

**Centro de Estudos
Judiciários**

**JORNADAS
DE
DIREITO CRIMINAL**

**O Novo Código Penal
Português
e
Legislação Complementar**

0-70-8-35

FASE I



Com a publicação do presente volume, o Centro de Estudos Judiciários divulga o texto das conferências proferidas na *Fase I* das *Jornadas de Direito Criminal* e presta, do mesmo passo, homenagem aos autores dos primeiros trabalhos de interpretação e elaboração dogmática, realizados sobre o novo Código Penal e legislação complementar.

LISBOA, ABRIL DE 1983

Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça,
Senhor Provedor de Justiça,
Senhor Secretário de Estado da Justiça,
Senhor Procurador-Geral da República,
Senhor Professor Doutor Eduardo Correia,
Senhor Director do Centro de Estudos Judiciários,
Senhoras e Senhores *

Em primeiro lugar desejo manifestar o meu agradecimento ao Senhor Professor Doutor Eduardo Correia por ter acedido a proferir a primeira palestra nestas Jornadas de Direito Criminal. A sua contribuição decisiva para a elaboração do novo Código Penal impunha que lhe pertencesse o «lugar de honra» e daí a minha satisfação por estas Jornadas poderem vir a ser (necessariamente assim acontecerá) mais do que a consagração de um Jurista eminente, a exaltação de uma Escola que o Professor Eduardo Correia soube criar e desenvolver.

* Discurso proferido, em 5 de Novembro de 1982, pelo Ministro da Justiça, Dr. José Menéres Pimentel, na sessão de abertura das Jornadas de Direito Criminal, realizada na Aula Magna da Reitoria da Universidade Clássica de Lisboa.

A direcção do Centro de Estudos Judiciários recebeu com entusiasmo a minha sugestão de o novo Código Penal ser estudado e divulgado em sessões públicas a realizar a partir da data da sua publicação. A organização das Jornadas de Direito Criminal corresponde cabalmente ao desenvolvimento eficaz de tal sugestão e traduz o bom empenhamento do Centro de Estudos Judiciários. A anuência dos conferencistas, cuja categoria científica é indesmentível, e a adesão de tão numerosa assistência que se compõe na sua maior parte de próximos aplicadores do Código Penal, é a manifestação mais inequívoca da utilidade e da bondade desta realização. Por tudo isto, seja-me permitido manifestar o meu apreço por quantos se empenharam e se empenham nas Jornadas que ora se iniciam e o meu agradecimento aos docentes universitários e aos juristas que decidiram proferir as conferências a que iremos estar atentos.

Não se estranhará que a publicação do novo Código Penal, pela relevância das mudanças que a sua aplicação acarreta, tenha sido acompanhada de críticas e tenha encontrado alguns detractores. O estudo atento e sério que o espaço e o tempo destas Jornadas possibilitam conduzirá certamente ao desmantelamento de muitas dessas

críticas e ao esclarecimento dos detractores que revelem disponibilidade e abertura para o diálogo.

Gostaria nesta altura de me pronunciar sobre uma dessas críticas dada a sua frequência e a sua relevância prática.

Com efeito, ouve-se repetidamente dizer que o novo Código consagra um sistema punitivo que por traduzir-se num sensível abrandamento das penas de prisão representará, pelo menos, uma imprudência grave e injustificada.

A afirmação assim produzida entronca, afinal, na geral problemática dos objectivos essenciais da lei penal e da justiça criminal. O que está em causa é ainda a falsa convicção de que a existência das sanções penais, e mais do que isso, a severidade delas, constitui um instrumento fundamental da prevenção criminal, na medida em que seria elemento fortemente dissuasor de futura delinquência.

A primeira metade do nosso século coincidiu com uma nítida manifestação do acrescido interesse pelo estudo da prevenção especial enquanto objectivo fundamental do direito e da justiça penais.

Porém, após este desenvolvimento na pesquisa científica e na política criminal no sentido da busca de

medidas penais e terapêuticas acentuadamente individualizadas destinadas a evitar a reincidência dos delinquentes, assiste-se, hoje em dia, no prosseguimento duma tendência que teve o seu nascimento há cerca de vinte anos, a uma renovada preocupação pelo objectivo da prevenção geral. Na base desta mudança significativa estará a conclusão de que as medidas preventivas especiais gizadas e aplicadas nos últimos tempos não teriam logrado obter a eficácia esperada e desejada. O exame de vários trabalhos científicos e de acções de política criminal empenhados e muito onerosos teriam redundado numa descrença palpável na possibilidade de combater a criminalidade através dum tratamento específico e completo dos indivíduos que já delinquiram.

Do mesmo passo e compreensivelmente as atenções voltaram-se para uma perspectiva de prevenção geral, pesando a viabilidade de transformar o sistema penal em instrumento de influência benéfica e conseguida de motivar aqueles que nunca cometeram qualquer infracção.

Note-se, entretanto, que o acrescer da atenção sobre a problemática da prevenção geral veio a traduzir-se na conclusão cientificamente adquirida de que, ao versar esta matéria nas suas diversas atinências, se toca um

campo vasto e multiforme composto de realidades diversas e sobre o qual existem postulados que não resistiram a uma crítica aprofundada.

Neste sentido aponta um importante estudo efectuado no âmbito do Conselho da Europa cujas conclusões finais se contêm num relatório produzido em 1980 pelo «Comité européen pour les problèmes criminels».

Foi verificado que o resultado do efeito da prevenção geral não radica apenas na existência do conjunto das disposições do direito penal e da ameaça decorrente do estabelecimento abstracto de sanções respectivas. O mais importante nesta matéria é a aplicação concreta da lei através do funcionamento efectivo do sistema judiciário, especificadamente da justiça criminal.

