagrar uma ideia de

*adequação* em matéria de causalidade ou de imputação objectiva, e, ao mesmo tempo, resolver o controvertido problema da equiparação da *omissão* à acção. A primeira ideia é a que tem sido prevalentemente defendida entre nós, pelo que não merecerá qualquer esclarecimento particular. Quanto à segunda, são de todos conhecidos os problemas com que tem deparado toda a tentativa de equiparação. Sabe-se como falharam todas as tentativas que partiam de um conceito naturalístico de omissão (que traduzisse, ele próprio, algo de positivo, uma actividade que vulgarmente se ia procurar num «aliud agere») e como, em consequência disso, é hoje ideia assente a de que tal equiparação só pode ser feita no plano normativo. Qual, porém, a razão da equiparação? A ideia de que ela se faria por força de preceitos autónomos, que imporiam certas condutas com vista a evitar a produção de certos resultados, implicaria dificuldades só a custo superáveis na criação legislativa de tais preceitos, além de que conduziria a um dualismo de incriminações desnecessário e que nada aconselha. A maneira mais simples e exacta de resolver o problema será a de partir dos próprios preceitos que proíbem a produção de certos resultados, consagrando a ideia de que estes se imputam objectivamente, quer às condutas que os produzem, quer às omissões que os deixam ter lugar.

Porém — até que ponto levar a equiparação? Admitir uma equiparação total, à maneira do Projecto alemão de 1933, parece ser forçar as coisas; daí que se exija hoje, em quase toda a parte, que o agente ao qual se vai imputar a omissão tivesse uma posição de garante pela não produção do resultado — posição que, de acordo com a doutrina alemã, pode derivar ou da lei, ou de um contrato, ou de uma situação anterior criada pelo omitente. Dir-se-á que também isto significa restringir demasiado a equiparação, na medida em que se deixam de fora muitas hipóteses em que o dever de agir é flagrante, como, *v. g.*, quando alguém descobre um incêndio e pode sem custo avisar os bombeiros, ou pode lançar uma bóia a um naufrago sem qualquer perigo para si. Simples-

mente, tornar jurídico este insofismável dever cristão de solidariedade, equiparando também nestas hipóteses a omissão à acção, é criar uma obrigação para os indivíduos que pode chegar a pôr em causa a segurança e as liberdades individuais — até porque toda a gente começaria a imiscuir-se na vida e nos negócios alheios, receando que, de outra forma, lhe pudessem ser imputadas omissões. A solução melhor, por tudo o que fica dito, parece ser a seguinte: restringir a equiparação da omissão à acção àquelas hipóteses em que o agente tem um dever jurídico de garante pela não produção do resultado; e criar, na Parte Especial do Código, um dever legal de auxílio — à semelhança do consagrado pelo artigo 63.º do Código Penal francês e pelo § 330.º, alínea c), do Código Penal alemão — através de um tipo legal que incrimine as infracções mais chocantes àquele dever cristão de solidariedade.

## II

A discussão iniciou-se com um pedido de esclarecimento, por parte do Conselheiro José Osório, da razão por que no artigo 7.º se dizia: «o facto ou resultado». O Autor do Projecto respondeu que era para a Comissão escolher dos dois termos aquele que reputasse mais exacto.

O Conselheiro José Osório afirmou concordar totalmente com as ideias expostas no artigo 7.º, fazendo unicamente notar, quanto ao fundo da questão, que o problema da omissão, no que toca aos crimes de mera conduta, não suscita quaisquer problemas especiais, de sorte que no artigo 7.º se deverá falar apenas em «resultado», antes que em «facto». Esta restrição mereceu immediato aplauso do Autor do Projecto.

A única discordância quanto ao fundo das matérias em discussão proveio do Dr. Maia Gonçalves — secundado pelo Dr. Guardado Lopes —, afirmando que a doutrina do § 2.º se não

justifica; porque ou a doutrina nele contida resulta, no caso concreto, dos princípios gerais da culpa — e então mais vale o juiz remeter-se a estes; ou então ela está em contradição com tais princípios gerais, e não se vê qualquer razão para que a pena da omissão seja, nesse caso, especialmente atenuada em confronto com a da acção.

Quanto à redacção do preceito em exame, levantaram-se as seguintes dúvidas e objecções:

O Conselheiro José Osório venceu: que não é exacto afirmar-se que o resultado abrange a acção e a omissão; que não lhe parece correcta a tradução do termo alemão «Tatbestand» por «tipo legal de crime» (ao que o Dr. Guardado Lopes acrescentou que, sendo a lei também para leigos, convém não usar termos de acentuado carácter técnico, como aquele que está em causa); que, finalmente, como no corpo do artigo 7.º se contém a resolução de dois problemas — o da causalidade e o da omissão —, talvez conviesse cindi-lo em dois números. No sentido da autonomização da ideia da causalidade adequada se pronunciaram também os Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes.

No que toca ao § 1.º, o Conselheiro José Osório considerou acanhada a expressão «contrato», uma vez que se sujeita a relevância da omissão à relevância jurídico-civil de certas condições (sendo nesta observação seguido pelo Dr. Maia Gonçalves, que disse preferir «negócio jurídico»), e advogou que, em vez de «situação criada pelo omitente» se dissesse «situação de perigo criada pelo omitente», já que aquela fórmula é tão lata que englobará todas as situações anteriormente descritas no preceito e ainda outras que se não devem considerar fontes do dever de garantia do omitente. Por último, no que toca ao § 2.º, disse preferir que, em vez de se remeter para os artigos 87.º e 88.º, se dissesse que a pena poderia ser especialmente atenuada.

### III

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto começou por dizer que não concordava com a objecção levantada pelo Dr. Maia Gonçalves ao § 2.º. É claro, disse, que a imputação do resultado à omissão do agente é sempre um *alargamento*; se porventura a equiparação da omissão à acção deve, de um ponto de vista puramente moral, ser completa, do ponto de vista jurídico ela tem de fazer-se — e tem efectivamente sido feita, como o ensina a história do direito penal — paulatinamente, por «étapes». Ora não parece que ela deva, mesmo hoje, ser total e absoluta; mesmo no plano puramente fáctico, para o nosso sentimento jurídico, *matar e deixar morrer* não é a mesma coisa, sendo a intensidade de violação do bem jurídico maior no primeiro caso do que no segundo. A diferença não é, pois, nem é tanto, como pensou o Dr. Maia Gonçalves, uma diferença subjectiva, de censura, mas objectiva, de ilicitude. Com isto, porém, não se exclui que em certos casos extremos aquela diferença de gravidade possa desaparecer; por isso se consagrou no § 2.º uma atenuação especial, sim, mas *facultativa*.

Quanto ao § 1.º, de boa mente se aceita que a expressão «contrato» seja demasiado restrita, bem se podendo falar de «negócio» ou mesmo talvez de «acto jurídico». Mas já se não concorda com que se diga «situação de perigo»: por um lado, porque a maioria das hipóteses que aí cabem — veja-se o que acontece com a hipótese clássica em que um indivíduo deixa outro fechado num quarto, sem culpa, mas não o liberta quando se apercebe da situação por ele criada — não são de perigo, mas de dano; depois, porque não se pode dizer que o termo «situação» seja demasiado extenso, já que se não pode esquecer que é necessário que essa situação seja não só adequada a produzir o resultado como adequada a constituir o omitente em garante pela não produção do resultado.

Quanto ao corpo do artigo: propôs-se que se substituísse a expressão «tipo legal de crime». Mas, em primeiro lugar, não se

conhece qualquer outra que possa traduzir a expressão alemã «gesetzliche Tatbestand»; em segundo lugar, não se esqueça que uma das razões apresentadas no Relatório do Decreto-Lei que mandou proceder à Reforma do Código Penal foi a da «técnica legislativa subsidiária de uma ciência criminal ultrapassada» que enforma o nosso Código actual; finalmente, quanto aos leigos, seguramente que qualquer expressão que se use não lhes dará a entender o conceito preciso que se tem em vista. Concorde-se, por outro lado, com que não é exacto dizer-se que o resultado *abrange* a acção; poderia pensar-se em dizer «imputa-se à acção», mas há o perigo de se confundir a questão da imputação objectiva, que aqui está em causa, com o problema da imputação subjectiva ou culpa. Se, pois, a Comissão encontrar uma expressão mais correcta, não há qualquer dúvida em a preferir ao termo «abrange».

Finalmente, não parece que deva autonomizar-se a questão da causalidade. Desde logo porque ela vale não só para o problema da ligação entre a acção ou a omissão e o resultado como para o da comparticipação, da perigosidade, etc. — havendo então que referi-la, numa disposição autónoma, a todas estas questões. Ficando como está, consagra-se, embora não autónomamente, a ideia da adequação; daqui tirará depois a doutrina as ilações necessárias para todos os problemas que entender. Uma vez que qualquer formulação da solução para o problema da causalidade se arrisca sempre — por mais perfeita que seja — a não abranger todas as hipóteses, melhor será não a autonomizar.

### IV

Passando-se à votação do corpo do artigo, a Comissão *aprovou*: por *unanimidade*, substituir a expressão «o facto ou o resultado» pelo termo «o resultado»; por *maioria*, manter a expressão «tipo legal de crime»; por *unanimidade*, não autonomizar a solução do problema da causalidade.

No que toca ao § 1.º, a Comissão aprovou: *por unanimidade*, substituir o termo «contrato» por «acto jurídico»; *por maioria*, manter a expressão «situação criada pelo omitente».

No que toca ao § 2.º, a Comissão aprovou: *por maioria*, manter o preceito; *por unanimidade*, substituir a referência aos artigos 87.º e 88.º pela expressão «ser especialmente atenuada».

A Comissão foi *unânime* em considerar que o termo «abrange» é pouco conveniente e gostaria que se encarasse futuramente a possibilidade de o substituir por outro mais exacto.

## ARTIGO 8.º

*Só as pessoas individuais podem ser criminalmente responsáveis e passíveis de penas, salvo o que vai disposto no artigo 104.º ou em legislação especial.*

### I

É ideia assente em quase todos os autores — disse o Autor do Projecto, a começar — que a punição tem uma base ética e, como tal, é uma ideia individual, o que, aliás, corresponde ao estado do nosso direito vigente. Simplesmente — em homenagem a razões particulares e, em todo o caso, excepcionais —, pode admitir-se que haja lugar à aplicação de certas reacções a sociedades ou outras pessoas colectivas, reacções que podem ter a natureza de penas ou de medidas de segurança. Daí a ressalva que no artigo 8.º se faz, referente ao disposto no artigo 104.º — apreensões — ou em legislação especial.

Isto que se diz não significa, porém, — e com esta ideia fica já dada a justificação do artigo seguinte — que se não punam os indivíduos que, enquanto membros de uma pessoa colectiva, pratiquem um crime. Simplesmente, pode nessa altura levantar-se aqui uma dificuldade: é que certos tipos legais prevêem a punição de *crimes*

*próprios*, isto é, crimes que exigem a verificação de determinados elementos pessoais ou uma actuação no interesse próprio. Ora, nestes casos, há que ressaltar a possibilidade de tais condições se não darem na pessoa do representante (agente do crime) mas na do representado — casos em que deve ainda, apesar desta falta, efectivar-se a punição daqueles. Daí o artigo 9.º, cuja fórmula corresponde à que hoje muitos Projectos propõem.

### II

Encetada a discussão, o Cons.º José Osório evidenciou que, falando-se em «*criminalmente* responsáveis», dá-se a entender que o artigo se quer referir não só à aplicação de penas, como de medidas de segurança; mas depois diz-se expressamente que ele se refere só às penas, apesar de que a apreensão, que se ressalva, é verdadeiramente uma medida de segurança. Aliás, as hipóteses dos artigos 102.º e 103.º deveriam também ser ressaltadas.

Disse ainda aquele Conselheiro que o artigo, pelo que tem de fundamental, deveria ficar logo depois do artigo 2.º, nas disposições preliminares, enquanto o Dr. Guardado Lopes disse preferir que tanto ele como o artigo 9.º ficassem antes do artigo 7.º

### III

Para obviar aos inconvenientes apontados pelo Cons.º Osório no que toca à ressalva do artigo, o Senhor Ministro sugeriu que se dissesse «*salva disposição especial em contrário*», o que logo foi *aprovado por unanimidade*.

Quanto à localização do artigo, manteve-se a do Projecto, depois de o seu Autor ter acentuado que não parecia que merecesse honras de disposição preliminar um preceito que não contém um princípio intangível, mas logo comporta expressamente excepções.

Finalmente, o Senhor Ministro fez notar que, em virtude da vantagem que haveria em unificar a linguagem técnica do futuro Código Penal com a do futuro Código Civil, talvez fosse conveniente não falar em «pessoas individuais» — expressão que poderia prestar-se a confusões — mas usar qualquer outro termo unívoco, e sugeriu que se dissesse pura e simplesmente «os indivíduos» ou as «pessoas singulares». Esta última expressão foi *aprovada por unanimidade*.

#### ARTIGO 9.º

*Quem age, todavia, voluntariamente como órgão, membro ou representante de uma pessoa colectiva, fundação, associação, de direito ou de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem — ainda que seja ineficaz o acto jurídico, fonte dos poderes de representação — será punível, mesmo quando o respectivo tipo legal de crime exija:*

1.º — *Determinados elementos pessoais que só se verificam relativamente à pessoa do representado;*

2.º — *Que se actue no próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.*

#### I

A respeito desta disposição do Projecto, já sumariamente justificada pelo seu Autor, logo se pôs o problema da adaptação da terminologia dele constante à que venha a constar do futuro Código Civil. A Comissão ponderou, todavia, que essa questão deverá por agora ficar apenas anotada, para que, oportunamente, venha a ser resolvida pelo Ministério da Justiça.

O Cons.º José Osório levantou o problema de saber se nos termos «órgão ou membro» não poderá incluir-se o caso do accionista de uma sociedade que, actuando como tal, comete um crime em seu proveito próprio — caso que deverá claramente subtrair-se ao regime estipulado pelo preceito em análise. E levantou ainda o

problema de saber se a doutrina do artigo só deve valer para as hipóteses em que é ineficaz o acto jurídico, fonte dos poderes de representação, ou se deverá também aplicar-se a toda a representação de facto, mesmo quando não haja título.

O Dr. Maia Gonçalves levantou algumas questões de redacção. Assim, disse, uma vez que, do estatuto de uma pessoa colectiva não consta nunca o cometimento de crimes, pode pretender afirmar-se que ninguém actua como seu representante quando comete um crime — razão por que julga conveniente acrescentar-se a «representante...» a expressão «ou valendo-se dessa qualidade»; da mesma forma propôs que se eliminassem os qualificativos «legal ou voluntária» referidos à representação.

Finalmente, o Dr. Guardado Lopes sugeriu que se eliminasse o termo «todavia», já que o artigo 9.º não constitui uma excepção ao artigo 8.º.

#### II

O Autor do Projecto acentuou que é muito duvidoso, na doutrina civilística, saber-se quando alguém actua como órgão, membro ou representante de uma pessoa colectiva — razão por que convirá que todas estas possíveis qualificações se refiram. Por outro lado, parece-lhe que é sempre necessário que haja um título que confira poderes ao representante; o mais que poderá é, ao lado da ineficácia do título, considerar-se a hipótese da sua insuficiência. Finalmente, não parece que devam eliminar-se os qualificativos da representação, para que esta se não tome num sentido restrito que abranja só a voluntária.

#### III

O Senhor Ministro pôs depois diversas propostas à votação. A Comissão *aprovou, por unanimidade*, eliminar o termo «todavia»

e acrescentar à expressão «ainda que seja ineficaz» os termos «ou insuficiente»; e *por maioria*, manter a expressão «representação legal ou voluntária».

#### ARTIGO 10.º

**Só é punível quem age com dolo ou com negligência.**

§ único — *Para que um facto seja punível é necessário o dolo, quando a lei não preveja expressamente a sua punição por negligência.*

O Cons.º José Osório afirmou que seria talvez preferível juntar as duas proposições do artigo 10.º numa só, tanto mais que a primeira já resulta do disposto no artigo 2.º. O Dr. Maia Gonçalves propôs que, no § único, se dissesse: «para que um facto descrito num tipo legal de crime», para assim se dar a entender que a doutrina valia apenas em relação aos crimes e não às contravenções, já que, mesmo que o Código as não contenha em princípio, sempre uma ou outra poderá vir a encontrar-se nele.

O Autor do Projecto respondeu, afirmando que o corpo do artigo e o parágrafo contêm duas proposições de certo modo autónomas. Aliás, não deve confundir-se o princípio do artigo 2.º com o do corpo do artigo 10.º, até porque, para muitos autores — na esteira da chamada teoria da acção final —, o dolo e a negligência nada têm a ver com a culpa mas são momentos constitutivos da própria ilicitude; e mesmo que se não adira — como se não adere — a essa posição, sempre é certo que dolo e negligência são momentos da culpa, que de nenhuma forma a esgotam.

Quanto ao outro problema, não parece que aqui se deva tomar posição quanto à punição geral da negligência nas contravenções; onde quer que elas sejam previstas — ou fora do Código, ou dentro dele — terão de se estabelecer princípios próprios da sua punição, aí, pois, se devendo consagrar o princípio de que a negligência é sempre punida, caso nele se assente.

Postas à votação duas propostas — uma tendente a juntar numa só as duas proposições do artigo, outra tendente a consagrar um princípio que ressalvasse as contravenções da aplicação do disposto no § único — foram *ambas rejeitadas por maioria*.

A sessão encerrou-se às 19 horas e 30 minutos.



## ACTA DA 7.<sup>a</sup> SESSÃO

Às 10 horas e 15 minutos do dia 11 de Fevereiro de 1964, teve início a 7.<sup>a</sup> sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça. Não se encontravam presentes os Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva, nem o Dr. Sidónio Rito.

A discussão começou pelo

### ARTIGO 11.º

*Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo legal de crime, actua com intenção de o realizar.*

§ 1.º — *Age ainda com dolo quem representa a realização de um facto que preenche um tipo legal de crime como consequência necessária de conduta que empreende.*

§ 2.º — *Se a realização do facto for prevista como mera consequência possível ou eventual da conduta, haverá dolo se o agente, actuando, não conjiou em que ele se não produziria.*

### I

O Autor do Projecto acentuou que os três preceitos que constituem este artigo visam cada uma das formas de dolo que a

doutrina unânimemente reconhece: respectivamente o dolo directo ou intenção, o dolo necessário e o dolo eventual. Quanto às duas primeiras formas, a formulação adoptada procura abranger os elementos que, sem discrepância, entre nós e lá fora, se consideram como constitutivos destas figuras: o elemento intelectual — ao qual se preferiu conferir, no § 1.º, uma certa primazia — e o elemento volitivo. Quanto ao dolo eventual, já a formulação que se consagrou pode levantar dúvidas — que aliás existem na doutrina de todos os países — e exigirá uma certa explicitação. Como é sabido, o problema fundamental nesta matéria é caracterizar aquelas situações que, residindo na zona penumbrosa que se levanta entre aquelas hipóteses em que o agente previu a realização do facto como possível e actuou aceitando a sua produção (hipóteses indubitáveis de dolo) e aquelas outras em que o agente, prevendo a realização do facto como possível, só actuou porque se convenceu que ele não viria a ter lugar (hipóteses, também indubitáveis, de negligência consciente) — que, residindo nessa zona penumbrosa, dizia-se, devem ainda considerar-se dentro do âmbito do dolo. Ninguém desconhece os critérios mais importantes que aqui têm sido preconizados, desde o da chamada «fórmula positiva» à dita «fórmula hipotética» de Frank. Esta última fórmula mereceu a aceitação do Prof. Beza dos Santos e mesmo — com algumas correcções — a nossa. Todavia, não é ela que o Projecto consagra, mas uma outra que, de certa forma, a amplia: desde que o agente actuou, não confiando que o facto previsto como possível se produziria, haverá dolo. As razões fundamentais que levaram a este alargamento foram, por um lado, a de considerar que aquela fórmula pode funcionar mal em certas hipóteses de crise — nomeadamente naquelas em que o agente, só pelo facto de aceitar o risco da realização do facto, deve logo ser punido a título de dolo; e, por outro lado, a de não deixar de ser chocante que uma consequência tão grave como é a da punição do agente a título de dolo se faça derivar de uma prova tão falível como a de saber qual a vontade hipotética

do agente, no caso de ele ter apresentado a realização do facto como consequência necessária da sua conduta.

Isto não significa, porém, que se não reconheça que a fórmula consagrada é susceptível de críticas — como aliás qualquer outra — e que, portanto, se levante oposição a qualquer outra via de delimitação que a Comissão porventura proponha.

## II

Iniciada a discussão, todos os membros da Comissão concordaram imediatamente com as ideias expressas, quer no corpo do artigo, quer no § 1.º. Apenas foram propostas, pelo Cons.º Osório, algumas emendas à redacção: a de que, no corpo do artigo, se substituisse o termo «representando» por «representando mentalmente», já que aquele não tem curso na linguagem jurídica corrente, na acepção em que ali se toma; e a de que, no § 1.º, se substituisse «quem representa» por «quem prevê» — de forma análoga, aliás, à que se contém no § 2.º.

Quanto ao § 2.º, a Comissão pronunciou-se por um estreitamento dos limites que o Projecto assinala ao dolo eventual. Segundo o Cons.º José Osório, o dolo ficaria constituído ali, ao fim e ao cabo, positivamente, por uma previsão do resultado — uma vez que o seu outro elemento limitador — «não confiou» — é um elemento negativo. Por isso preferia que se consagrasse uma fórmula que traduzisse a ideia alemã do «in Kauf nehmen» ou do «sich mit ihr abfinden».

O Dr. Maia Gonçalves disse, por sua parte, que no fundo o que caracteriza o dolo é uma sobreposição, pelo agente, dos seus interesses ao desvalor do ilícito e da pena e que a melhor fórmula para traduzir esta ideia, no campo do dolo eventual, é a que faça apelo à ideia da «indiferença do agente pela realização do facto».

Finalmente, o Dr. Guardado Lopes foi mais longe na sua

restrição ao âmbito do dolo, preconizando que este só deveria considerar-se existente quando o agente «aceitou a realização do facto previsto como possível».

## III

Pronunciando-se sobre as opiniões expendidas pelos membros da Comissão, o Autor do Projecto começou por pôr em evidência que o termo «representando», contido no corpo do artigo, sempre será necessário, para que através dele se compreenda que o dolo abrange mesmo aqueles elementos que preexistem à conduta do agente. Acrescentar «mentalmente» parece-lhe pouco feliz e desnecessário, uma vez que o termo usado no Projecto não pode prestar-se a confusões com o negócio jurídico «representação». O que poderá é considerar-se a possibilidade de se substituir «representando» por «representando-se» — como lhe foi uma vez sugerido pelo Prof. Ferrer Correia — para assim se dar inequivocamente a entender que se trata de uma realidade psicológica.

Quanto ao § 2.º, verifica que a Comissão prefere uma formulação positiva — contra a qual nada há, em princípio, a objectar. Mas convém pôr em evidência que a fórmula proposta pelo Dr. Guardado Lopes é demasiado restrita, uma vez que o autêntico problema do dolo eventual começa justamente naquelas hipóteses em que o agente, não tendo repudiado, também não aceitou a realização do facto. Por outro lado, propõe-se a consagração de fórmulas como a do «in Kauf nehmen». Mas, justamente, quando se possa dizer que o agente «in Kauf genommen hat» a realização do facto é que é todo o problema — pelo que tudo virá a depender da maneira como a expressão se traduza. Antes, porém, de se passar à votação das diversas fórmulas, gostaria de ouvir a opinião do Secretário da Comissão sobre o assunto em discussão.

Por este foi dito que o alargamento dos limites do dolo, contra o qual se pronunciou a generalidade da Comissão, aparecia plena-

mente justificado de um ponto de vista político-criminal, quando se considerasse que o juiz pode atenuar especialmente a pena aplicável a agentes que tenham cometido um facto doloso que se situa já muito perto do âmbito da negligência, mas não pode inversamente agravar de forma sensível a pena aplicável a agentes que tenham cometido um facto negligente, por mais perto que ele esteja do âmbito do dolo. Por isso a fórmula do Projecto lhe parece preferível à do «in Kauf nehmen» ou do «sich mit ihr abfinden» (podendo esta traduzir-se, como o faz o Prof. Eduardo Correia, por «conformar-se»). Mas mais concordante ainda com a essência do dolo lhe parece a fórmula da «indiferença pela realização do facto»; até porque, a querer definir-se o dolo, não se deve então ficar no puro campo do facto — como se fica com a fórmula do «não confiar», que é redutível a uma «vontade de evitar» — mas deve reconhecer-se que ele se liga, através do seu elemento emocional, a uma personalidade que se caracteriza justamente pela indiferença pela violação do direito.

A isto opôs o Autor do Projecto que há que purificar a noção de dolo, mantendo-a nos limites do facto e sendo dentro deles que se devem conter os elementos emocionais, que, aliás, estão presentes em qualquer das fórmulas apresentadas.

O Senhor Ministro, antes de pôr as propostas apresentadas à votação, congratulou-se por o Autor do Projecto ter formulado uma disposição que — como a que se encontra em discussão — é fruto de um pensamento metodológico que lhe é caro e que com tão bons frutos foi ensaiado pelo Prof. Beza dos Santos no domínio do direito penal: o da chamada jurisprudência dos interesses. Com efeito, a tripartição do conceito de dolo fica, no fundo, a dever-se à necessidade de atender às diferentes solicitações que são requeridas por situações particulares, dentro de um conceito fundamentalmente unitário. Assim se corresponde a uma atitude prática que tanto o intérprete como o próprio legislador não devem nunca perder de vista.

Feita esta referência, o Senhor Ministro começou por perguntar à Comissão se achava que no corpo do artigo se devia dizer «representando», «representando-se» ou «representando mentalmente». A fórmula do Projecto foi *aprovada por maioria*.

O § 1.º foi, a seguir, *aprovado por unanimidade*.

Quanto à parte final do § 2.º, o Senhor Ministro pôs à votação, além da do Projecto («actuando, não confiou em que ele se não produziria»), as fórmulas seguintes: «actuou com indiferença pela sua produção» e «actuou conformando-se com a sua produção». Esta última foi *aprovada por maioria*.

#### ARTIGO 12.º

*Age com negligência quem não representa o dever objectivo de cuidado adequado a evitar a realização de um tipo legal de crime, podendo ou sendo capaz de o representar.*

§ único — *Age ainda com negligência quem, representando a realização de um tipo legal de crime como consequência possível da sua conduta, confia — devendo e podendo não confiar — em que ele se não realizaria.*

#### I

O Autor do Projecto começou por afirmar que a fórmula do corpo do artigo se destina a definir a negligência inconsciente e a do § único a definir a negligência consciente. Quanto a esta última, corresponde ao ensinamento unânime dos autores e das legislações e não parece que possa suscitar quaisquer dúvidas.

Quanto à fórmula do corpo do artigo, já hoje se não está inteiramente de acordo com ela, reconhecendo-se que pode, na sua presente redacção, dar lugar a dificuldades sensíveis. A ideia funda-

mental que presidiu à sua elaboração foi a de juntar em uma só fórmula dois grupos distintos de hipóteses que são ambos abrangidos pelo conceito de negligência: o daqueles casos em que a lei, com vista a evitar certos resultados, quer que eles sejam representados com vista a omitir pura e simplesmente as condutas que, de forma adequada, lhes podem dar lugar; e o daqueles outros em que a lei permite certas condutas já em si perigosas, mas quer que se represente e se não omita o dever de cuidado necessário para que elas não produzam resultados proibidos. Urge todavia considerar que também no primeiro grupo de hipóteses há um dever de cuidado, embora relacionado directamente com a previsão do resultado. De sorte que a maneira de unificar os dois grupos de hipóteses será, justamente, a de referir a negligência àquilo que nela existe de essencial: a omissão do dever objectivo de cuidado; daí a formulação que inicialmente se deu ao corpo do artigo. Claro é, porém, que não basta esta omissão do dever *objectivo* de *diligência*, sendo ainda necessário que ela se complete com o elemento *subjectivo* da negligência, que verdadeiramente a caracteriza como elemento da culpa: o *ser capaz* de prestar a diligência devida.

Simplesmente, uma das hipóteses possíveis que cabe no âmbito tradicional da negligência é aquela em que o agente, podendo representar, representando ou mesmo querendo violar um dever objectivo de cuidado, todavia não representa nem pode representar a realização do facto criminoso. Claro que a fórmula do Projecto, quando devidamente interpretada, está apta para resolver mesmo casos destes: basta considerar que, neles, o agente terá representado um dever abstracto de cuidado, mas não aquele dever objectivo (*concreto*) de cuidado adequado a evitar (*em concreto*) a realização de um determinado tipo legal de crimes. Reconhece-se, todavia, que dificuldades deste tipo podem e devem ser poupadas ao intérprete. Por isso se propõe, para o corpo do artigo, a seguinte fórmula de substituição:

«Age com negligência quem não representa que com a sua

*actividade realiza um tipo legal de crime, porque não respeitou o dever objectivo de cuidado intervindo a evitar a sua realização, como podia e era capaz».*

## II

Esta proposta de substituição foi saudada pelos restantes membros da Comissão como vindo ao encontro das objecções mais sérias que à disposição em exame podiam ser feitas. Só o Dr. Maia Gonçalves perguntou se a fórmula «como podia e era capaz» não continha uma redundância, bastando dizer «como era capaz». Isto no que respeita ao corpo do artigo.

Quanto ao § único, todos os membros manifestaram a sua inteira concordância com ele. Só o Secretário da Comissão perguntou se, com a modificação do critério do dolo eventual, que a Comissão entendeu dever restringir em relação ao contido no Projecto, se não teria aberto uma lacuna entre o domínio do dolo eventual — caracterizado por um «conformar-se com a realização do facto» — e o da «negligência consciente», demarcada por um «confiar em que ele se não produziria».

## III

Respondendo, o Autor do Projecto acentuou que a fórmula «como podia e era capaz» tinha alguma utilidade, na medida em que pode um indivíduo ter em abstracto a capacidade para representar certo facto, e, todavia, em concreto e num certo momento, não poder representá-lo; mas que não se opunha a que ficasse só «como era capaz». Por outro lado, afirmou não acreditar em que a modificação da fórmula relativa ao dolo eventual exigisse, sob pena de lacuna, a modificação da fórmula proposta para a negligência consciente — já que considera que a fórmula aprovada para o dolo eventual não modificou substancialmente aquela que o Projecto consagrava.

#### IV

Passando-se à votação, a Comissão *aprovou, por unanimidade*:  
1) a fórmula de substituição proposta pelo Autor do Projecto para o corpo do artigo, mas substituindo a expressão final apenas por «como era capaz»; 2) o § único, com a redacção do Projecto.

#### ARTIGO 13.º

***O erro sobre um elemento constitutivo de um tipo legal de crime exclui o dolo.***

§ 1.º — *O preceituado neste artigo abrange o erro sobre circunstâncias justificativas do facto e sobre a sua proibição.*

§ 2.º — *Ao caso descrito é equiparável aquele em que o agente, ao praticar o facto, representa erroneamente um estado de coisas que, a existir, o desculpava.*

§ 3.º — *Fica de todo o modo ressalvada a aplicação das regras da punição dos crimes por negligência.*

§ 4.º — *No caso de a exclusão do dolo resultar de erro sobre a proibição, será aplicável uma pena determinada no quadro da moldura penal dolosa do facto praticado, livremente atenuável, sempre que o agente possa ser censurado pelo seu erro ou ignorância.*

#### I

O Autor do Projecto começou por ponderar que, num assunto tão complexo como o da teoria do erro em direito penal, a sua exposição só poderia tocar, e mesmo assim ao de leve, os tópicos essenciais. Como ninguém ignora, são os problemas do erro que se encontram mesmo no centro de todas as discussões actuais à volta do princípio da culpa. Não, todavia, as do chamado erro sobre o tipo legal ou sobre os elementos constitutivos do tipo legal — que todos concordam dever conduzir à exclusão do dolo —, mas os problemas do erro a que a moderna doutrina alemã chama «Verbots-

irrtum» ou «erro sobre a proibição». As vantagens que esta dicotomia apresenta sobre a tradicional, que dividia o erro em «erro de direito» e «erro de facto», são indiscutíveis e hoje, em quase toda a parte, indiscutidas: basta considerar que o erro sobre elementos normativos do tipo legal pode ser um erro de direito e, todavia, a sua problemática nada tem de comum com o «erro sobre a proibição», antes devendo em tudo equiparar-se ao tratamento tradicional do «erro de facto».

Quanto às discussões sobre o chamado «erro sobre a proibição», elas giram à volta de duas doutrinas opostas: a chamada «teoria do dolo», segundo a qual a consciência da ilicitude é elemento constitutivo do dolo e, por conseguinte, um erro sobre a proibição, que por essência retira ao agente o conhecimento da ilicitude do facto, deve em tudo parificar-se com o erro sobre os elementos do tipo, qualquer deles excluindo o dolo; e a dita «teoria da culpa», segundo a qual — sendo o dolo elemento da própria ilicitude e a consciência da ilicitude elemento da culpa — o erro sobre a proibição deixa intocado o dolo do agente, só podendo ser considerado como causa de exclusão (quando não censurável) ou de simples atenuação (quando censurável) da culpa. Convém frisar que, para esta última teoria, o erro sobre a proibição teria um âmbito lato, tão lato que nele caberiam mesmo os casos de erro sobre uma causa de justificação do facto.

Ora, contra esta última teoria se tem feito desde logo notar que a situação do agente, quando erra sobre um estado de coisas que, a existir, justificaria o facto, é inteiramente idêntica à daquele que erra sobre um elemento constitutivo do tipo legal — oferecendo a chamada «teoria dos elementos negativos do tipo» uma estável base dogmática a esta concepção das coisas —, pelo que a razão está, nestas hipóteses, seguramente, do lado da teoria do dolo.

Quanto ao diferente tratamento do erro sobre os elementos do tipo e o específico erro sobre a proibição, aponta-se, para o justificar, a circunstância de que, naquele caso, diferentemente do

que neste acontece, o agente não recebe qualquer «impulso» que o leve a representar a ilicitude. Mas sem razão: também nas hipóteses de erro sobre a proibição tal impulso faltará muitas vezes, enquanto, inversamente, outras vezes a representação da ilicitude pode constituir um impulso para representar convenientemente os actos que sob ela caem. Por tudo isto, há que concluir que a teoria do dolo é, fundamentalmente, quem está na razão. Simplesmente, significará isto que devam ser tratadas da mesma forma as duas espécies de erro?

Crê-se que não, sob pena de se enfraquecerem demasiado as ameaças penais. No que toca à solução — que não à justificação apresentada —, o bom senso está do lado da teoria da culpa, que não do lado da estrita teoria do dolo. E assim é que os adeptos desta sempre procuraram fugir às suas consequências práticas, quer levando os casos mais graves e chocantes, como o fazia o Prof. Beleza dos Santos, para os domínios da inimputabilidade, quer, como Mezger, para os domínios da «inimizade pelo direito» equiparável ao dolo. O mais justo caminho parece-nos ser, aqui, para justificar as consequências práticas da teoria da culpa, o de lançar mão de uma culpa referida à personalidade do agente, que acompanha a sua culpa pelo facto: uma culpa por se não ter preparado para compreender as implicações da prática do facto ou para corresponder ao empenho da lei em que represente devidamente os enquadramentos dos factos que se projectam na moral ou na própria ordem jurídica.

Tudo isto, evidentemente, para as hipóteses em que o erro sobre a proibição é censurável, pois quando é incensurável ele deve, por sua própria natureza, excluir a possibilidade de um qualquer juízo de censura.

Este, pois, o substrato de ideias que fundamenta o artigo em discussão. Quanto, propriamente, aos seus preceitos: o corpo do artigo e o § 3.º não lavantam quaisquer dúvidas, correspondendo a uma solução líquida; o § 1.º deixa transparecer o fundamento

teórico que preside à teoria que se adoptou: a teoria do dolo. Quanto aos seus resultados práticos, terá ele de ser conexionado com o § 4.º, no que toca ao erro sobre a proibição, onde se consagram as consequências práticas da teoria da culpa. Quanto, finalmente, ao § 2.º, aí se trata verdadeiramente de uma equiparação: não se quer dizer que a situação daquele que representa falsamente uma circunstância que, a existir, excluiria a culpa, seja exactamente a mesma daquele que representa falsamente uma circunstância que, a existir, excluiria a ilicitude, dir-se-ia até que aquela deveria sempre conduzir à exclusão da culpa. Simplesmente, a falsa representação pode derivar de um erro censurável, hipótese em que o agente deverá ser punido a título de negligência — pelo que, ao fim e ao cabo, ela vem a implicar somente a exclusão da punição a título de dolo.

## II

Iniciada a discussão, o Cons.º Osório começou por afirmar que a designação «erro sobre a proibição» não é suficiente para dar a conhecer aquilo que se tem em vista, não parecendo conveniente deixar à doutrina e à jurisprudência inteira liberdade na determinação da gama de hipóteses que nela cabe; conviria, por isso, que se desse uma definição daquilo que deve entender-se por «erro sobre a proibição» e sobre a qual não seria porventura muito difícil chegar a um entendimento.