Nesta perspectiva, a aplicação das leis penais actualiza o efeito preventivo que se encontra latente, em potência, em qualquer preceito que preveja e sancione um ilícito criminal.

Além disso, as pesquisas realizadas puseram em dúvida um dos postulados básicos do entendimento clássico da tese da prevenção geral, precisamente o postulado consistente na afirmação de que a *severidade das penas* e o *risco de ser descoberto* teriam um efeito prático de intimidação mais ou menos equivalente.

De facto, alguns têm admitido que o efeito da diminuição do risco de se ser descoberto poderia ser compensado por um aumento da severidade das penas cominadas, mas a conclusão deverá ser a de que é desejável manter um mesmo grau de intimidação num sistema em que a introdução de penas mais benévolas seja associado a um aumento de risco de se ser descoberto.

As mesmas pesquisas conduzem à conclusão de que a certeza subjectiva de se ser punido, que existe acima de tudo em função do risco consciente de se ser descoberto, desempenha um papel mais importante no esquema da intimidação do que a severidade das sanções abstractamente estabelecidas.

Os estudos sobre a atitude dos delinquentes e sobre a atitude da população em geral face à aplicação da lei tendem a provar que o temor de se ser descoberto é mais importante do que qualquer outro elemento do processo de aplicação da lei penal.

Além disso, esses mesmos estudos concluem ainda no sentido de que, observado o efeito das sanções penais sobre a taxa de criminalidade em geral e sobre a frequência de certas infracções, não existe correlação entre a severidade das penas e a intimidação. Pelo contrário, tem-se confirmado a justeza da tese segundo a qual

o efeito da intimidação aumenta com o risco de se ser descoberto. Dito de outra forma, parece que na maior parte dos domínios a melhor maneira, talvez a única, de reforçar o efeito da intimidação consiste em aumentar o risco conhecido de se ser descoberto afigurando-se, pelo contrário, inútil agravar simplesmente as penas.

Mas existe e este ponto não é despiciendo, muito pelo contrário, uma correlação estreita entre a gravidade da pena e a condenação moral do comportamento delituoso, na medida em que a lei e a pena sejam consideradas justas e legítimas. Se se considera ilegítima uma lei, porque se contesta autoridade ou a competência do Estado ou dos agentes encarregados de aplicar a lei e de administrar a justiça penal, tanto em geral, como em particular, a mais grave das sanções não chegará a tornar moralmente condenável o comportamento em questão; pelo contrário, a condenação moral pode voltar-se contra os responsáveis deste género de leis e de sanções. Acontece o mesmo em relação às leis e às penas que são consideradas extremamente injustas, quer porque existe contradição evidente entre a importância ou a gravidade do acto, tal como é geralmente considerado, e a severidade (ou a benevolência) da pena, quer porque se verifica que o acto é cometido por um grande número

AS GRANDES LINHAS DA REFORMA PENAL

PELO PROF. DOUTOR EDUARDO CORREIA

de pessoas, das quais só uma pequena parte, e mesmo assim apenas esporadicamente, é descoberta e punida.

Ora uma análise desapassionada verificará que a medida das penas cominadas no Código publicado em Setembro último se adequa ao sentir profundo da comunidade portuguesa e à prática da nossa jurisprudência. Aliás, a acção do Ministério da Justiça, através das medidas já efectivadas, e, mais ainda, mediante a execução prática das reformas em curso, das quais destacarei a relacionada com a publicação de um código de processo penal e a consistente na reformulação da actual organização judiciária, tende a obter uma maior eficácia na referida descoberta e na perseguição processual das condutas criminosas.

Acentuarei, por fim, que as afirmações precedentes não significam que no ponto dos objectivos essenciais da justiça criminal se seja exclusivista e unilateral. Pelo contrário, acredita-se na necessidade de reprobção ética do delinquent e aposta-se na sua reinserção social.

Nestes termos, declaro abertas as Jornadas de Direito Criminal e solicito a palavra ao Senhor Professor Doutor Eduardo Correia.

I

1. O Direito Criminal aparece, de muitos lados, posto sob *sursis*, está colocado sob «condenação condicional».

É, assim, que, por exemplo, se fala com cepticismo na possibilidade de ressocialização ou de reinserção social dos delinquentes: — Como se fosse possível, no que tange a penas variáveis de privação de liberdade, excluir tal finalidade, transformando a execução da pena em mero depósito preventivo: como se a abolição, constitucionalmente consagrada, da pena de morte e das penas perpétuas (n.º 2 do art. 24.º e art. 30.º da Lei Fundamental), não radicasse na esperança, na capacidade de réabilitação de todos, *todos* os homens; como se o direito comparado (p. ex., o italiano e o espanhol) a não consagrasse constitucionalmente, como fim de toda a punição, como se um tal cepticismo não comportasse o perigo de regresso à defesa da pena de morte e das penas perpétuas.

Reclama-se, por outro lado, a prioridade da prevenção geral: — Como se isso não envolvesse a possibilidade de transformar o direito penal em direito de terror; como se fosse possível fixar com precisão o seu *quantum* intimidativo; e o seu próprio conceito não visse a variar de ameaça psicológica — custos, benefícios —, assim se materializando e violando a dignidade humana, princípio constitucional, positivado (art. 1.º).

Todos, aliás, sabem — já KANT e HEGEL o sublinhavam — que a prevenção geral é como o pau ou o cajado com que se ameaçam os homens. Por sua vez, a abolição da culpa na fundamentação do direito penal tiraria aos aparelhos do Estado toda a legitimidade para punir. A culpa, partindo da dignidade humana, terá, antes, que ser sempre fundamento, ou, ao menos, limite da pena.

A finalidade ou utilidade que alguns apregoam, bem poderia criar aquele perigo de que se falava no verso de SCHILLER: «Desconfiai, nobre senhor, não julgueis justa qualquer medida, só porque ela é útil ao Estado».

De todo o modo, continua a lutar-se, no direito penal, «entre um realismo» que faz ressurgir a teoria medieval dos universais, e um nominalismo, voluntarismo ou pragmatismo, que conduz à possibilidade de violação dos direitos fundamentais.

Como sublinhava EXNER, que o nosso saudoso mestre BELEZA DOS SANTOS parafraseava: «os homens continuam sem desânimo a discutir o fim das penas sem nunca deixarem, todavia, de as infligir».

Ciclicamente, desde os pré-socráticos aos sofistas, dos tempos medievais ao humanismo, no quadro das grandes escolas idealistas, subjectivas ou objectivas, passando pelo utilitarismo de um BENTHAM, STUART MILL e SPENCER, da ontologia de HUSSERL à ética de SCHELER, do existencialismo de SARTRE ao de HEIDEGGER, do estruturalismo aos funcionalismos modernos, das críticas de um FOUCAULT aos modernos defensores da retribuição, que, segundo Kelsen, está sociologicamente na origem da própria causalidade — desde sempre, e não queremos alongar-nos, se vai esquecendo o equilíbrio apregoado por um V. LISZT, hoje redivivo, ao escrever: «há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever, ou como quer que lhe chamem». Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos clássicos, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias, procura, tacteando, uma unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo, contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz lhe possa abrir caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma concepção unitária do mundo, se superem todas as aparentes antinomias.

2. Mais preocupante do que tudo isto, é, porém, a pretensão de substituir, como já alvitrava RADBRUCH, o direito penal por coisa melhor e diferente.

Ensaçando esse caminho, fala-se de «não intervenção» ou de «diversão», que em larga perspectiva se faz coincidir com uma dejurisdicionalização, aconselhando uma não intervenção dos órgãos judiciais; entregando à sociedade, a ela própria, aos seus grupos e comunidades, a função de resolver todos os seus conflitos, mesmo que possam ter ressonância penal, mediante conciliações e mediações, não controladas pelos tribunais.

Ora, esta negação da regra, que FEUERBACH, lapidarmente, formulava no brocardo *nulla poena sine iudicio*, viola, afinal, toda a legalidade e todo o Estado de direito. Com a pretensão de se furta ao controlo judicial, e de remeter para a sociedade, contra o art. 206.º da Constituição, a solução dos seus conflitos (penais), não se consegue, afinal, evitar o estigma e o labéu que, sociologicamente, acompanha sempre o crime e marginaliza os seus agentes, e permite composições e mediações usurárias ou violentas. E, desta sorte, se vem a consentir — como a história nos ensina — que seja a força a impor-se, negando o princípio que, nos seus versos, CÍCERO aconselhava *cedant arma togae ...*

Como se a toga, a veste da justiça, não fosse, afinal, o pressuposto da segurança, da legalidade, do respeito das garantias e direitos fundamentais dos homens. Sem tribunais ou fora deles, a decisão dos conflitos sociais, nomeadamente penais, perde toda a força da soberania que lhe empresta a própria Constituição.

E nem o estigma se evita, como se disse. Ele e o labéu sempre se seguirão, sociologicamente, aos comportamentos criminalmente desviantes, sendo certo, por outro lado, que o novo Código Penal (art. 65.º) consagra o princípio, já tornado constitucional (art. 30.º, n.º 4), de que «nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos».

Pelo caminho apontado nada se ganha, assim, no que tange ao labéu e lesa-se o princípio da legalidade do Estado democrático, segundo o qual os tribunais devem sempre resolver os conflitos de interesses com ressonância criminal. Os juízes, todos os que trabalham nas decisões judiciais penais, são, deste modo, essenciais para garantia do Estado de direito. Honra lhes seja e daqui os saúde

e cumprimento efusivamente pela nobreza da função que desempenham.

3. Mas, dando como boas estas ideias, que direito é esse que o novo Código Penal vem consagrar?

Naturalmente que um direito que há-de ser conforme às normas da Lei Fundamental.

Daí que as restrições às liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos que esse direito comporta, não-de ter sempre um fundamento constitucional e, portanto (n.º 2 do art. 18.º), limitar-se ao *necessário* para salvaguardar direitos constitucionalmente protegidos.

Num Estado democrático, como o nosso, devem, assim, os limites máximos do âmbito da legislação penal (art. 28.º e seg. da Constituição), aferir-se no sentido já apontado por BECCARIA, pela sua necessidade.

Nesse quadro, a afirmação criminalmente protegida de certos bens jurídicos, há-de por ela limitar-se. Só que essa necessidade de defesa e protecção não deve ser arbitrária, ou de qualquer tipo conceitual, como seria a que partisse da ideia de um mínimo ético (JELLINEK), de saúde pública (BECCARIA), ou da sua particular importância para a organização da vida em sociedade. Ela deve antes ser, desde logo, limitada materialmente, pela maior coincidência possível com uma concepção maioritária e obtida através dos órgãos constitucionais competentes (art. 168.º). Até porque, deste modo, se reduzirão ao mínimo os conflitos entre a visão do Estado e a dos particulares, entre a lei penal e a consciência de cada um, limitando, até um limite possível, os chamados crimes de consciência.

a) Por isso, também, a vantagem da descriminalização, que o novo Código Penal adopta, sensibilizada pela hipertrofia dos casos submetidos aos tribunais, hipertrofia que lhe retira, em larga medida, a sua dignidade funcional.

Descriminalização que, aliás — note-se —, não significa aprovação ou aplauso. Ainda que eticamente censuráveis, as violações de certos interesses ou valores, o Estado, por razões de política criminal, entende preferível ficar neutro e não as punir.