Mais duvidoso é saber em que medida o erro sobre as causas de justificação e o erro sobre as causas de exclusão da culpa pode considerar-se também erro sobre a proibição. Mas, quanto ao regime prático que o Projecto prevê para os diversos tipos de erro, as soluções do Projecto merecem inteira aprovação. Não se vê, contudo, a razão por que no § 1.º se quis tomar posição no problema puramente doutrinário de saber se o erro sobre a proibição exclui ou não o dolo; concorda-se com a solução prática preco-

nizada, mas defende-se que o problema teórico que ela pressupõe deve ser deixado em aberto pela lei. Finalmente, o que se diz para o problema teórico do erro sobre a proibição, diz-se para o problema do erro sobre causas de justificação: também este exclui, segundo o Projecto, o dolo, o que significa uma tomada de posição no sentido de aceitar a construção teórica das causas de justificação como elementos negativos do tipo legal; também aqui conviria desvincular a solução da fundamentação teórica que para ela o Projecto parece oferecer.

Esta última consideração do problema foi subscrita e reforçada pelo Dr. Guardado Lopes e contraditada pelo Dr. Maia Gonçalves, que fez notar que se se tomasse a posição a favor da teoria dos elementos negativos do tipo legal, então o § 1.º seria desnecessário.

O Dr. Maia Gonçalves afirmou ainda que o problema fundamental que a disposição em análise lhe levantava dizia ainda respeito ao facto de o erro sobre os elementos do tipo legal excluir sempre o dolo. É que pode o agente actuar com um erro desta natureza, mas, contudo, ter ainda consciência da imoralidade da sua conduta — caso em que deve ainda ser punido a título de dolo. V. g., um indivíduo lê um Código Penal desactualizado e fica erroneamente convencido que as relações sexuais com maiores de 12 anos não são punidas; se depois tem tais relações com uma rapariga de 13 anos, deve ainda ser punido. Na disposição em análise deve, pois, consignar-se a regra de que «a consciência da censurabilidade da conduta afasta o erro sobre o tipo legal», ou, pelo menos, alargar o disposto no § 4.º ao próprio erro sobre elementos constitutivos do tipo legal.

O Cons.º Osório e o Dr. Guardado Lopes insurgiram-se, no que toca a pormenores de redacção, contra a expressão «moldura penal» que se lê no § 4.º; o seu emprego foi, contudo, defendido pelo Dr. Maia Gonçalves.

## III

O Autor do Projecto rebateu depois a ideia de que o § 1.º tomasse posição doutrinal, a favor da teoria dos elementos negativos do tipo legal. A solução que o Projecto propugna — o erro sobre uma causa de justificação do facto exclui o dolo — tanto pode ser explicada por aquela teoria como por outra qualquer. Simplesmente, reconhece-se que, de um ponto de vista material, o erro sobre uma causa de justificação é de todo em todo idêntico ao erro sobre o tipo legal — diferentemente já do que acontece com o erro sobre uma causa de exclusão da culpa, que é materialmente diferente daquele, embora deva ser o mesmo o regime a que deve ser sujeito. Daí que, no § 1.º se diga «abrange» e no § 2.º tão só se afirme que «é equiparável».

Onde a disposição toma clara posição doutrinal é, reconhece-se, no que respeita ao erro sobre a proibição, já que aí, explicitando qual o regime que se lhe aplica, no § 4.º, não seria praticamente indispensável afirmar, como se afirma no § 1.º, que ele exclui o dolo. As razões, porém, que podem fundamentar e justificar esta tomada de posição já foram sumariamente apontadas, de modo que não será necessário repeti-las agora.

Finalmente, não parece que seja conveniente, de um ponto de vista político-legislativo, definir o que seja o erro sobre a proibição — questão complicadíssima, que sempre se recusaria a deixar-se conter numa simples disposição, por mais feliz e completa que ela fosse. A ideia que subjaz à expressão «erro sobre a proibição» é de todos conhecida e não pode levantar dúvidas de tomo; determinar com exactidão o seu âmbito é tarefa que só pode competir à doutrina e à jurisprudência.

Quanto à expressão «moldura penal», ela é a mais exacta que se encontrou para traduzir a ideia de que a pena que se aplica é uma pena variável entre um máximo e um mínimo.

#### IV

A terminar, o Autor do projecto pediu que o Secretário emitisse a sua opinião sobre as diversas questões suscitadas. Este começou por afirmar que as dúvidas suscitadas pelo Dr. Maia Gonçalves a respeito da regra do corpo do artigo não parece terem, em princípio, razão de ser: não pode substituir-se a exigência de conhecimento dos elementos constitutivos do tipo legal pela da consciência da imoralidade da conduta — sob pena de, *v. g.*, ir punir por homicídio doloso o caçador que mata um homem quando estava convencido que estava a atirar sobre um animal doméstico alheio — sabendo, por hipótese, que esta última actividade era ilícita. Quanto ao § 1.º, se se eliminasse a referência ao erro sobre a proibição, o artigo em nada perderia — ficando, pelo contrário, até mais liberto de pressupostos teóricos —, como em nada ficaria prejudicada a moldura teórica que o Autor oferece para justificar a solução que consignou no § 4.º. Por outro lado, não se comunga do optimismo do Conselheiro José Osório quanto à facilidade de se poder definir o erro sobre a proibição — sabido como é que a sua delimitação é difícil e ainda hoje duvidosa em muitos pontos, *v. g.* no que concerne aos chamados «elementos especiais da anti-juridicidade», aos elementos «ético-normativos» do tipo, à posição de garante do agente nos crimes de comissão por omissão, à adequação social, etc.. Supõe, todavia, que um importante ponto de apoio da delimitação do erro sobre a proibição poderá ser oferecido ao juiz desde que, eliminando no § 1.º a referência ao «erro sobre a proibição», se substitua a expressão «erro sobre circunstâncias justificativas do facto» por esta outra «erro sobre um estado de coisas que, a existir, justificaria o facto»: pois, assim, se dará a perceber que a aceitação errónea de uma causa de justificação não reconhecida pelo direito é, para todos os efeitos, um erro sobre a proibição. Finalmente, o § 3.º poderia, então, desaparecer e a sua doutrina transitar para o corpo do artigo, onde ficaria a constituir um

segundo comando — o que, além do mais, terá a vantagem de se adequar melhor ao método de articular aceite pela Comissão.

As considerações do Secretário, relativas ao § 1.º, foram depois subscritas e reforçadas pelo Conselheiro José Osório.

O Autor do Projecto, a terminar, expendeu a opinião de que, efectivamente, as soluções propostas não prejudicavam qualquer das soluções teóricas que se preferiu oferecer para o problema do erro sobre a proibição, libertando até o artigo de quaisquer compromissos de ordem doutrinal; e que, por outro lado, quanto à questão levantada pelo Dr. Maia Gonçalves, o mais que se poderá conceder é que, em casos muito contados, se equipare o regime do erro *grosseiro* sobre elementos constitutivos do tipo legal ao do erro sobre a proibição, em particular no que toca ao erro do agente, nos crimes sexuais, sobre a idade da ofendida. Aliás, a hipótese apresentada do homem que leu o Código Penal desactualizado é de erro sobre a proibição, e não, claramente, de erro sobre um elemento constitutivo do tipo legal.

#### V

Passando-se à votação, a Comissão

- *aprovou, por unanimidade*, o preceito do corpo do artigo;
- *aprovou, por unanimidade*, que o § 1.º passasse a conter a seguinte doutrina e formulação: «O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto»;
- *aprovou, por unanimidade*, o preceito do § 3.º; mas *rejeitou, por maioria*, que ele passasse a formar uma segunda parte do corpo do artigo;
- *aprovou, por unanimidade*, a doutrina do § 4.º. Quanto à redacção, *aprovou, por unanimidade*, que no início se dissesse



apenas, em virtude da nova formulação do § 1.º: «No caso de erro sobre a proibição, será...». A expressão «moldura penal» foi *aprovada por maioria*. Em virtude, porém, desta aprovação, o Conselheiro José Osório propôs que se dissesse: «da moldura penal do facto praticado com dolo», proposta que foi *aprovada por unanimidade*.

Finalmente, foram postas à votação as propostas de se acrescentar ao corpo do artigo a doutrina de que «a consciência da censurabilidade da conduta exclui o erro sobre o tipo legal» ou de que «o erro grosseiro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime é equiparável, nos seus efeitos, ao erro sobre a proibição». Estas propostas foram *rejeitadas por maioria*, tendo a Comissão expandido a opinião de que só a título excepcional, na parte especial, («maxime», quando ao erro do agente sobre a idade da ofendida, nos crimes sexuais) poderia ser feita tal equiparação.

#### ARTIGO 14.º

***A agravação da responsabilidade pelo evento é sempre limitada pela possibilidade de imputação desse evento a título de negligência.***

O Autor do Projecto fez notar que uma disposição paralela a esta se encontra agora em todos os Códigos e Projectos modernos — como consequência necessária da ideia que ficou consignada no artigo 2.º: a de que não há pena sem culpa. Claro que esta disposição não exclui que continue a verificar-se uma agravação da responsabilidade em função do resultado; simplesmente, o que se exige é que este resultado só possa ter ter aquele efeito quando ele próprio possa ser imputado à culpa do agente. Mas a que tipo de culpa? À negligência, pura e simplesmente, ou a um dolo de perigo, como também já, entre nós e lá fora, se defendeu? Entendeu-se que a primeira seria suficiente — aliás na esteira da

generalidade dos Códigos e Projectos modernos — para limitar a responsabilidade por um mero resultado.

A disposição foi saudada e aprovada por todos os membros da Comissão. Apenas o Conselheiro José Osório sugeriu que, para efeitos de unificação terminológica, se substituísse «evento» por «resultado» e o Dr. Maia Gonçalves que em vez de «desse evento» se dissesse pura e simplesmente «deste». Estas propostas foram *aprovadas por unanimidade*.

A sessão encerrou-se às 13 horas e 15 minutos.

## ACTA DA 8.ª SESSÃO

Às 15 horas do dia 24 de Janeiro de 1964 teve início a 8.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Ex.ª o Ministro da Justiça. Não se encontravam presentes o Prof. Ferrer Correia e o Conselheiro José Osório. A discussão iniciou-se pelo

### ARTIGO 15.º

*Os menores de dezasseis anos são penalmente inimputáveis.*

O Autor do Projecto fez notar que a sua doutrina corresponde ao estado actual da nossa lei. Autores há que pretendem elevar para 18 anos o limite mínimo da imputabilidade, mas a pretensão não parece razoável; até porque os menores de 16 a 21 anos se não consideram plenamente imputáveis, devendo ficar por isso a sua punibilidade sujeita a regras particulares que — como se diz no artigo seguinte — deverão constar de legislação especial. Posto assim o problema, logo se verá que não existe qualquer interesse atendível para se elevar — bem pelo contrário — o limite que se estabeleceu no artigo 15.º.

Iniciada a discussão, o artigo em exame mereceu, na generalidade, a aprovação de todos os membros da Comissão. Todavia, os Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes chamaram a atenção para o facto de a actual Organização Tutelar de Menores, no seu artigo 20.º, conjugado com o artigo 17.º, abrir a possibilidade

de serem condenados como criminosos menores que praticaram os factos antes de terem completado os 16 anos de idade. O Dr. Guardado Lopes sustentou, ainda, que a tendência geral é para fixar em 18 anos o limite mínimo da imputabilidade; mas que o facto de haver legislação especial para os menores de 16 a 21 anos retirava qualquer inconveniente à solução do Projecto. Por outro lado, o Prof. Gomes da Silva pôs em dúvida que a menoridade fosse, em boa doutrina, determinante de uma verdadeira e própria inimputabilidade, mas logo acrescentou que o problema não tinha qualquer importância prática.

O Autor do Projecto, concluindo, reafirmou que não via qualquer razão para que o limite mínimo fosse elevado para 18 anos. Por outro lado, crê que não se levanta qualquer conflito entre o artigo em análise e a O. T. M.; mas mesmo que se levante, ele deverá ser resolvido de acordo com a lei geral. Aliás, bem pode acontecer que a legislação especial aplicável aos menores de 16 a 21 anos reenvie, em certos casos, para as leis referentes aos menores de 16 anos, isto é, justamente, para a O. T. M.. Finalmente, acentua que entende e sempre entendeu, com a generalidade dos autores, que a menoridade é fundamento da verdadeira e própria inimputabilidade.

Posto o artigo à votação, foi ele *aprovado por unanimidade*.

### ARTIGO 16.º

*Os menores de dezasseis a vinte e um anos serão puníveis de harmonia com normas constantes de legislação especial.*

O Autor do Projecto acentuou que o problema mais difícil, em matéria de menoridade penal, é justamente regulamentar os princípios que hão-de reger os chamados «menores imputáveis». Tanto mais difícil quanto é certo que em Portugal falta por completo qualquer experiência na matéria, uma vez que o nosso

Código actual se limita a prever, para eles, uma atenuação especial das penas de prisão. Ora, precisamente porque falta esta experiência, bem se compreende que a legislação que venha a criar-se precise — por mais perfeita que ela seja — de um mais ou menos longo período de prova. Daí, pois, que tais princípios sejam remetidos para legislação especial.

De uma maneira geral, mereceu concordância a ideia de se remeter a regulamentação da menoridade imputável para o domínio da legislação especial — até porque, acentuou o Prof. Gomes da Silva, se trata aqui de menores vulgarmente sujeitos ao pátrio poder, de sorte que o tratamento deles, civil ou penal, surge sempre como um sucedâneo. Apenas o Dr. Guardado Lopes pôs o problema de saber se, com isto, se não estariam já a expurgar coisas demais do âmbito do Código Penal, uma vez que, segundo parece, também as contravenções não terão nele cabimento. Aliás — acentuou —, as medidas a que se sujeitam estes delinquentes não diferem essencialmente das que são aplicáveis aos maiores, de sorte que seria talvez preferível regulamentá-las já no Código Penal.

O Prof. Gomes da Silva perguntou se o facto de as prisões-escolas internarem criminosos até aos 25 anos não revelava um certo conflito em relação ao artigo 16.º do Projecto, embora, em sua opinião, seja este que é exacto. O Autor do Projecto logo esclareceu, porém, que nesses casos a pena tem de referir-se a um facto praticado antes dos 21 anos — acrescentando o Dr. Guardado Lopes que a razão por que o internamento se pode prolongar até aos 25 anos é porque há que dar tempo ao cumprimento da pena.

Finalmente, o Dr. Maia Gonçalves chamou de novo a atenção para o facto do artigo 16.º não jogar inteiramente certo com o artigo 18.º da O. T. M., abrindo-se entre ambos uma lacuna. Lacuna que ou virá a ser posteriormente eliminada pela O. T. M. ou que podia ser preenchida já pelo artigo 16.º, *v. g.*, dizendo-se

que os menores imputáveis, quando não sejam punidos segundo as disposições da O. T. M., sê-lo-ão de harmonia com as disposições do Código.

A terminar, o Autor do Projecto rebateu a ideia de que as medidas a aplicar aos menores imputáveis não diferem essencialmente das aplicáveis aos maiores. Assim, a par de reacções análogas às do Código, embora com a sua medida corrigida, devem prever-se medidas de tipo puramente correctivo e, finalmente, numa zona que fica no meio daquelas duas, uma pena do tipo do «Jugendarrest» dos alemães, cuja execução se dirige exclusivamente à personalidade. Por outro lado, acentuou de novo, a nossa experiência neste domínio é nula, de sorte que se tais medidas ficassem a constar do Código Penal, certamente que a breve trecho ele teria de ser alterado. Por isso se impõe a criação de legislação especial, que deverá encarregar-se de resolver quaisquer hipóteses de conflito com a O. T. M. e o Código e eliminar quaisquer lacunas que porventura surjam.

Passando-se à votação, o Dr. Maia Gonçalves propôs que, onde se diz «menores», se dissesse «indivíduos», já que eles podem deixar de ser menores por casamento ou emancipação, sem por isso deixarem de estar sujeitos àquelas prescrições especiais. Esta proposta foi *rejeitada por maioria*.

A doutrina do preceito foi *aprovada por unanimidade*.

#### ARTIGO 17.º

*É inimputável quem, ao tempo do facto, em virtude de uma anomalia psíquica é incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação.*

#### I

A determinação da inimputabilidade — começou por dizer o Autor do Projecto — fica condicionada à existência de dois

pressupostos: um biológico (anomalia psíquica), psicológico o outro (incapacidade para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação). Quanto ao primeiro, preferiu-se uma designação ampla à enumeração das doenças e estados psíquicos anómalos susceptíveis de fundamentar a inimputabilidade — já que é muito difícil, e sobretudo muito precário, fazer uma enumeração completa daqueles. A esse propósito procurou aproveitar-se a lição histórica que se retira do Código francês que, falando apenas em «loucura», viu a breve trecho este termo ir-se progressivamente ampliando, porque cada vez mais ele se tornava, no seu significado literal, insuficiente. Hoje há já uma gama vastíssima de doenças e estados psíquicos anómalos que fundamentam a inimputabilidade, mas discutidíssima nas suas zonas-limite, *v. g.*, no que toca às neuroses. Daí o caminho seguido. Talvez pudesse dizer-se, em vez de anomalia psíquica, anomalia *mental* — mas terio o inconveniente de poder levar a supor que se tinham em vista, unicamente, as anomalias da inteligência.

Quando se descreve o efeito psicológico, há uma repetição intencional da palavra *facto*, porque se quer referir a avaliação da ilicitude ao facto concreto praticado: pode o delinquente ter capacidade para avaliar a ilicitude do furto que praticou e não, por exemplo, de um crime sexual. Quanto à fórmula usada na descrição, é a mais vulgar hoje em dia na ciência alemã — e a que parece mais exacta.

## II

Iniciada a discussão, o Prof. Gomes da Silva levantou duas dúvidas. A primeira, relaciona-se com a expressão «anomalia psíquica». Concorda com o Autor do Projecto em que se não deve tentar indicar as doenças que podem fundamentar a inimputabilidade. Mas sustenta que, usando a expressão no artigo 17.º, e repetindo-a depois no artigo 18.º, pode daí concluir-se que a expressão utilizada no artigo 17.º quer abranger a anomalia aci-

dental ou mesmo voluntária — o que constitui um real perigo, já que anomalias de tal ordem não podem dar origem à inimputabilidade. A segunda dúvida, diz respeito à consciência da ilicitude. Concorda com o método biopsicológico, como concorda com que o efeito psicológico deve ser avaliado em relação à espécie de facto que se quer punir e não em relação a todo e qualquer crime. Mas supõe que se quis fugir à ideia que está expressamente consagrada no Código actual — a da «necessária inteligência e liberdade» (artigo 26.º) —, para se aproximar da fórmula do Código italiano, que consagra a mesma ideia (a da consciência da liberdade) mas sem, no fundo, impor uma adesão a ela. Aliás, falar em «se determinar» não é suficiente, porquanto não basta que o indivíduo se determine de qualquer maneira, mas é preciso que ele se determine *correctamente*.

Estas mesmas dúvidas, postas pelo Prof. Gomes da Silva, foram depois subscritas pelo Dr. Sidónio Rito. Assim, disse, usou-se a expressão «anomalia psíquica» para se fugir a conceitos médicos, mas seria em todo o caso interessante saber se tais anomalias são ou não doenças, porquanto a sê-lo ficariam então excluídas as anomalias devidas a factores exógenos. Quanto à capacidade de avaliação, o elemento intelectual a que se recorre — afinal, a representação — não pode ser acolhido, já que 99 % dos criminosos não é capaz de avaliar a ilicitude, que é um conceito de direito; deve, pois, retirar-se a acentuação do campo da «ilicitude» e pô-lo no da «imoralidade». Finalmente, deve acentuar-se que a «determinação», de que no artigo se fala, é tomada no sentido de «decisão».

O Dr. Guardado Lopes, por seu lado, defendeu a definição que o Projecto dá do elemento psicológico. Na verdade, disse, é exactamente à ilicitude e não à imoralidade que se deve referir a avaliação. Daí não derivam quaisquer perigos, por duas razões: primeiro, porque, como já Beleza dos Santos acentuava, não é preciso que o agente *avalie* a ilicitude, mas basta que ele tenha

*capacidade* para a avaliar; em segundo lugar, porque esta capacidade se deve tomar simplesmente no sentido de avaliar a natureza proibida do facto. Quanto à possibilidade de determinação, ela não corresponde, em seu entender, ao reconhecimento de um livre arbítrio incondicionado, mas à autodeterminação da vontade por motivos conscientes. Finalmente, aceita inteiramente as explicações dadas pelo Autor do Projecto para o uso da expressão «anomalía psíquica».

No mesmo sentido tomou posição o Dr. Maia Gonçalves, que disse concordar com o artigo e, de maneira nenhuma, com as objecções que lhe foram feitas. Anomalía não é, nem pode ser, por um lado, sinónimo de doença; por outro lado, não se vê razão para que as anomalias acidentais sejam excluídas da hipótese do artigo, desde que produzam o efeito psicológico descrito. Sòmente sugere, pois, correcções formais: que em vez de «ao tempo do facto» se diga «no momento da prática do facto», para que assim este não possa ser tomado como sinónimo de resultado; e que se coloque uma vírgula depois de «anomalía psíquica».

### III

Respondendo às objecções, o (Autor do Projecto começou por afirmar que em seu entender, como naquele que julga ser o da generalidade dos autores e das legislações, toda a anomalía psíquica, mesmo a acidental, deve determinar a inimputabilidade, desde que — como bem acentuou o Dr. Maia Gonçalves — produza o efeito psicológico requerido. Claro que há que exceptuar as hipóteses de anomalía psíquica pré-ordenada, mas, para isso, se formulou o artigo 19.º, que contempla justamente os casos que a doutrina designa por «*actiones liberae in causa*».

Por outro lado, saber se tais anomalias são ou não doenças é um dos mais controvertidos problemas da ciência psiquiátrica. Assim, todos parecem estar de acordo em considerar doenças as

psicoses de qualquer espécie; mas, já quanto às psicopatias, se levantou acerada discussão entre Schneider — que as não considera doenças — e Bumke e Kretschmer, que as consideram doenças de transição. Já, pois, por aqui se manifesta o completo despropósito que residiria em o direito penal ir tomar partido numa questão puramente médica.

Por último, no que toca ao critério psicológico, urge acentuar que se não põe aí um problema positivo de liberdade, antes este se encara pela negativa: presume-se que o homem é em regra livre, isto é, tem a capacidade exigida, indo depois verificar-se se, no caso concreto, existem no seu psíquico corpos estranhos que porventura neguem aquela capacidade.

No que toca às propostas, de índole formal, do Dr. Maia Gonçalves, elas reputam-se merecedoras de serem subscritas.

### IV

Ainda a propósito das anomalias acidentais, voltaram a intervir o Dr. Sidónio Rito e o Prof. Gomes da Silva, para reforçarem e explicitarem o seu ponto de vista. O primeiro sustentou que o conceito de inimputabilidade cabia só quando se tratasse de anomalias estáveis, duradoiras, do indivíduo. V. g., a embriaguez acidental não retira a este a imputabilidade; quando muito, pode retirar-lhe a imputação. E as circunstâncias que excluem a imputação nada têm a ver com a inimputabilidade: uma está para a outra de forma análoga à que, em direito civil, a culpa em concreto está para a culpa em abstracto. De outra forma as coisas não funcionarão bem na prática. Se um indivíduo em estado de embriaguez acidental comete um crime, segundo o Projecto não lhe pode ser aplicada uma pena. E, por outro lado, um internamento de segurança só terá lugar se ele for perigoso. Pelo contrário, se a perturbação for só parcial, já cai sob a alçada do artigo

seguinte, com as pesadíssimas implicações práticas que aí se têm em vista. Esta desigualdade é inadmissível.

O segundo começou também por distinguir entre imputabilidade — que é pressuposto da culpa — e imputação — que é elemento da culpa. Da confusão dos dois aspectos, disse, nasce a inadmissível extensão que no Projecto se dá à inimputabilidade, que abrange as hipóteses de anomalias acidentais como a embriaguez. Ora, por exemplo, uma psicose tóxica só deve considerar-se anomalia, capaz de fundamentar a inimputabilidade, desde que se torne um «estado» do próprio indivíduo, como que ligado, digamos, à sua personalidade, como que incorporado na própria pessoa — por exemplo, porque se habituou ao álcool ou a estufacientes. Mas os casos que a nossa lei considera de demência acidental, esses não podem — à semelhança do que acontece com os casos de anomalia pré-ordenada — conduzir à inimputabilidade.

## V

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto salientou de novo que tem por evidente que toda e qualquer anomalia psíquica acidental conduzirá à inimputabilidade desde que produza o efeito psicológico requerido. Aliás, não há nisto qualquer inovação da parte do Projecto, uma vez que — embora isto pareça ter sido esquecido na discussão — já é esse o ponto de vista do nosso direito vigente. Com efeito, a embriaguez completa e acidental ou fortuita é causa de inimputabilidade, nos termos do n.º 3 do artigo 43.º do nosso Código Penal. Nem aliás poderia ser de outra forma, uma vez que a embriaguez, mesmo a acidental, é mais que uma simples anomalia, uma verdadeira *psicose*, uma *doença* psíquica como unânimemente a consideram juristas e psiquiatras. Ressalvada só pode ser — como é: artigo 19.º do Projecto — a hipótese da pré-ordenação, da «actio libera in causa».

Os casos duvidosos, no seu tratamento jurídico, são os da embriaguez por negligência: mas este problema deverá ser resolvido através de um tipo legal de crime na parte especial.

## VI

Nessa altura, considerando suficientemente esclarecidos os problemas suscitados a propósito do artigo em discussão, o Senhor Ministro resumiu o sentido das diversas intervenções e concluiu: defenderam-se, no seio da Comissão, dois conceitos diferentes de imputabilidade. Perante qualquer destes conceitos, o artigo em exame não levanta, por si, grandes dificuldades de aceitação, levantando-as só e sobretudo quando posto em conexão com o artigo 18.º. Por isso mesmo propõe-se que tal ponto de discussão se relegue para quando se apreciar o artigo 18.º.

Quanto à expressão «anomalia psíquica», reputa-se o seu emprego um progresso notável sobre o uso do termo doença, ou mesmo sobre uma enumeração daqueles estados que podem fundamentar a inimputabilidade. Onde se levantam dissensões é no que se refere às anomalias acidentais e transitórias, tendo-se oposto duas teses: a do Autor do Projecto e a do Dr. Maia Gonçalves, segundo a qual as anomalias acidentais devem também poder fundamentar a inimputabilidade quando produtoras do efeito psicológico requerido; a do Prof. Gomes da Silva e do Dr. Sidónio Rito, que nega aquela possibilidade.

## VII

Passando-se à votação, a Comissão: *aprovou por unanimidade* a expressão «anomalia psíquica», bem como a substituição da expressão «ao tempo do crime» pela proposta pelo Dr. Maia Gonçalves: «no momento da prática do facto» e a colocação de uma

vírgula depois de «anomalia psíquica»; e *rejeitou por maioria a substituição*, proposta pelo Dr. Sidónio Rito, da expressão «avaliar a ilicitude do facto» pela de «avaliar a reprovabilidade do facto».

#### ARTIGO 18.º

*É ainda inimputável quem, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída.*

##### I

A discussão encetada na 1.ª sessão sobre o presente artigo — ponderou o Autor do Projecto — permite que se não tenham agora de explicitar de novo, completamente, os quadros de ideias dentro dos quais o artigo 18.º foi concebido. Mas, em todo o caso, mais uma vez se chama a atenção para a importância fundamental que esta disposição assume, enquanto forma de resolução prática e realista dos problemas que a imputabilidade diminuída tem suscitado.

Quanto às consequências práticas, aliás, o presente artigo não anda muito longe da nossa actual legislação. Com efeito, segundo esta (artigo 68.º) os semi-imputáveis criminalmente perigosos serão internados em prisão-asilo, podendo a pena ser-lhe prorrogada sem limites. Daqui resulta que as novidades trazidas pelo Projecto têm, no fundo, mais natureza teórica do que prática.

Em segundo lugar, é necessário ter em conta as conexões entre os artigos 18.º e 123.º do Projecto. Em face do artigo em exame poderia, na verdade, tomar consistência o receio de que certos agentes nele incursos, sendo declarados inimputáveis, fossem em consequência disso pura e simplesmente absolvidos. O artigo 123.º, e particularmente o seu § 3.º, logo mostrarão, porém, que

tal receio não tem qualquer razão de ser. Porque uma de duas: ou a anomalia não é uma tal que furta ao agente a possibilidade de dominar os seus efeitos, e consequentemente ele não incorre no âmbito do artigo 18.º, sendo considerado imputável e a pena até porventura atenuada; ou ela tem aquela natureza, ele é perigoso e, portanto, terá de sofrer um internamento de segurança pelo menos igual ao mínimo da pena correspondente ao tipo legal de crime que praticou. Em qualquer dos casos ter-se-ão eliminado os perigos que tradicionalmente se assinalavam ao tratamento da chamada imputabilidade diminuída.

Isto no que toca às consequências práticas do preceito em análise.

Quanto ao seu enquadramento teórico, também com ele se julga dar um decisivo passo em frente no devido tratamento do problema, já que qualquer das soluções tradicionais defraudava pela sua insubsistência. De acordo com uma delas, ao agente aplicar-se-ia uma pena pelo seu facto, seguida de uma medida de segurança referida à personalidade, trilhando-se assim uma *via dualista*, que já foi criticada no seio da Comissão e que, na sua execução prática, ninguém hoje se mostra disposto a aceitar (tenham-se em conta as recentes críticas violentas — por exemplo de Karl Peters — que o Projecto alemão sofre, por a aceitar). Na via monista, duas são as soluções possíveis: ou levar os casos de imputabilidade diminuída de que trata o artigo 18.º para o campo das penas (tendo estas de ser, coerentemente, sempre atenuadas), ou para o das medidas de segurança (como no Projecto se faz) e, consequentemente, para o da inimputabilidade. Urge, todavia, considerar que o artigo 18.º não abrange todo o campo da imputabilidade diminuída, mas só o daquela que é proveniente de anomalia psíquica grave, cujos efeitos o agente não domina sem que por isso possa ser censurado, isto é, afinal, aqueles em que este agente será particularmente perigoso. De sorte que, ao fim e ao cabo, vem a realizar-se, dentro de pressupostos teóricos impecáveis, na prática, um

sistema de vicariato: o juiz ou considera o agente imputável, remetendo-o para o domínio das penas; ou inimputável, applicando-lhe uma medida de segurança. Ficará, assim, a pertencer à jurisprudência e à prática alargar ou estreitar os limites de applicação do artigo 18.º.

Por último, tem este sistema a vantagem de libertar a referência da culpa à personalidade do agente de certos escolhos que, em certos casos-limite, ofuscavam a sua pureza e a transformavam numa ficção. Repare-se, aliás, que, contra o que já nesta Comissão se disse, a ausência de censura, de que no preceito se fala, refere-se a não dominar os efeitos... e não, directamente, à anomalia psíquica grave.

## II

Ao iniciar a discussão, o Senhor Ministro leu uma carta do Prof. Ferrer Correia, em que este, pelas razões por si já expendidas em síntese na 1.ª sessão, dava o seu inteiro aplauso à doutrina contida no artigo 18.º do Projecto. O Senhor Ministro disse considerar esta declaração como expressão de voto.

O Prof. Gomes da Silva pôs duas ordens fundamentais de reservas ao artigo em discussão: em primeiro lugar, os embaraços de ordem prática a que o artigo pode dar lugar, atentas sobretudo as disparidades de tratamento que permite para um problema fundamentalmente unitário como é o da imputabilidade diminuída; em segundo lugar, as dificuldades teóricas com que, afinal, a concepção que lhe subjaz vem a deparar. É que, quanto a este último ponto, não existe afinal a unidade de pensamento e concepções que se supõe existir. Pois desde que se desloca parte do problema da reprovabilidade para a questão da inimputabilidade, estamos afinal a cindir duplamente o sistema: a cindi-lo porque trabalhamos com dois conceitos diferentes de inimputabilidade; e também porque afinal se estão a confundir dois problemas distintos — o da impu-

tabilidade como susceptibilidade de culpa e o da imputação como elemento do juízo de culpa, isto é, do juízo de valor sobre o agente e o seu facto. Pois no artigo 18.º trata-se deste elemento da reprovabilidade, quando no artigo 17.º se trata, ou pelo menos se devia tratar, da mera susceptibilidade de culpa.

Interveio a seguir o Dr. Sidónio Rito, que, depois de afirmar que os conceitos valem só enquanto se adequam e na medida em que se adequam à realidade social que pretendem traduzir, e de citar alguns exemplos concretos de imputabilidade diminuída, revelou a sua funda opposição à doutrina do artigo em exame, atentos os perigos a que pode abrir a porta e as injustiças a que pode dar lugar. Perigos, porque o artigo 18.º é uma válvula de escape que permite que amanhã pessoas de dinheiro e posição venham apresentar-se perante os tribunais e fazer pressão sobre eles alegando uma capacidade de avaliação e determinação sensivelmente diminuída. Injustiças, porque do regime proposto — artigos 18.º e 123.º — resulta que ao imputável diminuído é applicada, por presunção, uma medida de segurança que pode ser em absoluto injustificável no caso concreto, porque, por hipótese, ele nem sequer é perigoso. Rejeitado, por estas razões, o regime proposto, crê-se que a ideia clássica da imputabilidade diminuída — que aliás tem a sua afloração nos artigos 86.º e 87.º do Projecto — ainda é a mais adequada a resolver casos deste tipo.

No sentido de que a disposição do artigo 18.º é excepcionalmente perigosa se pronunciou também o Dr. Guardado Lopes. Saber se a anomalia é ou não grave; se o agente domina ou não os seus efeitos; se ele pode ou não ser censurado; se a sua capacidade é ou não sensivelmente diminuída — tudo isto serão questões muito nebulosas, de difficilíssima resolução para o juiz. Por outro lado, o preceito parece estar em contradição com o artigo 2.º: por exemplo, os oligofrénicos e os abúlicos têm anomalias pelas quais não podem ser censurados, mas podem ter ainda conhecimento e vontade — de sorte que nestes casos haverá culpa sem que lhe



corresponda pena. Aliás, para justificar esta disposição, foi-se buscar a ideia monista; mas a ideia dualista justifica-se perfeitamente, desde que lhe corresponda um monismo na execução, isto é, no tratamento do delinquente. De resto, esta foi a solução adoptada em várias reuniões internacionais e as leis de diversos países correspondem justamente a esta ideia. Por tudo isto não parece que o problema da imputabilidade diminuída tenha forçosamente que tratar-se nos quadros da inimputabilidade, sendo talvez preferível solução análoga à adoptada na lei inglesa para os casos de «preventive detention» e de «corrective training» de deixar ao juiz a escolha da reacção (pena *ou* medida de segurança) que melhor se adequa ao caso concreto.

A favor da solução do Projecto se pronunciou, todavia, o Dr. Maia Gonçalves. Inicialmente, disse, estava tentado a votar que o preceito fosse eliminado, quer por razões práticas (sobretudo nos casos de anomalias não aparentes, quando um réu de posição ou de dinheiro é considerado inimputável é certo que tal decisão é mal recebida pelo público), quer por razões jurídicas (o artigo 18.º cria um conceito puramente jurídico de inimputabilidade, que de nenhuma forma coincide com o conceito clínico; ora, de que elementos irá o juiz socorrer-se para contrariar o parecer dos peritos?). Todavia, as explicações do Autor do Projecto, uma vez pensadas até ao fim, bem como a reflexão sobre excertos da «Pacem in terris» levaram à convicção de que o preceito se justifica, na base da ideia de que o direito penal deve ser criado só para homens verdadeiramente livres e dotados de razão. Só, pois, se lhe fazem certas críticas no plano formal, relativas à redacção. Assim, sugere-se que o termo «sensivelmente» — que, no seu teor literal, se refere aos *sentidos* — seja substituído pela expressão «em grau elevado», ou semelhante, que dê a ideia que o artigo 18.º só tem em vista casos-limite. Finalmente, onde a discordância em relação ao Projecto é total é quando o § 3.º do artigo 123.º — que se reconhece ter sido pensado para obviar aos maiores

inconvenientes que do artigo 18.º resultam — consagra uma presunção (que aliás se supõe ser simplesmente «*iuris tantum*», admitindo pois prova em contrário) de perigosidade; com o que parece ter-se esquecido que as presunções não têm qualquer justificação teórica em direito penal, o que acresce às suas muito discutíveis implicações práticas.

### III

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto congratulou-se por verificar que não estava sozinho na defesa do artigo 18.º do seu Projecto, lamentando que nem todos estivessem de acordo sobre um preceito de tão grande importância. E disse da sua estranheza em que o Director dos Serviços Prisionais, um práctico da execução da pena, tivesse defendido um dualismo teórico que se não adequa às realidades e necessidades postas na prática da execução — preconizando, afinal, que o legislador não fosse ao encontro desses anseios que da própria prática provêm. Aliás, as vantagens do monismo não ficam — como parece ter-se pensado —, no plano teórico, mas revelam-se (como na 1.ª sessão logo se disse) na própria prática, *v. g.*, potenciando eficazmente as ideias da pedagogia criminal.

Ora, o esforço teórico para defender o monismo tem sido vencido, justamente, quando afronta as dificuldades que lhe são postas pelos problemas da imputabilidade diminuída. E são essas dificuldades que o artigo 18.º conseguiu — pelo menos assim se pensa até que se mostre o contrário — eficazmente ultrapassar. Neste caminho de solução não se está, aliás, sozinho: G. Bettiol e H. H. Jescheck são dois dos criminalistas de nomeada que, na Itália e na Alemanha, propugnam por que se purifique o verdadeiro direito penal — o direito penal dos homens livres e dotados de razão — de certos casos em que é por demais duvidoso que se

possa pedir responsabilidade aos autores de factos criminosos; justamente os casos que no artigo 18.º se consideram.

O Dr. Guardado Lopes trouxe à discussão a solução inglesa de considerar os imputáveis diminuídos *ou* passíveis de penas *ou* de medidas de segurança. Mas, justamente, a solução do Projecto é *praticamente* coincidente com ela, pois permite — como já se disse e não vale a pena repetir — a realização de um verdadeiro sistema de vicariato. O Projecto só dá, a mais que a lei inglesa, uma moldura conceitual, teórica, à solução, que em nada a prejudica mas a que, na nossa concepção do Direito, se não pode renunciar: os ingleses aplicam ao delinquente uma pena ou uma medida de segurança sem se preocupar em o crismar de imputável ou inimputável; nós, dentro de um sistema monista, naqueles casos-limite em que se justifica a aplicação de uma medida de segurança, temos de considerar — e podemos considerar, sem quaisquer escolhos teóricos — o delinquente inimputável. Os ingleses podem renunciar, sem perigo, à moldura conceitual que reveste as soluções práticas, porque têm a apoiá-los um decisionismo. Mas nós, se renunciarmos a ela, com que ficaremos para nos apoiarmos na aplicação do direito?

Um outro óbice, de índole prática, foi levantado pelo Dr. Sidónio Rito. Crê-se, todavia, que ele resulta de um mal-entendido. Pois se se quer — como ele quer — adaptar as soluções às necessidades da vida, nenhuma solução será melhor do que a que no Projecto se consigna. Os ricos e os poderosos não terão qualquer interesse — *ao contrário do que sucedia na solução clássica do problema da imputabilidade diminuída* — em vir alegar que têm anomalias contra cujos efeitos nada podem, pois nesse caso o regime a que ficam sujeitos só os desfavorece. Aliás, parece em toda a discussão ter-se esquecido que justamente a existência de tais anomalias estão ligadas à *perigosidade* do indivíduo — e que a presunção do § 3.º do artigo 123.º (aliás uma presunção «*iuris et de iure*») se refere apenas à duração dessa perigosidade.

Daqui se deduz claramente que, também ao contrário do que na discussão se pensou — o artigo 18.º não elimina de nenhuma forma o problema da imputabilidade diminuída como autêntica imputabilidade. Pois pode ser que o indivíduo tenha a capacidade de avaliação e decisão sensivelmente diminuída, mas tal se não fique a dever a uma anomalia grave cujos efeitos não domina: nessa altura ele é imputável, pode ser condenado e a *pena* pode até ser-lhe atenuada se ele não revelar culpa na preparação da sua personalidade. Duas possibilidades, pois: ou inimputabilidade e consequente medida de segurança; ou imputabilidade e consequente pena, nos termos gerais. Assim se desfaz o «*impasse*» a que havia conduzido o problema da imputabilidade diminuída.

A verdadeira objecção veio do Dr. Maia Gonçalves, ao sustentar — com inteira razão — que as presunções não devem admitir-se em direito penal, sobretudo se forem *de iure*. Mas, em primeiro lugar, importa acentuar que aqui se trata de uma presunção de duração de uma perigosidade que já resulta da existência de uma anomalia psíquica grave cujos efeitos são indomináveis; e, em segundo lugar, que aqui se está fora da verdade em homenagem ao profundo valor da segurança e da defesa social.

Finalmente, o Prof. Gomes da Silva, pondo o problema da sua maneira habitual, sustentou que também aqui importa cindir o problema da imputabilidade e da imputação. Mas crê-se que não é verdadeiramente essa cisão, mas outra que aqui está em causa; desde que se aceite a responsabilidade pelo modo de ser, então a par de uma inimputabilidade para o facto (artigo 17.º) há que prever e regular uma inimputabilidade para a personalidade, para o modo de ser (artigo 18.º), de acordo com a ideia de que assim como há uma teoria da culpa para o facto, há-de haver, também, uma teoria da culpa referida à personalidade. E se já se aceitou — no artigo 2.º — a ideia da responsabilidade pelo modo de ser, não se vê como seja agora possível recusar a regulamentação de um dos seus elementos.

Finda a intervenção do Autor do Projecto, o Senhor Ministro propôs-se fazer um resumo e uma clarificação do problema em exame e do sentido das intervenções. Há uma série de hipóteses de imputabilidade diminuída, disse, em que a reacção contra os delinquentes se pode fazer, sem contradições de ordem teórica nem desrespeito pelas necessidades práticas, à luz da doutrina da culpa referida à personalidade. Simplesmente, outras hipóteses de crise há em que, podendo afirmar-se uma certa imputabilidade (embora sensivelmente diminuída) quanto ao facto, não pode paralelamente afirmar-se uma imputabilidade referida à personalidade, já que a anomalia psíquica teve uma tal natureza que o seu portador não pode ser censurado por não dominar os seus efeitos. Ora, nestas hipóteses, como reagir contra um tal delinquente? Na via monista, a proposta do Autor do Projecto é no sentido de o considerar inimputável, submetendo-o a medidas de segurança; a do Dr. Guardado Lopes é, pelo contrário, na via dualista, no sentido de ainda nestas hipóteses o juiz optar entre a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança.

Nesta altura, alguns membros pediram ao Senhor Ministro para vincarem de novo os pontos essenciais das suas posições.

O Prof. Gomes da Silva começou por afirmar não se poder dizer que o artigo 17.º preveja a inimputabilidade referida ao facto e o artigo 18.º a referida à personalidade; pois este último não exige só que a anomalia não possa ser censurada, mas exige ainda uma capacidade diminuída de avaliação do *facto*: o seu âmbito é, pois, delimitado pela personalidade e também pelo facto. Ora, a especialidade do preceito está, na verdade, neste último termo — na diminuição da capacidade da avaliação do facto — e não naquele outro em que se refere à personalidade. E, como o próprio Autor do Projecto confessou, nos casos de diminuição da capacidade podem, ora aplicar-se penas, ora medidas de segurança; é esta

discriminação de regimes que de maneira nenhuma se justifica, uma vez que num e noutro caso a diminuição da capacidade pode ser semelhante ou até mesmo idêntica. E, nesse caso, o indivíduo presume-se perigoso e é-lhe aplicada uma medida de segurança duríssima; enquanto no outro lhe é aplicada uma pena que há-de sofrer uma apreciável atenuação. Daqui nasce a objecção que ao artigo se faz (1).

A isto o Autor do Projecto logo retorquiu que a disposição em exame só pode ser compreendida quando relacionada com a teoria da culpa na formação da personalidade. A personalidade é uma formação complexa, capaz de compensar os seus elementos negativos com elementos positivos. Simplesmente, casos há em que a capacidade para conhecer da existência de tais factores negativos está tão diminuída que o agente não chega a aperceber-se da sua existência e não pode, pois, ser censurado por eles. Nos casos normais, uma tendência isolada capaz de conduzir o agente ao crime é compensada pelo conjunto da personalidade; em casos de crise tal não acontece e, por conseguinte, não pode falar-se de culpa referida à personalidade: naqueles casos em que a capacidade diminuída vem juntar-se a anomalia grave, cujos efeitos não domina. Entre uns casos e outros não há, assim, aquela parecença ou mesmo identidade que faria com que o seu tratamento diferente fosse considerado desadequado ou injusto.

A seguir pronunciou-se o Dr. Sidónio Rito, que, por sua parte, entende que a solução preconizada pelo Dr. Guardado Lopes, e à qual adere, não contraria o monismo: porque, para ele, de monismo pode falar-se sempre que a um certo agente seja aplicada ou só uma pena ou só uma medida de segurança. Aliás, urge

(1) O Conselheiro José Osório entrou neste momento, assistindo à parte restante da sessão, tendo o Senhor Ministro feito, em seu benefício, um resumo do sentido das intervenções precedentes.

acentuar de novo que do domínio da inimputabilidade terão de excluir-se as perturbações ou anomalias acidentais, até porque essas não inculcam de forma nenhuma a presunção de perigosidade em que se baseia o tratamento dos semi-imputáveis, segundo o artigo 18.º. Quanto às pressões que ricos e poderosos podem fazer sobre os tribunais, o que se quis dizer foi que eles podem vir a ser tratados mais desfavoravelmente do que o deviam ser, na base da desconfiança que as suas alegações poderão gerar. Tudo, aliás, se resolverá, desde que a perigosidade do semi-imputável se não presuma e se passe a fazer a prova caso por caso.

Finalmente, o Dr. Guardado Lopes voltou a acentuar que, se do ponto de vista do penitenciário só pode concordar com o monismo, já assim não é no plano teórico; aliás, a coerência dos princípios impõe que a um imputável diminuído, sendo ainda imputável, se não possa passar um atestado de inimputabilidade. Quanto ao regime a que devem ser submetidos, o § 2.º do artigo 124.º contém um que seria adequado e suficiente.

Em vista de o assunto se não poder ainda considerar esgotado, mas serem já 20 horas, o Senhor Ministro adiou a votação para o dia seguinte, para depois que o Conselheiro José Osório tivesse expandido a sua opinião, encerrando em seguida a sessão.

## ACTA DA 9.ª SESSÃO

Às 10 horas do dia 25 de Janeiro teve início a 9.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça, à qual não esteve presente o Prof. Ferrer Correia.

### ARTIGO 18.º

*É ainda inimputável quem, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída.*

Continuou em discussão o artigo 18.º do Projecto, tendo sido dada a palavra ao Conselheiro José Osório.

### I

Este começou por dizer que inicialmente a referida disposição o havia chocado um pouco pela sua aparente artificialidade, considerando inimputável quem verdadeiramente ainda é imputável, e pelas dificuldades práticas a que podia dar lugar a sua aplicação pelos tribunais.

Um aspecto, todavia, esclareceu-se imediatamente: estamos habituados a pensar a inimputabilidade ligada a uma espécie de incapacidade processual, que dá origem como que ao abandono

do julgamento do facto. Mas esse não será o caso das situações que caem na alçada do artigo 18.º e cujo julgamento deverá culminar com uma espécie de sentença condenatória, o que atenua consideravelmente o aspecto chocante da solução e faz prever que esta não será mal recebida pela opinião pública.

Por outro lado, para compreender o artigo parece ser bom distinguir entre imputabilidade penal e imputabilidade moral. Não se pode aplicar uma pena a quem se reconheça que não possui responsabilidade moral; mas a inversa não é verdadeira: nos casos em que o agente é ainda susceptível de um juízo de censura, mas fortemente diminuído, é possível, sem contradição, aplicar-lhe, em vez de uma pena, uma medida de segurança. Ora, no fundo, o que o artigo 18.º estabelece é apenas isto: nos casos em que a personalidade é de tal modo anómala que a capacidade para avaliar a ilicitude e se determinar por ela está muito diminuída, embora seja ainda cabido um juízo de censura, este substitui-se por um juízo de perigosidade que vai conduzir à aplicação de uma medida de segurança. Simplesmente, aquele mínimo de censura, que ainda aqui é cabido, vai determinar uma presunção de perigosidade — na qual existe, sem dúvida, o seu quê de artificialismo —, mas que precisamente é justificado por aquele mínimo de liberdade que ainda existia no delinquente e que se faz equivaler ao mínimo de pena que ele teria de cumprir se fosse completamente imputável. Aqui parece pois residir a justificação do § 3.º do artigo 123.º do Projecto.

Seguidamente, o Prof. Gomes da Silva disse reputar razoáveis e justificadas as premissas postas pelo Conselheiro José Osório, mas considerar que elas não podiam conduzir às soluções previstas no Projecto. Em boa lógica, elas aproximam-se antes, então, da solução consagrada pela lei inglesa. A isto respondeu o Conselheiro José Osório, com a concordância do Autor do Projecto, de que não existiam diferenças de ordem prática entre a solução inglesa e a do Projecto.

Aliás — continuou o Autor do Projecto —, todas as considerações do Conselheiro José Osório indiciam uma compreensão brilhante das ideias que se contêm no preceito em exame e um quadro teórico dentro do qual elas podem ser explicadas sem contradição. Em particular, também na concepção que expendeu está presente o condicionalismo fundamental do preceito: o agente que nele se tem em vista é imputável (diminuído) em relação ao facto, mas inimputável em relação à personalidade. É certo que, na nossa concepção das coisas, o mínimo de internamento é fundamentalmente justificado por razões de segurança; mas desde já se afirma que a ideia do Conselheiro José Osório — a de que ele seria justificado pela culpa que ainda persiste em relação ao facto — é perfeitamente legítima e digna da mais profunda atenção por parte da doutrina.

Em última análise, parece que o problema fundamental sobre que a Comissão deve decidir é o seguinte: aceitou ela ou não, na 1.ª sessão e depois ao votar o artigo 2.º, a responsabilidade do indivíduo pelo seu modo de ser? E se sim, entende a Comissão — como aliás já defendemos — que essa responsabilidade é ilimitada, ou antes — como agora nos parece mais exacto — que essa responsabilidade deve limitar-se em termos idênticos àqueles em que se limita a responsabilidade pelo facto? Pois se, na verdade, se entende que há casos-limite nos quais o agente nada pode contra a tendência que o arrasta ao crime, tal tendência não lhe poderá ser imputada à culpa na personalidade. Vistas as coisas deste prisma, o preceito em exame aparece-nos até como uma concessão aos adversários da culpa referida à personalidade, através da qual eles podem mesmo chegar a subvertê-la. Pois se amanhã o juiz considerar que o agente nunca pode nada contra as suas tendências, mais não terá a fazer do que considerá-lo incurso no artigo 18.º e submetê-lo a medidas de segurança. Aqueles pois que,

no seio da Comissão, põem maiores reservas à aceitação da culpa pela personalidade deviam ser os primeiros a aceitar esta disposição, que limita aquela culpa, e não a repudiá-la.

### III

Finda a intervenção do Autor do Projecto, o Senhor Ministro considerou que a situação que se desenhara na última sessão não se havia modificado substancialmente. Pois continua a haver o grupo daqueles que, embora com certas divergências quanto ao sentido das coisas (por exemplo, quanto ao internamento que se faz sofrer ao imputável diminuído, que para o Conselheiro José Osório tem ainda uma certa coloração de pena e para o Autor do Projecto é uma verdadeira medida de segurança), aceitam o artigo 18.º tal como ele se encontra no Projecto, pelo menos no que toca ao fundo dos problemas; o grupo daqueles outros que, na esteira do proposto pelo Dr. Guardado Lopes, à regulamentação contida no Projecto preferem uma que permita nestes casos que o juiz possa aplicar ou uma pena ou uma medida de segurança; e finalmente o daqueles que, de uma forma mais radical, entendem que as reservas formuladas à disposição em exame impõem a sua eliminação, preferindo até deixar a resolução do problema aos princípios gerais da culpa e da imputabilidade ou às disposições que, como os artigos 123.º e seguintes, se referem às medidas de segurança. Foi isto o que fundamentalmente se depreendeu da discussão e é neste sentido que se deve dirigir a votação.

### IV

A favor da orientação do Projecto se pronunciaram o Prof. Eduardo Correia, o Conselheiro José Osório e o Dr. Maia Gonçalves, pondo este último certas reservas à formulação, que o Senhor Ministro disse que consideraria a seguir.

A favor da eliminação do artigo, pronunciou-se o Prof. Gomes da Silva, dizendo que, todavia, não pode precisar qual a regulamentação que, em vez daquele, deveria ser consagrada. Sustenta, todavia, que o problema da imputabilidade diminuída não deve ser solucionado pelos princípios gerais, mas antes ser expressamente regulamentado.

Finalmente, a favor da solução de tipo inglês se pronunciaram os Drs. Sidónio Rito e Guardado Lopes. O primeiro disse não poder aceitar a fundamentação do Conselheiro José Osório porque uma presunção de perigosidade como aquela que o Projecto contém no § 3.º do artigo 123.º é inadmissível, representando a destruição pura e simples do conceito de perigosidade elaborado pela escola positiva. A isto contrapôs o Conselheiro José Osório que o artigo 18.º tem em vista justamente os imputáveis diminuídos perigosos e que a presunção se refere só à duração do internamento fundamentado por uma perigosidade realmente existente.

### V

Findo esta votação, o Senhor Ministro considerou *aprovado por maioria* o artigo 18.º do Projecto, pondo em discussão os aspectos formais que acerca dele se quisesse pôr em questão.

O Dr. Maia Gonçalves, neste âmbito, sugeriu: que em vez de «ao tempo do crime» se dissesse «no momento da prática do facto», até por uma questão de paralelismo com o que ficou contido no artigo anterior; e que se substituísse a expressão «tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída» por esta outra, mais exacta: «tem reduzido grau de avaliação da ilicitude e está fortemente inibido de se determinar de harmonia com essa avaliação».

O Autor do Projecto disse que, indo em certa medida ao

encontro das objecções levantadas pelo Prof. Gomes da Silva e pelo Dr. Sidónio Rito, poderá explicitar-se (embora não seja isso absolutamente necessário, pois já resulta com certa clareza da hipótese do preceito) que a anomalia psíquica grave tem de ser «não accidental». Por outro lado, pode explicitar-se a referência à tendência que tem de existir no agente e da qual deriva a perigosidade do agente — razão por que, aliás, o artigo de maneira nenhuma vai contra os ensinamentos positivistas sobre o conceito de perigosidade —, embora todo aquele que conhecer a história do problema da imputabilidade diminuída saiba que o problema só se levanta, de forma específica, quando existe aquela tendência, fonte da perigosidade.

O Conselheiro José Osório perguntou ao Autor do Projecto se a referência à capacidade sensivelmente diminuída não querera indicar uma desadaptação ao regime prisional comum e se isso mesmo não poderia ser explicitado. O Prof. Eduardo Correia respondeu que, na prática, tal elemento deverá provavelmente vir a ser o mais importante para determinar a aplicabilidade do artigo 18.º; mas será preferível, em todo o caso, não o explicitar na lei, deixando também neste aspecto mãos livres à jurisprudência.

O Prof. Gomes da Silva disse que, acrescentando a «anomalia grave» o qualificativo «não accidental» deveria então eliminar-se a expressão «sem que por isso possa ser censurado». A menos que o «não domina» seja empregado no sentido puramente fáctico. Isto porque numa interpretação espontânea pode interpretar-se o «não domina» no sentido de «ser incapaz de dominar». O Prof. Eduardo Correia retorquiu que «domina» tem efectivamente um sentido fáctico, mas um sentido fáctico muito particular, uma vez que se refere àquela omissão que está na base da censura pela *não* preparação da personalidade.

Finalmente, o Dr. Guardado Lopes afirmou que o artigo não deve referir-se só àquele que «tem a capacidade para avaliar... e

para se determinar». Não é uma copulativa (*e*), mas uma alternativa: *ou*. O Autor do Projecto disse que, efectivamente, o *e* representava um lapso de redacção e devia ser *ou*.

## VI

Passando-se à votação, a Comissão:

*Aprovou por unanimidade* que em vez de «ao tempo do crime» se dissesse «no momento da prática do facto».

*Aprovou por maioria* que a «anomalia grave» se acrescentasse «não accidental».

*Rejeitou por maioria* que em vez de «e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado», se dissesse «e cujos efeitos é incapaz de dominar», mantendo a formulação do Projecto.

*Aprovou por unanimidade* que em vez de «...facto *e* para se determinar...» se dissesse «...facto *ou* para se determinar...».

## ARTIGO 19.º

***O disposto nos artigos 17.º e 18.º não se aplica quando o agente provoca ele próprio a anomalia psíquica, na intenção de cometer o crime.***

O Autor do Projecto considerou que o artigo 19.º consagra a doutrina indiscutível da imputabilidade livre na causa. A referência ao artigo 18.º pode parecer estranha; mas, pelo menos em abstracto, não pode excluir-se a possibilidade de que um indivíduo se arrisque a criar uma tendência ou anomalia permanente, do tipo das que lá estão previstas, com a finalidade de praticar um crime ou uma série de crimes.

Na discussão, o Prof. Gomes da Silva disse preferir que a expressão «anomalia psíquica» fosse substituída por outra, por exemplo «perturbação psíquica». É que anomalia tem um sentido

que a refere muito ao elemento biológico mas pouco ao elemento psicológico. Por muito lata que ela seja, não parece adequada a abranger o indivíduo que se embriaga ou se intoxica com estupefacientes.

O Senhor Ministro chamou a atenção para o facto de o artigo 19.º retirar casos dos artigos 17.º e 18.º, pelo que a alteração da expressão constante do artigo 19.º implicaria uma alteração paralela da que está inscrita naqueles outros artigos.

O Dr. Sidónio Rito disse que, referindo-se o artigo 18.º só a anomalias permanentes, não via qualquer utilidade em que o artigo 19.º se lhe referisse. E no mesmo sentido afirmou o Dr. Guardado Lopes que tal referência será sempre supérflua, uma vez que mesmo naquelas hipóteses excepcionais pensadas pelo Autor do Projecto o indivíduo poderá ser censurado pela anomalia e não estará, pois, incurso no artigo 18.º.

Respondendo às objecções, acentuou o Autor do Projecto que a embriaguez e estados análogos são verdadeiras anomalias, são até mais, verdadeiras psicoses, como ensina Mezger, e, por conseguinte, verdadeiras doenças de que é possível mesmo tirar prova somática. Quanto à referência ao artigo 18.º, expressa no artigo 19.º, repete-se que ela é necessária para acorrer a hipóteses excepcionais, é certo, mas que nada exclui que venham, amanhã, a dar-se. Nem se pode dizer, com o Dr. Guardado Lopes, que em tais hipóteses o indivíduo, podendo ser censurado, não incorre no artigo 18.º; pois, como já se acentuou, a censura de que naquele artigo se fala refere-se a não dominar os efeitos da anomalia e não, directamente, à própria anomalia.

Postas à votação as propostas apresentadas (substituir anomalia psíquica por perturbação psíquica e limitar a referência do preceito só ao artigo 17.º), foram ambas rejeitadas por maioria, mantendo-se a formulação do Projecto.

A sessão encerrou-se eram 13 horas.

## ACTA DA 10.ª SESSÃO

Às 15 horas do dia 31 de Janeiro teve início a 10.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça, à qual não esteve presente o Prof. Ferrer Correia. O Conselheiro José Osório começou por perguntar se seria possível apresentar uma proposta relativa ao artigo 18.º, cuja discussão já se encerrara.

O Senhor Ministro ponderou que tal supunha o problema prévio de saber se a Comissão pretende abrir a possibilidade de se voltar a discutir um preceito já votado.

Posto o problema à discussão, a Comissão aprovou, por maioria, a seguinte resolução: «É possível reabrir a discussão de um preceito já aprovado, desde que a reabertura se justifique para pôr em destaque aspectos não considerados». Em face desta resolução, voltou-se ao

### ARTIGO 18.º

*É ainda inimputável quem, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída.*

Tomando a palavra, o Conselheiro José Osório propôs que em vez de se dizer: «É ainda inimputável», se diga: «Pode ainda ser declarado penalmente inimputável...». A alteração que se pro-



põe tem uma dupla vantagem e tem um duplo fim: por um lado, frisar que no artigo 18.º se não trata de uma inimputabilidade natural, mas jurídica; e, por outro lado, adequar-se melhor à ideia — também sufragada pelo Autor do Projecto — de que a declaração de inimputabilidade nestas hipóteses e a consequente sujeição do agente a medidas de segurança só deve ter lugar quando o imputável diminuído é efectivamente perigoso, em virtude da tendência que o arrasta para o crime.

Posta a proposta à votação, foi ela *aprovada por unanimidade*. Passou-se depois ao

## CAPÍTULO II

### DAS FORMAS DE APARECIMENTO DO CRIME

#### ARTIGO 20.º

*Salvo disposição expressa, os actos preparatórios não são puníveis.*

#### I

Quanto à epígrafe do Capítulo, o Conselheiro José Osório disse não gostar da expressão «Das formas de aparecimento do crime», no mesmo sentido se pronunciando o Prof. Gomes da Silva. Propôs, em sua substituição, «Modalidades especiais do crime», que até abrangeria melhor a própria participação.

Quanto ao preceito em exame, disse o Conselheiro José Osório que o impressiona mal começar-se o capítulo com uma disposição negativa. Em seu entender, a disposição deveria indicar as formas possíveis que poderia revestir a realização do facto; e assim diria, no n.º 1, que «É punível não só o facto em que se verificam todos os elementos constitutivos da incriminação mas também a

tentativa de realizar esse facto», passando o artigo do Projecto, em exame, a constituir o n.º 2. As suas observações críticas foram secundadas pelo Prof. Gomes da Silva e pelo Dr. Sidónio Rito, enquanto o Dr. Guardado Lopes sustentou que, em boa verdade, a disposição nem sequer é indispensável, embora seja conveniente mantê-la para que o confronto com o direito anterior não leve a supor que a regra da não punibilidade foi abandonada.

O Prof. Gomes da Silva chamou a atenção para a conveniência em que no preceito se expressasse a ideia de que os actos preparatórios são sempre puníveis quando constituem, eles próprios, crimes autónomos. Finalmente, o Dr. Maia Gonçalves, dando o seu aplauso à disposição em exame, pôs o problema de saber se devia ou não manter-se a figura do crime frustrado, concluindo pela negativa.

#### II

O Autor do Projecto, na sua resposta, começou por ponderar as objecções que haviam sido dirigidas contra a epígrafe do capítulo: «Formas de aparecimento do crime» é a designação que sempre tem usado, quer nos seus escritos, quer no seu ensino — e não parece fácil encontrar designação mais adequada. A expressão preconizada pelo Conselheiro José Osório não lhe parece feliz, preferindo então — a não ser aceite a do Projecto — que se utilize a a proposta pelo Desembargador Santos Carvalho: «Das formas do crime».

Quanto ao artigo 20.º, para o justificar na forma que no Projecto assume, urge ponderar: por um lado, que todas as disposições que mandam punir actos anteriores à consumação do crime são extensões, verdadeiros *alargamentos* do direito penal, e, por isso mesmo, *tipos dependentes*; por outro lado, que referir a punibilidade, como na proposta do Conselheiro José Osório se faz, aos elementos constitutivos do crime, é coisa perigosa: porque ou se entende que são *todos* os elementos que o formam — e então é

pura tautologia; ou se entende que são só os elementos da tipicidade, do tipo legal — e é insuficiente e inexacto.

Finalmente, não pode deixar de dizer-se quais as fases do «iter criminis» que são punidas e quais as que o não são — de forma que a disposição não é, como aventou o Dr. Guardado Lopes, dispensável; aliás, como acrescentou com toda a razão, a sua manutenção seria sempre necessária para que, ao confrontar o Projecto com o direito actual, se não fosse pensar que aquele abandonou este princípio fundamental do direito penal. Tenha-se todavia em vista que, excepcionalmente, os actos preparatórios podem ser punidos — e não só como crimes autónomos, mas também como verdadeiros actos preparatórios: mas a ressalva que no Projecto se contém abrange qualquer destes dois grupos de casos. Em todo o caso, e curando agora de pormenores de formulação, talvez que o princípio que o preceito contém se tornasse mais impressivo, dizendo: «Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição da lei em contrário». Assim resultará melhor a sua importância, que amplamente justifica que ele se contenha no pórtico do capítulo.

### III

O Senhor Ministro pôs seguidamente à votação as duas propostas de substituição apresentadas, uma pelo Conselheiro José Osório, outra pelo Autor do Projecto. A estas veio juntar-se uma terceira, do Dr. Sidónio Rito, que pretendia constituir uma solução intermédia, consagrando, segundo a ordem da sua importância, os dois princípios que reputa fundamentais nesta matéria. E assim diria: «1. A tentativa é punível. 2. Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição expressa em contrário».

Entre as três propostas, a Comissão *aprovou, por maioria*, a apresentada pelo Autor do Projecto: «Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição da lei em contrário».

Quanto à epígrafe do capítulo, a Comissão *aprovou, por unanimidade*, a de «Das formas do crime».

## ARTIGO 21.º

*Há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que, todavia, não vem a consumir-se.*

### I

As objecções feitas por alguns membros da Comissão provieram de não existir, no preceito do Projecto, referência ao elemento subjectivo, à intenção. Neste sentido, começou por dizer o Conselheiro José Osório que a tentativa não pode definir-se sem recurso a tal elemento, dirigido ao crime que se intenta praticar; não, pois, uma referência à necessidade de dolo, mas unicamente e apenas àquele elemento intencional. A este propósito referiu o Prof. Gomes da Silva a ideia de finalidade, que em seu entender deveria figurar na definição. Sem ela, disse, o problema da tentativa não pode nunca resolver-se convenientemente. *A* entra numa casa que não é a sua. Que espécie de acto é este, do ponto de vista criminal? É uma pergunta a que nunca pode responder-se sem recurso à finalidade que ele pôs no seu acto. E tanto assim é que tal elemento vai depois conter-se, de uma forma ou de outra, no n.º 3 do artigo 22.º e no n.º 1 do artigo 24.º. Todavia, ele devia figurar logo nesta disposição. Até porque, por exemplo para efeitos do artigo 22.º, tem que ponderar-se que a experiência comum pode servir para investigar a espécie de acto de um ponto de vista puramente policial, mas nunca do ponto de vista jurídico; deste último, tal só é possível quando ela se conexione com a finalidade do acto.

Finalmente, o Dr. Maia Gonçalves, considerando válidas as objecções levantadas ao preceito em análise, sustentou ainda que o problema em nada se resolve com recurso ao n.º 1 do artigo 24.º, uma vez que este diz respeito à punibilidade da tentativa e não à conceitualização desta, que é o que agora está em causa.

O Autor do Projecto, ponderando a objecção feita, retorquiu que a não referência da tentativa à intenção havia sido intencional. É sabido que na dogmática penal actual se debatem duas teses: a tese finalista — de Welzel e seus adeptos — e a não finalista, querendo aquela ver todos os actos humanos e, portanto, também os actos criminosos, com recurso à ideia da finalidade, que sem mais se identifica com o dolo. Ninguém desconhece também as severas críticas que hoje se dirigem à tese finalista e a reacção geral que contra ela, na Alemanha e, de modo especial, em outros países, se desenha. Ora é ainda do conhecimento geral que um dos mais valiosos argumentos a seu favor, foi a tese finalista buscá-lo à definição da tentativa oferecida por muitos códigos, onde se revelava um recurso à finalidade do acto ou à intenção. De sorte que já isto deveria pôr em guarda o legislador contra um recurso deste tipo. E neste preciso sentido: se for possível definir a tentativa sem recorrer a este elemento isso será preferível, uma vez que deixa mais liberta a questão doutrinal. E, na verdade, uma definição como a do Projecto, sem deixar de ser exacta, permite que a tentativa se construa ou subjectivamente, com recurso à intenção, ou objectivamente, como crime de perigo concreto. O Projecto não toma pois posição contra a doutrina finalista ou contra qualquer outra, mas, bem ao contrário, deixa o terreno livre para qualquer delas.

Quanto ao n.º 3 do artigo 22.º, tem o Prof. Gomes da Silva razão quando diz que o acto, na sua mera objectividade externa, não tem qualquer sentido; mas para que seja possível conferir-lho não é preciso construir a tentativa à maneira finalista: bastará que se adira, como aliás pessoalmente se adere, à ideia de que se tem de fazer recurso ao plano do agente para que se diagnostique um acto como acto de execução.

Reforçando as posições tomadas, voltaram a intervir o Conselheiro José Osório e o Prof. Gomes da Silva.

O primeiro acentuou que não era de forma alguma ideia sua o tomar posição, a propósito do artigo 21.º, na querela entre finalistas e não finalistas. Aliás, importa ponderar que muitos autores não-finalistas recorrem ao elemento subjectivo da intenção — embora não ao dolo — para caracterizar a tentativa. E isto pode ter real interesse prático — o ver se um individuo praticou uma tentativa, embora tenha actuado sem dolo — por exemplo, para efeitos de participação.

O Prof. Gomes da Silva afirmou também que não era seu desejo colocar o dolo na descrição da tentativa, mas somente uma referência à finalidade, sem a qual, como sempre pensou, nenhum acto humano ganha significado, — o que é coisa inteiramente distinta do dolo. A seu ver, a construção da tentativa como crime de perigo não é, de modo nenhum, aceitável: o acto como que abre então em leque, tanto podendo ser tentativa de violação, como de ofensas corporais, como de homicídio, etc.. A tentativa tem atrás de si uma tradição que se dirige à intenção de cometer *um certo crime*. Aliás, o grave não está tanto no artigo 21.º como no n.º 3 do artigo 22.º, onde se não abrem as duas soluções a que o Prof. Eduardo Correia aludiu mas se fecha absolutamente a porta a uma delas: a finalista. Por tudo isto, quanto ao artigo 21.º se propõe a seguinte solução de compromisso: «*Há tentativa de um crime quando o agente pratica actos de execução dele e contudo o crime não se consuma*».

A terminar, o Autor do Projecto renovou a sua afirmação de que a referência do preceito à intenção ou a outro elemento análogo não tem qualquer conteúdo útil e só prejudica a liberdade

doutrinal. Quanto aos actos de execução, o problema resolve-se pelo simples recurso ao plano do agente, como na altura própria se dirá.

Quanto à formulação proposta pelo Prof. Gomes da Silva, não se vê qualquer obstáculo em a aceitar, já que ela se considera inteiramente idêntica à que o Projecto consagra, até porque esta já contém a referência à «execução de um crime». Quanto à possibilidade de um acto ser suporte de várias tentativas, ela está em absoluto excluída pelo n.º 1 do artigo 24.º; não se esqueça, aliás, que a tentativa é um tipo legal dependente.

## V

Passando-se à votação, foi *aprovada por maioria* a proposta do Prof. Gomes da Silva; mas, sob proposta do Dr. Sidónio Rito, substituiu-se a palavra «prática» por «realiza».

## ARTIGO 22.º

*São actos de execução aqueles que:*

1.º — *Preenchem um elemento constitutivo de um tipo legal de crime;*

2.º — *São idóneos a causar o resultado nele previsto;*

3.º — *Segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos do tipo indicado nos n.ºs 1.º e 2.º deste artigo.*

§ único — *A inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto só excluem a tentativa quando sejam aparentes.*

## I

O Autor do Projecto começou por fazer notar que neste preceito se consagra uma forma objectiva de distinção entre actos preparatórios e actos de execução: não se considera suficiente para fundamentar uma tentativa a mera intenção, mas é necessário que esta

se exteriorize em actos que contenham já, eles próprios, um momento de ilicitude. Isto não exclui, certamente, que possa e deva punir-se já a tentativa impossível: tal punição deverá, porém, consignar-se, não na teoria do facto — que é o que agora está em causa — mas sim na teoria do agente. Vê-lo-emos a propósito do artigo 23.º.

Como, porém, caracterizar aqueles actos que importam já um começo de execução?

Desde logo, se o tipo legal de crime é o portador da valoração da ilicitude, o preenchimento de um elemento constitutivo de certo delito há-de revelar a actividade como acto de execução. É o que se consigna no n.º 1, com particular aplicação aos chamados crimes de execução vinculada.

O n.º 2 consagra a tese da perigosidade do acto, como reveladora também do seu carácter executivo — o que impõe o recurso ao plano do agente, ao menos considerado na sua significação objectiva.

Mas isto não basta: é possível que o acto não seja em si idóneo, mas só o seja em conexão com factos posteriores que provavelmente se seguirão. Por exemplo: *A* deixa uma bomba de relógio em casa de *B*, mas é preso antes de ter posto a trabalhar o maquinismo que conduz à deflagração. É sabido que este problema tem sido resolvido, pela jurisprudência alemã, através da fórmula de Frank, que todavia é imprecisa e eminentemente relativa, quando faz apelo às partes integrantes de uma conduta unitária, do ponto de vista naturalístico. Ora o critério que no n.º 3 se propõe visa justamente a melhorar aquela fórmula, expurgando dela o recurso a uma unidade naturalística que ninguém sabe bem o que seja e substituindo-o pelo apelo à experiência comum que, se é ainda uma cláusula lata, não o é tanto como a da referida unidade.

Quanto, finalmente, ao § único, ele prende-se com o crime impossível e deve talvez ser discutido conjuntamente com o artigo seguinte.

## II

1) Quanto à questão de fundo — delimitação dos actos de execução em face dos actos preparatórios — a generalidade da Comissão manifestou a sua concordância com o critério proposto. Todavia, o Conselheiro José Osório e o Dr. Sidónio Rito acentuaram que interpretavam este preceito como uma limitação complementar, de cariz objectivo, à limitação fundamental da tentativa através do elemento subjectivo da intenção; com esta explicitação davam o seu aplauso ao fundo do preceito em análise.