A isso se juntam a dispensa dos custos dos sistemas jurisdicionais, a destigmatização jurídica que lhe corresponde e a conveniência de evitar a selectividade dos aparelhos do Estado.

b) A redução do círculo de protecção de bens jurídicos, pode, aliás, também fazer-se pela limitação dos meios de ofensa, como pelos mecanismos da queixa ou da isenção da pena, que o novo Código largamente ilustra.

c) O mesmo se diga relativamente aos elementos constitutivos de certos crimes sexuais. Como, de uma maneira geral, o precisar da tipicização dos crimes contra o Estado pode conduzir a uma descriminalização prática.

4. Ora, todo este caminho de fixação material e formal da ilicitude criminal foi seguido, como veremos, pelo novo Código Penal. Aí está o princípio da legalidade ou da tipicidade, que a Constituição garante (art. 29.º) e o novo Código Penal consagra (art. 1.º), integrado, aliás, pelo princípio da lei mais favorável, que vai ao ponto de mandar aplicar, em certos casos (art. 6.º) a lei estrangeira.

Obrigatoriamente testada pela lei constitucional competente, a violação de bens jurídicos, que podem ser abrangidos pelo direito criminal, vê por vezes o seu âmbito limitado pela ponderação de interesses, pela teoria dos chamados elementos negativos ou causas de exclusão de ilicitude. E nesta matéria o novo Código, numa inovação da maior importância e relevo, dispõe no seu art. 31.º: «O facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade».

E logo exemplifica com a legítima defesa; o exercício de um direito; o cumprimento de um dever imposto pela lei ou a ordem jurídica da autoridade, e com o consentimento do titular do interesse ofendido.

O que, naturalmente, não impede que outras circunstâncias, como a realização de legítimos interesses, o risco permitido, etc., largamente completem.

A ponderação da ordem jurídica no seu conjunto, como limite da ilicitude criminal objectiva, tem, por um lado, a vantagem de garantir a unidade total do direito. Só que a indicação tipificada de alguns casos de exclusão da ilicitude, põe em relevo a autonomia que esta ponderação ou carência de interesses pode implicar. Assim, por exemplo, é manifesto ser mais amplo o conceito de estado de necessidade no novo Código Penal, do que no Código Civil.

Fala-se, neste, (art. 339.º), em acção que destrói ou danifica *coisa alheia*, o que manifestamente parece excluir o sacrifício de interesses

pessoais. Já assim não é, porém, no art. 34.º do Código Penal, que admite o sacrifício de bens pessoais, não distinguindo a natureza dos interesses em estado de necessidade, embora guardando as reservas previstas nas alíneas *a*, *b*) e *c*) do mesmo artigo.

Por outro lado, quando se consagra a autonomia do conflito de deveres nos termos em que é feita (art. 36.º), pode ser-se conduzido a soluções da maior importância em certos problemas de direito penal.

Ao contrário, a não referência à obrigação de indemnização no estado de necessidade (art. 34.º), levantará o problema da sua integração pelo n.º 2 do art. 339.º do Código Civil, iluminado pelas regras contidas na Constituição (art. 62.º).

Sem querer alargar esta matéria da ilicitude e sua exclusão, não deixaremos ainda de apontar o consentimento, que altera os termos em que o problema era colocado no direito anterior.

5. Mas se, por um lado, assim, se limita o âmbito de ordenação dos bens jurídicos, logo, por outro lado, ele se alarga, quando se regulam os crimes de comissão por omissão (art. 10.º).

O dever de auxílio, previsto no art. 219.º, em manifesta conexão com a teoria dos crimes de comissão por omissão, exprime uma ideia de solidariedade social que, no actual Código Civil se consagra, e que, ao contrário do Código de Seabra, não se acentua no actual Código Civil. Só há que lembrar os possíveis problemas de concurso aparente que se suscitem.

O alargamento das formas de violação dos bens jurídicos envolve, como se disse, um aumento dos limites do direito criminal. Já, por outro lado, isso não nos parece acontecer relativamente às formas do crime de (tentativa, participação e concurso — arts. 21.º a 30.º). É que essas formas de comportamento são dominadas pela ideia de causalidade relativamente à violação ou perigo de violação de bens jurídicos criminalmente protegidos.

6. Alargamento que, porém, já se verifica na Parte Especial (arts. 253.º e seg.), pela punição dos crimes de perigo comum, concretos ou abstractos, que, ligados a actividades ditas pelo progresso e pela técnica, impõem que se preveja a sua punição, a título de dolo ou negligência, às respectivas formas de acção que, repetimos, sendo por vezes necessárias, são a um tempo perigosas. Punem-se, em suma, os excessos de risco calculado.



II

7. Ao contrário do que pretendia BECCARIA, uma violação ou perigo de violação de bens jurídicos não pode desprender-se das suas formas de imputação subjectiva, da responsabilidade, culpa ou censura, que lhe correspondem.

E neste domínio tem-se verificado uma evolução que seguramente não nos cabe aqui, nem é possível, desenvolver.

Essa solução está, de resto, ligada ao quadro que se vem tendo do homem, às necessidades da sociedade que o integra, aos fins das penas a que se adira e à solidariedade que se deve a todos, ainda que criminosos.

8. De qualquer maneira, que ela se não baste como uma pura relação psicológica, é coisa que parece indiscutível. Todos sabem que, na filosofia do nosso Código, se optou por uma culpa concreto-normativa. Isto quer dizer que, em princípio, o legislador se decidiu pela necessidade de um suporte relacionado com a personalidade do delincente, integrado pelas necessidades de protecção e defesa da sociedade.