O Prof. Gomes da Silva ponderou, porém, ser necessário distinguir dois aspectos: a definição do acto de execução em confronto com o acto preparatório, por um lado; e, por outro, a definição do acto de execução em vista da realização de um crime. No primeiro aspecto tem de seguir-se um critério objectivo; mas já não assim no segundo. Ora a redacção do preceito no Projecto só deixa lugar a elementos objectivos; o próprio recurso ao plano do agente resultará só, como há pouco ficou dito, de uma necessidade de investigação, policial digamos, feita apenas «a posteriori». Nesta base, é inaceitável o conceito de tentativa que assim vem a resultar, e cujos limites são alargados não se sabe bem até onde. Exige-se, pelo menos, que em qualquer dos números do preceito se faça referência expressa ao «crime planeado pelo agente».

2) Em especial quanto a cada número do preceito expenderam-se as seguintes observações críticas: O Conselheiro José Osório frisou que os n.ºs 1 e 2 são alternativos, o que foi apoiado (em relação, aliás, a qualquer um dos números) pelos Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes e contraditado pelo Prof. Gomes da Silva. O mesmo Conselheiro considerou ainda que a referência contida no n.º 1 lhe parece demasiado ampla, uma vez que há elementos do tipo legal cujo preenchimento não indicia de nenhuma forma a tentativa — *v. g.* elementos que preexistem à própria conduta do agente. O Prof. Gomes da Silva ponderou, todavia, contra isto,

que o problema se põe unicamente em relação a elementos que podem ser preenchidos por um *acto* do delinquente. De uma forma mais radical, o Dr. Maia Gonçalves advogou que o n.º 1 fosse pura e simplesmente eliminado: além de que a exigência não costuma encontrar-se na doutrina, ela não se compreende bem e encerra grandes perigos — pois, por exemplo, poderá dizer-se que a sedução da mulher já é tentativa de um crime de estupro?

O n.º 2 não levantou objecções. Apenas o Prof. Gomes da Silva chamou a atenção para a ambiguidade do termo «resultado», propondo por isso que se substituísse a redacção daquele número por esta outra: «São idóneos para consumir o crime».

Quanto ao n.º 3 — e para além das questões de fundo a ele ligadas e que já se referiram —, acentuou-se: que ele era autónomo em relação aos anteriores (Dr. Sidónio Rito); que nele se continha a palavra «tipo» num sentido totalmente diferente daquele em que era usado no n.º 1 (Prof. Gomes da Silva); que conviria explicitar que no juízo de previsibilidade deve entrar-se também em linha de conta com a personalidade do agente (Dr. Maia Gonçalves); finalmente, que a fórmula do Projecto era particularmente feliz, na medida em que traduzia a medida do alarme do facto e a medida da proximidade do perigo, a primeira através do recurso à experiência comum e a segunda do recurso à previsibilidade dos factos subsequentes (Conselheiro José Osório).

## III

Findas as intervenções, o Autor do Projecto começou por salientar que a melhor defesa do preceito a encontrara nas palavras do Conselheiro José Osório e do Dr. Sidónio Rito, quando afirmaram que interpretariam a disposição sempre com vista à limitação da tentativa pelo elemento subjectivo. Pois isto prova que ele tanto se compadece com uma interpretação subjectiva — que traz logo para ele a restrição do n.º 1 do artigo 24.º —, como com uma interpre-

tação objectiva, que só num momento posterior faz intervir aquela restrição. Isto é a melhor demonstração de que o preceito não vincula de nenhuma forma o intérprete à aceitação de uma qualquer teoria sobre a ilicitude da tentativa e de que não colhem as objecções que foram feitas ao fundo do artigo em exame.

Quanto aos n.ºs 1 e 2, eles tanto podem funcionar cumulativa como alternativamente. Em rigor, e ao contrário do que afirmou o Dr. Maia Gonçalves, poderia mesmo dizer-se que bastava para definir o acto de execução o princípio contido no n.º 1; mas convém que se precise o conceito — e para isso lá estão os números seguintes. Mas concorda-se em que não é inteiramente exacto o uso do termo «preenchem» que se lê no n.º 1.

Quanto ao problema, levantado pelo Dr. Maia Gonçalves sobre a conveniência de expressamente se referir o recurso à personalidade do agente, entende-se ser exacto que se deve lançar mão dela; mas isso é uma posição pessoal, que não convirá impor ao intérprete.

No que toca às alterações preconizadas pelo Prof. Gomes da Silva, não se vê qualquer vantagem nelas: o resultado é, claramente, o resultado típico, o resultado descrito no tipo legal de crime; quanto à aplicação dos dois primeiros números, repete-se que ela pode ser cumulativa ou alternativa — podendo dizer-se isso mesmo expressamente, se porventura se reputar necessário.

#### IV

O Senhor Ministro, finda a discussão, pôs várias propostas à votação.

A primeira, tendente a eliminar pura e simplesmente o n.º 1, foi *rejeitada por maioria*.

*Rejeitada por maioria* foi também a proposta de se acrescentar ao n.º 1 a expressão: «planeado pelo agente».

Ainda *rejeitada por maioria* foi a proposta de se dar ao n.º 2 o teor seguinte: «são idóneos a conduzir à consumação do crime». Mas a propósito dela levantou-se o problema de saber se, nesse caso, não deveria expressamente restringir-se o requisito da idoneidade aos casos em que o crime é de resultado. No entanto, a formulação do n.º 2 do Projecto foi *aprovada por maioria*.

Finalmente, o Senhor Ministro pôs à votação o problema de saber se deveria ou não ostensivamente marcar-se o carácter autónomo de cada um dos números do artigo 22.º ou fundir-se num só os n.ºs 1 e 2, ou os n.ºs 2 e 3. O Secretário, procurando interpretar o pensamento expresso a este propósito pelo Autor do Projecto e por outros membros, apresentou a seguinte proposta:

«1. São os actos de execução aqueles que:

a) *Correspondem à descrição de um elemento constitutivo de um tipo legal de crime;*

b) *São idóneos a produzir o resultado nele previsto;*

2. *São ainda actos de execução aqueles que, segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos da espécie indicada no número anterior».*

Esta proposta foi *aprovada por maioria*.

Com isto se encerrou a sessão, eram 19 horas e 20 minutos.

## ACTA DA 11.ª SESSÃO

Às 10 horas e 30 minutos do dia 1 de Fevereiro de 1964, sob a presidência de Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça, teve início a 11.ª sessão da Comissão Revisora, não estando presentes os Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva. O Senhor Ministro começou por pôr em discussão os preceitos do

### ARTIGO 22.º, § ÚNICO

*§ único — A inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto só excluem a tentativa quando sejam aparentes.*

E

### ARTIGO 23.º

*Se um agente imputável manifesta, por actos que só na sua apresentação seriam idóneos à execução de um crime, que tinha a intenção de o praticar, e se se mostra, ainda, que ele revela a vontade de reiterar a sua prática ou é criminalmente perigoso, ser-lhe-á aplicável uma pena indeterminada tendo como limites máximo e mínimo a moldura penal do facto cuja realização visava.*

I

Estes preceitos — começou por afirmar o Autor do Projecto — connexionam-se com a teoria do chamado *crime impossível*. Não

se julgue, todavia, que por isso deixa de existir, no § único do artigo 22.º, algo de objectivo: do que se trata é que os actos de execução praticados, em vez de conterem em si um perigo real, contêm um perigo meramente aparente. Assim, se *A* pratica manobras abortivas em *B*, que tem toda a aparência de estar grávida, embora efectivamente o não esteja: o perigo existe, se bem que ele não seja construído sobre a realidade, mas sim sobre a aparência. E perigo este, note-se, que cria ou pode criar uma efectiva intranquilidade, e que pode resultar não só da carência do objecto mas também, igualmente, da inidoneidade dos meios, *v. g.*, quando para se matar um homem se recorre a uma pistola que afinal estava descarregada. É este perigo objectivo — embora aparente — que, repete-se, pode causar alarme e intranquilidade social e que, assim, está apto a fundamentar a punição do agente.

Simplesmente, desde há muito que se vem entendendo que os casos abrangidos por aquela punição não são ainda todos aqueles que, dentro desta categoria, assumem dignidade punitiva. E assim é que o Projecto alemão foi até ao ponto de considerar como tentativa actos que só na mente do autor se apresentam como idóneos para executar um crime. Julga-se, porém, que, nestes casos, não existe aquele *quid* externo, objectivo, que sempre se reputa necessário para fundamentar uma punição. Isto, contudo, sem prejuízo de se reconhecer que casos há particularmente chocantes, em que já não repugna admitir dignidade punitiva. Por exemplo, numa roda de pessoas observa-se uma espingarda a que previamente, com conhecimento de todos, se retirou o carregador; chega à sala um outro indivíduo que, desconhecendo este facto, utiliza a referida espingarda para tentar matar alguém. Ora aqui não existe aquela aparência que poderia justificar que a hipótese fosse tratada nos quadros do § único do artigo 22.º. E, todavia, a punição parece ser merecida, em atenção à sua vontade criminoso seriamente revelada. Parece ser esta uma concessão — dentro de limites razoáveis — à tese subjectivista.

Urge, todavia, considerar que, desta forma, a punição não se liga tanto ao facto praticado pelo agente como sobretudo à sua personalidade — o que consequentemente impõe que a pena aplicada seja ainda uma pena referida ao agente. Por isso se propôs a aplicação da pena indeterminada.

## II

a) Iniciada a discussão, revelou-se o fundamental acordo de todos os membros no que se refere à doutrina contida no § único do artigo 22.º, apenas se levantando objecções de carácter formal.

Assim, sustentou o Conselheiro José Osório que, representando o parágrafo um alargamento em relação ao disposto no corpo do artigo, ele não devia estar formulado em termos de restrição («só excluem»). Devia, pois, consignar-se antes a ideia de que a tentativa abrange ainda os casos previstos nesse preceito. Sobre o mesmo problema o Dr. Sidónio Rito pronunciou-se no sentido de que tudo poderia ser dito no n.º 2 do artigo 22.º, afirmando-se que se consideram actos de execução os que «são ou parecem ser idóneos a causar o resultado».

Outra objecção respeitou ao emprego da palavra «aparentes» que, segundo a opinião do Conselheiro José Osório e dos Drs. Sidónio Rito e Maia Gonçalves, seria equívoca — em virtude de se poder entender como opposição a real — propondo-se em sua substituição os termos «notórias» ou «manifestas».

Finalmente, o Dr. Maia Gonçalves chamou a atenção para o facto de muitos Códigos atribuírem ao juiz, nestes casos, uma ampla liberdade na determinação concreta da pena — aspecto que todavia deverá ser ponderado a propósito do artigo 26.º.

b) Quanto ao preceito do artigo 23.º, a generalidade da Comissão pôs-lhe desde logo as mais fundas reservas. Assim, o Dr. Sidónio Rito afirmou que em seu entender os factos nele pre-

vistos não tinham dignidade punitiva, uma vez que nele cabem sobretudo hipóteses do tipo dos casos de credice popular, onde o perigo é puramente subjectivo. Desde que a tentativa é, como acentuou o Autor do Projecto, um tipo dependente, lógica e juridicamente o crime impossível não é um alargamento do Direito penal mas só pode ser punido como crime «*a se*»; tanto assim que os elementos fundamentais do tipo legal de crime — por exemplo matar, furtar, etc. — não se encontram nele. Aliás, casos como o da espingarda, referido pelo Autor do Projecto, cabem no § único do artigo 22.º.

No sentido de ser difficilmente compreensível que se vão punir actos que não têm qualquer gravidade objectiva se pronunciaram também os Drs. Guardado Lopes e Maia Gonçalves, acrescentando este último que tal se traduz, ao fim e ao cabo, em arrastar para o campo da tentativa actos que, verdadeiramente, são preparatórios.

Finalmente, todos os membros acentuaram, na esteira do Conselheiro Osório, que consideravam a punição prevista demasiado pesada, na medida em que o agente viria a ser punido com uma pena mais grave do que a que lhe caberia em situações reconhecidamente menos graves do ponto de vista social. Por isso, enquanto o Dr. Guardado Lopes frisou que o mais que poderia admitir-se seria uma remissão para a regra geral da punição da tentativa—eventualmente atenuada ainda de maneira mais forte —, o Conselheiro Osório e o Dr. Sidónio Rito sustentaram que tais hipóteses — relacionadas com a perigosidade do delinquente — só deveriam desencadear medidas preventivas, porventura do tipo das estabelecidas pelo artigo 134.º.

## III

O Autor do Projecto congratulou-se com a aceitação geral que havia merecido a doutrina do § único do artigo 22.º. E, quanto às objecções de forma que lhe foram feitas, acentuou: Não parece que o problema possa resolver-se, como quer o Dr. Sidónio Rito, dando



uma nova formulação ao n.º 2 do artigo 22.º, até porque o preceito não só refere os casos de inidoneidade do meio como os de carência do objecto. A isto acresce que, sempre que se ponha o problema da causalidade, está a pensar-se numa relação entre a acção e o resultado; ora, neste caso, tal resultado não existe, é só aparente. Verdadeiramente nem sequer começa a realizar-se aqui qualquer tipo legal de crime, embora tudo se passe como se tal acontecesse. Parece assim, em conclusão, que deve expressamente pôr-se o problema em relação à *tentativa* e, de qualquer forma, autonomizá-lo em face da regulamentação dos actos de execução. Por outro lado, contra o que disse o Conselheiro Osório, não se vê que a fórmula empregada contrarie, no que quer que seja, a ideia exacta de que o § único contém um verdadeiro alargamento da incidência do corpo do artigo. Quanto ao emprego da palavra «aparentes», reputa-se ser ela a mais exacta, mas não se faz opposição a que ela se substitua por outra mais viva.

Quanto ao artigo 23.º, ele corresponde às mais modernas tendências legislativas e não parece que possa negar-se dignidade punitiva àqueles casos em que se revela uma fortíssima vontade criminosa. Nem se pode dizer que os casos mais chocantes sejam abrangidos pelo § único do artigo 22.º, uma vez que aí se exige o requisito da «aparência» e esta tem de se avaliar segundo o conhecimento geral ou, mais exactamente, em face de terceiros. Atente-se, por outro lado, em que não basta a representação, a convicção subjectiva, da idoneidade do acto, mas é necessário que tal convicção se exteriorize, se objective numa vontade de os reiterar ou numa vontade criminalmente perigosa.

No que toca à punição, claro é que o artigo 23.º deve conectar-se com o artigo 26.º, não podendo pois dizer-se que a tentativa própria é punida menos severamente. É certo que muitos códigos prevêm para estes casos uma possibilidade de atenuação livre ou mesmo de isenção da pena. Mas, para tais casos excepcionais, a maleabilidade do sistema punitivo do Projecto permitirá

certamente que o juiz seja capaz de encontrar a justa punição. Admite-se, todavia — se isso servir para de alguma forma tornar viável a aprovação do preceito — que ao artigo 26.º se acrescente uma disposição que, na esteira do Código suíço, disponha que «nos casos do artigo 23.º poderá o juiz isentar de pena, nomeadamente quando a falsa convicção da idoneidade do acto resultar de um defeito de inteligência».

Sobre esta sugestão do Autor do Projecto pronunciou-se o Dr. Sidónio Rito. Começou por reiterar as objecções fundamentais que punha à disposição em análise, acrescentando que toda a incriminação se mantém estranha à teoria do facto. Exige-se aí que o agente revele uma vontade de reiterar certos actos — mas esses são actos inidóneos; exige-se, por outro lado, que o agente seja criminalmente perigoso — e aí é que reside a verdadeira razão da intervenção legal — mas não se diz quais os indícios que devem ser tomados em conta para verificar a perigosidade. Depois, consagrar a possibilidade de isenção da pena é começar por dizer que esta tentativa é um crime muito grave e importante, para acabar por confessar que ele não tem gravidade nenhuma. Ora, em tais hipóteses, só se vê razão para aplicar ao agente uma medida de liberdade vigiada ou outra análoga — dado que se considera que não existe aqui uma tentativa relevante mas tão só um estado de perigosidade.

Por seu turno, o Dr. Maia Gonçalves disse que estaria disposto a dar a sua concordância ao preceito desde que se esclarecessem certas dúvidas que a reacção suscita — nomeadamente no que toca à «vontade de reiterar a sua prática» e ao ser «criminalmente perigoso» e se desse ao juiz a possibilidade de nestas hipóteses aplicar ou uma pena ou, nos casos menos graves, apenas uma caução ou termo de bom-viver.

A terminar, o Autor do Projecto interveio de novo só para voltar a acentuar que o Dr. Sidónio Rito não tinha razão ao afirmar que aqui se estava no domínio da perigosidade e das medidas

de segurança. Pelo contrário, como já ficou dito, trata-se antes aqui de uma verdadeira tentativa fundamentada pela perigosidade da *vontade* do agente, sendo esta o *quid* objectivo que liga estas hipóteses à teoria do facto e impõe que lhe seja aplicada uma verdadeira *pena*. Não se faz assentar a punição nem numa pura vontade, nem numa pura perigosidade naturalística do agente — mas no carácter perigoso da vontade manifestada, isso mesmo se podendo talvez explicitar na formulação. É uma consideração das coisas que tem sido acolhida na generalidade dos Projectos e Códigos modernos, e por isso mesmo se não quer assumir a responsabilidade de a eliminar e de deixar casos deste tipo sem punição. Aliás, seria esta uma concessão importante às teorias subjectivistas da tentativa — teorias que foram defendidas na sessão anterior por alguns daqueles que agora se mostram adversários da manutenção do artigo 23.º.

#### IV

O Senhor Ministro passou depois à votação.

Quanto ao § único do artigo 22.º — disse — apenas se levantaram dúvidas quanto à forma de inserção da disposição, isto é, à maneira como ela se articula com o corpo do artigo. Não foi apresentada qualquer proposta concreta, mas ela poderia porventura ser — independentemente de questões de acerto da redacção, que ulteriormente serão consideradas — deste tipo: «A tentativa abrange também a inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto, salvo quando forem aparentes».

A Comissão *aprovou, por maioria*, a fórmula proposta. Mas, *por unanimidade*, entendeu que se devia substituir «aparentes» por «manifestas».

Quanto ao artigo 23.º, continuou o Senhor Ministro, antes de se entrar na apreciação da redacção do preceito, a Comissão deve decidir se o preceito deve ser pura e simplesmente eliminado (relegando porventura para o artigo 134.º o tratamento de casos

desta ordem), se deve, pelo contrário, ser mantido, ou se deve, finalmente, ser modificado no sentido de se atribuir ao juiz a possibilidade de ou aplicar a medida repressiva nele prevista ou aplicar a medida contida no artigo 134.º.

A Comissão decidiu, *por maioria*, eliminar o preceito — com a declaração expressa do Prof. Eduardo Correia de que não participava da responsabilidade de tal decisão.

#### ARTIGO 24.º

*A tentativa só é punível:*

1.º — *Se o agente actuou com dolo;*

2.º — *Se visa um crime a que corresponde pena superior a dois anos de prisão, salvo quando a lei expressamente preveja noutros casos a sua punição.*

O Autor do Projecto fez notar que o preceito corresponde ao direito constituído; a única questão que parece poder suscitar-se é se deve alargar-se (como no Projecto se faz) a todo o dolo ou restringir à intenção, isto é, ao dolo directo.

As únicas observações provieram do Dr. Maia Gonçalves, que disse dever expressamente dar-se a entender que as condições previstas no preceito são cumulativas; por outro lado, propôs que em vez de «pena superior a dois anos» se diga «pena não inferior a dois anos».

Postas as duas questões à votação, a primeira sugestão foi *aprovada por unanimidade*, seguindo-se na formulação o caminho sugerido pelo Senhor Ministro: «A tentativa só é punível se o agente actuou com dolo e se visa um crime...». A segunda sugestão foi *rejeitada por maioria*.

Seguidamente, eram 12 horas, o Senhor Ministro encerrou a sessão.

## ACTA DA 12.ª SESSÃO

Às 15 horas e 20 minutos do dia 7 de Fevereiro de 1964 teve início a 12.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Excelência o Ministro da Justiça, não estando presentes o Prof. Ferrer Correia e o Dr. Sidónio Rito.

### ARTIGO 25.º

*A tentativa deixa de ser punível quando o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do crime, ou evita a sua consumação ou, nos crimes formais, a produção do evento material.*

§ 1.º — *Se vários agentes participam num facto, só não será punível aquele que voluntariamente preenche as condições previstas no corpo deste artigo.*

§ 2.º — *Se a consumação não tiver tido lugar independentemente da intervenção de um dos participantes, basta, para que este não seja punido, que ele voluntária e seriamente se tenha esforçado por evitar a consumação do facto.*

§ 3.º — *Não é também punível o participante que voluntária e seriamente se esforce para que a execução não prossiga ou o resultado típico se não verifique, ainda quando os outros participantes prossigam na execução ou produzam a consumação.*

#### I

Sobre este preceito, considerou o Autor do Projecto que nele se prevê a desistência da tentativa ou arrependimento activo, enten-

dendo-se, como não podia deixar de ser, que ela tem de ser voluntária para que seja relevante. Logo no corpo do artigo, porém, se consagra um alargamento da eficácia da desistência aos chamados crimes formais, isto é, àqueles que se consumam independentemente da produção do resultado: considera-se que tais crimes deixarão de ser puníveis quando o agente, tendo-os embora já consumado, evita que se produza o resultado em vista do qual a lei incriminou a respectiva acção. É certo que se pode acusar o Projecto de ter trazido para a legislação um conceito doutrinal como é o de «crimes formais»: todavia, repare-se também que o conceito tem já tradição na nossa doutrina, além de que não é fácil substituí-lo por uma fórmula que se liberte de críticas. Um dos casos que se quer prever e regular é, por exemplo, o daquele que, tendo ministrado substâncias venenosas a outrem, vem a impedir que este morra, *v. g.*, através da administração de um vomitório ou de uma lavagem ao estômago. E sobre o fundo deste alargamento é que a Comissão deverá seguramente, antes de tudo reflectir e decidir.

O § 1.º fixa o princípio da *pessoalidade* da desistência e não parece poder suscitar dúvidas. Todavia, ele não consegue abranger aquelas hipóteses em que vários participantes tentam evitar a consumação e só um é que o consegue. Pois parece ser justo que os outros sejam também abrangidos pelo privilegiamento da desistência: isso mesmo se consagra no § 2.º.

O § 3.º, finalmente, visa de alguma forma dividir os participantes, mostrar-lhes que a dessolidarização pode ser útil — concorrendo assim, de maneira não despidiçada, para alcançar a finalidade que preside a toda a teoria da desistência: evitar que se produzam resultados criminosos.

#### II

Iniciada a discussão, a Comissão mostrou desde logo o seu acordo com as ideias fundamentais do preceito em análise

e mesmo, de modo geral, com os alargamentos relativos aos crimes formais e aos quadros da participação. Suscitaram-se, todavia, os seguintes problemas particulares:

a) Quanto ao corpo do artigo:

O Conselheiro José Osório fez, a este propósito, três observações: a primeira foi a de que a relevância da desistência tem de ser apreciada segundo o plano que o agente tinha para executar o crime, mas com um limite, quando a parte do plano que ele executou já foi suficiente para consumir o crime. Claro é que nestas hipóteses estamos fora do domínio da tentativa e da desistência, de sorte que, em vez de «desiste de prosseguir na execução do crime» talvez fosse preferível falar em «desiste de completar a execução do crime». A segunda observação foi no sentido de considerar que a desistência é ainda relevante, nos quadros da própria autoria singular, quando o resultado só vem a verificar-se por intervenção de terceiro ou de outra causa externa: *v. g.*, *A* lança *B* ao rio para o afogar, desiste, lança-se à água para o salvar, mas *B* vem a ser afogado por acção de *C*, que se entrepôs no processo de desistência. Finalmente, em terceiro lugar, a fórmula que aos crimes formais se refere dá a impressão que em todos eles se verifica o condicionalismo ali previsto; e não é assim, pois hipóteses há em que o resultado não interessa, sequer indirectamente, à valoração, e em que portanto a desistência não deve ser considerada relevante.

O Prof. Gomes da Silva considerou também inaceitável a fórmula que aos crimes formais diz respeito, embora subscrevendo a ideia que lhe subjaz. O conceito de crime formal, entendido das mais diversas formas na doutrina italiana, embora tenha tradição entre nós, não é unívoco: abrange o grupo de hipóteses — por exemplo o envenenamento — em que a lei pune logo o perigo de produção de um resultado material; e o daquelas outras — por exemplo a conspiração — em que se trata de crimes sem evento mas que são crimes de dano. Ora o problema de uma situação equi-

parada à desistência (já que não é desistência verdadeira, porque o crime já se consumou) só se põe em relação ao primeiro grupo de hipóteses. Convém pois consagrar num número autónomo a hipótese dos crimes formais, com a formulação seguinte: «É equiparável à tentativa não punível o caso em que o agente consuma um crime mas evita o resultado material que a lei tinha em vista com a incriminação».

No sentido de se substituir a fórmula referente aos crimes formais, eliminando este qualificativo, se pronunciaram também os Drs. Guardado Lopes e Maia Gonçalves. Este, ainda a respeito do corpo do artigo, ponderou: há várias hipóteses em que o criminoso desiste voluntariamente e todavia a desistência não deve ser relevante, *v. g.*, quando vê o dispositivo policial montado à sua frente — sendo, pois, preciso que o agente veja que pode ainda prosseguir com êxito a execução. Deve, por isso, dizer-se: «quando o agente, voluntariamente, desiste da execução do crime, não obstante poder prosseguir-la com êxito e supô-la necessária para a consumação».

b) No que toca ao § 1.º, ponderou-se:

Que não devem aplicar-se ao participante as mesmas regras que se aplicam ao agente singular, sendo antes necessárias, ou devendo sê-lo, as condições que nos parágrafos seguintes se prevêem (Conselheiro José Osório). E que o termo «voluntariamente» é redundante, uma vez que ele já está contido no corpo do artigo, para o qual se remete (Dr. Maia Gonçalves).

c) No que toca ao § 2.º:

O Conselheiro José Osório expendeu uma consideração paralela à que fizera numa das suas observações ao corpo do artigo: não se compreende por que é que a desistência não há-de beneficiar o agente, em particular o participante, quando a consumação foi evitada *v. g.*, por terceiro ou por uma causa externa.

Aliás, a redacção do parágrafo em análise não traduz a ideia que nele se pretendeu consagrar, impondo-se encontrar uma formulação mais clara e que inclua as hipóteses a que aqui se aludiu. Estas considerações foram subscritas pelos Drs. Maia Gonçalves e Guardado Lopes.

d) Finalmente, quanto ao § 3.º:

O Prof. Gomes da Silva disse não concordar, aliás unicamente por razões práticas, com a extensão que nele se consagra. Razões práticas que se traduzem na facilidade com que os delinquentes virão alegar — porventura triunfantemente —, perante os tribunais, que se esforçaram por evitar o resultado ou a consumação. Prudentemente e com boas razões a nossa lei actual ficou-se pelos aspectos objectivos e não se vê razão para mudar. Além disto, crê-se que o § 3.º ficará melhor logo em seguida ao § 1.º.

### III

Finda a discussão, o Autor do Projecto congratulou-se com a compreensão que a doutrina do preceito encontrou na Comissão e com o decidido esforço que ela fez no sentido de melhorar a forma.

Quanto ao corpo do artigo, ele consagra efectivamente uma doutrina corrente e indiscutível. A dificuldade estará só, como notou o Dr. Maia Gonçalves, na interpretação do termo *voluntariamente* — pois aqui entrará em questão o próprio fundamento do privilégio que através da relevância da desistência se concede ao delincente: estará aquele fundamento numa ideia ética de arrependimento, que se connexiona com a culpa? Ou tão só — como pessoalmente se entende — numa pura base político-criminal, connexionada com o desejo de evitar, tanto quanto possível, resultados criminosos? Receia-se que qualquer acrescentamento à fórmula do Projecto — do tipo dos preconizados pelo Dr. Maia Gon-

çalves — sirva só para comprometer a liberdade que nesta matéria deve indiscutivelmente pertencer à jurisprudência.

Por sua parte, o Conselheiro José Osório expendeu considerações que parecem baseadas na ideia de aplicar ao agente singular os requisitos e pressupostos, menos estritos, que se propugnam para os quadros da comparticipação. Crê-se, todavia, que sem razão: pois enquanto na comparticipação há uma altíssima finalidade político-criminal — a de incentivar por todas as formas a dessolidarização dos participantes —, no agente singular tal interesse não existe e se a consumação sobrevém, *sibi imputet*. Com isto não se ergue uma férrea opposição ao alargamento preconizado pelo Conselheiro José Osório; mas pensa-se em todo o caso que isso será ir longe de mais, permitindo injustificadas absolvições em massa. Quanto — por outro lado — ao § 2.º, admitem-se como válidas as objecções do Conselheiro José Osório, podendo falar-se na «intervenção de um dos participantes ou de terceiro» ou estudar-se uma formulação melhor.

Já a razão prática invocada pelo Prof. Gomes da Silva contra a doutrina do § 3.º não convence, pois mal irá ao legislador que parta de uma sistemática desconfiança sobre a forma como os tribunais aplicarão a lei. Aliás, já para evitar os inconvenientes maiores se exigiu — na esteira do Projecto alemão — que o participante se tivesse esforçado *sèriamente*. Se a doutrina do § 3.º é, como parece, útil do ponto de vista político-criminal, essa utilidade não será seguramente anulada pelos perigos que se poderia pensar que a sua aplicação prática comporta.

Finalmente, no que toca ao alargamento a respeito dos crimes formais, logo de início se emitiram dúvidas sobre a melhor forma de traduzir a ideia. Claro que há crimes formais *sui generis*, em que o resultado não desempenha qualquer papel — sequer indirecto —, casos em que, como o Conselheiro José Osório notou bem, o problema não chega a pôr-se. Mas há também aqueles casos de crimes formais em que a razão da incriminação não está na pre-

venção de certos resultados mas na imposição da omissão da própria actividade. Ora é duvidoso que repugne ao sentimento jurídico que ainda a estes casos se estenda o privilegiamento da desistência (ou seja, do evitar que um certo resultado se produza). Assim, por exemplo, a lei pune o simples atentado ao Presidente da República; ora não será bom que se dê um incentivo àquele que atentou contra a vida dele, para que cuide dele, o trate ou faça tratar e porventura o salve? Crê-se que tudo isto se não pode considerar despreciando. Por outro lado, não parece ser incorrecto falar-se ainda, nestes casos, de *desistência* — e portanto não autonomizar a doutrina num número à parte, como pretende o Prof. Gomes da Silva —, uma vez que a consumação se pode considerar ou para efeitos de punição ou, como caso especial, para efeitos de desistência: e o que importa é que também nestes casos o privilegiamento da desistência tem interesse do ponto de vista político-criminal. Só ficam afastados, de forma decisiva, aqueles casos em que a lei, sob a capa do crime formal, prevê crimes *sui generis*. Mas compreende-se que repugne trazer-se para a lei conceitos puramente dogmáticos; propõe-se que, nesta parte, se diga: «desiste de completar a execução do crime (como quer o Conselheiro José Osório), evita a sua consumação, ou, nos crimes que se consumam independentemente do resultado, impede que este se verifique».

#### IV

Em seguida o Senhor Ministro pôs diversas propostas à votação, fazendo notar que se tratava de diversas variantes para exprimir um fundo sensivelmente comum de pensamento.

a) Quanto ao corpo do artigo:

Em primeiro lugar, a proposta do Dr. Maia Gonçalves no sentido de se explicitar o termo «voluntariamente» — que aliás, disse o Senhor Ministro, talvez pudesse substituir-se, com vantagem, por «espontaneamente» — foi *rejeitada por maioria*.

Depois, a sugestão do Conselheiro José Osório para que se substituísse «desiste de prosseguir na...» por «desiste de completar a...» foi *aprovada por unanimidade*.

Relativamente ao problema originado pelos crimes formais, o Senhor Ministro ponderou que toda a Comissão estava de acordo em substituir a referência àquele conceito por outra explicitamente dirigida ao que nele há de fundamental. Para traduzir este pensamento foram apresentadas as fórmulas dos Profs. Gomes da Silva e Eduardo Correia, aliás bastante próximas. Parece, pois, conveniente encarregar o Prof. Eduardo Correia de estudar a fórmula mais adequada. O problema fundamental nesta matéria reduz-se assim a saber se a doutrina relativa aos crimes formais deve ou não ser autonomizada, como quer o Prof. Gomes da Silva, num número próprio. (O Prof. Eduardo Correia fez notar que, autonomizando-se a doutrina, através da fórmula proposta pelo Prof. Gomes da Silva, se alargava de certa forma a sua incidência. Ao que o Prof. Gomes da Silva retorquiu que continuava a entender dever autonomizar-se a doutrina, embora não fosse sua ideia alargar o seu campo de incidência). Posto o problema à votação, a Comissão *decidiu, por maioria*, que a doutrina relativa aos crimes formais ficasse a constar dum número autónomo e que se encarregasse o Autor do Projecto de o redigir.

Finalmente — disse o Senhor Ministro — deve a Comissão considerar a proposta do Conselheiro José Osório, que o Autor do Projecto contraditou, segundo a qual devem aplicar-se aos casos de autoria singular as condições menos severas de relevância da desistência que valem para o âmbito da participação. — Pedindo a palavra, o Conselheiro José Osório disse que o impressionaram as razões aduzidas pelo Autor do Projecto a favor da não aplicação, no que toca ao § 3.º. Mantém pois a sua proposta, mas só relativamente à aplicação à autoria singular do benefício contido no § 2.º. — Posta à votação, esta proposta foi porém *rejeitada por maioria*.

b) Quanto ao § 1.º:

A Comissão *rejeitou por maioria* a eliminação, por desnecessário, do termo «voluntariamente». Mas *aprovou por unanimidade* a seguinte formulação: «aquele que voluntariamente impede a sua consumação». Também *por unanimidade aprovou* que em vez de «só não será» se dissesse «não é».

c) Quanto ao § 2.º:

Em primeiro lugar pôs-se à votação o problema de saber se devia fazer-se referência expressa, no preceito, à possibilidade de relevar a desistência quando a consumação não teve lugar por intervenção de terceiro. A Comissão pronunciou-se, *por maioria*, em sentido negativo.

Procurando tomar em conta as críticas feitas à formulação do preceito, o Secretário apresentou a seguinte proposta: «Não é punível o participante que voluntária e seriamente se esforce por evitar a consumação do facto, quando ela venha a ser impedida por outro participante». Esta proposta foi *aprovada por unanimidade*.

d) Finalmente, quanto ao § 3.º, só houve que considerar a objecção do Prof. Gomes da Silva, segundo a qual a relevância da desistência deve sempre depender da não consumação do crime. Mas a Comissão *rejeitou, por maioria*, a objecção.

## ARTIGO 26.º

*A tentativa é punível na moldura penal correspondente ao respectivo crime consumado. A pena, porém, poderá ser atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º.*

### I

Contra este preceito, o Prof. Gomes da Silva objectou não poder concordar com a possibilidade de aplicar à tentativa o má-

ximo da pena (não concorda, bem como o Conselheiro José Osório, com a expressão «moldura penal») com que é punido o crime consumado: nunca se sabe se quem comete um crime tentado o viria ou não, efectivamente, a consumir. A punição da tentativa é sempre punição por um facto hipotético — e daí o dever admitir-se uma atenuação obrigatória, ao menos uma atenuação geral.

O Dr. Maia Gonçalves propôs que se dissesse «poderá ser sempre atenuada» — sob pena de ser redundante, pois é evidente que quando se dêem as condições previstas nos artigos 87.º e 88.º a pena pode ser especialmente atenuada. O *sempre* dará a entender que a possibilidade de atenuação é simplesmente função de o crime não ter ultrapassado o estágio da tentativa e não da verificação dos requisitos dos artigos 87.º e 88.º. Finalmente, o Conselheiro José Osório propôs que se dissesse «especialmente atenuada» à semelhança do que já foi feito em preceitos anteriores.

### II

O Autor do Projecto concordou com as propostas do Dr. Maia Gonçalves e do Conselheiro José Osório, dizendo que elas resolviam todos os problemas que o preceito podia justificadamente suscitar. Quanto à objecção do Prof. Gomes da Silva, urge considerar que o caminho proposto é o que, estando na linha dos modernos Códigos e Projectos, considera a possibilidade — quantas vezes efectiva — de a tentativa ser tão ou mais grave do que o poderia ser o respectivo crime consumado.

### III

Passando-se à votação, foi *aprovada por unanimidade* a seguinte formulação para a 2.ª parte do preceito: «A pena, porém, pode ser sempre especialmente atenuada»; com a declaração, toda-

via, do Prof. Gomes da Silva de que votava contra a possibilidade de aplicação do máximo da pena prevista para o crime consumado.

#### ARTIGO 27.º

*É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as formas seguintes:*

1.º — *Executando-o singular e imediatamente;*

2.º — *Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros;*

3.º — *Determinando — quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros — directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação;*

4.º — *Determinando directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução, sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou em circunstâncias diferentes. Esta última forma de participação constitui a cumplicidade.*

#### I

No seu esclarecimento inicial o Autor do Projecto começou por evidenciar a impossibilidade de expor toda a complexa teoria da participação, tal como a entendia, pelo que se limitaria a equacionar alguns problemas que, em sua opinião, poderiam suscitar dúvidas particulares.

a) Assim, a leitura do articulado na parte respectiva logo revela que se procurou seguir aquilo que poderia chamar-se a doutrina latina da participação, em especial a francesa, por contraposição à alemã. Esta diferença de concepções avulta quando se considera o discutível conceito de «instigação», tal como ele tem sido

elaborado na literatura germânica, e que no Projecto se resolveu não autonomizar em relação ao da autoria mediata. A razão de ser daquele conceito está, como é sabido, na ideia errada de que a liberdade da vontade seria necessariamente incompatível com a causalidade; uma vez ultrapassada esta ideia, nada impede, seguramente, que se prescindia daquele conceito, reduzindo todas as hipóteses de instigação à autoria mediata, moral ou intelectual.

Só que isto supõe, por outro lado, que se aceite — tal como no Projecto se faz — e se parta de um conceito extensivo de autor e que continue a ver-se na ideia da causalidade a chave da distinção entre as diversas figuras de participantes.

Quanto a um outro motivo que tem conduzido à autonomização do conceito de instigação — o de que só através dele seriam convenientemente solucionados os problemas postos por aquelas circunstâncias que se verificam num só participante —, ele não vale perante a doutrina que propugnamos. Pois na medida em que a instigação é remetida para o domínio da autoria moral e a teoria da participação se reputa dominada pela ideia de causalidade — resulta daí que sempre que um participante reúna certas qualidades típicas que outros não possuem, estar-se-á em face de uma autoria mediata, bastando isso para que a pena de todos deva ser determinada em função da que àquele caiba; já assim não será, porém, quando a circunstância diga respeito à culpa do agente ou à sua personalidade, não se reflectindo pois na relação de causalidade em que se baseia a própria participação. Isto se procurou dizer no artigo 28.º, de acordo com a doutrina já firmada por um Assento do S. T. J.. Para uma atenuação do participante a que se comunicaram certas qualidades, e que pode em certos casos revelar-se justa, se criou o § único do artigo 28.º.

Estas, pois, as razões que fundamentaram a rejeição do conceito de instigação — produto de uma maléfica teorização de v. Buri —, aliás rejeitada por muitos autores, de diversas nacionali-



dades, no Congresso de Atenas da A. I. D. P. de 1959. Crê-se, pois, que nesta parte mais valerá mantermo-nos fiéis ao sistema vigente, embora aceitando o alargamento que se contém no artigo 31.º. Todavia, será esta a mais importante questão que a Comissão terá de votar, até porque, a entender que o conceito de instigação deve ser autonomizado, todo o articulado seguinte terá de ser profundamente modificado.

b) Quanto, pròpriamente, ao artigo 27.º, ele prevê as possíveis formas de realização do crime: a autoria singular no n.º 1.º; a co-autoria no n.º 2.º; no n.º 3.º, a autoria mediata ou moral, simples ou conjunta; no n.º 4.º, a cumplicidade. Quanto a estas últimas formas, já se defendeu a possibilidade de elas terem lugar por simples negligência; reconhece-se, porém, que isso será porventura levar as coisas longe de mais. Quando, no n.º 3.º, se fala em «directamente», pretende-se excluir a punibilidade de uma instigação à instigação e refere-se aí o «facto ilícito» no sentido de crime, visto que — salvo, de certo modo, o que depois se afirma no artigo 31.º — é sempre necessário, para que se possa falar de comparticipação punível, que tenha havido um acto de execução. Quanto, finalmente, à cumplicidade, têm-se levantado dúvidas sobre se o critério da sua determinação deve ser objectivo ou subjectivo: aceitou-se, na esteira de Feuerbach, o primeiro.

## II

Iniciada a discussão, a unanimidade dos membros presentes pronunciou-se no sentido de se manter o sistema actual de estruturação da comparticipação, e por conseguinte também o que o Projecto sanciona, repudiando-se, como fora preconizado pelo Autor do Projecto, a autonomização do conceito de instigação.

A propósito do artigo 27.º — que o Conselheiro José Osório disse representar um nítido progresso, mesmo quanto à formula-

ção, em relação ao direito actual — levantaram-se só, por conseguinte, questões atinentes à forma.

Assim, o Conselheiro José Osório — secundado, neste ponto, pelos restantes membros — opinou no sentido de, no corpo do artigo, se eliminar o termo «autor», ficando só a palavra «agente». A este respeito o Prof. Gomes da Silva propôs que se seguisse o estilo usado pelo nosso Código actual: «São autores... São cúmplices...».

O Conselheiro José Osório disse ainda que, em sua opinião, os casos de co-autoria não deviam ser limitados pela exigência de um acordo; pode um indivíduo colaborar dolosamente no plano de outro sem conhecimento deste, devendo nesse caso ser punido como co-autor. No sentido da punição da co-autoria fortuita, que deve reputar-se distinto de actuação paralela, se pronunciou também o Dr. Guardado Lopes. Por último, o Conselheiro José Osório fez notar que no n.º 4.º se previam duas formas de comparticipação, devendo, pois, dizer-se, *in fine*: «Estas últimas formas...».

O Prof. Gomes da Silva advogou a substituição de «quem tiver dado causa» por «quem tiver realizado», para que se não pense que a própria lei quis entrar na discussão do problema da causalidade, o que deve ser evitado. Por outro lado, no n.º 3.º a expressão «prática de um facto ilícito» é incorrecta, já que se não tem em vista um qualquer facto ilícito, como ali parece, mas o crime que se imputa ao participante; deve por isso falar-se antes em «prática do crime» — afirmação esta subscrita depois também pelo Dr. Guardado Lopes.

O Dr. Maia Gonçalves começou por mostrar a sua concordância em se não ter regulado, na Parte Geral, o problema do encobrimento, que disse dever ser punido, em princípio, como crime autónomo. Acrescentou depois que discordava da posição do Conselheiro Osório, considerando que os casos de colaboração num plano criminoso, mas sem acordo, devem antes ser punidos nos quadros da autoria singular. Fez porém duas reservas ao n.º 3.º: a primeira,

porque lhe não pareceu justificada a restrição que se contém na exigência de que a determinação seja directa — diferentemente do que se passa no n.º 4.º — por a cumplicidade ser uma espécie de modalidade inferior de infracção que se traduz num alargamento da punição normal, *v. g.*, em casos de transmissão de um recado para que um crime se pratique; a segunda, porque lhe não parece razoável exigir-se que a determinação seja dolosa, embora aqui a sua opposição não seja irreductível.

O Dr. Guardado Lopes, para além das intervenções já anotadas, disse que concordava com a exigência de que a determinação fosse directa, até porque casos como o da transmissão de um recado, referido pelo Dr. Maia Gonçalves, os considerava incluídos nos quadros da determinação directa; acrescentou que, todavia, o termo «determinação» é talvez forte demais, podendo tornar redundante a parte final do n.º 3.º, pelo que seria desejável — aliás também no n.º 4.º — encontrar uma expressão menos concludente.

Por último, vários membros (Conselheiro Osório, Dr. Guardado Lopes) acharam demasiado pesada e confusa a fórmula do n.º 4.º, expendendo o desejo de que ela pudesse ser aliviada.

### III

O Autor do Projecto felicitou-se por o repúdio do conceito de instigação, por parte do Projecto, ter encontrado unânime concordância por parte da Comissão. E, respondendo às principais objecções levantadas contra a formulação do artigo 27.º, acrescentou que:

Em primeiro lugar, não tinha quaisquer dúvidas em eliminar o termo «autor» que no corpo do artigo se lê, o que terá até a vantagem de expurgar o preceito da sua principal carga doutrinária.

No que toca ao n.º 2.º e à questão, levantada pelo Conselheiro Osório, de dever alargar-se a co-autoria mesmo aos casos em que não existe acordo, não parece que essa seja a melhor solução. Claro que o acordo de que no preceito se fala tanto pode ser expresso como

tácito; mas sempre exigirá, como sempre parece ser de exigir, pelo menos, uma *consciência da colaboração*. Nem deve esquecer-se — como acertadamente notou o Dr. Maia Gonçalves — que muitas vezes a suposta co-autoria, em que de todo falta aquele acordo ou consciência da colaboração, vem afinal a transformar-se em uma hipótese de autoria imediata. Por conseguinte, o mais que poderá conceder-se é que a expressão «acordo» seja integrada pela consciência da colaboração, a qual aliás terá sempre de assumir carácter bilateral.

Quanto ao n.º 3.º: não se vê que a expressão «facto ilícito» possa levantar dúvidas, ao passo que o termo «crime» já as pode levantar, já que o facto praticado pelo autor imediato pode ser ilícito mas não culposo. (O Conselheiro Osório emitiu nesta altura a opinião de que deveria dizer-se, não «de um facto ilícito», mas «do facto ilícito» — para assim se ir de encontro à objecção do Prof. Gomes da Silva. Esta opinião foi imediatamente subscrita pelo Autor do Projecto). Quanto a exigir-se que a determinação seja dolosa, parece, com isto, ir-se ao encontro da melhor doutrina: não porque, como querem alguns, seja impensável uma determinação por negligência; mas sim porque, traduzindo-se a punição da autoria moral, já de si, num alargamento, precisa de ser limitada; nesta base se deve proibir também a instigação à instigação, através do requisito de que a determinação dolosa deve ser directa. Aliás, o «directamente» é uma fórmula cujo exacto preenchimento deve ser deixado à jurisprudência e à doutrina, não as vinculando exageradamente e podendo conter, como bem sublinhou o Dr. Guardado Lopes, casos do tipo dos que foram postos pelo Dr. Maia Gonçalves.

Quanto ao n.º 4.º, só há que concordar com uma fórmula que, não desvirtuando o pensamento nele contido, seja menos «pesada» que a do Projecto; tal fórmula, porém, deverá ter em conta que a última parte se refere a duas hipóteses: à da determinação e à do auxílio.

Seguidamente o Senhor Ministro pôs à votação as propostas seguintes:

A proposta introdutória do Prof. Gomes da Silva tendente a separar aqueles que são autores e os que são cúmplices e que tem a opposição do Autor do Projecto. O Secretário, para resolver o diferendo, propôs que se eliminasse a última frase do n.º 4.º e, em vez dela, se acrescentasse um parágrafo (isto é: um número, segundo a forma de articular aceite pela Comissão) em que se dissesse: «As formas de participação previstas no n.º 4.º (na alínea *d* do número anterior) constituem a cumplicidade». Esta proposta foi *aprovada por unanimidade*.

Quanto à parte inicial do artigo, *aprovou-se por unanimidade* que se eliminasse a expressão «autor ou».

Quanto ao n.º 2.º, o Senhor Ministro pediu para ser esclarecido quanto ao alcance de se considerar, nos casos em que não existe acordo, a actividade do co-autor fortuito nos quadros da co-autoria, como quer o Conselheiro Osório, ou antes da autoria imediata, como prefere o Autor do Projecto. O Prof. Eduardo Correia esclareceu que isso tem importância, *v. g.*, para saber qual a punição num crime de furto, se este for punido — como é no nosso direito actual — de acordo com a importância subtraída; como pode ter ainda interesse para efeitos de transmissibilidade de circunstâncias, etc.. Por isso, a não existência de acordo deve excluir a punição por co-autoria.

Em virtude desta explicação *aprovou-se por unanimidade* a manutenção da exigência de acordo no n.º 2.º. O Conselheiro Osório fez todavia notar que a «execução imediata» é neste número mais ampla que no anterior, propondo por isso que, no n.º 2.º, aquela expressão fosse substituída pela seguinte: «Tomando parte imediata na sua execução» — o que foi *aprovado por unanimidade*.

Quanto ao n.º 3.º, a proposta para que se eliminasse a exigência de que a determinação fosse «directa» foi *rejeitada por maioria*. Mas

*aprovou-se por unanimidade* que, em vez da expressão «prática de um facto ilícito» — que se lê no n.º 3.º e no n.º 4.º — se dissesse: «prática do facto ilícito». No que toca à parte final do n.º 3.º, pôs-se o problema de saber se ela seria desnecessária, em virtude da interpretação que pode dar-se à palavra «determinando», no sentido de determinação essencial. A Comissão, *por maioria*, respondeu negativamente, deliberando manter aquela parte final, em vista do que o Prof. Gomes da Silva propôs que em vez de «determinando» se dissesse «contribuindo para determinar». Esta proposta foi *rejeitada por maioria*.

Quanto ao n.º 4.º, e no sentido de o tornar mais simples, o Conselheiro Osório propôs que se lhe desse a seguinte redacção: «...sempre que, sem aquela determinação ou auxílio, a execução fosse levada a cabo por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diferentes». Esta proposta foi *aprovada por unanimidade*.

Seguidamente o Senhor Ministro encerrou a sessão, eram 19 horas e 30 minutos.



## ACTA DA 13.ª SESSÃO

Pelas 10 horas e 15 minutos do dia 8 de Fevereiro de 1964, Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça abriu a 13.ª sessão da Comissão Revisora, à qual não estiveram presentes o Prof. Ferrer Correia e o Dr. Sidónio Rito. A discussão iniciou-se pelo

### ARTIGO 28.º

*Se a ilicitude ou o grau de ilicitude de um facto se baseia em certas qualidades ou relações, basta, para que todos os participantes sejam puníveis pela respectiva moldura penal, que tais qualidades ou relações se verifiquem relativamente a qualquer deles.*

§ único — *Sempre que desta regra resulte para algum dos participantes a aplicação de uma moldura penal mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervisse.*

#### I

O Autor do Projecto disse que julgava suficientes os esclarecimentos que a respeito deste preceito e do seguinte havia prestado

quando da discussão do artigo 27.º — tanto mais que eles correspondem já ao nosso direito actual, tendo a doutrina correspondente ao artigo 28.º sido fixada por assento do Supremo Tribunal de Justiça.

#### II

Iniciada a discussão, revelou-se a fundamental concordância dos membros da Comissão com a doutrina do preceito — salvo o Prof. Gomes da Silva, que disse já em tempos ter tomado posição contra tal doutrina, sem todavia querer agora manter a sua posição de irreductível discordância.

Todavia, o Conselheiro Osório fez três anotações ao preceito: de acordo com a primeira, casos há em que o funcionamento da regra se não justifica, *v. g.*, para os casos dos chamados crimes de mão própria, em que certas qualidades têm de ser dadas no executor; por isso devem estes casos ressaltar-se através de uma cláusula geral do seguinte tipo: «...qualquer deles, salvo se outra coisa resultar da norma incriminadora». Em segundo lugar, é muito duvidoso que baste que certa qualidade se verifique só no cúmplice: se a qualidade existe só no autor, não repugna estendê-la; mas já não será porventura assim se ela existir só no cúmplice; demais, convém frisar que o assento do S. T. J. a que o Prof. Eduardo Correia já se referiu põe e resolve o problema só em relação aos autores. (Esta objecção foi depois reforçada pelos Drs. Guardado Lopes e Maia Gonçalves, preconizando este que expressamente se acrescentasse ao corpo do artigo: «excluindo os cúmplices»). Em terceiro lugar — disse ainda o Conselheiro Osório — seria talvez prudente declarar que a doutrina do parágrafo seria de aplicar sempre que aquelas qualidades ou circunstâncias não fossem conhecidas dos restantes participantes.

A propósito do § único, o Dr. Maia Gonçalves opinou no sentido de se especificar quais as circunstâncias do caso que devem considerar-se relevantes para a sua aplicação.

### III

Respondendo, o Autor do Projecto acentuou:

A mais grave questão levantada é, sem dúvida, a que se refere aos cúmplices. Todavia, não repugna de forma nenhuma ao nosso sentimento jurídico que, em muitos casos, uma vez que a qualidade se verifique no cúmplice, ela possa ser transmitida ao autor, e isso bastará para que se não concorde em consignar uma ressalva expressa; certo que poderá haver casos em que tal transmissibilidade seja chocante — mas para obstar então aos efeitos práticos desta transmissibilidade lá estará sempre a válvula de segurança que o § único contém.

Quanto aos crimes chamados de mão própria, ou se entende que eles, por sua própria natureza, impedem a comparticipação (como se pensa que acontece, por exemplo, no perjúrio) e então não se põe o problema; ou se entende que não impede — e não se vê então também qualquer consideração que obste a que a qualidade se transmita.

Claro é, porém, que a imputação da circunstância ao participante se deve fazer nos termos gerais da culpa e do erro, não parecendo, por isso, que se lhe deva fazer qualquer menção especial no § único. Por outro lado, não parece que deva limitar-se a liberdade da jurisprudência, dizendo quais as circunstâncias do caso que devem considerar-se relevantes: a cumplicidade será uma delas, mas muitas outras poderão e deverão ser consideradas.

### IV

Entrou-se depois na votação.

A propósito da ressalva proposta pelo Conselheiro Osório, foi dito por este que havia apresentado os crimes de mão própria como uma hipótese possível, a par de outras, como, *v. g.*, o caso do incesto, quando considerado crime especial. O Prof. Eduardo Correia

respondeu que isso parecia conter-se já na própria interpretação do tipo, mas que se não opunha a que a ressalva geral fosse consignada. A Comissão *aprovou, por unanimidade*, que ao corpo do artigo se acrescentasse: «salvo se outra coisa resultar da norma incriminadora».

Quanto à proposta de limitar a doutrina do artigo aos autores, excluindo expressamente os cúmplices, ela foi *rejeitada por maioria*.

Não foi apresentada qualquer outra proposta, tendo o § único sido *aprovado por unanimidade*.

### ARTIGO 29.º

***Cada participante será punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos restantes participantes.***

O Prof. Gomes da Silva disse que o problema da punição se punha em momento lógico posterior ao da culpa, pelo que a redacção devia ser modificada nesse sentido. Ao que o Autor do Projecto e o Conselheiro Osório retorquiram que «punição» se não refere só ao caso em que o agente se subtrai à pena, mas também àqueles casos em que o agente actua sem culpa. Em vista disso o Prof. Gomes da Silva propôs que se dissesse: «...independentemente da existência ou grau da culpa e bem assim da punição dos restantes participantes».

O Dr. Guardado Lopes propôs que se eliminasse a referência ao «grau» da culpa. Ao que o Autor do Projecto opôs que a referência tinha interesse para o problema da imputação de uma circunstância agravante ou atenuante.

Ambas as propostas apresentadas foram *rejeitadas por maioria*.

## ARTIGO 30.º

***A cumplicidade é punível na moldura penal aplicável ao respectivo crime. A pena será, porém, atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º.***

O Dr. Maia Gonçalves afirmou que lhe parecia ser preferível consignar uma atenuação *facultativa* da pena — o que daria maior maleabilidade ao julgador e responderia a certos casos em que a atenuação especial pode ser demasiado benévola para certas formas especialmente graves de cumplicidade. Por isso propôs que se dissesse: «A pena, porém, pode ser sempre especialmente atenuada».

Esta proposta foi *aprovada por unanimidade*.

## ARTIGO 31.º

***Quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo.***

### I

O Autor do Projecto começou por expor em síntese as razões que o levaram à criação deste preceito, que constitui inteira novidade no nosso direito.

É sabido que a punição da autoria moral e da cumplicidade supõe a accessoriedade, isto é, supõe que outrem realize uma actividade executiva. Simplesmente, do ponto de vista político-criminal, nem sempre esta ideia conduz a resultados satisfatórios. Em particular, tem-se posto o problema de saber se não deve ser punível aquele que insiste com veemência na formação da vontade criminosa de outrem, mesmo quando este não chega a praticar qualquer acto de execução; e a resposta afirmativa tem-se imposto cada vez

mais — até porque o acto de execução pode não chegar a ter lugar por força de razões puramente exteriores.

E se assim é, então as razões que impõem ou justificam a punibilidade destes casos valerão integralmente para a hipótese inversa — aquela em que alguém se declara disposto a cometer um crime (caso «Duchesne», que deu origem à consagração legislativa da hipótese no Código alemão) —, como valerão para as hipóteses em que alguém aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime. Serão estas, de certa forma, applicações válidas do pensamento que preside à chamada «Schuldteilnahmetheorie».

Convém todavia ter desde já presente que a redacção do Projecto contém um lapso que deverá ser corrigido, pois onde se lê «quem tenta determinar» deveria ler-se «quem determina ou tenta determinar».

### II

Iniciada a discussão, o Prof. Gomes da Silva revelou a sua fundamental opposição ao preceito em análise. Na verdade, disse, quem forma uma vontade criminosa não é punível, visto que *cogitationes poenam nemo patitur*, tratando-se aí, como se trata, de um acto preparatório. Logo, não se compreende que a formação de tal vontade não seja punível mas já o seja quem contribui ou determina a formação dessa vontade criminosa. É certo que casos há de determinação que, por especialmente graves, devem ser punidos — por exemplo, a provocação pública ao crime ou hipóteses semelhantes. Ir para além delas é, porém, alargar o campo do direito penal para além do facto tangível, palpável, digamos. Aliás, a sua punição no Código alemão terá nascido de um facto particularmente chocante — Duchesne, que se ofereceu para matar Bismarck —, mas uma incriminação como a do Projecto arrastará para a punição muitos casos que não têm dignidade punitiva.

Deram em princípio o seu acordo ao preceito, em virtude do seu largo alcance político-criminal, o Conselheiro Osório e o Dr. Guardado Lopes. Acrescentaram, no entanto, que lhes não parecia suficiente dizer «será punível com a *pena* correspondente à tentativa desse crime», visto que se devia compreender o próprio conjunto de condições dentro das quais a tentativa é punível. Quanto ao segundo período do preceito, o Conselheiro Osório considerou incorrecta a redacção, visto que se não trata de aceitar a oferta *para* cometer um crime, mas a oferta *de* o cometer. Por outro lado, não lhe parecia ter dignidade punitiva a simples *declaração* de que se está disposto a cometer um crime, sendo necessário o *compromisso*. Por isso propôs a seguinte fórmula de substituição: «Da mesma forma será punível quem se oferece para cometer um crime, quem aceita esse oferecimento e quem com outrem se concerta para a prática dele». Esta proposta foi subscrita pelos restantes membros da Comissão.

Para além disto, o Dr. Maia Gonçalves levantou algumas reservas à formulação do preceito, que considerou dever ser precisada em alguns pontos, para o que apresentou a seguinte fórmula de substituição: «Será punível com a pena correspondente à tentativa todo aquele que:

- a) Por meio de actos descritos no artigo 22.º determina ou tenta determinar outrem à prática de um crime;
- b) Aceita a oferta de outrem para cometer um ou mais crimes, que se dispõe a executar;
- c) Com outrem se concerta para cometer um ou vários crimes;
- d) (*dispensável*) Se mostra sèriamente disposto a cometer um ou mais crimes».

O Dr. Guardado Lopes disse ainda que supunha ser necessário explicitar que a determinação teria de ser directa e dolosa; e que daria o seu acordo a uma atenuação obrigatória da pena.

## III

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto salientou: A objecção de princípio, levantada pelo Prof. Gomes da Silva, não é de forma alguma válida. Não há aqui nada que possa assemelhar-se a uma punição da *nuda cogitatio*, visto que aquele que vai ser punido é sempre alguém que, por actos externos, revelou a sua intenção de cometer um crime e criou assim um sério perigo para bens protegidos pelo direito penal. Outra coisa significaria, aliás, esquecer que o problema da punibilidade se põe em relação ao que determina ou tenta determinar e não em relação ao determinado.

Por outro lado, concorda-se inteiramente com a possibilidade de melhorar o texto do preceito, e agradece-se a colaboração nesse sentido prestada pela Comissão. Se todas as propostas apresentadas são dignas da maior atenção, as preferências dirigem-se no entanto para as que provieram do Conselheiro Osório. Apenas, em vez da oferta para cometer um crime, se pensa que seria preferível — aliás de acordo com o § 35.º do Projecto alemão, de que o presente preceito é a pura e simples tradução, já que quando de inteira inovação se trata, como é o caso, se procura sempre o arrimo de uma disposição já elaborada — falar em «declarar-se disposto a cometê-lo», porque não parece necessário que a oferta se dirija concretamente a outra pessoa.

## IV

Iniciada a votação, o Senhor Ministro submeteu à apreciação dos membros a proposta mais radical, proveniente do Prof. Gomes da Silva, no sentido de se eliminar pura e simplesmente o preceito. Esta proposta foi *rejeitada pelos membros restantes*, em vista do que o Prof. Gomes da Silva declarou que «*em virtude da sua fundamental opposição ao preceito, considerava prejudicada a sua intervenção em toda a discussão e votação relacionadas com este preceito e com o seguinte*».

Por *unanimidade* dos restantes membros, foi depois *aprovado*:

Que a primeira parte do preceito, de acordo com as propostas do Autor do Projecto, do Conselheiro Osório e do Dr. Guardado Lopes, passasse a ter a seguinte redacção: «Quem directa e dolosamente determina ou tenta determinar outrem à prática de um crime será punível segundo as regras da tentativa, sendo porém a pena sempre atenuada».

Que a segunda parte tivesse a redacção proposta pelo Conselheiro Osório.

#### ARTIGO 32.º

*Deixa de ser punível quem voluntariamente:*

1.º — *Abandona a tentativa de determinar outrem a um crime;*

2.º — *Impede ou afasta o possível perigo de que outrem o cometa;*

3.º — *Abandona o seu projecto, depois de se ter declarado disposto a cometer um crime;*

4.º — *Impede o crime daquele com quem combinou ou de quem aceitou a oferta de o cometer.*

§ único — *Se o crime não tem lugar sem a intervenção do desistente, ou foi cometido independentemente da sua acção anterior, basta para a sua não punição o esforço sério e voluntário por ele feito para impedir a sua prática.*

#### I

O Autor do Projecto fez notar que, assim como devia regulamentar-se a desistência da tentativa verdadeira e própria, devia em termos análogos regulamentar-se a desistência da particular hipótese prevista no artigo 31.º. Em relação ao texto do Projecto deviam porém ter-se em conta duas alterações: a primeira, no n.º 2.º, resultante de lapso, já que, onde se lê «outrem o cometa» deve ler-se «outrem cometa o crime a que foi determinado»; a segunda, no n.º 3.º, resultante da alteração que se introduziu no artigo 31.º, devendo falar-se agora em «depois de se ter oferecido para cometer um crime».

#### II

O Conselheiro José Osório propôs que, no proémio do preceito se dissesse «deixa de ser punível, nos casos do artigo anterior, quem...»; e chamou a atenção para o facto de, no § único, se admitir a relevância da desistência ainda para o caso de o crime não ter lugar com a intervenção do desistente, o que, se está de acordo com a sua ideia, não estará porventura de acordo com a ideia que ficou consagrada no artigo 25.º.

#### III

Iniciada a votação, o Prof. Gomes da Silva reafirmou que considerava prejudicada a sua intervenção. As propostas do Autor do Projecto relativas aos n.ºs 2.º e 3.º e a do Conselheiro José Osório referente ao proémio foram *aprovadas por unanimidade* dos restantes membros.

#### ARTIGO 33.º

*O número de crimes determina-se pelo número de tipos legais de crime ou pelo número de vezes que o mesmo tipo legal de crime foi efectivamente preenchido pela conduta do agente.*

§ único — *A realização plúrima do mesmo tipo legal ou de vários tipos legais, que fundamentalmente protegem o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior, que diminui consideravelmente a culpa do agente, constitui um só crime continuado.*

#### I

O Autor do Projecto frisou a inteira correspondência deste preceito às ideias que já em 1945 defendera no seu livro *Uni-*



*dade e Pluralidade de Infracções* e que são seguramente conhecidas de todos os membros. Só, a propósito, disse ter-se dado conta há pouco tempo que já o Prof. Beleza dos Santos, no II volume do seu trabalho sobre a *Simulação*, defendera a equiparação do concurso ideal ao concurso real. Acrescentou que, todavia, o corpo do artigo deve ter uma redacção diferente da que saiu no texto do Projecto, e exactamente esta: «O número de crimes determina-se pelo número de tipos legais de crimes efectivamente realizados, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo legal de crime foi preenchido, pela conduta do agente».

## II

Iniciada a discussão, o Prof. Gomes da Silva disse discordar do critério de determinação da unidade e pluralidade de infracções, e em particular da equiparação do concurso ideal ao concurso real. Compreende que naquelas hipóteses haja uma agravação especial da pena, mas não pode concordar com a equiparação. Rendendo, embora, homenagem às razões que a seu favor apresenta o Prof. Eduardo Correia, não lhe pode dar o seu voto.

Convidado, pelo Senhor Ministro, a completar o seu pensamento e a tirar dele as devidas consequências para o plano legislativo, o Prof. Gomes da Silva acrescentou que lhe parece impossível traduzir o seu pensamento em uma fórmula, pelo que a questão não deveria ser regulada mas deixada à doutrina e à jurisprudência: não há que substituir o artigo em exame, mas que eliminá-lo, procurando depois em outras disposições «apanhar as malhas» que tal eliminação provocaria.

O Conselheiro José Osório e os Drs. Guardado Lopes e Maia Gonçalves deram a sua inteira adesão ao critério preconizado pelo Prof. Eduardo Correia. O Dr. Maia Gonçalves porém, considerou que devia expressamente ressaltar-se a hipótese que na doutrina

se designa por «concurso legal ou aparente de infracções», explicitando as regras da consumpção e da especialidade, para o que leu uma proposta. E acrescentou que, quanto ao § único e ao crime continuado, convinha explicitar que «a continuação não se verifica, porém, quando são violados bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo tratando-se da mesma vítima» — à semelhança aliás do que faz o recente Projecto brasileiro.

## III

Respondendo às objecções, e depois de frisar que respeitava as razões do Prof. Gomes da Silva, embora de nenhuma maneira pudesse concordar com elas, o Autor do Projecto ponderou que já tivera ocasião, no seu trabalho referido, de rebater as objecções que ao seu critério se poderiam opor.

Quanto às propostas do Dr. Maia Gonçalves, começou por prestar-lhes as devidas homenagens, uma vez que elas traduzem de forma absolutamente perfeita as suas próprias ideias sobre os problemas do concurso aparente de crimes e do crime continuado.

Todavia, para ressaltar o caso do concurso aparente lá está no preceito o termo «efectivamente»; e, quanto à explicitação das regras da especialidade e da consumpção, não se julga ser ela oportuna, uma vez que se trata, por um lado, de regras doutrinárias e não legislativas, e, por outro lado, de regras gerais de interpretação do tipo legal de crime e não de regras privativas do problema da unidade e pluralidade de infracções.

Quanto ao acrescentamento proposto para o § único, ele pode realmente consagrar-se, embora se não possa reputar de todo indispensável, uma vez que a conclusão que ele contém já se retiraria da expressão «o mesmo bem jurídico».

#### IV

Passando-se à votação, a Comissão: *aprovou por maioria* o critério contido no corpo do artigo; *rejeitou por maioria* explicitar as regras da consumpção e da especialidade; e *aprovou por maioria* o acrescentamento ao § único proposto pelo Dr. Maia Gonçalves.

Eram 13 horas quando o Senhor Ministro encerrou a sessão.

#### ACTA DA 14.ª SESSÃO

Às 15 horas do dia 14 de Fevereiro teve início a 14.ª sessão da Comissão Revisora, presidida por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça. Não esteve presente o Prof. Ferrer Correia. A discussão iniciou-se pelo

#### CAPÍTULO III

#### DAS CAUSAS QUE EXCLUEM A ILICITUDE

#### ARTIGO 34.º

***Não há facto punível quando a sua ilicitude é excluída pelo direito (ordem jurídica) considerado na sua totalidade.***

#### I

O Autor do Projecto considerou que através desta disposição se procurava consagrar o princípio da unidade da ordem jurídica, de certo modo valioso para a compreensão de todas as disposições que se referem à matéria da exclusão da ilicitude do facto. Não

pode dizer-se que a sua consagração seja de todo em todo indispensável, mas de nenhuma forma se poderá afirmar também que ela seja inútil.

## II

Com o princípio aludido e com a sua consagração legislativa concordou o Conselheiro José Osório. Não lhe parece todavia exacto falar em «exclusão da ilicitude», preferindo que se diga explicitamente aquilo que com a expressão se tem em vista: não é a ilicitude que verdadeiramente se exclui, mas o indício dela que resulta de o facto ser um facto típico.

O Prof. Gomes da Silva subscreveu esta consideração do Conselheiro José Osório, afirmando que na doutrina se encontra em crise a teoria dos elementos negativos do tipo legal — pelo que preferiria pôr o preceito em forma positiva, embora sob pena de uma certa redundância em relação ao artigo seguinte. Aliás acresce — continuou — que pode acontecer que um facto que seja criminoso, considerada a nossa ordem jurídica na totalidade, venha a revelar-se um facto lícito em virtude de uma ordem jurídica estrangeira ou de uma ordem jurídica nacional, embora parcelar. Isto leva à conclusão de que o preceito é dispensável e a sua manutenção pode impedir a correcta exclusão da ilicitude por virtude de uma ordem jurídica estranha à nossa ou de uma ordem jurídica nossa, mas parcelar — e levar até a conclusões chocantes, como ainda recentemente aconteceu na Itália ao condenar-se juridicamente o bispo do Pratto em virtude de ter exercido um direito reconhecido pela ordem jurídica canónica. Por isso deve o preceito substituir-se por um outro, com a redacção seguinte: «Não é crime o facto cuja ilicitude é excluída pelos princípios das leis aplicáveis», ou então eliminar-se por dispensável.

O carácter dispensável do preceito foi depois acentuado pelo Dr. Sidónio Rito, que disse não ter encontrado em Códigos ou Projectos estrangeiros norma semelhante. Censurou-lhe o seu carac-

ter puramente doutrinal e, mais do que isso, formal, ao gosto do formalismo de tipo kelseniano. E considerou-o perigoso, por poder permitir o alargamento da exclusão da ilicitude para além daquilo que é admissível: quando o facto corresponde ao exercício de um direito ou ao cumprimento de uma obrigação, como bem se diz no artigo seguinte.

Diferentemente, considerou o Dr. Maia Gonçalves que o preceito, parecendo na realidade dispensável, deve contudo manter-se, porque representará sempre uma válvula de segurança para certos casos-limite. Só que não parece exacto dizer-se que nestas hipóteses não há facto punível, visto que a punibilidade é uma questão logicamente posterior à ilicitude: o que deverá é dizer-se que «não há ilicitude quando...».

Por último o Dr. Guardado Lopes revelou a sua fundamental adesão ao princípio contido no artigo 34.º, mas reforçou as dúvidas já por outros emitidas quanto à utilidade da sua consagração legislativa.

## III

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto ponderou que o artigo 34.º de nenhuma forma se pode considerar um preceito puramente doutrinal, antes respondendo a um problema bem definido: para que um obstáculo à ilicitude actue é necessário que ele se contenha dentro dos próprios quadros do direito penal, ou pode actuar directamente a partir de qualquer outro ramo de direito em que esteja contido? Este o problema que o artigo resolve e que parece não ter sido ponderado na discussão. Pois que, se se concorda com a última das duas posições referidas, é evidente que o artigo é necessário e até porventura, mais do que isso, indispensável — para que, regulando-se (como sempre se têm de regular) certos casos, especialmente, no Código Penal, se não conclua *a contrario* que não se pretendeu dar relevância aos restantes.

Quanto à formulação, experimentaram-se dúvidas sobre se

deveria falar-se no direito, ou antes na ordem jurídica, e daí a alternativa que o artigo apresenta. Fala-se, por outro lado, do direito «na sua totalidade» para assim se abrangerem todos os seus ramos e, por conseguinte, também todas as ordens jurídicas parcelares relevantes em certo país, num dado momento histórico. Pôs-se «facto punível», mas concede-se que se possa dizer «não há crime» ou «não há facto criminoso».

Quanto às restantes objecções apresentadas, deve notar-se que o preceito, doutrinalmente, apenas envolve a negação do velho princípio de Zitelmann da ordem jurídica vista independentemente das sanções que estabelece, o que conduz a retirar toda a autonomia ao ilícito penal. Porém, desde que se aceite esta autonomia do direito e do ilícito penal o preceito não parece ser dispensável. É certo que no artigo seguinte se prevêem os principais casos de justificação; mas não pode ter-se a pretensão de os abarcar a todos, nem tão-pouco se pode regressar ao velho princípio francês da legalidade das dirimentes — sob pena de depois se ter de fazer entrar pela janela aquilo que pela porta se fez sair.

Em suma: só a quem adira a um princípio de unidade integral de toda a ilicitude jurídica, e não queira ver o ilícito penal com autonomia, é que o princípio poderá parecer dispensável; nem, por outro lado, se pode levar o dogma do positivismo legal até ao ponto de negar a justificação em todos os casos não expressamente previstos na lei, recusando-se sistematicamente a aceitar, por exemplo, a eficácia de causas de justificação supralegais ou de direito natural. Não se vê, por isso, que seja cabida no mínimo a censura de formalismo e logo de formalismo de tipo kelseniano, sempre por completo estranho ao nosso pensamento.

#### IV

Seguidamente o Prof. Gomes da Silva e o Dr. Sidónio Rito reafirmaram as posições já tomadas. O primeiro salientou que pôs

o problema de factos que, sendo proibidos pela ordem jurídica nacional, são todavia permitidos por uma ordem jurídica estrangeira, ou por uma ordem jurídica parcelar nacional, ou até pela ordem jurídica canónica, factos aos quais se não deve recusar *a priori* o carácter de lícitos. O segundo procurou de novo estabelecer uma ligação entre o princípio em exame e a teoria formalista do Direito e da Ciência jurídica de Kelsen.