9. Antes de tudo, e porque a culpa, partindo de uma censura ética pressuposta pela dignidade humana, recusa-se a instrumentalizar os homens, e daí que a responsabilidade há-de ser, em princípio, individual (art. 11.º). Mas logo se completa pela responsabilidade de actuação em nome de outrem (art. 12.º) e por uma definição rigorosa e material das formas de pertinência, de *suita*, do facto ao agente: dolo directo, necessário ou eventual, e, em casos contados, a negligência que também se define no art. 15.º

10. Por outro lado, nessa visão material de culpa, toma-se posição, arrancando de uma moral inata ou fruto de aprendizagem sobre os efeitos do erro na factualidade (art. 16.º), sobre a ilicitude, limitando-se a agravação pelo resultado, pela possibilidade da sua imputação a título de negligência.

11. No que toca à imputabilidade como pressuposto da culpa ou da censura penal, continua o novo Código a fixá-la formalmente nos 16 anos.

Mas, a um tempo, e considerando os particulares aspectos da criminalidade dos 16 aos 21 anos, tomaram-se medidas, (nos termos do art. 9.º do Código Penal e por força do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro), que vão ao seu encontro: a atenuação da pena (art. 4.º); a capacidade subsidiária da legislação de menores (art. 5.º); a imposição de detenção obrigatória em vez de prisão (art. 8.º); o internamento em curta detenção (arresto?); as regras especiais de execução da prisão, etc., matéria altamente de saudar.

12. Por outro lado ainda, admitiu-se uma noção material de imputabilidade relacionada com a culpa (n.º 1 do art. 20.º) que abrange a imputabilidade sensivelmente diminuída (n.º 2 do art. 20.º).

Só que — e isso é uma singular particularidade do novo Código —, arrancando-se dessa perspectiva, não deixou de se considerar a imputabilidade vista pelo lado da prevenção geral e da ressocialização. E, assim, a comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas (v. g., incorrigibilidade — art. 20.º, n.º 3), pode ser índice da inimputabilidade.

Transita-se, desta maneira, de uma concepção — ligada ao fundamento ético da punição — em que o poder de avaliar a ilicitude do facto e de agir de harmonia com essa avaliação, é pressuposto básico, para uma ideia de inimputabilidade baseada em não ser susceptível de intimidação ou de se reinserir socialmente, através de penas.

13. E com isso toca-se um problema fundamental no nosso ramo de direito: a transição de um direito penal, baseado na culpa, para um direito de segurança, cura ou tratamento, em suma, um direito de defesa social.

14. Reconheceu-se, por outro lado, para os imputáveis, a exclusão da culpa resultante da impossibilidade razoável do agente actuar de outra maneira.

Só que, não como cláusula geral, mas como forma tipicizada de exclusão da culpa.

É, assim, que a cláusula só se refere a certos bens jurídicos: vida, integridade física, honra ou liberdade. Relativamente a outros bens jurídicos, a pena pode ser atenuada ou o agente isento de pena, se se verificarem os restantes requisitos da não exigibilidade.

É evidente que a exigência da razoabilidade de se não poder exigir um outro comportamento, segundo as circunstâncias, tira a tal causa da exclusão da culpa, a natureza de um direito, como queria MAURACH.

A razoabilidade, segundo as circunstâncias, de se exigir um outro comportamento, não será, pois parece-nos, construída sob o homem concreto, como queria FREUDENTHAL. Isso conduziria, como já se disse, a um amolecimento ósseo do direito penal — mas de um homem integrado socialmente, no sentido de que, tirante essas circunstâncias, ele não praticaria o crime. Não é, pois, uma culpa na cabeça do juiz, mas uma culpa referida às exigências de defesa da sociedade, válida para um homem médio.

E se se argumentar que, assim, se regressa a uma culpa objectiva, a uma culpa por viver em sociedade, bem se pode dizer que a alínea f) do art. 72.º lhe responde, ao considerar a culpa pela não formação da personalidade como elemento da medida da pena dentro da moldura penal do facto.

Os perigos de imprecisões na medida dessa culpa, não serão, aliás, maiores do que os que se verificam no quadro do *Spielraum*, na culpa pelo facto, e possibilita afastar, através de uma não exigibilidade razoável, uma imputação de responsabilidade objectiva.

III

15. Mas, se na parte dogmática, o novo Código consagra as soluções que parecem as mais equilibradas, como largamente já aceites pela ciência e jurisprudência portuguesas, no domínio da penologia, o sistema punitivo revela, em nosso entender, grande progresso e modernidade.

Vejam: como é sabido, o novo sistema, no que é acompanhado pelos sistemas punitivos de direito comparado, arrancou da ideia

de que não é, por enquanto, possível prescindir das penas privativas de liberdade. Elas são, por toda a parte, a *ultima ratio* dos sistemas punitivos.

Mas se assim é, por um lado, não deixou também de se terem presentes todos os males que envolvem. Daí a ideia de as fazer regular de forma a que esses males se reduzam ao mínimo: se transformem em males estritamente necessários. E o primeiro passo para isso foi reduzir os seus limites mínimos e máximos (art. 40.º), embora em grau menos extenso do que se propunha.

Na verdade, continuamos ligados à máxima que já MONTESQUIEU sublinhava — e a moderna ciência confirma — «Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on vera qu'elle vient de l'impunité des crimes et non de la modération des peines»: mais que a gravidade das penas, intimida e tem uma alta função pedagógica o grau de probabilidade de elas virem a ser aplicadas.

16. Em relação a isto, poderá dizer-se que, ao menos os limites mínimos e máximos da prisão, não são teoricamente muito rigorosos. Tem de aceitar-se que não seria possível *ex abrupto* reduzir todo o sistema punitivo a penas cuja medida não estaria em conexão com a particular gravidade de certos crimes e, por outro lado, que a ideia de prevenção geral a que em certos casos não é possível renunciar, exige que se mantenham como reacções de choque certas penas.

Mas, o novo Código obviou a determinados desses males pela consagração da prisão por dias livres (art. 44.º); pela substituição dessas penas por multa (art. 43.º); pelo regime de semidetenção (art. 45.º); pela suspensão da pena (art. 48.º); pela organização do regime de prova (art. 53.º); quanto a penas ameaçadas por tempo não superior a três meses, pela admoestação (art. 59.º); pela prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 60.º); pela liberdade condicional e até pela dispensa de pena (art. 75.º); tudo na senda de recomendações do Conselho da Europa.

Por outro lado, a liberdade condicional (art. 61.º) funciona, em certas hipóteses, de forma obrigatória (art. 61.º, n.º 2).

17. Deve ainda acentuar-se que o legislador, fixando o limite máximo de forma, por vezes, rigorosa, parte de um limite mínimo muito baixo, o que dá grande maleabilidade à moldura penal.

18. Observe-se também que a multa é largamente utilizada. Para além de tudo isto, o Código, aliás, em consonância com a Constituição, fez desaparecer o efeito infamante das penas, não considerando seu efeito automático a perda de direitos civis, políticos e profissionais (art. 65.º).

Temos, assim, que todo o labéu, todo o estigma *jurídico*, se dilui, ficando apenas a possibilidade autónoma ou paralela de cominar penas acessórias (art. 66.º e seg.).

A maleabilidade destas, a ideia que a demissão não pode ter por conteúdo a perda do direito à aposentação, a possibilidade da sua reabilitação antecipada ou condicional (art. 70.º), torna essas penas acessórias de carácter punitivo, antes que infamante.

19. O mesmo se diga da interdição de profissões como medidas de segurança, com efeito, sobretudo, de incapacitação.

20. De qualquer maneira, inaugurou-se um sistema, que a Constituição aplaude, de que a pena de prisão tem natureza unitária, só variável na sua duração.

21. Há, porém, uma regra, no novo Código Penal, da maior importância e relevo, que importa também sublinhar e saudar: a que de forma obrigatória, dispõe que, sendo aplicáveis penas privativas de liberdade e outras não institucionais, a preferência deve dar-se a estas (art. 71.º).

Com o que se deu um passo decisivo para desenvolver o pensamento, que já SCHLITER aconselhava: o de esvaziar as prisões (art. 71.º).

22. É, por outro lado, mister lembrar que mesmo quando se aplicam penas de prisão, a sua execução, nos termos do art. 42.º, conjugado com o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, é regulada por um sistema que, ressaltando os direitos fundamentais do recluso, o tenta ressocializar ou reinserir socialmente, à luz de um plano individual de recuperação, destinado não a uma regeneração interna, mas, meramente, à sua reforma legal, como se exprime TOCQUEVILLE, no sentido de o preparar para não praticar futuros crimes.

É seguramente uma intervenção do Estado que não põe o problema de fazer do réu um sábio, um santo ou um herói, que não lhe tira o direito de ser diferente, que não o quer obrigar a aderir às concepções do Estado, mas tão-só que vem reforçar o seu modo de ser, para fugir à tentação de reiterar o crime no futuro.

E tudo isto, olhando-o como sujeito, como colaborador, até onde seja possível, no processo da sua reinserção social. Aliás, essa intervenção é uma agressão na esfera dos particulares, no sentido ressocializador, que se destina a evitar a reincidência.

23. Não podemos, neste rápido excursão, desenvolver estas ideias.

Mas, seguramente, o que fica dito não é contrariado pela conclusão pessimista de FOUCAULT, no seu livro *Surveiller et Punir*, que julga, no quadro de uma ultrapassada execução das penas que com ela se visa esteriotipar o gesto e o comportamento dos delinquentes para esteriotipar a sua alma. A reinserção é um princípio de adesão voluntária, e quando assim não suceda mal vai ao delincente, porque então a prisão terá mero efeito preventivo, baseado na intimidação desses estúpidos monumentos de pedra que são as prisões sobretudo fechadas. A ressocialização é, por sua vez, tonificada por uma assistência de trabalhadores sociais, que se procura organizar (Decreto-Lei n.º 319/82, de 11 de Agosto), descentralizada e desligada dos Serviços Prisionais, com uma orientação tanto quanto possível controlada jurisdicionalmente.

24. Por outro lado, a possibilidade de substituir a multa (art. 46.º), reacção não institucional por natureza, fixada em dias e correspondente a um valor de 200\$ a 10 000\$, fixada em função da situação financeira do condenado e dos seus encargos sociais por dias de trabalho, como já v. LISZT recomendava, o deferimento, a redução e até a isenção do seu pagamento (art. 47.º), são outros tantos caminhos para assegurar a sua flexibilidade e justiça relativa.

25. A larga maleabilidade desta pena, como de todas as outras, não pode, aliás, encontrar o seu *quantum* concreto, a sua medida real, em pura discricionariedade, fonte dos maiores abusos na individualização das sanções. Os elementos da sua medida, indicados no art. 72.º, pelo contrário, devem, nos termos do n.º 3 do art. 72.º, ser expressamente referidos e fundamentados na sentença.

Ficam os juizes mais conscientes das suas funções e deveres; obrigados a repensar os problemas concretos, com o cuidado e rigor que exigem. Por sua vez, a ideia que no n.º 1 do art. 210.º da Constituição se consagra, pode, porventura, ser fonte para a aplicação analógica em toda a matéria que envolve, além do mais, a privação total ou parcial da liberdade.

26. Neste domínio das inovações fundamentais da Parte Geral, não queremos deixar de referir o conceito da reincidência (do art. 76.º), que se procura resolver materialmente, evitando o problema da plurioccasionalidade.

27. Sem poder fazer uma descrição exaustiva da Parte Geral e das suas novidades, não deixaremos de chamar a atenção para o modo como o novo Código Penal tenta resolver o problema da perigosidade especial. Fâ-lo, na verdade, no quadro da chamada pena relativamente indeterminada (art. 83.º e seg.).