O Autor do Projecto salientou de novo: que, se o Prof. Gomes da Silva aceita, como parece, o princípio da autonomia do ilícito penal, então o artigo 34.º é absolutamente indispensável. Por outro lado, omitindo-se o artigo e defendendo aquela autonomia, parece então que definitivamente se recusa relevância, sobre a qualificação do facto como penalmente lícito, a quaisquer outras ordens jurídicas que não sejam a ordem jurídico-penal em sentido estrito. Ora nada disto acontece no Projecto, onde se permite até, em última análise, ir-se buscar a justificação do facto — quando seja caso disso — ao próprio direito natural: está-se, pois, nos antípodas da concepção kelseniana.

#### V

Passando-se à votação, o Senhor Ministro perguntou se devia ou não eliminar-se o preceito (o preceito, e não o princípio que ele contém e sobre o qual todos parecem estar de acordo). A Comissão deliberou, *por maioria*, manter o preceito.

Quanto à redacção, pôs depois o problema de saber se deveria dizer-se «não há facto punível», «não há crime» ou «o facto não é criminoso». Esta última proposta foi *aprovada por unanimidade*.

Seguidamente, a proposta do Conselheiro José Osório, para que se explicitasse que o que se excluía era o indício de ilicitude resultante da tipicidade do facto foi *rejeitada por maioria*.

Finalmente, foi *aceite por maioria* a fórmula seguinte para a segunda parte do preceito: «quando a sua ilicitude for excluída pelo direito considerado na sua totalidade».

#### ARTIGO 35.º

*Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:*

- 1.º — *Em legítima defesa;*
- 2.º — *No exercício de um direito;*
- 3.º — *No cumprimento de um dever imposto pela ordem jurídica ou por uma ordem legítima da autoridade;*
- 4.º — *Com o consentimento do ofendido.*

#### I

A propósito deste preceito foram feitas as seguintes objecções e levantados os seguintes problemas:

O Conselheiro José Osório afirmou querer levantar apenas duas observações, aliás, disse, de carácter puramente formal: a primeira, no sentido de que se não justifica a separação dos dois primeiros números, uma vez que o exercício da legítima defesa é exercício de um direito; a segunda, no sentido de que no n.º 4.º se consagra o princípio da justificação através do consentimento do ofendido com uma generalidade que depois não corresponde de forma nenhuma à pequena amplitude com que o artigo 39.º o admite.

O Prof. Gomes da Silva considera escusado mencionar-se expressamente o carácter exemplificativo do preceito, embora tal menção não o choque, de acordo com o princípio *favorabilia amplianda*. Quanto a pormenores, frizou que: A legítima defesa já aparece entre nós como exercício de um direito de carácter

geral; mas parece que já alguém demonstrou que se trata de um erro histórico do Código francês. E, realmente, parece que há um certo número de crimes que se não compadecem com a ideia de legítima defesa: todos aqueles que se não traduzem em uma agressão, donde resultaria que o direito de legítima defesa não seria um direito-regra, mas um direito-excepção. — Quanto ao n.º 2.º, toma-se a expressão «exercício de um direito» num sentido amplo, que abrange qualquer direito e não apenas o direito de necessidade previsto no artigo 37.º. — Quanto ao n.º 3.º, a sua segunda parte não corresponde nem pode corresponder à nossa lei actual, que fala, como deve, só em obediência hierárquica. É certo que no Projecto se fala em ordem *legítima*; mas, mesmo assim, uma de duas: ou a ordem é no sentido de se praticar um facto lícito... e nenhum problema se põe; ou ordena um facto ilícito... e não se justifica então que ela conduza à exclusão da ilicitude. — Finalmente, quanto ao n.º 4.º, repugna que se dê âmbito geral à afirmação de que o consentimento do ofendido exclui a ilicitude, precisamente ao contrário do que acontece com a lei actual. Até porque quando o consentimento do ofendido é eficaz é porque, no fundo, o facto é atípico, funcionando aquele consentimento então, não como causa de exclusão da ilicitude mas logo da própria tipicidade.

O Dr. Sidónio Rito subscreveu e reforçou as considerações do Prof. Gomes da Silva quanto ao consentimento do ofendido. Assim, disse, se há consentimento no furto, ele logo exclui a apropriação fraudulenta; se o há no abuso de confiança, ele logo exclui o des-caminho, etc.. Por isso não se vê como o consentimento do ofendido possa ser elevado à categoria de causa de exclusão da ilicitude.

Por seu turno, o Dr. Maia Gonçalves disse interpretar o n.º 2.º em termos restritos, só abrangendo o direito de necessidade consagrado pelo artigo 37.º — sob pena de se retirar qualquer conteúdo útil ao artigo 34.º —, pelo que isso mesmo deveria dizer-se expressamente. — Quanto ao n.º 3.º, se é certo que pode levantar problemas melindrosos, eles deverão ser resolvidos pelo direito adminis-

trativo. — Finalmente, quanto ao n.º 4.º ele parece conter o princípio contrário ao que deveria lá estar e que é o que se contém na nossa lei actual. Não se quer, com isto, retirar relevância ao consentimento, mas afirmar que ele só será relevante nas condições previstas nos artigos 39.º e seguintes.

Por último, o Dr. Guardado Lopes afirmou que tinha muitas dúvidas sobre se seria possível figurar hipóteses que se não enquadrem no artigo 35.º, uma vez que interpreta a expressão «direito» no sentido mais amplo. Daqui se seguiria que, em boa razão, o n.º 1.º seria inútil, embora não repugne mantê-lo em virtude do peso tradicional que a legítima defesa assume nos quadros da justificação do facto. — Quanto ao n.º 3.º, emitiu dúvidas sobre se o exercício de certas profissões ou actividades não justificaria um número autónomo (por exemplo actividades médicas, desportivas, etc.). E acrescentou que será difícil que uma ordem legítima da autoridade conduza a um crime — mas na dúvida será de manter a disposição. — Quanto ao n.º 4.º, concorda com o princípio, mas votaria uma redacção formulada em termos menos amplos, mais limitativa.

## II

Respondendo às objecções, o Autor do Projecto começou por salientar que as causas de justificação contidas no artigo em exame não esgotam, nem podem esgotar, toda a categoria dos obstáculos à ilicitude. A adequação social, os comportamentos dirigidos a um fim lícito, a prossecução de interesses legítimos — tudo isso são formas possíveis de justificação que seria erro pretender, *a priori*, repudiar e que não podem, sem mais, dizer-se contidas nos diversos números do artigo 35.º.

No que toca a cada um dos números do preceito, deve dizer-se o seguinte. A legítima defesa parece, pelo menos em princípio, ser possível em relação a todos os crimes; é esse o pensamento já

contido no Código Civil actual e bem assim no Projecto do Código Civil futuro, como é ele que, segundo a melhor doutrina, já está presente no actual Código Penal. Que haja um ou outro caso particular em que o crime se não traduza em uma agressão, é possibilidade que se não quer *a priori* excluir, mas ainda aí se tratará então seguramente de excepções, que de certo modo confirmam a possibilidade de legítima defesa como regra.

Quanto ao exercício de um direito de que no n.º 2.º se fala, ele sem dúvida compreende, como não podia deixar de ser, todo e qualquer direito e não apenas o direito de necessidade: por exemplo, a chamada actuação directa, que já no Projecto do Código Civil se contém. Pretender que, com isto, o artigo 34.º fica sem campo de aplicação, é esquecer que muitas situações de justificação, hoje já plenamente aceites ou que amanhã se entenda dever aceitar, não podem reconduzir-se ao exercício de um direito ou ao cumprimento de um dever.

Quanto à ordem legítima da autoridade, parece claro que ela é necessária para convenientemente justificar certas acções — *v. g.*, a de um funcionário prisional encerrar na prisão um condenado judicialmente.

Quanto, finalmente, ao consentimento do ofendido, parece, salvo o devido respeito, que a sua problemática não foi bem entendida pela Comissão. Diga-se, antes de tudo, que esta espécie de justificação se encontra, nos termos mais amplos — porventura até amplos em demasia —, no Projecto do Código Civil. Por isso ele aparece limitado nos artigos 39.º e seguintes do presente Projecto; uma limitação ainda maior parece, todavia, de todo despropositada. Na verdade, há antes que tudo que ter consciência de que o problema do consentimento do ofendido em direito penal é um problema de todo autónomo do que possa levantar-se no direito civil e que parece ter sido aquele que o Prof. Gomes da Silva e o Dr. Sidónio Rito tiveram em vista. A tese de Zitelmann, que pretendia reconduzir o problema do consentimento do ofendido em direito

penal à teoria do negócio jurídico, pode dizer-se hoje, por toda a parte, repudiada. Por outro lado, é em absoluto falso que o problema do consentimento do ofendido em direito penal se possa reconduzir a um problema de comprovação da tipicidade. É certo que, por vezes, esse consentimento determina a atipicidade do comportamento, quando o dissentimento é elemento constitutivo do tipo legal; mas para além disto é que se levanta o problema de saber se o consentimento não obstará à ilicitude do facto — no sentido de que o titular do bem jurídico renunciou previamente à protecção da ordem jurídica — sempre que o bem jurídico formalmente atacado seja disponível e a acção consentida não seja contrária aos bons costumes. Esta a pergunta a que a generalidade da doutrina de todos os países — salvo porventura a francesa — tem respondido afirmativamente nos termos mais amplos, mesmo naqueles países em que, como em Portugal e na Áustria, o Código Penal afirma que o consentimento só será válido nos casos expressamente previstos na lei, ou determina mesmo, em geral, a sua irrelevância. Claro é que, partindo-se, como se tem de partir, do velho aforismo *volenti non fit injuria*, as limitações a introduzir nele serão depois mais ou menos vastas consoante se tenha uma concepção mais «individualista» ou mais «socializada» dos bens jurídicos, o que aumentará ou diminuirá o âmbito da sua disponibilidade. Isto em nada afecta, porém, que o consentimento deva ser considerado como causa geral de exclusão da ilicitude: o problema do âmbito da sua relevância será depois determinado pelo âmbito da disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos. Esta é, na concepção das coisas que se perfilha, a verdadeira sede do problema do consentimento do ofendido em direito penal. E porque se entende que a grande maioria dos direitos são disponíveis, sendo a indisponibilidade a excepção, deve ver-se o consentimento do ofendido como causa geral de exclusão da ilicitude, embora especificando os limites da sua relevância.

## III

Terminada a intervenção do Autor do Projecto, o Prof. Gomes da Silva, insistindo na posição tomada, chamou a debate a nossa tradição jurídica que seria no sentido da irrelevância do consentimento do ofendido, afirmando que não era conveniente ligarmos, sem mais, a ideias importadas de países com tradição jurídica diferente. E o Dr. Sidónio Rito acrescentou que o que devia decidir da relevância do consentimento do ofendido não eram pretensas necessidades teóricas, mas reais necessidades de ordem social; que o consentimento do ofendido seja em geral relevante no direito civil, compreende-se porque aí os bens jurídicos são em princípio disponíveis — mas já não assim no direito penal, onde sucede justamente o contrário.

A isto retorquiu o Autor do Projecto: não se compreende bem como é que, tendo-se há pouco votado unânimemente o princípio da unidade da ordem jurídica — que, pelo menos, há-de significar que uma conduta justificada em qualquer ramo de direito não pode nunca considerar-se ilícita à face do direito penal —, se pretende agora que um comportamento possa ser lícito perante o direito civil e ser ilícito em face do direito penal. O que não significa, repete-se, que o consentimento do ofendido em direito penal não tenha princípios próprios de regulamentação e não seja mesmo estruturalmente diferente do consentimento em direito civil. Mas se isso pode contentar alguns dos membros, não se faz opposição a que, no n.º 4.º, e justamente em homenagem às especialidades do consentimento do ofendido em direito penal, se acrescente: «nas condições previstas nos artigos 39.º, 40.º e 41.º».

Quanto à acusação de que o dar-se carácter geral ao consentimento do ofendido é abandonar a tradição jurídica nacional para se irem buscar inovações ao estrangeiro, não se vê nem que ela seja exacta nem relevante. Em primeiro lugar, porque o que interessa é saber se a solução proposta é ou não mais justa, independentemente

da bandeira sob que apareça. Em segundo lugar, porque o Projecto não contém, nesta parte, qualquer originalidade para o nosso direito. Não obstante o n.º 7.º do artigo 29.º do nosso Código Penal, Beleza dos Santos sempre entendeu e resolveu o problema no sentido que no Projecto se propugna — e em termos idênticos, quando não mais amplos, se pronunciou Hugo Cabral de Moncada, na bela monografia que ao problema dedicou. Aliás, deve saber-se que aquela disposição do nosso Código actual pretende traduzir o preceito do artigo 13.º do Código de 1852 — tendo este sido bebido em Pereira e Sousa, nitidamente influenciado pelas doutrinas jusnaturalistas de Christian Wolff — e que este, segundo a opinião que nos parece melhor, apenas pretendeu negar eficácia ao consentimento do ofendido onde a lei o proíbe. Mas, mesmo que assim não fosse, deveria perguntar-se se, quando se faz apelo à tradição jurídica portuguesa neste domínio, se pretende referir a que vem de Pereira e Sousa — que apenas recolhe a influência iluminista, através de Wolff — ou antes a que provém ou passa por Beleza dos Santos.

#### IV

Seguidamente, o Senhor Ministro, considerando suficientemente debatidos os problemas em análise, decidiu que se passasse à votação.

A primeira questão dizia respeito a saber se devia ou não manter-se o carácter exemplificativo do preceito. A redacção do proémio do artigo, constante do Projecto, foi *aprovada por maioria*.

Seguidamente pôs-se à votação se devia eliminar-se o n.º 1.º — ou porque, como pretende o Prof. Gomes da Silva, a legítima defesa só é válida em relação a um número limitado de crimes, ou porque, no parecer do Dr. Maia Gonçalves, a referência é de todo inútil em face da interpretação ampla que o Autor do Projecto e outros membros dão ao n.º 2.º. A Comissão deliberou, *por maioria*, manter o n.º 1.º.

O Conselheiro José Osório, em vista da aprovação do n.º 1.º, propôs que no n.º 2.º se dissesse: «exercício de um outro direito». A redacção do Projecto foi, porém, *aprovada por maioria*.

O n.º 3.º do Projecto foi *aprovado por unanimidade*.

Quanto ao n.º 4.º, foram apresentadas duas propostas: eliminá-lo (Prof. Gomes da Silva e Dr. Sidónio Rito); ou mantê-lo, mas acrescentando «nas condições previstas pelos artigos 39.º, 40.º e 41.º» (Prof. Eduardo Correia). Esta última foi *aprovada por maioria*.

#### ARTIGO 36.º

***O facto praticado como meio necessário à defesa contra a agressão actual e ilícita de bens jurídicos do agente ou de terceiros considera-se exercício do direito de legítima defesa.***

#### I

O Autor do Projecto considerou que poderia levantar-se o problema de, na definição da legítima defesa, — contrariamente ao que acontece com o Projecto do futuro Código Civil — se não ter regulado a questão da *proporcionalidade* entre o bem agredido e o defendido. Sem pretender discutir a questão à face do direito civil, deve dizer-se que, em direito penal, a limitação da legitimidade da defesa pela proporcionalidade dos bens se não justifica: que tal proporcionalidade intervenha no estado de necessidade, é coisa segura; na legítima defesa, exigir do defendente que estivesse a supesar os valores em jogo seria colocá-lo numa situação ingrata e, muitas vezes, impedi-lo de legitimamente se defender. Perguntar-se-á: mas como resolver então aqueles casos de escola em que existe tremenda desproporção entre o bem agredido e o defendido? — *v. g.*, matar uma criança para que ela não coma uma laranja ou matar um indivíduo (como já aconteceu entre nós) para evitar



que ele se furte ao pagamento de uma portagem. Nestes casos intervirá a ideia do abuso de direito, como não pode deixar de ser, sem que seja necessário expressamente limitar a legítima defesa pela proporcionalidade dos bens.

## II

Iniciada a discussão, o Conselheiro José Osório fez algumas observações ao preceito: a primeira referiu-se ao elemento subjectivo da legítima defesa, que de certo modo resulta da exigência que o meio seja necessário à defesa, mas que melhor avultaria se se dissesse «meio necessário *de* defesa»; a segunda traduziu o seu desejo de que expressamente se consignasse que a agressão teria de ser actual «ou iminente»; a última para aplaudir a solução de se não consagrar expressamente o requisito da proporcionalidade.

O Prof. Gomes da Silva começou por fazer notar que o artigo, tal como se encontra redigido, pode levar a pensar que, para além da descrita, há outras formas de legítima defesa, uma vez que a expressão «considera-se...» vem no fim. Ela deve, por isso, passar para o princípio. Para além disto advogou: que a «agressão actual» se acrescentasse «ou iminente»; que, não devendo — como não deve — arvorar-se a «proporcionalidade» em requisito positivo da legítima defesa, talvez não fosse mau autonomizar tal requisito por via negativa, porventura até em número próprio.

O Dr. Sidónio Rito pronunciou-se no sentido de se consagrar expressamente o requisito da proporcionalidade, *v. g.*, exigindo, como o Código espanhol, que o meio seja racional — até porque sempre ficaria a válvula de segurança contida no artigo 42.º e porque não pode, por princípio, concordar com a limitação através da cláusula geral do «abuso de direito».

O Dr. Maia Gonçalves, depois de saudar o preceito, na medida em que ele permite a defesa de todos os bens, a defesa de terceiro e elimina o requisito da impossibilidade de recurso à força pública

(devendo todavia considerar-se que tal requisito consta do n.º 19.º do artigo 8.º da Constituição Política) — fez-lhe algumas reservas, sustentando: que ele deve conter a exigência de que a agressão seja actual «ou iminente»; que se deve exigir, na esteira do Código espanhol, a «falta de provocação adequada», que o Código brasileiro igualmente mantém; que a palavra «agente», por último, deve ser substituída por «defendente», devendo, por outro lado, cortar-se a expressão «exercício do direito».

O Dr. Guardado Lopes, finalmente, disse que do preceito claramente transparecia a exigência do *animus defendendi*, podendo todavia subscrever a proposta do Conselheiro José Osório; e que deve expressamente indicar-se o requisito da proporcionalidade — até porque ele se não refere ao *meio* empregado, mas directamente à defesa; não que entenda que na legítima defesa é de exigir uma proporcionalidade rígida, mas sempre será necessário traduzir, de qualquer modo, a ideia de que a defesa não pode ser de todo desproporcionada em relação ao bem jurídico atacado.

## III

Respondendo às sugestões de que pudera tomar nota, o Autor do Projecto opinou: Pode perfeitamente aceitar-se a sugestão do Conselheiro José Osório quanto à tradução do elemento do *animus defendendi*. Não parece que seja necessário substituir-se a palavra agente por defendente. Reputa-se indiferente a inversão literal preconizada pelo Prof. Gomes da Silva, não se fazendo todavia opposição a ela.

Quanto à questão da «iminência» da agressão, supõe-se que esse requisito só irá complicar uma questão que parece clara. Com efeito, costuma acentuar-se que a agressão só é iminente quando já está em começo de execução, quando já existe o *iter criminis* na fase da execução — isto é, ao fim e ao cabo, quando ela é já actual.

Quanto à exigência de falta de provocação, faz-se a mais viva

oposição a que tal requisito conste da definição da legítima defesa. Com efeito, como a doutrina mais representativa tem sempre notado, isso significa misturar conceitos de espécie inteiramente diferente. Claro que não é legítima a chamada «defesa fraudulenta», mas isso desde logo porque aí fica excluído, pela natureza das coisas, o próprio *animus defendendi*, tratando-se então, verdadeiramente, de uma *actio libera in causa*.

Quanto, finalmente, à proporcionalidade, a sua explicitação significa sempre — como sublinhou o Prof. Gomes da Silva — um passo muito grave, porque aqui trata-se de defesa contra uma agressão que é, em si, *ilícita* e portanto sempre menos valiosa do que a própria defesa. Quanto às hipóteses nítidas de desproporção, elas cabem perfeitamente no conceito de abuso de direito, que nenhum jurista parece poder recusar-se a empregar. Nem se diga que, exigindo-se a proporcionalidade, os casos mais chocantes terão a sua válvula de segurança no artigo 42.º — pois que este consagra uma mera causa de exclusão da culpa e aqui o problema desenvolve-se todo em sede de ilicitude, sendo escusado acentuar a diferença que, mesmo no domínio inteiramente prático, existe entre os obstáculos de uma e outra espécie. A consagração do requisito da proporcionalidade reputa-se assim — mesmo que feita só por via negativa, como quer o Prof. Gomes da Silva — perigosíssima, até porque os indivíduos deixarão de saber com precisão quando podem ou não legitimamente defender-se. Aliás, na Grande Comissão de Reforma do Direito Penal alemão o problema foi discutidíssimo, mas a consagração de tal requisito acabou por ser afastada.

Seguidamente passou-se à votação. O Senhor Ministro começou por fazer notar que não reputava a inversão literal, preconizada pelo Prof. Gomes da Silva, como de todo despicienda. Posta a questão à votação, foi *aprovado por unanimidade* que o preceito começasse da forma seguinte: «Considera-se exercício do direito de legítima defesa o facto...».

A proposta do Conselheiro Osório de substituir «necessário à defesa» por «necessário de defesa» foi *aprovada por unanimidade*.

A proposta para a «agressão actual» se acrescentar «ou iminente» foi *rejeitada por maioria*. *Rejeitadas por maioria* foram igualmente as propostas para se substituir «agente» por «defendente» e para se incluir o requisito da «falta de provocação adequada».

Finalmente pôs-se à votação a questão da proporcionalidade. A Comissão *rejeitou, por maioria*, incluir a proporcionalidade como elemento positivo de legitimidade da defesa.

Com isto se encerrou a sessão, eram 20 horas e 30 minutos.

## ACTA DA 15.<sup>a</sup> SESSÃO

A 15.<sup>a</sup> sessão da Comissão Revisora foi aberta por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça às 10 horas e 15 minutos do dia 15 de Fevereiro, não estando presentes os Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva.

### ARTIGO 35.º, N.º 4.º

#### 4.º — *Com o consentimento do ofendido.*

O Conselheiro Osório pediu para apresentar uma proposta relativa ainda ao n.º 4.º do artigo 35.º, no sentido de substituir a expressão «nas condições previstas pelos artigos 39.º, 40.º e 41.º» por esta outra: «nos limites estabelecidos na lei». Admitida a proposta à votação, foi ela *aprovada por unanimidade*.

### ARTIGO 36.º

*O facto praticado como meio necessário à defesa contra a agressão actual e ilícita de bens jurídicos do agente ou de terceiros considera-se exercício do direito de legítima defesa.*

Seguidamente, o Senhor Ministro ponderou que a questão da proporcionalidade da defesa, relativa ao artigo 36.º, estava ainda de pé. Pois se a Comissão já deliberara não consagrar positivamente

aquele requisito, ainda não decidira sobre a proposta do Prof. Gomes da Silva de o consagrar por via negativa.

A este propósito o Prof. Eduardo Correia ponderou que o § 1.º do artigo 8.º da Constituição Política era salvaguarda mais que suficiente para os casos chocantes de desproporção, quando se não pretendesse apelar directamente para a ideia do «abuso de direito». De sorte que nada devia acrescentar-se ao preceito do artigo 36.º — a menos que se pretendesse transportar para o Código Penal a parte final do referido texto constitucional.

Estas considerações mereceram total adesão por parte do Conselheiro Osório, com elas concordando também o Dr. Maia Gonçalves — enquanto o Dr. Guardado Lopes se mostrou partidário da consagração de uma regra de proporcionalidade, por via negativa.

Em vista disto, o Senhor Ministro considerou *rejeitada por maioria* a proposta do Prof. Gomes da Silva, convidando o Autor do Projecto a fazer a habitual exposição preliminar sobre o

### ARTIGO 37.º

*O facto que sacrifica um bem jurídico de outrem, praticado, como meio adequado, para afastar um perigo actual para outro bem jurídico do agente ou de terceiro, e que não é removível de outro modo, considera-se exercício de um direito de necessidade, quando:*

1.º — *O perigo não foi voluntariamente causado pelo agente, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;*

2.º — *A ponderação dos interesses em conflito, considerando-se especialmente o bem jurídico em perigo e o grau deste perigo, mostra que o interesse que o agente visa proteger é sensivelmente superior ao interesse sacrificado;*

3.º — *Seja possível a indemnização do lesado.*

### I

O Autor do Projecto começou por, sumariamente, expor a teoria do chamado estado de necessidade. Referiu as três

posições possíveis que sobre ele podem ser e têm sido defendidas: a que o vê sempre como causa de exclusão da ilicitude; a que o vê sempre como causa de exclusão da culpa; e a dita «teoria diferenciada», que o considera como obstáculo à ilicitude quando o interesse protegido é sensivelmente superior ao sacrificado e como obstáculo à culpa nas outras hipóteses. Fez, depois, a história das diversas concepções, jurídico-filosóficas, que estão por detrás de cada uma destas posições, referindo a audição que elas encontraram em Ferrer Neto Paiva e a influência que exerceram no célebre artigo 15.º do Projecto de Seabra. E acrescentou: numa visão puramente individualista do direito e dos bens jurídicos que aquele protege não se compreende que seja lícita a intervenção de alguém na esfera jurídica alheia; mas à medida que nos aproximamos de uma visão mais social do direito e dos bens jurídicos, tal intervenção começa a ser progressivamente admitida e, nesta medida, pode falar-se de um verdadeiro *direito* de necessidade ou, o que é o mesmo, de um estado de necessidade que exclui a ilicitude do facto.

Para além, todavia, da dificuldade que uma concepção puramente individualista do direito e dos bens jurídicos cria à aceitação de um direito de necessidade, outras duas questões importa ainda considerar. Pois se o direito de necessidade supõe uma avaliação ou ponderação da proporcionalidade dos bens ou interesse em conflito — quais os critérios de tal valoração? É desde logo evidente que se não pode tratar aqui de critérios puramente económicos, mas jurídicos: como tal eles devem retirar-se, antes de tudo, da lei e da força com que esta protege os diversos bens, connexionando todavia os critérios estritamente legais com outros de natureza ético-social, a que não se pode aqui renunciar. Uma última dificuldade: aceitar que o bem protegido de um indivíduo possa *sem mais* ser sacrificado por outrem, que intenta salvaguardar um bem mais valioso, é, no fundo, operar como que um autêntico «socialismo» por via jurídica: o pobre que não tem dinheiro para comprar um remédio pode

assaltar a farmácia e tirá-lo de lá; o indivíduo que não tem dinheiro para matar a fome pode entrar no restaurante e servir-se sem pagar, etc.. Ora, para obstar às mais chocantes consequências a que, para a nossa visão das coisas, este pensamento conduz, será necessário limitar a existência do próprio direito de necessidade pela *efectiva possibilidade* de indemnização ao lesado — a menos que se pretenda (como aliás fez o Prof. Vaz Serra no seu Anteprojecto do futuro Código Civil) pôr esta obrigação de indemnização a cargo do Estado. Dir-se-á que é chocante deixar a existência do direito dependente da possibilidade efectiva de indemnização — mas a solução contrária não o é seguramente menos; nem se esqueça que, nestas hipóteses fica ainda e sempre aberta a porta da não exigibilidade, para que se não efective a punição do agente.

## II

Iniciada a discussão, o Conselheiro Osório confessou que a presente disposição era das que mais preocupações lhe causavam, em virtude de constituir uma importante inovação, já que entendia que o estado de necessidade é, à face da nossa lei actual, prevalentemente, um obstáculo à culpa. Acresce que haverá sempre o risco de ampliar os limites do direito de necessidade, na medida em que o estado de necessidade como causa de exclusão da culpa não é definido e fica todo contido, no Projecto, dentro da ampla cláusula da não exigibilidade. É duvidoso, aliás, que deva aceitar-se um direito de necessidade com a amplitude que o Projecto lhe confere, porque à disposição em exame falta uma nota essencial: não basta que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente superior ao interesse lesado, mas é necessário que ao lesado *seja exigível* que deixe sacrificar o seu interesse ou os seus direitos. Por exemplo, o caso de escola do agulheiro que, vendo que um comboio vai chocar com outro, o desvia para uma linha onde trabalham três homens, que em consequência disso

morrerão. Será exigível que estes se deixem morrer, mesmo que seja para salvar as centenas de pessoas que estão no outro comboio? Não será admissível uma legítima defesa por parte deles? Esta razão leva a propor uma limitação importante ao direito de necessidade.

O Dr. Maia Gonçalves, depois de ter considerado que a dificuldade posta pelo Conselheiro Osório o não impressionara, visto que o exemplo por ele referido punha um problema de exclusão da culpa e não da ilicitude, afirmou que na disposição em exame era particularmente de saudar a eliminação de duas exigências feitas pela nossa lei actual: a de que seja impossível recorrer à força pública (embora se tenha de ter em atenção o texto constitucional do n.º 19 do artigo 8.º) e a de que seja impossível a legítima defesa. Quanto à expressão «perigo actual» ela substituí, aliás com evidente felicidade, a «realidade do mal» de que fala o nosso Código — mas não joga com a actualidade da agressão que é requisito da legítima defesa, havendo nesta um indesejável «mais», como em devido tempo fez notar. Parece-lhe desnecessário, por outra parte, o requisito «que não é removível de outro modo». Quanto ao n.º 2.º, a doutrina nele contida é de perfilhar; mas não parece que seja exigível que o agente esteja a ponderar os bens em conflito, devendo por isso eliminar-se todo o preceituado até à expressão «mostra que ...», inclusive. Finalmente, quanto ao n.º 3.º, ele traduz uma exigência que a maioria dos Códigos e Projectos não contém, e que virá certamente a revelar-se fonte de perturbações na prática, devendo por isso ser eliminado.

O Dr. Guardado Lopes disse estar em princípio de acordo com a disposição em análise, embora lhe pareça que os limites assinalados no n.º 2.º podem e devem ser algo estreitados, eliminando-se dos quadros do direito de necessidade aqueles bens que é particularmente chocante deverem ser sacrificados, ou porventura limitando mesmo o direito de necessidade àquelas hipóteses em que são sacrificados bens de natureza patrimonial.

Finalmente, o Dr. Sidónio Rito revelou a sua fundamental e

forte adesão ao preceito em análise e mesmo às inovações nele propostas. Aliás, disse, não pode afirmar-se, como o fez o Conselheiro Osório, que se trate aqui de uma inovação do Projecto, se tivermos em conta que a doutrina prevalente (Beleza dos Santos, Cavaleiro de Ferreira, etc.) — embora não a jurisprudência — interpreta o nosso actual direito no sentido de acolher a chamada teoria diferenciada. Todavia, o Dr. Sidónio Rito revelou a sua discordância total num ponto: o da indemnização. Em primeiro lugar, porque o lugar adequado à consagração desta limitação é a lei civil — como, *v. g.*, acontece em Itália — e não a lei penal; em segundo lugar, porque não concebe que um direito possa ficar na dependência de uma *efectiva* indemnização, mas só da *possibilidade* jurídica de indemnização.

### III

O Autor do Projecto, supesando as objecções, começou por insistir de novo nos motivos que o haviam levado a consagrar o n.º 3.º do artigo 37.º e que reputa da maior importância. A dificuldade foi em absoluto compreendida pelo Prof. Vaz Serra que, no Projecto do Código Civil, coloca o Estado na obrigação subsidiária de indemnizar o lesado pelo exercício de um direito de necessidade. Por conseguinte, ou se aceita essa solução — e será talvez um caminho pouco realista, aliás já repudiado pelo próprio Projecto de Código Civil em 1.ª revisão ministerial — ou tem de se aceitar o n.º 3.º do artigo em exame.

Outra questão, posta com acuidade na discussão, foi a da relação entre os bens jurídicos em conflito. Vejamos: quando o conflito é entre bens patrimoniais ou entre bens pessoais e patrimoniais não se levanta qualquer problema de difícil solução; este só surge quando o conflito se levanta entre bens pessoais. Ora o exemplo apresentado pelo Conselheiro Osório mostra que por vezes se trata de um falso problema, como bem notou o Dr. Maia Gonçalves: com efeito, não existe qualquer bem superior à vida humana,

nem aqui o problema se pode pôr em sede quantitativa — de maneira que quando se sacrifica a vida de alguém, ainda que seja para salvar a de muitos, o problema é ou pode ser de exclusão da culpa, mas nunca de exclusão da ilicitude. Mais difícil é resolver o problema quando o bem sacrificado não é a vida, mas a integridade física. Poderá alguém ser obrigado a sacrificar um olho, para dá-lo a outra pessoa que não tem nenhum? Reconhece-se que a afirmativa choca muito as nossas concepções, embora estas hipóteses possam desde logo ser prejudicadas pela exigência de efectiva indemnização.

A conclusão a tirar é, assim, a de que a cláusula contida no n.º 2.º pode, efectivamente, ser algo limitada. Não porém, seguramente, através de uma cláusula geral de exigibilidade, como pretende o Conselheiro Osório. Nem muito menos limitando o direito de necessidade só ao sacrifício de bens patrimoniais, como pareceu advogar o Dr. Guardado Lopes. Mas como, então? Porventura excluindo do âmbito do direito de necessidade os casos em que se sacrifica a vida de outrem, ou, se se quiser, também aqueles em que gravemente se sacrifica a integridade física.

Quanto às observações de pormenor apresentadas pelo Dr. Maia Gonçalves: o requisito «que não é removível de outro modo» é absolutamente indispensável para revelar o carácter subsidiário do direito de necessidade; importante é, por outro lado, a primeira parte do n.º 2.º, já que a ponderação dos interesses em conflito é que vai justamente decidir se estamos perante um direito de necessidade, um obstáculo à culpa, ou um facto punível.

#### IV

Finda a intervenção do Autor do Projecto, o Conselheiro Osório disse que receberia bem todas as sugestões para que se limitasse o âmbito do direito de necessidade e que subscrevia portanto a proposta do Prof. Eduardo Correia no sentido de excluir aquele direito sempre que o bem sacrificado fosse a vida ou a inte-

gridade física; mas que, mesmo quando só do sacrifício de bens patrimoniais se tratava, lhe não parecia sempre exigível o seu sacrifício, à semelhança do que, por exemplo, se passa em matéria de expropriações. Quanto à indemnização, entende ser bom explicitar — dentro do pensamento do Autor do Projecto — que se limita o direito de necessidade pela possibilidade *efectiva* de indemnização do lesado; mas faz notar que tal exigência é perturbadora, até porque as mais das vezes, no momento da apreciação do facto, não se sabe se tal possibilidade é ou não efectiva.

A este propósito o Dr. Sidónio Rito insistiu em que continuava a considerar desrazoável o pôr-se o exercício de um direito na dependência de uma possibilidade efectiva (isto é: económica) de indemnizar; tal dependência só deveria ter lugar se fosse possível pô-la a cargo do Estado.

O Senhor Ministro, a este propósito, esclareceu as razões que haviam levado a 1.ª Revisão ministerial do Projecto do Código Civil a eliminar aquela obrigação de indemnizar do Estado proposta pelo Prof. Vaz Serra — razões financeiras, por um lado, e de política jurídica, por outro — e informou a Comissão de que não devia contar com a concordância do Governo para com uma obrigação análoga que porventura se estabelecesse no Código Penal. Em vista do que o Dr. Sidónio Rito notou que nem por isso ficavam esgotadas as possibilidades de efectivar a indemnização, *v. g.*, por rateio entre os beneficiados, tal como já hoje prescreve o Código Civil para certas hipóteses, ou por forma semelhante. De qualquer maneira, concluiu, essa possibilidade de indemnização deve ficar contida (embora como pressuposto do direito de necessidade penal) no Código Civil e ser por ele regulada. A ser assim, deveria eliminar-se o actual n.º 3.º e substituí-lo por outro onde se excluísse a possibilidade de um direito de necessidade quando o bem sacrificado é a vida, a integridade física ou outro semelhante.

A terminar, o Dr. Maia Gonçalves deu a sua adesão ao ponto de vista do Dr. Sidónio Rito sobre a indemnização e acentuou que

continuava a não considerar correcto o requisito «não é removível de outro modo», propondo que se dissesse antes «não é removível de outro modo menos gravoso»; e ainda que, uma vez que a necessidade de ponderação de bens do n.º 2.º se dirigia ao juiz, devia substituir-se a palavra «visa» por «visou».

## V

O Senhor Ministro convidou depois a Comissão a tomar posição perante as diversas propostas apresentadas.

As propostas do Dr. Maia Gonçalves no sentido de se dizer no proémio do artigo «não é removível de outro modo menos gravoso» e de no n.º 2.º se substituir «visa» por «visou» foram *rejeitadas por maioria*.

A proposta do Conselheiro Osório e do Dr. Guardado Lopes para limitar aos bens patrimoniais aqueles que podem ser sacrificados pelo exercício de um direito de necessidade foi *rejeitada por maioria*.

Seguidamente o Senhor Ministro considerou que a generalidade da Comissão aprovaria uma fórmula limitativa dos bens sacrificados, do tipo da apresentada pelo Autor do Projecto ou mesmo ainda mais fortemente limitativa. Interrogado o Prof. Eduardo Correia sobre qual poderia ser essa fórmula, propôs a seguinte: «O interesse sacrificado não consista na vida ou noutro bem jurídico, quando tal sacrifício não possa razoavelmente impor-se ao seu titular» — para assim dar satisfação, na medida do possível, às preocupações expendidas pelo Conselheiro Osório. Esta fórmula foi saudada por todos os membros e *aprovada por unanimidade*.