Aplicável partindo de certos pressupostos formais, rigorosamente formulados e integrados pela exigência de revelarem *acentuada* inclinação para o crime, o seu âmbito vê-se na verdade extremamente limitado.

Por outro lado, tendo como limites um máximo e um mínimo, combinados com um processo de execução mais apurado, torna-se impossível qualquer arbitrariedade dos Serviços Prisionais, na medida em que o *quantum* da sua duração definitiva é controlado jurisdicionalmente.

28. A figura, como se sabe, alarga a sua aplicação aos casos de alcoólicos e equiparados, que sejam imputáveis, orientando-se a execução da respectiva pena no sentido de combater a sua tendência para abusar de bebidas alcoólicas e de estupefacientes.

29. As medidas de segurança, cura ou tratamento, visam particularmente os inimputáveis. É mister, porém, chamar a atenção para dois aspectos das coisas neste domínio.

Por um lado admite-se a libertação do inimputável a título de ensaio, o que corresponde à possibilidade de um tratamento ambulatório (art. 94.º).

De grande relevo e importância são, por outro lado, os limites do primeiro internamento (n.º 2 do art. 92.º), em que se aceita, até certo ponto, um risco calculado.

30. É igualmente de considerar que, por razões de economia e conveniência, se prevê a possibilidade de internar imputáveis portadores de anomalias psíquicas em estabelecimentos destinados a inimputáveis (art. 103.º).

31. Relativamente à perda de coisas ou direitos relacionados com o crime, admite-se um deferimento do pagamento das prestações que lhe correspondam, já previsto também para o pagamento de multa (art. 110.º).

32. Regula-se a matéria de extinção de procedimento criminal e das penas, e acentua-se que as agravantes e atenuantes especiais (art. 117.º, n.º 2) não contam para os prazos fixados.

33. Inova-se, por sua vez, a proposta de criação de um seguro social para a indemnização do lesado, que não pode ser satisfeita pelo delinquentes (art. 129.º). E para já a possibilidade de a poder fazer sair do valor dos objectos perdidos a favor do Estado e, em certos casos-limite, que ela saia das multas aplicadas.

As mais exemplares ideias da vitimologia, encontram aqui, em larga medida, satisfação.

IV

34. Só duas palavras mais sobre a Parte Especial.

Nela se tipiciza o quadro de valores com ressonância criminal que importa afirmar.

Parte ela dos crimes contra as pessoas numa concepção personalista e humanista, que põem o homem e os seus direitos fundamentais como ponto de partida de todo o direito.

Mas logo — e por isso mesmo — se considera que importa defender a paz entre os homens e o valor transpessoal da humanidade.

Transpessoal ao jeito de GADAMER, que entende que o estar com os outros em sociedade, como já ensinava num plano político-sociológico ao encontrar os fundamentos da liberdade do homem KELSEN — «*Tat twam asi*» — é não só estar com eles, mas tê-los dentro de si num todo.

Dito isto resumidamente, importa fazer-lhe algumas notas.

35. A primeira, como já se disse, seria uma tendência geral para o abaixamento da punição dos crimes. Vale aqui o já referido pensamento de MONTESQUIEU.

E nem isso será benevolência ou relaxamento: a aceleração da história corresponde a uma aceleração do conteúdo de tempo.

A privação ou limitação das vivências de um só dia são seguramente maiores hoje do que eram ontem. O homem dilata-se como nunca em cada momento, pelo que a sua carga psicológica e concreta de cada hora será mais larga e múltipla. Daí também que a perda de um só dia corresponde à de muitos no passado.

36. Anotaremos, antes de mais, que nos crimes contra a vida não se despenalizou o aborto. Talvez que o Estado não tivesse tido a coragem para sacrificar essa maravilha misteriosa que é a vida do homem.

Há, porém, que considerar que, a um tempo, se não pune a guerra justa, fonte de trágicas conturbações, nem a morte em legítima defesa, mesmo de interesses patrimoniais, quando único meio para a sua defesa. Só a evolução das coisas poderá permitir a exacta ponderação de interesses que dominam o problema.

37. No que toca às ofensas corporais, haverá particularmente que notar ter-se resolvido negativamente o problema de saber se as intervenções médicas constituem um tipo de crime (art. 150.º).

Por outro lado, criminalizam-se os maus tratos, sobrecarga de menores, subordinados e cônjuges (art. 153.º). A ideia de um direito *vitae ac necis* não pode transformar os afectos e dependência familiares em fonte de agressão.

Não pode deixar de ter relevância a ideia de que a liberdade das pessoas constitui um direito fundamental. Daí que a sua violação directa ou indirecta deva ser punida (art. 155.º e seg.).

Como punido deve ser quem empregar a técnica cirúrgica contra a liberdade de, como escrevia MIGUEL TORGA, «cada um poder morrer a sua própria morte».

Sequestro, escravidão, rapto, são outros comportamentos que o Código, em nome da liberdade, não podia deixar de punir.

38. A honra e a dignidade humana são direitos fundamentais.

A sua defesa deve, pois, ser protegida criminalmente. Só que os arts. 164.º e seg. alteraram o conteúdo e a tradicional distinção entre a difamação e a injúria. Agora trata-se de distinguir se a ofensa se faz na presença ou na ausência do ofendido (art. 164.º e seg.). Por sua vez alarga-se o direito de prova como o dever de informação. À defesa da honra dos vivos junta-se, por sua vez, a protecção à memória da pessoa falecida (art. 169.º).

39. A privacidade e a intimidade é um direito que a Constituição protege e cuja violação tem para todos alta ressonância criminal. Não pode, porém, deixar de considerar-se a relação entre esse valor e a necessidade social de, por vários meios, pelos *mass media*, informar a sociedade, até como função pedagógica.