Quanto ao problema levantado pelo n.º 3.º do artigo em votação a Comissão, *por maioria*, deliberou: que tal requisito deve ser eliminado do Código Penal para passar a constar da lei civil; que nas Actas fique consignado que, todavia, essa eliminação faz-se

na ideia de que *a possibilidade de indemnização deve continuar a considerar-se pressuposto do direito de necessidade penal*.

Em face desta eliminação, foi deliberado que a fórmula proposta pelo Autor do Projecto, relativa aos bens sacrificados, ficasse a constar de um número autónomo, que substituiria o eliminado.

Aprovou-se ainda, *por unanimidade*, que no n.º 1.º se substituisse a palavra «voluntariamente» por «dolosamente».

## ARTIGO 38.º

*No caso de conflito no cumprimento de deveras jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, não actua ilicitamente quem satisfaz o dever ou ordem de igual valor ou de valor superior ao do dever ou ordem que sacrifica.*

§ único — *Cessa o dever de obediência hierárquica quando conduz à prática de um crime.*

## I

O Autor do Projecto esclareceu que tradicionalmente estas hipóteses eram ainda consideradas dentro da teoria do estado de necessidade. Mas a doutrina mais moderna tem entendido — com uma fundamentação que se dispensa de referir, mas que lhe parece inteiramente de aplaudir — que elas devem ser autonomizadas, sobretudo porque não parece de exigir aqui, para que se dê a justificação do facto, que o dever ou ordem que se cumpre seja sensivelmente superior ao dever ou ordem que se sacrifica.

Quanto ao § único, ele reputa-se em absoluto necessário, estando aliás de acordo — o que é grato registar — com a posição tomada pelo Prof. Vaz Serra no Anteprojecto do Código Civil. A sua colocação dentro deste preceito justifica-se perfeitamente, se se considerar que nestas hipóteses se levanta igualmente um conflito de deveres.

## II

a) O corpo do artigo foi unânimemente aprovado pela Comissão, não tendo suscitado qualquer discussão.

b) Quanto ao § único, o Conselheiro Osório sustentou que, tal como está formulado, ele nada tem a ver com o direito penal, mas com o ilícito disciplinar. Ora o que se pode aqui querer dizer é, apenas, que o funcionário que não cumpre a ordem que conduz a um crime não comete o crime de desobediência. Até porque, quanto àquele outro problema, em certas hipóteses será preferível isentar sempre o inferior hierárquico de responsabilidade, atirando-a para o superior hierárquico; se esta solução é — reconhece-se — péssima como princípio geral, pode plenamente justificar-se em certas hipóteses. De qualquer forma, não é ao direito penal que compete decidir um tal problema.

O Dr. Sidónio Rito sustentou também que a fórmula usada pelo § único deve ter traído o pensamento do Autor, mas entendeu-a em sentido diverso do Conselheiro Osório: no de que ela pretende significar que nunca é justificado o crime cometido por um funcionário, em virtude de uma ordem proveniente do superior hierárquico.

O Dr. Maia Gonçalves disse entender o párrafo num sentido mais próximo daquele que fora defendido pelo Conselheiro Osório, o que representará porventura uma pequena invasão do campo do direito administrativo por parte do direito penal. Em vista disso, propõe que se faça anteceder o parágrafo da seguinte expressão: «Para efeitos penais...».

## III

O Autor do Projecto, a terminar, considerou que tanto o Conselheiro Osório como o Dr. Sidónio Rito tinham razão. Na verdade, e em face do § único do artigo 38.º, não só se deve entender

que o funcionário que não cumpre uma ordem do superior que conduz a um crime não comete o crime de desobediência, como também que, se ele cumpre a ordem, o crime praticado não fica justificado, somente sendo possível excluir a culpa, nos termos do artigo 44.º.

## IV

Em face da explicação dada pelo Autor do Projecto, o § único foi *aprovado por unanimidade*; *aprovada por unanimidade* foi também a proposta do Dr. Maia Gonçalves, no sentido de se fazer anteceder o parágrafo da expressão: «Para efeitos penais...». Em vista disso, o Prof. Eduardo Correia pediu que nas Actas ficasse consignada a sua esperança de que no direito administrativo expressamente se consagre uma norma jurídica paralela à que agora acabou de ser aprovada.

## ARTIGO 39.º

*Salvo o que se dispõe na parte especial deste Código (ofensas corporais, tratamentos médicos, etc.) o consentimento só exclui a ilicitude quando:*

1.º — *Disser respeito a bens jurídicos livremente disponíveis pelo seu titular;*

2.º — *A acção autorizada não for contrária aos bons costumes.*

O Autor do Projecto considerou que o presente artigo devia ter ficado suficientemente esclarecido depois da discussão que se travou à volta do n.º 4.º do artigo 35.º.

O Conselheiro Osório ponderou que a ressalva que consta do proémio se refere apenas ao n.º 1.º, pelo que devia expressamente conter-se nele. O Dr. Maia Gonçalves concordou com a objecção, mas considerou que ela seria facilmente resolvida; propôs, porém, que no proémio se dissesse antes: «Salvos os casos previstos em disposição especial, o consentimento...».



Em face destas duas propostas, a Comissão, unindo-as numa só, *aprovou por unanimidade* a seguinte formulação para o proémio e para o n.º 1.º do artigo: «O consentimento só exclui a ilicitude quando: 1.º — Disser respeito a bens jurídicos livremente disponíveis pelo seu titular, salvos os casos previstos em disposição especial».

A sessão foi encerrada às 13 horas.

## ACTA DA 16.ª SESSÃO

Às 15 horas do dia 21 de Fevereiro de 1964 foi aberta, por Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça, a 16.ª sessão da Comissão Revisora, não estando presentes os Profs. Ferrer Correia e Gomes da Silva e o Dr. Sidónio Rito. A discussão iniciou-se pelo

### ARTIGO 40.º

*O consentimento deve corresponder à direcção de vontade — séria, livre e formada com pleno conhecimento da situação — do titular do bem jurídico ofendido.*

§ 1.º — *Relativamente a menores de mais de catorze anos, a eficácia do consentimento depende de que eles tenham o necessário discernimento para avaliar o significado, alcance e conteúdo do consentimento, no momento em que é prestado.*

§ 2.º — *O consentimento do ofendido não precisa de ser conhecido pelo agente e pode livremente revogar-se até à execução da acção consentida.*

§ único — *Se o agente desconhece o consentimento será punível, todavia, sob a forma de tentativa.*

### I

O Autor do Projecto começou por considerar que, uma vez que o consentimento do ofendido em direito penal tem autonomia

perante o consentimento como negócio jurídico-privado, não se estranhará que os seus requisitos sejam também regulados de forma autónoma.

Antes de mais, como já se disse também, o consentimento tem de corresponder a uma vontade dirigida à renúncia ou abandono da protecção jurídico-criminal. Daí, pois, que seja irrelevante a vontade quando não é formada séria e livremente e com perfeito conhecimento da situação.

Do mesmo modo, a capacidade para consentir nada tem a ver com a capacidade jurídico-civil de exercício: o que importa é que, havendo capacidade de gozo, se tenha ao mesmo tempo o discernimento suficiente para avaliar o significado, valor e conteúdo do consentimento no momento em que este se presta.

Acresce que, na opinião que se perfilha, o consentimento não tem sequer que ser conhecido pelo agente, ficando sempre excluída, por via dele, a ilicitude do facto que se consuma. Nestas hipóteses, porém, parecerá chocante que o agente fique isento de pena. Só que esta consequência não é necessária, pois nada impede que se possa então falar de crime impossível — mesmo no caso de o consentimento ser para todos aparente — e consequentemente o agente venha a ser punido sob a forma de tentativa.

Finalmente, claro é que o consentimento terá de ser anterior ao exercício da acção consentida; mas, por sua natureza, ele poderá ser revogado por quem o prestou justamente até este preciso momento.

## II

Iniciada a discussão, o Conselheiro Osório disse querer apenas apresentar uma objecção de fundo, relativa ao § 3.º (que, no Projecto, por lapso, aparece como § único). Desde que se aceita que o consentimento exclui a ilicitude independentemente de ser ou não conhecido pelo agente, isso significa que o facto praticado é sempre um facto *lícito*, não devendo portanto o autor ser punido, mesmo

por crime putativo, sob a forma de tentativa. O preceito suscita ainda algumas objecções de forma. Assim: em vez de se dizer que o consentimento «deve corresponder ...» devia dizer-se que ele «consiste na vontade... de renunciar à protecção que a ordem jurídica lhe dispensa», fórmula que traduziria melhor aquilo que se considera a verdadeira essência do consentimento do ofendido; relativamente ao § 1.º a fórmula adoptada pode dar ensejo a que se afirme que para os menores de 14 anos o consentimento é válido independentemente dos requisitos que a seguir se apontam, devendo pois dizer-se antes: «A eficácia do consentimento de menores depende de eles terem mais de 14 anos e...». Por último, a manter-se a punição por tentativa dos que actuam sem conhecerem o consentimento, ela deverá juntar-se à primeira parte do § 2.º, passando a segunda parte deste para um parágrafo autónomo.

O Dr. Maia Gonçalves deu a sua formal adesão à doutrina do § 3.º, que lhe pareceu mera ilação do facto de se ter aceite a punição da tentativa impossível. Mas sustentou que importava tomar em consideração o problema do consentimento de menores de 14 anos dado pelo seu representante legal.

Finalmente, o Dr. Guardado Lopes pronunciou-se no sentido de se dever explicitar que o consentimento tem sempre de ser pessoal.

## III

O Autor do Projecto ponderou em seguida: Quanto ao problema posto pelo Conselheiro Osório relativamente ao § 3.º, a dificuldade que levanta é perfeitamente compreensível e subsistente, porque a punição do agente, nestes casos, ultrapassa os quadros da punibilidade da tentativa impossível, uma vez que o facto não é em si ilícito. Mas a sua punibilidade justifica-se pelo chocante de se deixar o agente, nestas hipóteses, sem qualquer punição. Quer dizer: de um ponto de vista puramente teórico tem pleno cabimento discutir-se se neste caso existe ou não um verdadeiro crime impos-

sível; mas para cortar a discussão, no sentido afirmativo, é que justamente se consagra expressamente a afirmação de punibilidade.

Quanto aos aspectos formais postos em questão: quis-se com a fórmula acentuar que, sendo a vontade de consentir que verdadeiramente está em jogo, ela não tem sequer de consistir em uma vontade declarada — que aliás faltaria sempre no consentimento presumido — mas apenas em uma «Willensrichtung», expressão que aliás se traduziu literalmente. Mas não parece conveniente acrescentar-se que a vontade é a de «renunciar à protecção...», como propende o Conselheiro Osório, pelos múltiplos problemas interpretativos que isso iria acarretar. Onde pode dizer-se que há uma imprecisão de linguagem é quando se fala de bem jurídico *ofendido*, visto que, tendo havido consentimento, o bem jurídico não chega a ser ofendido ou só o é formalmente; não parece, porém, que esta dificuldade exija uma mudança de redacção.

Quanto ao § 1.º, o Conselheiro Osório tem inteira razão na crítica que faz, pelo que a sua proposta parece de aceitar.

Quanto à ligação do § 3.º com o § 2.º, não parece que suscite dúvidas de maior e a sua coordenação parece corresponder a um ponto de vista político-criminalmente exacto. (A este propósito o Conselheiro Osório retorquiu que a alteração por ele proposta nesta parte dizia unicamente respeito a uma arrumação de matérias; e o Dr. Guardado Lopes sugeriu que a coordenação se fizesse eliminando a 1.ª parte do § 2.º — ao que o Prof. Edurado Correia formalmente se opôs, por considerar aquela parte essencial).

#### IV

Passando-se depois à votação, a Comissão *rejeitou por maioria* a proposta de substituição do proémio do preceito apresentada pelo Conselheiro Osório.

A proposta do Conselheiro Osório de substituição da parte inicial do § 1.º foi *aprovada por unanimidade*.

A proposta do Dr. Guardado Lopes para que se eliminasse a 1.ª parte do § 2.º, a fim de assim conciliar este parágrafo com o seguinte, foi *rejeitada por maioria*.

A proposta do Conselheiro Osório para que se eliminasse o § 3.º foi *rejeitada por maioria*; mas foi *aprovada por maioria* a outra proposta sua, para que se juntasse o § 3.º à 1.ª parte do § 2.º, passando a 2.ª parte do § 2.º a formar o § 3.º.

A terminar, o Conselheiro Osório ponderou que no § 1.º *in fine* aparecia uma insensível referência à «declaração de vontade», através do requisito «prestado» — requisito que bem poderia eliminar-se. Esta proposta foi, porém, *rejeitada por maioria*, na base de que «prestar» é coisa diferente de «declarar».

#### ARTIGO 41.º

*Ao consentimento efectivo equipara-se o consentimento presumido.*

§ único — *Entende-se que há consentimento presumido relativamente à acção de quem age no quadro de circunstâncias tais que tornem razoável supor que o titular do bem jurídico — no interesse de quem se agiu —, conhecendo a verdadeira situação das coisas, teria eficazmente consentido.*

#### I

O Autor do Projecto começou por ponderar: ao consentimento real deve equiparar-se o presumido ou hipotético — isto é, aquele que se revela nos casos em que o agente actua no quadro de circunstâncias tais que tornem razoável supor que o titular do bem jurídico, conhecendo a verdadeira situação das coisas, teria consentido no facto. Trata-se pois aqui de um acto praticado no interesse do lesado — desde que esta expressão se tome num particular sentido: no sentido de que, nas condições dadas, o seu interesse, isto é, *a sua vontade*, seria a de consentir. Assim, *v. g.*, quando *A* utiliza a bicicleta de um seu grande amigo, na base de que a vontade deste seria, perante as circunstâncias do caso, no sentido de consentir. Ora parece

que esta ideia resultará muito mais clara se no texto do preceito se eliminar a expressão «no interesse de quem se agiu —...», eliminação que por isso se propõe.

## II

Esta proposta do Autor do Projecto suscitou o aplauso de todos os membros da Comissão, que foram unânimes em considerar que, através dela, se tinham elidido as críticas mais fortes que ao preceito podiam ser feitas.

O Conselheiro Osório propôs, todavia, que a fórmula do Projecto fosse substituída por esta, mais simples: «Há consentimento presumido quando as circunstâncias do facto permitem razoavelmente supor que o titular do bem jurídico teria eficazmente consentido no seu sacrifício, se conhecesse a verdadeira situação das coisas».

O Dr. Maia Gonçalves aderiu à fórmula do Projecto, mas propôs que se eliminasse, por inútil, a expressão introdutória «Entende-se que ...».

## III

O Autor do Projecto ponderou que a fórmula do Conselheiro Osório era insuficiente, uma vez que o problema do consentimento tem directamente de pôr-se em relação à acção; e, por outro lado, para a relevância do consentimento presumido têm importância não só as circunstâncias do facto mas as de natureza pessoal.

Quanto à proposta do Dr. Maia Gonçalves, disse aceitá-la.

## IV

Postas as propostas à votação, — a do Autor do Projecto fora já considerada *aprovada por unanimidade* — a Comissão *rejeitou por maioria* a do Conselheiro Osório e *aprovou por unanimidade* a do Dr. Maia Gonçalves.

## CAPÍTULO IV

### DO EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA E DO ERRO NO ESTADO DE NECESSIDADE

#### ARTIGO 42.º

*No caso de excesso de legítima defesa pode a pena ser atenuada livremente.*

§ único — *Se o excesso tiver sido causado por perturbação, medo ou susto não censurável, não será punível o defendente.*

## I

O Autor do Projecto ponderou que a doutrina do excesso de legítima defesa tem dado lugar, na literatura jurídica nacional, a ampla discussão e às mais desencontradas opiniões. Deve todavia ter-se em consideração que isso ficou a dever-se à deficiente regulamentação que a própria legítima defesa assume no nosso Código actual; assim, por exemplo, a doutrina — a que aliás sempre se fez oposição — do chamado excesso na causa tinha a sua razão de ser ligada ao desejo de obstar às mais chocantes consequências a que dá lugar a exigência da falta de provocação como requisito de legitimidade da defesa.

Em face da definição de legítima defesa que o Projecto contém e já aprovada, nenhum destes problemas tem, porém, qualquer razão de ser. De sorte que quando se fala em excesso de legítima defesa tem-se em vista (como aliás se deve ter sempre) unicamente o chamado «excesso nos meios». Normalmente, o ataque cria ao defendente uma perturbação profunda; de sorte que se este se excede nos meios de que usa para se defender, este excesso deve imputar-se a uma culpa atenuada, ao menos em princípio, e daí a faculdade dada ao juiz para que atenuie livremente a pena. Mas se o excesso não for censurável, então o pensamento da culpa conduzirá, como

deve, à não punição do agente. Uma disposição paralela à do § único foi objecto das mais candentes discussões no seio da Comissão da Reforma do direito penal alemão — que todavia concluiu pela sua manutenção no Código futuro.

## II

O Conselheiro Osório disse que, em sua opinião, conviria deixar bem claro que o excesso a que o preceito se refere é unicamente o excesso nos meios. E, quanto ao § único, disse que a não censurabilidade de que aí se fala deve referir-se ao excesso e não à perturbação, pelo que propôs a redacção seguinte: «Se o excesso, causado por perturbação... não for censurável, não será punível o defendente».

O Dr. Maia Gonçalves concordou inteiramente com a primeira observação do Conselheiro Osório, no que foi seguido pelo Dr. Guardado Lopes. Quanto ao § único, o primeiro sustentou que a não censurabilidade se referia à perturbação, medo ou susto, pelo que devia dizer-se «não censuráveis».

## III

O Autor do Projecto concordou em precisar que se tratava de excesso nos meios. E quanto ao problema levantado acerca do § único, concordou que a redacção não era feliz, visto que a não censurabilidade deve efectivamente referir-se ao excesso. Em vista disto, propôs para o artigo a seguinte redacção de substituição:

«1. No caso de excesso nos meios empregados para legítima defesa pode a pena ser atenuada livremente.

2. Se o excesso não for censurável, por ter sido causado por perturbação, medo ou susto, não será punível o defendente».

Posta esta proposta à votação, a Comissão *aprovou por unanimidade* o n.º 1 e *por maioria* o n.º 2.

## ARTIGO 43.º

*Se o agente julgar, por erro censurável, verificados os pressupostos de facto do exercício de um direito de necessidade, será punível no quadro da moldura penal dolosa do facto praticado, livremente atenuável.*

## I

Se fôssemos aplicar à hipótese deste artigo — considerou o Autor do Projecto — os princípios gerais do artigo 13.º sobre o erro, teríamos que a punição do agente só poderia efectivar-se segundo as regras da negligência, se o respectivo crime conhecesse esta forma de imputação subjectiva.

Ora acontece que, em virtude do particular melindre de que se reveste a aceitação de um direito de necessidade, há todo o interesse social em que o erro sobre os seus pressupostos fácticos seja tratado nos termos mais severos do erro sobre a proibição, justamente para que se evite o mais possível uma apressada avaliação da existência daquele direito de necessidade. Isso mesmo determina a estatuição do preceito em exame.

## II

Iniciada a discussão, o Conselheiro Osório sustentou a possibilidade de haver um erro da natureza daquele que o presente preceito considera em relação a um crime não intencional, isto é, que já, independentemente do erro, deveria ser punido a título de mera negligência — hipótese que, por conseguinte, deverá ser ressalvada. Para além disto advogou que se não falasse em «pressupostos de facto» e que se fizesse uma referência expressa à disposição do erro, para se dizer que ela não é aplicável — à semelhança do que faz o Projecto alemão.

O Dr. Maia Gonçalves subscreveu inteiramente as considera-

ções do Conselheiro Osório, propondo além delas que se substituisse «pressupostos de facto» pela expressão usada no artigo 13.º: «um estado de coisas».

O Dr. Guardado Lopes disse que a estatuição do artigo podia, em certos casos, vir a revelar-se excepcionalmente severa; mas como seguidamente se consagrava uma atenuação livre da pena, o juiz poderia certamente alcançar sempre resultados ajustados à culpa do agente. Mas tomou posição negativa em face do problema levantado pelo Conselheiro Osório, afirmando que o direito de necessidade supõe sempre um facto cometido intencionalmente — até porque a ponderação de interesses que constitui a sua essência não é compatível com a mera negligência.

O Autor do Projecto, a terminar, subscreveu a posição expendida pelo Dr. Guardado Lopes, e disse não fazer opposição a que a expressão «pressupostos de facto» fosse substituída por «um estado de coisas», defendendo também que devia depois falar-se — à semelhança do que se aprovou para o artigo 13.º — em «moldura penal do facto praticado com dolo».

### III

Passando-se à votação, a Comissão *aprovou por maioria* o fundo do preceito em análise. E, *por maioria*, as fórmulas propostas: «um estado de coisas que condiciona o exercício...» e «moldura penal do facto praticado com dolo». Mas *rejeitou por maioria* que expressamente se excluísse a aplicação do § 1.º do artigo 13.º.

O Senhor Ministro pediu depois ao Autor do Projecto que o elucidasse sobre a razão por que fizera dos artigos 42.º e 43.º um capítulo autónomo. O Prof. Eduardo Correia respondeu que aqueles preceitos contemplavam hipóteses que se apresentam como de transição entre a exclusão da ilicitude e a exclusão da culpa: hipóteses que constituem casos particulares de *atenuação da culpa*.

## CAPÍTULO V

### DA EXCLUSÃO DA CULPA

#### ARTIGO 44.º

*Actua sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas, que ela conduz a realizar um crime.*

#### I

Em primeiro lugar o Autor do Projecto considerou que o disposto no artigo 44.º é, de alguma forma, uma limitação ao disposto no § único do artigo 38.º. A ordem conduz a um crime e, por consequência, o facto praticado pelo subordinado nunca é lícito. Mas este pode não saber que a ordem conduz a um crime — e então a sua culpa será excluída desde que aquela conclusão não fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas. Se assim não fosse os funcionários ficariam numa situação muito difícil perante o direito penal.

#### II

O Conselheiro Osório sustentou que o problema da «evidência» é particularmente confuso e duvidoso, pois não se sabe se essa evidência deve avaliar-se objectivamente ou em relação ao próprio agente. Por isso prefere que se diga: «— salvo se for por negligência grosseira —».

O Dr. Maia Gonçalves considerou indiscutível a doutrina do artigo, que reputa uma mera aplicação dos princípios que se aprovaram no artigo 13.º.

O Dr. Guardado Lopes salientou que o artigo não respeita a todas as ordens, já que, se elas forem legítimas, deve considerar-se excluída a própria ilicitude do facto.

### III

Respondendo, o Autor do Projecto disse que preferia a sua fórmula à da negligência grosseira, vista esta desproteger mais o funcionário. A evidência é, claramente, uma evidência objectiva — mas uma evidência que tem de retirar-se das circunstâncias que o funcionário efectivamente representou e não daquelas que ele devia ou podia representar.

Antes da votação o Senhor Ministro perguntou ao Autor do Projecto a razão por que colocara este preceito antes do seguinte. Ao que este respondeu que tal se ficava a dever a uma dupla razão: porque há aqui uma particular ligação com a respectiva hipótese de exclusão da ilicitude; mas sobretudo porque este caso não é de não exigibilidade, sendo os pressupostos desta muito mais apertados do que os do artigo em discussão.

### IV

Passando-se à votação, o preceito foi *aprovado por maioria*.

#### ARTIGO 45.º

***Age sem culpa o agente quando, nem a ele, nem ao homem do tipo médio suposto pela ordem jurídica, seria exigível, naquelas circunstâncias, outro comportamento.***

#### I

Este preceito representa — disse o Autor do Projecto — a consagração legislativa do princípio da não exigibilidade. Não se consagra, porém, uma não exigibilidade concreta — directa e imediatamente ligada ao poder de agir de outra maneira — mas

uma não exigibilidade abstracta, que se avalia perante o homem médio suposto pela ordem jurídica. O que poderá dizer-se contra ele é que é em demasia rigoroso, deixando persistir a culpa em muitas hipóteses onde ela, por direitas contas, deveria ser excluída. Simplesmente, se o Projecto consagrasse uma não exigibilidade concreta, ele tornar-se-ia passível daquela censura que justamente foi feita ao maior fautor desta concepção, Freudhental: o de que assim se contribuía, em larga medida, para um inadmissível «amolecimento ósseo da justiça penal».

Dir-se-á, porém, que o princípio, tal como está consagrado no Projecto, não é indispensável, bem podendo ele substituir-se por uma tipificação exhaustiva de todas as hipóteses de exclusão da culpa. Só que tal tipificação é evidentemente impossível. Não se desconhece que muitos autores pensam que a moderna categoria dos conflitos de deveres responde bem a esta exigência. Mas não têm razão, uma vez que ficam fora dela todos os casos de colisão entre deveres jurídicos e não jurídicos — *v. g.*, morais —, que muitas vezes podem ser perfeitamente merecedores de conduzir à exclusão da culpa, com a mesma ou até com maior força do que quando se trata da colisão de deveres jurídicos.

#### II

Contra o princípio da não exigibilidade se pronunciou o Conselheiro Osório — dizendo que se ele pode servir para fazer muito bem, pode igualmente servir para o contrário e inclusivamente conduzir ao referido «amolecimento ósseo da justiça penal». Aliás, um penalista como Maurach faz hoje suas as palavras de um outro autor alemão, segundo o qual a não exigibilidade apareceu como um meteoro no firmamento, para a breve trecho de novo desaparecer. Poderá dizer-se que a formulação do Projecto se não torna passível desta censura, na medida em que faz apelo a um tipo médio de homem, suposto pela ordem jurídica. Mas esta é uma fórmula

muito vaga — visto que o problema é saber em que termos estabelece a ordem jurídica a cláusula de exigibilidade. E isso deve ela dizê-lo concretamente (e não lançar o trabalho do preenchimento da cláusula sobre os ombros do juiz), regulamentando um estado de necessidade como obstáculo à culpa. Assim fez o Projecto alemão e aliás assim fez o Projecto em análise, no § único do artigo 42.º, onde tipicizou os casos em que a não exigibilidade é, para esse particular efeito, admitida.

O Dr. Maia Gonçalves pronunciou-se a favor da disposição em exame, afirmando que o princípio da não exigibilidade não pode dizer-se de nenhuma forma abandonado. Isto não significa que se não reconheça que o princípio é perigoso e deve ser utilizado pelos tribunais com a maior prudência. Mas tal reconhecimento não conduz a votar contra o preceito, mas apenas a tentar limitá-lo por todas as formas possíveis. Aliás, não deve esquecer-se que muitos autores já consideram o princípio da não exigibilidade consagrado no nosso direito actual e — o que é mais — dele se tem socorrido já a nossa jurisprudência para excluir a culpa em certas hipóteses não especificadas na lei. Acresce que, se este preceito for rejeitado, haverá necessidade de uma larga remodelação do Projecto nesta parte, até em relação a preceitos já aprovados, como, *v. g.*, o do artigo 37.º.

Esta última consideração foi reforçada pelo Dr. Guardado Lopes para, na sua base, dar aprovação ao preceito em análise. Por outro lado, não acha fácil limitar ainda mais a fórmula, que, como o Prof. Eduardo Correia acentuou, já se encontra no Projecto muito limitada.

### III

A terminar, o Autor do Projecto afirmou que a crítica da posição tomada pelo Conselheiro José Osório estava já feita. Com efeito, eliminar a cláusula de não exigibilidade significaria ter de se regulamentar uma série de casos de exclusão da culpa, sem

nunca se poder ter a pretensão de os esgotar. De sorte que o juiz haveria sempre de ficar livre para poder considerar que em certa hipótese não regulada se não verificavam os pressupostos do conceito de culpa e, assim, que ela devia ter-se por excluída e o agente por não punível, nos termos do artigo 2.º do Projecto. E isto — não a cláusula de não exigibilidade do Projecto — é que será verdadeira e extremamente perigoso. Com efeito, se eliminarmos o artigo em discussão, como queremos impedir o juiz de amanhã, em face de um caso da vida, raciocinar por exemplo nos termos seguintes: culpa é poder de agir de outra maneira; no caso concreto o agente não podia, concretamente, agir de outra maneira; logo actuou sem culpa? Isto, sim, conduzirá ao tão falado amolecimento ósseo da justiça penal, não uma norma de carácter perfeitamente objectivo, tal como a que se propõe. Se a eliminarmos, virá afinal a pôr-se na mesma um problema de exigibilidade, mas perante o tipo individual de agente — revivendo, assim, a tese de Freudhental —, enquanto que a cláusula proposta põe o problema perante um tipo médio de agente, suposto pela ordem jurídica. E se nos for oposto que nem uma nem outra das soluções deve seguir-se — pretendendo proibir o juiz de medir a culpa, quer em concreto, quer perante um tipo médio — diremos que isso constitui o puro e simples repúdio daquele «princípio da culpa» que justamente constitui a trave mestra de todo o Projecto.

A maior dificuldade (que reside em se fazer apelo, na exclusão da culpa, a um tipo médio de homem) é poder, com isto, reconhecer-se ao agente um direito a actuar contra os comandos legais; mas essa possibilidade está excluída no Projecto porque se impõe a prova de que *nem a ele* agente, nem a um tipo médio, era de exigir outro comportamento.

O Conselheiro José Osório voltou a vincar a sua discordância em relação ao artigo 45.º. Disse que a razão estava efectivamente com o Prof. Eduardo Correia, quando sustentava que o artigo 45.º representava uma limitação em face do artigo 2.º; mas



justamente por isso votara decididamente contra este preceito. Ao que o Autor do Projecto retorquiu que aí se revelava a opposição do Conselheiro José Osório, em última análise, ao princípio da culpa.

#### IV

Passando-se depois à votação, o preceito foi *aprovado por maioria*. O Dr. Maia Gonçalves propôs, porém, que se dissesse «seria razoavelmente de exigir...», o que foi também *aprovado por maioria*. *Aprovado* foi ainda que neste preceito e no seguinte se dissesse «actua» em vez de «age».

#### ARTIGO 46.º

*Age sem culpa o agente que, por erro não censurável, representa um estado de coisas que a existir desculparia o facto.*

O Autor do Projecto sustentou que este preceito, não sendo de todo indispensável, em vista do artigo 13.º, sempre terá a vantagem de não exigir um recurso à analogia para se obter a solução que ele consagra.

O Conselheiro José Osório propôs que em vez de «representa» se dissesse «supõe existente».

O preceito foi *aprovado por unanimidade* e a sugestão do Conselheiro José Osório *rejeitada por maioria*.

#### ARTIGO 48.º

Como a Comissão revelasse o desejo de que a sessão fosse encerrada, o Prof. Eduardo Correia pediu para antecipar um escl-

recimento sobre o artigo 48.º, que certamente seria votado na sessão seguinte, o que foi imediatamente aceite. Assim, disse:

Quando elaborou aquele preceito ele próprio admitiu que estava a desferir um golpe profundo no actual sistema penal, ao propugnar que o máximo *normal* de pena de prisão fosse fixado em 10 anos. E essa opinião mais se radicou depois da discussão do Projecto na generalidade.

Só que, ponderando de novo o problema, decidiu estudar inductivamente todo o nosso sistema actual, no que toca às penas de prisão cominadas, elaborando mesmo uma estatística completa sobre o número de crimes em relação aos quais se comina cada uma das molduras penais actualmente previstas. E assim pôde verificar que penas superiores a 12 anos de prisão já são actualmente, em verdade, excepcionais, podendo perfeitamente defender-se que hoje 12 anos de prisão é o máximo *normal* que o nosso sistema comina.

Seguidamente, deu detalhada conta à Comissão de quais as hipóteses que hoje são punidas com pena superior a 12 anos, concluindo que a maior parte delas deverá continuar a ser punida, no Projecto, com pena superior a 10 anos; e informou qual a percentagem que estas hipóteses alcançam em relação ao número de tipos legais de crime total, concluindo que elas não abrangem mais do que cerca de vinte e duas hipóteses de crimes fundamentais. Tais hipóteses são no nosso direito actual, em breve resumo, as seguintes:

*Dos crimes contra a segurança exterior do Estado:*

*Pena do n.º 1 do artigo 55.º*

Artigo 141.º — traição à pátria; artigo 142.º — entendimento com o estrangeiro; artigo 144.º — destruição de material de guerra ou de obras militares; artigo 148.º — provocação à guerra ou represálias; artigo 162.º — pirataria.

*Pena do n.º 2 do artigo 55.º*

Artigo 145.º — espionagem; artigo 161.º — hostilidades contra navio português.

*Dos crimes contra a segurança interior do Estado*

*Pena do n.º 1 do artigo 55.º*

Artigos 163.º e 164.º — atentado contra a vida do Chefe do Estado, Ministros, etc.

*Pena do n.º 3 do artigo 55.º*

Artigos 168.º e 169.º — rebelião armada e actos equiparados.

*Dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública*

*Pena do n.º 2 do artigo 55.º*

Artigo 206.º — falsificação de moeda; artigo 314.º — extorsão ou concussão.

*Pena do n.º 3 do artigo 55.º*

Artigo 313.º — peculato (em relação ao furto).

*Dos crimes contra as pessoas*

*Pena do n.º 1 do artigo 55.º*

Artigo 351.º — morte com premeditação, etc.; artigo 353.º — envenenamento; artigos 355.º e 356.º — parricídio e infanticídio; artigo 398.º — rapto qualificado.

*Pena do n.º 2 do artigo 55.º*

Artigo 332.º — cárcere privado; artigo 344.º — ocultação, troca ou desencaminho de menores sem indicação do seu paradeiro; artigo 349.º — homicídio simples; artigo 366.º, § único — morte proveniente de castração.

*Dos crimes contra a propriedade*

*Pena do n.º 1 do artigo 55.º*

Artigo 433.º — roubo; artigo 466.º — morte proveniente de fogo posto; artigo 472.º, § 4.º — morte proveniente de dano (em via férrea).

*Pena do n.º 2 do artigo 55.º*

Artigos 463.º e 468.º, n.º 1 — fogo posto; artigos 428.º e 436.º, n.º 2 — furto qualificado.

*Pena do n.º 3 do artigo 55.º*

Artigo 472.º, § 4.º — ofensas provenientes de dano; artigo 477.º — ofensas provenientes da destruição de casa, etc.; artigo 425.º, n.º 4, 427.º, 428.º, 434.º, 437.º (roubo), 440.º (extorsão) — furto qualificado.

Fornecidos estes esclarecimentos pelo Autor do Projecto, o Senhor Ministro declarou a sessão encerrada, eram 18 horas e 20 minutos.

## ACTA DA 17.ª SESSÃO

A 17.ª sessão da Comissão Revisora foi aberta por Sua Exce-  
lência o Senhor Ministro da Justiça às 10 horas do dia 22 de Feve-  
reiro de 1964. Não estavam presentes o Prof. Gomes da Silva e o  
Dr. Sidónio Rito. Foi posto em discussão o

### TÍTULO III

#### CAPÍTULO I

#### DAS PENAS PRINCIPAIS

#### ARTIGO 47.º

*As penas principais são: 1.º a prisão; 2.º a multa; 3.º a sentença  
condicional; 4.º o regime de prova.*

#### I

O Autor do Projecto começou por fazer a história do nosso  
sistema punitivo desde a codificação do direito penal. Disse que  
com esta se passou da pena corporal para a pena de prisão, como

pena-regra, e reafirmou as razões pelas quais hoje se desenha forte  
reacção contra a pena-regra de prisão. Historiou, seguidamente, as  
transformações por que tem passado entre nós o limite máximo  
da pena de prisão — que era de 15 anos no Código de 52 (pre-  
vendo-se então ainda a pena de morte e a de prisão perpétua) e  
passou para 12 anos na Reforma de 84, quando a morte e a prisão  
perpétua se encontravam já abolidas. Certo que, nesta altura, havia  
uma medida que integrava a pena de prisão: o degredo; mas este  
já não era — e isso é fundamental — uma pena detentiva, mas  
uma pena que devia ser cumprida em liberdade e que, por conse-  
guinte, respeitava a ideia basilar da recuperação do delinquente.  
Simplesmente, em 1931 o degredo foi proibido, em consequência  
do que a Reforma prisional veio estatuir que ele «seria cumprido  
como prisão maior nos estabelecimentos a esta pena destinados,  
reduzindo-se a sua duração em um terço». Ora é manifesto o erro  
desta estatuição, pois que, se se pretendia substituir o degredo,  
devia-se tê-lo feito por outra qualquer medida não detentiva, e não  
por prisão. Mas o que é certo é que daqui nasceu a aberração de o  
limite máximo da prisão ser entre nós, em pleno século XIX, doze  
anos e em pleno século XX... trinta anos!

Se isto tem interesse para se compreender que o limite  
máximo — ao menos o limite máximo normal — da pena deve  
ser muito reduzido em relação ao actualmente previsto, tem tam-  
bém interesse para radicar a convicção de que é preciso por todas  
as formas limitar este tipo de pena, em virtude do seu larguíssimo  
efeito criminógeno: e limitá-lo não só na sua duração como na  
sua incidência. Daí as novas formas de punição que o Projecto  
contém: a sentença condicional (com um regime algo diferente do  
actual) e o regime de prova (já largamente experimentado noutros  
países), que agora assumem o seu verdadeiro carácter de penas  
principais autónomas. Daí também a consagração da prisão por dias  
livres e a ampliação da incidência do instituto da liberdade condi-  
cional.

Ora, como se diz no Relatório, é nestas inovações — e não na manutenção, infelizmente indispensável, da pena de prisão — que se depositam as melhores esperanças no campo da luta contra a criminalidade. As razões que conduzem à regulamentação destas novas penas pela forma por que o Projecto a leva a cabo estão consignadas no Relatório e não valerá por isso a pena estar aqui a repeti-las, tanto mais que elas irão sendo dadas, em sùmula, a propósito dos artigos seguintes mais importantes.

## II

Em seguida o Senhor Ministro, depois de referir a defesa entusiástica que o Prof. Eduardo Correia fizera do sistema proposto, ponderou que nesta intervenção três pontos se salientavam: o primeiro diz respeito à redução do limite máximo da pena de prisão e à elevação do seu limite mínimo, como formas de diminuir a incidência deste tipo de pena. Quanto a este ponto, porém, a Comissão deverá por ora deixá-lo de lado, para o discutir em relação ao preceito seguinte. O segundo ponto respeita a saber se tem ou não cabimento a institucionalização da suspensão da pena. Na verdade, a um primeiro contacto ser-se-ia tentado a considerar que, neste ponto, o Projecto limita-se a reproduzir um instituto que o nosso direito actual já consagra. Mas, por um lado, é certo que nele se introduzem modificações sensíveis, sobretudo enquanto se admite a suspensão da própria determinação concreta da duração da prisão. E, por outro lado, importa ponderar que o Projecto abre toda uma nova perspectiva na maneira de conceber o instituto, ao considerar a sentença condicional como uma verdadeira pena autónoma. O terceiro ponto, finalmente, diz respeito a saber se deve ou não receber-se — também como tipo autónomo de pena — o regime de prova, decalcado no sistema que se pratica em Inglaterra e em outros países nórdicos, e que tem como traço essencial a existência de uma assistência prisional concebida em moldes novos e,

sem dúvida, muito mais perfeitos e detalhados do que aqueles em que já hoje existe entre nós — aproximando-se, em certa medida, da que entre nós recentemente se estabeleceu para os menores, sob o nome de assistência educativa.

## III

O Prof. Ferrer Correia começou por afirmar que dava a sua inteira adesão aos recursos punitivos nomeados pelo artigo 47.º e, na generalidade, aos novos moldes em que se concebiam institutos já conhecidos pela nossa lei actual. Aliás, acrescentou, a sentença condicional acaba por se não afastar muito do velho instituto do «sursis», já que tanto aquela como este têm, como ideia mestra, a coacção psicológica que a pena que fica suspensa exerce sobre o delinquente — por isso se renunciando, nestas hipóteses, à supervisão. Aliás, a verdadeira sede onde todo o problema que agora ocupa a Comissão deve ser posto reside — na sua opinião — em saber se se pretende ou não que o sistema punitivo do futuro Código obedeça antes que tudo, na maior medida possível, ao pensamento da recuperação do delinquente. Porque se a resposta for afirmativa, mal se vê como possa recusar-se validade às soluções preconizadas, quanto a tal sistema, pelo Prof. Eduardo Correia. Em particular, deve defender-se o verdadeiro carácter penal da sentença condicional e do regime de prova — já que com isso em nada se contradiz a ideia anterior: todas as medidas punitivas devem procurar castigar o homem e, ao mesmo tempo, em vez de o perder, ganhá-lo de novo para a sociedade.

Em seguida o Conselheiro José Osório, depois de afirmar que, como magistrado, é mais sensível ao momento da apreciação do facto do que pròpriamente ao destino do delinquente, disse que em nada lhe repugnava — bem ao contrário — considerar como verdadeiras penas a sentença condicional e o regime de prova. Acrescentou que, todavia, a designação de *sentença condicional* lhe

parece frágil, porque atenua, para além do admissível, a ideia de que o réu, ainda nesses casos, sofre uma reprovação e um castigo; propõe, por isso, que se fale antes de «condenação condicional». E a terminar considerou que, se é exacto que a condenação condicional e o regime de prova são pensados para diferentes âmbitos de criminalidade, não parece que eles devam ser tidos como comportamentos estanques, supondo aliás que não haverá obstáculo a converter uma pena na outra. Por último, disse ainda, não lhe parece aconselhável a possibilidade, aberta pelo Projecto, de condenação condicional sem determinação concreta da pena, mas entende reservar os argumentos para quando se discuta o artigo 63.º.

O Dr. Maia Gonçalves começou por pôr em destaque que lhe não parecia de boa técnica legislativa enumerar as penas principais e não as acessórias. Acrescentou que o considerar-se a sentença condicional e o regime de prova como penas autónomas lhe parecia ser uma fonte de inúteis complicações para os mais diversos efeitos, como por exemplo para os de registo. Por isso melhor será considerá-las como institutos especiais da execução da pena de prisão. Quanto à distinção entre condenação condicional (concorda-se com a terminologia proposta pelo Conselheiro José Osório) e regime de prova, ela parece estar formulada em termos exactos e traduzir uma real diferença entre os dois instintos, sobretudo porque no último existe uma intromissão muito maior na esfera jurídica do condenado. No que toca, finalmente, à possibilidade de na condenação condicional se não determinar a pena, subscreveu inteiramente as considerações do Conselheiro José Osório.

O Dr. Guardado Lopes, por último, deu também a sua inteira adesão ao fundo de pensamento que está por detrás do artigo em análise, fundamentalmente porque, quer na condenação condicional, quer, sobretudo, no regime de prova, as restrições à liberdade individual podem ser tantas e tão fortes que o carácter de *penas* tem, quanto a elas, pleno cabimento. Quanto ao facto de se abrir a possibilidade de o juiz condenar condicionalmente sem determinar

a pena, suscitam-se na verdade algumas dúvidas, que todavia não valem para a «probation». Mas parece que a vantagem que assim se consegue — diminuir sensivelmente os casos de assistência social — compensa as desvantagens que aquela possibilidade pode acarretar. Aliás, parece que todo o sistema punitivo do Projecto só se tornará por completo viável quando, processualmente, se consagre o sistema da «césure» ou outro semelhante — o que possibilitará que ao juiz do facto caiba apenas ditar o juízo de censura e não também, mesmo na generalidade dos casos, o quantitativo da pena. Para além disto o preceito em análise suscita, porém, uma objecção de forma: verdadeiramente só há três tipos de penas: a prisão, a prova (dentro desta se englobando a condenação condicional e o regime de prova) e a multa. Mas se se especificarem os tipos que a prova pode assumir, conviria também especificar os tipos de prisão: prisão determinada, prisão indeterminada e prisão por dias livres, fazendo-se depois notar, no artigo seguinte, que os limites aí estabelecidos valem apenas para a prisão determinada.

#### IV

Na sua resposta, o Autor do Projecto afirmou: Antes de tudo, a sua satisfação em verificar que o sistema que propugna obteve, quanto aos seus princípios, a total adesão do Prof. Ferrer Correia, que aliás pôs o problema na sua verdadeira sede: o sistema punitivo tem de castigar os delinquentes, mas de forma a que, em vez de os perder, os ganhe de novo para a sociedade. Ora já nessa base se pode afirmar que a sentença condicional e o regime de prova são verdadeiras penas. Em primeiro lugar, como frisou o Dr. Guardado Lopes, porque nelas pode ir longe — até longe demais, se não houver o cuidado de formular uma norma como a do § 1.º do artigo 64.º — a limitação à liberdade individual: é da experiência comum que não poucos delinquentes prefeririam ir um tempo para a cadeia a ter de suportar durante meses a acção de vigilância do assistente social ou a cumprir as obrigações de que o juiz faz depen-

der a suspensão da pena. Em segundo lugar porque, como consequência do que ficou dito, tais medidas podem e devem ser compreendidas não como medidas de pura terapêutica social mas de expiação ética da falta cometida.

Quanto ao problema, que terá de discutir-se a propósito do artigo 63.º, de saber se é conveniente ou não abrir a possibilidade de na sentença condicional o juiz não determinar logo a pena, parece que as maiores dificuldades desaparecerão desde que, como muito bem notou o Dr. Guardado Lopes, se crie, no campo processual, se não uma cesura completa entre um tribunal do facto e um tribunal da personalidade, pelo menos uma nítida distinção entre o juízo de culpa ou censura geral ao delinquente e o juízo de determinação concreta da reacção criminal a aplicar-lhe. Isso implicará, seguramente, a especialização de certos magistrados e de certos tribunais; mas uma vez feito isto ter-se-á torneado a maior desvantagem que ao sistema preconizado no Projecto se pode asacar. Não se esqueça, aliás, que a não determinação da pena pode ter uma função altamente estimulante da recuperação do delinquente (e tanto bastará para que ela deva reputar-se justificada), ao mesmo tempo que pode desempenhar papel de relevo na função preventiva da sentença.

Quanto às objecções dirigidas à forma do preceito: parece ser mais exacto falar-se em sentença do que em condenação condicional, uma vez que é aquela que funciona como elemento de reprovação do delinquente. Por outro lado, não parece que valha a pena estar a diferenciar todas as formas possíveis de prisão, já que elas possuem um denominador comum: a privação da liberdade física.

## V

O Senhor Ministro disse retirar, da discussão, três propostas, que submetia à votação da Comissão:

A do Dr. Maia Gonçalves, no sentido de eliminar a condena-

ção condicional e o regime de prova da enumeração das penas principais: foi *rejeitada por maioria*.

A do Dr. Guardado Lopes, no sentido de discriminar no preceito as diversas formas de prisão: foi *rejeitada por maioria*.

A do Conselheiro José Osório, no sentido de substituir «sentença» por «condenação condicional»: foi *aprovada por maioria*.

## ARTIGO 48.º

*A pena de prisão nunca é perpétua e, salvo os casos especiais previstos neste Código, a sua duração máxima é de dez anos e a mínima de um mês.*

## I

Depois de tudo quanto sobre este preceito já foi dito — ponderou o Autor do Projecto — nada mais haverá que acrescentar. Apenas se querem frisar de novo, de forma impressiva, algumas notas essenciais.

A primeira é a de que o limite máximo de dez anos é só para *casos normais*, como aliás logo o prova o artigo 88.º, n.º 2, alínea *a*), que fala na possibilidade de existirem penas cujo limite *mínimo* sejam justamente 10 anos.

A moderna penologia, em segundo lugar, já provou que para além de 10 anos a pena perde toda a sua eficácia recuperadora; abandonar, pois, o princípio do limite máximo de 10 anos é abandonar o *princípio* de que os delinquentes devem, na medida do possível, ser recuperados para a sociedade.

Em terceiro lugar convém ter presente que este limite máximo é corrigido pela possibilidade de pena indeterminada e de liberdade condicional.

Por último, como se disse na sessão anterior, o nosso sistema actual já conhece como máximo normal a pena de doze anos. Para

que vai então fixar-se o máximo especial, o máximo dos máximos? Para intimidar? Só se for intimidar com a mentira. A menos, evidentemente, que se queira agravar o sistema prisional do futuro Código em relação ao actual.

Pode porém pretender-se que, a par deste máximo normal, conviria formular na disposição um máximo especial, o máximo dos máximos. Nessa base propõe-se a seguinte formulação: «1. A pena de prisão nunca é perpétua e, em casos normais, a sua duração máxima é de dez anos e a mínima de um mês.

2. Exceptuam-se do limite máximo estabelecido os casos de pena indeterminada, e todos aqueles em que as particulares exigências de reprobção impõem uma duração mais longa da prisão, que todavia não poderá exceder vinte anos».

## II

O Prof. Ferrer Correia disse aceitar a ideia que, em relação a este preceito, lhe parece ser a decisiva: a de que a pena de prisão deve ter um fundamental efeito de readaptação social. Só que, por outro lado, ninguém querera hoje discutir as desvantagens que, deste ponto de vista, se assacam à prisão, mas ninguém poderá, ainda, renunciar a ela por completo. A isto acresce que um penologista insigne como Mittermayer confirma que, para além dos 10 anos, a pena de prisão não serve, no mínimo que seja, a finalidade de readaptação social do delinquente, que a partir daí passa apenas a apodrecer moralmente dentro dos muros da prisão. Pois bem. Aceitar isto significa aceitar que o máximo normal da prisão não deve ultrapassar aquela duração. Mas não significa esquecer que, por vezes, em face de crimes particularmente repugnantes, é legítimo que a sociedade renuncie a ganhar um homem a favor de uma mais dura expiação que aqueles impõem. A isto acresce, por último, que colocar em 10 anos o máximo normal da prisão não significa que a partir disso a sociedade renuncie por completo a imiscuir-se

na vida do antigo delinquente: bem ao contrário, tudo aconselha a que continue a ampará-lo até que ele se encontre reintegrado no corpo social. Isso se conseguirá através de um período mais ou menos longo de liberdade condicional. Posto tudo isto, parece que a consagração do máximo especial só poderá justificar-se para fazer face a um possível choque emocional que a consagração apenas do máximo normal produza: mas, se realmente se teme esse choque, que se consagre então a fórmula de substituição proposta pelo Autor do Projecto.

Seguidamente o Senhor Ministro considerou que, estando a discussão a orientar-se para a apreciação do limite máximo normal da prisão, convinha ter em conta que a explicitação deste tem uma dupla face: por um lado, mostrará que o sistema não vai, em princípio, para além de uma certa severidade; mas, por outro lado, pode acarretar uma diminuição da força intimidativa do sistema. Mesmo no plano interno da execução da pena, convirá ver as coisas com todo o realismo: nós podemos não ter pessoal especializado para executar em termos convenientes um sistema punitivo severo; mas também, com um sistema benévolo, pode acontecer que haja dificuldades em obter as propostas criteriosas e fundadas necessárias à aplicação de medidas que completem a pena. Por último, o aniquilamento moral que sofre o recluso para além de um certo período, e a que o Prof. Ferrer Correia se referiu, é sem dúvida uma realidade; mas também não faltam casos em que o recluso se mostra, dentro dos muros da prisão, um elemento útil e prestável para se tornar num elemento socialmente perigoso logo que dela sai. Tudo isto, pois, convirá ser maduramente ponderado.

O Conselheiro José Osório disse verificar, através das intervenções do Prof. Eduardo Correia, que o panorama alarmante que o artigo 48.º podia fazer supor vinha, afinal, a revelar-se infundado. No fundo, mesmo, pode afirmar-se que o problema perante o qual a Comissão está posta não é mais do que uma questão de formulação de ideias à volta das quais todos deverão estar de

acordo. Todavia, é-se partidário de que se retire a aparência de benevolência que o artigo 48.º, tal como está, pode oferecer, e que se mostre todo o arsenal de medidas que o sistema punitivo comporta. Para dar satisfação a este desejo considera-se perfeitamente adequada a fórmula de substituição proposta pelo Autor do Projecto. A única dúvida que poderia suscitar, consagrando um máximo normal e um máximo especial, seria a de saber a qual se refere a lei quando porventura venha a falar em «máximo legal» da pena: mas disso poderá cuidar-se facilmente. Com esta ressalva, a fórmula de substituição proposta pelo Autor do Projecto pode aceitar-se.

O Dr. Maia Gonçalves disse que, em consciência, só poderia votar o artigo 48.º depois de conhecer a parte especial do Código. Mas, em virtude das explicações dadas pelo Prof. Eduardo Correia, verifica que os casos excepcionais, em que a pena irá além de 10 anos, cobrem a maior parte das hipóteses que considera deverem ser mais fortemente punidas. Por isso concorda com a fórmula de substituição proposta, embora entenda que se não devem explicitar as razões que conduzem a incriminação a ultrapassar o máximo normal de pena.

Por último, o Dr. Guardado Lopes começou por verificar que ninguém se havia preocupado com o mínimo de pena de prisão, apesar de nele se conter uma inovação: inovação que, todavia, merece o mais inteiro aplauso. Deve, contudo, reparar-se em que também aí se fixa apenas um mínimo normal, diferente daquele que se admite no parágrafo do artigo 50.º — razão por que, em seu entender, este parágrafo devia conter-se no artigo 48.º. Quanto ao limite máximo, depois de se referir às soluções a este propósito consagradas pelos Códigos e Projectos mais modernos, acrescentou que as suas simpatias iriam para a fixação apenas de um limite máximo, que deveria ser o máximo excepcional, isto é, vinte anos. Mas isto não significa que se oponha à proposta de substituição apresentada pelo Autor do Projecto. Pensa, contudo, que a expli-

citação que nesta proposta se contém («particulares exigências de reprovação») é demasiado estrita, devendo ser substituída por uma fórmula mais ampla — quando se não queira trilhar o caminho, que agora é também seguido pelo recente Código russo, de desde logo explicitar quais os casos especiais que se têm em vista.

## III

A terminar, o Autor do Projecto disse que, apesar de verificar que a sua fórmula de substituição havia encontrado pleno assentimento na Comissão, gostaria de tecer algumas considerações sobre certos pontos suscitados pela discussão.

Concorda-se, com o Conselheiro Osório, em que o sistema punitivo deve mostrar o «arsenal» de que dispõe na luta contra a criminalidade. Mas não mostremos um arsenal apenas aparente, ameaçando com coisas gravíssimas, que depois vem a verificar-se serem só para casos muito contados. Nem se tenha medo da benevolência, pois não é ela que irá motivar o aumento da criminalidade: como disse Montesquieu, «quando se examina a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela resulta da *impunidade* dos crimes e não da *duração* das penas».

O Senhor Ministro trouxe à discussão o facto de, com um sistema benévolo, os serviços prisionais terem dificuldade em propor, em termos convenientes, medidas complementares da pena; mas justamente por isso é que se retirou aos serviços a possibilidade de as propor ou deixar de propor; elas são, no Projecto, obrigatórias, ao menos para os casos mais graves. Acrescentou também o Senhor Ministro que muitos indivíduos que, nas prisões, se revelam possuidores de uma personalidade mais ou menos conformada, cá fora são verdadeiros farrapos. E é essa, infelizmente, uma verificação verdadeira. Mas é ela também que conduz a não podermos recusar ao direito futuro aquilo que o Projecto contém, porventura, de mais importante: a necessidade de se criar um poderosa



e eficiente assistência pós-prisonal e social que, só ela, pode evitar que o ex-recluso, por falta de amparo, volte a prevaricar. Aquela verificação é a prova mais segura de que a prisão será uma instituição de todo indesejável se não for completada por formas de punição não detentivas.

#### IV

Em seguida, o Senhor Ministro pediu ao Autor do Projecto um esclarecimento: falando o preceito em um máximo *normal* e em um outro especial, o sentimento do leigo diria que o crime capaz de desencadear o máximo normal seria, *v. g.*, o homicídio voluntário, guardando-se o máximo especial para casos como, por exemplo, o parricídio, o homicídio premeditado ou com fins lucrativos, etc.. Verifica-se, porém, que o próprio Prof. Eduardo Correia parece aceitar que a pena do homicídio voluntário vá para além dos 10 anos. Qual, pois, o sentido a dar à *normalidade* do máximo?

O Autor do Projecto esclareceu que normalidade diz mais directamente respeito à pena do que ao crime. O caso considerar-se-á normal sempre que a pena de prisão possa cumprir a sua normal função recuperadora, dando também satisfação aos sentimentos de justiça e retribuição do facto. Quando, porém, haja distonia entre estas duas funções, e a primeira tenha de ser sacrificada à segunda, dir-se-á então — aliás com propriedade — que se está em face de um caso excepcional.

#### V

Finda esta intervenção, e depois de realçar de novo a importância da disposição em análise, quer quanto à realidade e ao fundamento que ela traduz, quer quanto à simples aparência que ela pode criar, o Senhor Ministro pôs à votação o texto do Projecto e duas propostas de substituição: uma, a do Autor do Projecto, segundo a qual o preceito ficaria a conter não só um máximo normal como

um máximo especial; outra, correspondente a uma sugestão do Dr. Guardado Lopes, no sentido de o preceito conter apenas o máximo especial. A proposta de substituição do Autor do Projecto foi *aprovada por maioria*.

Quanto à sua redacção, foi *aprovada* depois, *por unanimidade*, a fórmula seguinte: «1. A pena de prisão nunca é perpétua e, em casos normais, a sua duração máxima é de dez anos e a mínima de um mês.

2. *Exceptuam-se, do limite máximo estabelecido, os casos de pena indeterminada, e todos aqueles em que se imponha uma duração mais longa da prisão, que todavia em caso algum excederá vinte anos*».

A sessão foi encerrada às 13 horas e 20 minutos.

## ACTA DA 18.<sup>a</sup> SESSÃO

Às 10 horas do dia 25 de Fevereiro, Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça abriu a 18.<sup>a</sup> sessão da Comissão Revisora, à qual não esteve presente o Prof. Ferrer Correia, começando por pôr em discussão o

### ARTIGO 49.º

*A execução das penas de prisão, bem como os direitos e deveres dos reclusos, serão regulados em legislação especial.*

#### I

Contra a fórmula exarada pronunciou-se o Dr. Maia Gonçalves, reputando-a demasiado ampla e, por conseguinte, perigosa, sobretudo na medida em que expressamente referia os direitos dos reclusos.

O Dr. Guardado Lopes disse, por sua parte, que o preceito lhe havia suscitado duas dúvidas: Só a execução da pena de prisão é que deve ser regulada em lei especial? E por exemplo o regime de prova, não? Se se responder pela afirmativa, como parece, deve então falar-se em execução das penas, sem qualquer explicitação ulterior.

Por outro lado, a FIPP, num ciclo de estudos de Estrasburgo, reconheceu que a lei devia limitar-se, nesta matéria, tão só a regulamentar os «princípios fundamentais» por que se rege a execução das penas — parecendo que nesse sentido se deveria limitar a fórmula do artigo em exame.

#### II

O Autor do Projecto retorquiu a estas objecções: que se o artigo 49.º falava só em penas de prisão, isso ficava a dever-se ao facto de ele fazer parte das disposições que à prisão se referem: ele tem em vista só, portanto, o chamado direito penitenciário.

Por outro lado, sabe-se que Congressos e mesmo Convénios internacionais (as chamadas «regras mínimas de execução da prisão») se têm pronunciado no sentido de a regulamentação minuciosa da execução não constar de lei — em virtude de ela estar em constante evolução — mas de regulamentos; isso porém em nada é impedido pelo artigo 49.º, que pretende apenas excluir do Código Penal esta matéria relativa à execução da prisão. Pessoalmente, entende-se que será bom nunca se renunciar às ideias da unidade de tratamento e de controlo; mas esta ideia não é, de forma alguma, imposta pelo preceito em exame.

Quanto, finalmente, à referência que se faz aos direitos dos reclusos, ela reputa-se correctíssima, não só em virtude do seu carácter programático, como porque é evidente que os reclusos sempre alguns direitos hão-de ter; e como se não diz quais eles sejam, a referência não poderá ser considerada prejudicial.

#### III

Postas à votação duas propostas (uma, tendente a que se dissesse «a execução das penas, bem...» e outra a que se referissem

apenas «os princípios fundamentais que regulam a execução...»), foram ambas *rejeitadas por maioria*. (Na altura da votação não estava ainda presente o Prof. Gomes da Silva).

#### ARTIGO 50.º

*Para determinar a duração da pena de prisão, os anos e os meses contam-se pelo calendário. Se a lei prevê a aplicação da pena de prisão por dias e semanas a sua duração será computada respectivamente em 24 horas e sete dias. Quando se mande aplicar a prisão durante dias livres a sua duração será num mínimo de 36 horas e num máximo de 48 e equivalerá a dois dias de prisão.*

§ único — *A prisão durante dias livres pode aplicar-se por uma a quinze semanas.*

#### I

O Autor do Projecto considerou que a forma de contar que no preceito se contém difere da do Código de Processo Civil porque se reputou esta mais simples e se não vêm inconvenientes na sua aceitação. Aliás, frisou, ela não tem o mérito da originalidade, visto que é decalcada na que consta do Projecto alemão.

A segunda parte do preceito refere-se à prisão por dias livres, que é uma forma moderna — e que tem dado os mais prometedores resultados — de reagir contra os perigos que se contém nas normais penas curtas de prisão. Com efeito, não só a contaminação do preso não terá lugar — em virtude do pequeno tempo que ele passa na prisão e do facto de este tipo de prisão dever ser cumprido segundo um regime celular estrito, do tipo do velho sistema de Filadélfia —, como ele não terá de perder o lugar profissional que possua na sociedade livre nem de pôr em perigo a sua situação familiar. Além de que esta pena tem, pelo menos para certo tipo de delinquentes — *v. g.*, para os ricos ou os socialmente bem instalados — uma eficácia intimidativa infinitamente superior à da multa.

Resta acrescentar que é possível — como já alguns membros da Comissão defenderam — que o § único possa ser deslocado para o artigo 48.º. Mas não se tem a certeza absoluta que essa deslocação seja conveniente.

#### II

A propósito das *regras de contagem*, a Comissão expendeu as seguintes opiniões:

O Conselheiro Osório disse que, em princípio, dava a sua adesão a esta forma de contagem, que, aliás, lhe parece não diferir substancialmente da que agora se encontra no Projecto do Código Civil. Ela não lhe parece, porém, suficiente. Assim, por exemplo, se uma pena de um mês começou a ser cumprida no dia 31 de um mês, é necessário saber se ela termina no dia 30 do mês seguinte ou no dia 1 do outro mês. Quanto à contagem da semana e dos dias, já não vê qualquer vantagem na explicitação do que se entende por cada uma destas fracções, podendo a regra de que o dia é de 24 horas chegar mesmo a ser inconveniente.

Contra a forma de contar do Projecto se pronunciou o Prof. Gomes da Silva. Dizer que os anos se contam pelo calendário é equívoco, porque este só nos dá anos inteiros e não fracções de ano — o que assumirá aspectos importantíssimos se uma pena for computada por exemplo em dois anos e meio. Muito inconveniente é também computar-se o dia em 24 horas, até porque, legalmente, existe no ano um dia com 23 horas e outro com 25 horas; além de que isso levaria às maiores dificuldades práticas, por exemplo a obrigar os serviços prisionais a irem soltar um preso às 4 ou às 5 da manhã. A ideia que se reputa exacta é, por conseguinte, a inversa do Projecto: contar os anos e os meses em dias; e contar os dias pelo calendário.

As dificuldades práticas de se computar o dia em 24 horas foi depois sublinhada também pelo Dr. Guardado Lopes, que disse não dever por exemplo impor-se que um preso fosse solto a uma

hora alta da madrugada. Sustentou ainda que esta matéria dos prazos pode e deve ser unificada com a lei civil substantiva.

Por último, o Senhor Ministro chamou a atenção para o problema que disse reputar mais importante: o de saber se as regras de contagem da duração da prisão devem ou não autonomizar-se em face das regras de contagem dos prazos do direito civil. Porque se não — então a fórmula deverá ser encontrada de acordo com o futuro Código Civil; se sim, então será necessário que a Comissão expressamente resolva o problema.

### III

O Autor do Projecto começou por acentuar, a este respeito, a particular importância que as regras de contagem assumem no Código Penal e que pode justificar um tratamento diferente daquele que elas têm no direito civil — particular importância que deriva da atenção que se tem de dispensar à salvaguarda das liberdades individuais.

Quanto ao prazo de anos, se o condenado a dois anos de prisão começa a cumprir pena no dia 1 de Janeiro de 1963, o calendário diz-nos que deve sair no dia 1 de Janeiro de 1965. Não se vê que dificuldades especiais se possam aqui levantar.

Quanto ao prazo de dias parece evidente que ele não pode contar-se pelo calendário. Pois se o preso entra na cadeia no dia 1 de Janeiro às 23 h. e 55 m. parece claro que, pelo calendário, às 24 h. já terá passado um dia. Isto daria lugar a profundas desigualdades e, conseqüentemente, a atropelos das liberdades individuais.

Quanto ao prazo de meses, a dificuldade levantada pelo Conselheiro Osório parece poder resolver-se facilmente, prescrevendo que o preso que entrou no dia 31 saia no dia 1 do mês respectivo, se o anterior for de 30 dias.

Quanto ao prazo de semanas, talvez não seja necessária a explicitação — mas parece que também nada se perde em a fazer.

### IV

A propósito da *prisão por dias livres*, a Comissão expendeu as seguintes opiniões:

O Conselheiro Osório disse reputar a ideia da prisão por dias livres uma ideia nova e benéfica. Talvez que a pena perca, com isto, um pouco da sua severidade, mas o certo é que, quando aplicada com critério — e embora possa parecer um paradoxo — ganha em eficácia intimidativa, por exemplo em face da multa. Pode, por outro lado, a sua execução prestar-se a fraudes e levantar dificuldades especiais, uma vez que nada se legisla sobre as conseqüências de o condenado não cumprir a obrigação de se apresentar. Estipular uma duração máxima de 48 horas parece inconveniente, pois pode, por exemplo, a segunda-feira ser feriado, caso em que se não vê a razão por que a prisão não deva continuar. Quanto ao mínimo, ele é necessário e está certo. Por último, no que toca ao parágrafo, talvez fosse preferível dizer-se que se não pode cumprir pena por mais de 30 dias (ou seja: 15 semanas), já que a referência à semana pode induzir em erro e levar à conclusão de que a prisão se pode manter por 105 dias. Quanto a pormenores de redacção, não parece feliz a expressão «quando se mande aplicar», porque dá ideia de que é a lei quem manda aplicar este tipo de prisão, quando seguramente não será esse o pensamento do legislador: a lei pode *permitir* a aplicação desta pena, mas não deve *mandar* aplicá-la.

O Prof. Gomes da Silva disse concordar, em princípio, com a prisão por dias livres, sem prejuízo de querer pôr um problema de fundo e fazer um reparo formal. O problema diz respeito ao facto de tal tipo de prisão poder brigar com o cumprimento de deveres de carácter religioso, já que ela será cumprida, em princípio, nos

domingos e dias festivos. Ora, para além do chocante que seria obrigar-se o condenado a apresentar-se na prisão na véspera de Natal ou no sábado de Páscoa — casos que, sendo os mais chocantes, facilmente poderão ser tomados em conta na lei que regular a execução desta pena —, há a objecção de princípio respeitante aos deveres de carácter religioso. Podia mesmo ver-se nisto algo de análogo ao que, por exemplo, sucedia na Alemanha hitleriana, onde certas festividades juvenis e patrióticas eram marcadas para dias e horas que impediam o cumprimento do preceito dominical. A lei deve, por isso, guardar-se de soluções que possam acarretar um tal tipo de conflito. Parece, por tudo isto, ser o problema posto devidamente de ponderar, expressamente se desejando que ele fique devidamente consignado nas Actas da Comissão. — Quanto ao reparo formal, ele respeita — como, aliás, já foi posto em relevo pelo Conselheiro Osório — ao facto de o § único se tornar ambíguo, em virtude de no corpo do artigo se computar a semana em dias; por isso se propõe que em vez de «por uma a quinze semanas» se diga «por um a quinze períodos», já que se crê que será esse o pensamento do Autor do Projecto.

O Dr. Sidónio Rito começou por afirmar que a 2.ª parte do corpo do artigo, bem como o § único, deviam, em sua opinião, ser colocados no artigo 48.º, para desaparecer a contradição entre os dois preceitos. Por outro lado, acrescentou que uma pena de um fim de semana — isto é, uma pena de prisão de 36 horas — lhe parecia destituída de todo o significado, afirmando por último que a ideia da prisão por dias livres era, com estas ressalvas, incondicionalmente de apoiar, quaisquer que sejam as dificuldades a que possa dar lugar a sua execução. No mesmo sentido expendeu o Dr. Maia Gonçalves a sua opinião.

Por último, o Dr. Guardado Lopes disse considerar a prisão por dias livres um instituto tão importante que bem merecia honras de ficar consagrada em preceito autónomo. Quanto à sua duração, entendeu o parágrafo em termos de permitir a prisão entre 7 e 105

dias, o que nada lhe repugna — até porque uma prisão de 36 horas não se compreenderá muito bem. Por outro lado, e diferentemente do Conselheiro Osório, entende que este tipo de prisão não é apenas um particular modo de execução de uma pena de prisão normal, mas uma pena autónoma, que será prevista em vários tipos legais de crime da parte especial — até porque, de outro modo, o juiz teria sempre de condenar em alternativa. Por último, pôs a questão de sober como é que se resolve o problema da duração, quando o juiz condene num número ímpar de dias, uma vez que um período corresponde sempre a dois dias de prisão.

## V

O Autor do Projecto, na sua resposta, ponderou: O problema de fundo levantado pelo Prof. Gomes da Silva poderá resolver-se na precisa medida em que seja possível cumprir os deveres religiosos, por todos os delinquentes que o desejem, dentro das próprias prisões. Se isso não é praticamente possível, deverão fazer-se todos os esforços para que o seja. Para além disto não parece que a falta de cumprimento de tais deveres possa ser imputada a quem quer que seja.

Quanto à duração da pena: o mínimo fixou-se em 36 horas porque, não havendo entre nós, para todos, semana inglesa, o mais que poderá é obrigar-se o condenado a apresentar-se às 7 horas da tarde de sábado, para sair às 7 da manhã de segunda-feira; quem goze de semana inglesa poderá entrar às 7 horas da manhã de sábado — e daí o máximo de 48 horas. Mais do que este período, não parece que seja conveniente, pois então já teria de cuidar-se de um sem número de problemas que de outra forma se não levantam, como seja o da ocupação do condenado, trabalho, etc.. Ora, como se disse, esta pena deve ser de cumprimento duro e, sempre que possível, com regime celular de isolamento completo. Fraudes na

execução, pode sem dúvida havê-las, mas isso só significa que devem ser combatidas por todas as formas.

Quanto à equivalência entre a prisão por dias livres e a prisão contínua, ela é sem dúvida necessária, *v. g.*, para efeitos da alínea *b*) do artigo 88.º que prevê, como forma de atenuação especial, a conversão da prisão contínua em prisão por dias livres.

Finalmente, no que toca ao parágrafo, quando se falou de uma a quinze semanas tinha-se de facto em vista significar 1 a 15 fins de semana, devendo por isso aceitar-se a sugestão do Prof. Gomes da Silva para que se fale antes em períodos. Mais do que 15 períodos reputa-se exagero: tenha-se em vista que isso poderia até comprometer gravemente a estabilidade familiar, que é um dos valores que com este tipo de pena se quer particularmente preservar.

A Comissão pôs ainda, por outro lado, o problema da autonomia deste tipo de pena. Ela consiste na privação da liberdade e, por conseguinte, é uma forma da prisão, que em nada se autonomiza pelo facto de ser cumprida por dias livres. Mas ela pode ser prescrita de forma autónoma, bem se compreendendo que haja infracções — *v. g.*, no domínio do Código da Estrada — que devem ser punidas com prisão por um ou dois períodos. Igualmente pode ser prescrita em alternativa, podendo, por conseguinte, ser mandada aplicar pela lei ou ser aplicada pelo próprio juiz. Não parece, porém, que se deva agora estar a pensar nas sanções aplicáveis àquele que não cumpra o dever de se apresentar, já que isso constituirá problema da parte especial, através da formulação dos tipos legais dos crimes de desobediência, evasão, ou análogos.

## VI

Findas as intervenções, passou-se à votação, começando pelos problemas relativos às regras de contagem previstas no artigo 49.º.

Em vista da discussão, o Senhor Ministro disse que iria pôr à

votação, sucessivamente, a regra de contagem do prazo de anos, de meses, de dias e de semanas.

Quanto ao prazo de anos, disse, retirou da discussão três propostas: a do Projecto, a da fixação de um número exacto de dias e a de se determinar que «o prazo de anos findará em dia igual àquele em que começou a ser contado». Esta última fórmula foi *aprovada por maioria*.

Quanto ao prazo de meses, pode consagrar-se uma fórmula paralela à que se aprovou para o prazo de anos ou estipular-se que ele será contado data-a-data, como no Projecto do Código Civil. Esta última proposta foi *aprovada por maioria*.

Quanto ao prazo de dias, ele pode ser rigorosamente computado em horas, como no Projecto em revisão, ou ser contado pelo calendário, como quer o Prof. Gomes da Silva. Esta última proposta foi *aprovada por maioria*.

Em vista desta aprovação, o Senhor Ministro ponderou que era necessário um acrescentamento que explicitasse se se contava ou não o dia em que o prazo começa e aquele em que acaba. O Prof. Gomes da Silva propôs que, à semelhança do que acontece com o Código de Processo Civil, se dissesse que se «conta por inteiro o dia em que começa». Ao que o Prof. Eduardo Correia retorquiu que, assim, um delinquente preso às 23 h. e 55 m de um dia, cinco minutos depois já teria cumprido um dia de prisão. Em vista disso, o Conselheiro Osório subscreveu a proposta inversa, que diria «não se conta o dia em que começa mas conta-se aquele em que acaba». O Prof. Eduardo Correia obtemperou que, assim, um delinquente preso à 1 h, quando chegasse às 24 h desse dia ainda não teria cumprido nenhum tempo de prisão.

Como o Senhor Ministro pusesse estas duas propostas à votação, o Prof. Eduardo Correia pediu que ficasse expressamente consignado nas Actas que se abstinha, em vista de considerar qualquer das propostas pura e simplesmente invotáveis. A proposta do Conselheiro Osório foi *aprovada por maioria*.