40. A institucionalização inteiramente nova no nosso direito é a punição dos crimes contra a paz e a humanidade.

A possibilidade de subtrair violentamente à protecção que lhe dá a lei portuguesa é outro comportamento de grande gravidade democrática, cuja punição se contempla (art. 191.º).

Também se alarga a ideia da protecção ecológica que se estende aos monumentos culturais e históricos destruídos ou danificados, em tempo de guerra.

41. No Título III prevêm-se crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade, como a família, subtracção de menores, etc. (arts. 193.º e seg.). Mas o fenómeno, no novo Código Penal, mais sensível da tutela contra os crimes sexuais e costumes, é a sua larga descriminalização.

Para além da homossexualidade, cujo âmbito se reduz, limitam-se os pressupostos do estupro, que tem vindo a ser objecto de tantas extorsões e chantagens, e visa antiquados direitos de pureza que a promiscuidade actual contraria.

Por sua vez, a idade não é considerada condição objectiva de punibilidade, mas em certas condições tão-só motivo de atenuação.

A inseminação artificial é outra novidade do Código que é aperfeiçoada nos seus contornos.

42. A violação do dever social de solidariedade, com os outros em desgraça, é também, como se disse, ponderado (art. 219.º).

43. A liberdade religiosa conduz à punição de quem a ofende, a escarnece ou impede (art. 220.º e seg.).

44. Para além da falsificação de documentos, moedas, pesos e medidas (arts. 228.º e seg.), acrescenta-se a violação de certos meios de prova (falsificação de notas técnicas).

45. Mas a maior novidade da Parte Especial é, como dissemos, a criminalização dos crimes de perigo comum, a que atrás já resumidamente nos referimos.

46. Sem poder esgotar esta matéria, que exigiria um tratamento especial ou um curso autónomo, importa referir as alterações que sofreram os crimes contra o património.

Por um lado abandonou-se o critério dos escalões que, para além de minimizar aspectos subjectivos intercorrentes, não contém a inflação galopante da moeda, que constantemente os desajustam.

Parte-se, antes do furto simples que se pune numa moldura penal de um mês a três anos, moldura que contrasta com a dos crimes contra as pessoas.

Mas não deixa de se prever uma qualificação especial, consagrada no art. 217.º, que eleva a pena de um a dez anos.

E aqui aparecerá, com particular relevo, a importância do *valor consideravelmente elevado* como elemento para essa qualificação. Por outro lado, a insignificância do valor da coisa afasta-a. Trata-se de conceitos abertos que só a jurisprudência fixará em cada caso.

De qualquer forma, é mais razoável que o tradicional critério dos escalões que rouba ao juiz toda a liberdade de individualização da pena e a maleabilidade da moldura penal. Esta solução é combinada com

o dever de fundamentação já referido, tornando o problema particularmente difícil, mas enobrecendo a um tempo os tribunais e os seus juizes.

Não pode, por outro lado, perder-se de vista a regra da restituição (art. 301.º), que cria um importante estímulo para o equilíbrio social e vai ao encontro das recomendações da vitimologia.

47. Criminaliza-se a *infidelidade* (actuação sem vantagem patrimonial para o agente), para casos especiais e com penas particularmente benévolas. Quer-se, assim, acautelar o instituto da representação legal ou voluntária.

Na burla (art. 313.º), há que notar uma sensível descriminalização, na medida em que o mero aproveitamento do erro deixou de ser elemento típico suficiente para a sua verificação.

48. No último Título, descreveram-se com o maior rigor os crimes classicamente chamados de traição à Pátria e os outrora designados de *lesa majestatis*.

Pretendeu-se defender o Estado contra agressões estranhas e fazer funcionar livremente os órgãos político-constitucionais.

São, aliás, no fundo, mais que contra o Estado, crimes contra a democracia.

49. Entra-se depois nos crimes contra a autoridade pública pela autoridade pública e, além de outros, contra a realização da justiça, de modo a defender-se a legalidade e o Estado de direito.

Não podemos, naturalmente, entrar em detalhe na descrição destes e outros crimes. Só em comentários ou lições especiais poderá ser feito.

50. Em todo o caso, notaremos que se consideram certos crimes contra a economia das empresas públicas e privadas (art. 332.º).

O direito penal económico, em geral, não foi contemplado, dado o seu carácter pontual e, em larga medida, a necessidade da sua despenalização, ou substituição por outras formas de ilícito.

51. O que nos leva para a problemática das formas de ilicitude.

A lei de aprovação do Código Penal (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), mantém em vigor o ilícito contravençional. Por seu

turno, o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, inaugurou a teoria de um novo ilícito, os da contra-ordenações, que inicialmente continha o ilícito contravençional.

O Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, entendeu revogá-lo nesta parte.

Só que, reafirmado esse ilícito das contra-ordenações pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, dele se exclui a matéria de contra-venções, mantendo em vigor a legislação contida no antigo Código Penal (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro).

Temos, assim, no nosso direito, um ilícito criminal, um outro contravençional e ainda outro de contra-ordenações sociais.

Julgamos, porém, que esta visão tripartida das coisas não corresponde à realidade.

52. O ilícito das contra-ordenações sociais — como o confirma a exposição de motivos do novo diploma sobre essa matéria — arranca do aumento de condutas desviantes, fruto da intervenção social do Estado, e pretende, além do mais, restringir a hipertrofia das funções dos tribunais (violações ligadas ao Estado social, sem ressonância criminal), onde se poderão agrupar, além das infracções de perigo comum, certas violações de normas económicas (v. g., concorrência desleal), protecção dos consumidores, etc. Só que, poderia também, *cum grano salis*, abarcar as contra-venções.

Ainda que elas se possam considerar bagatelas, formas longínquas de violação em relação ao direito penal, essa mesma insignificância poderia modificar a qualidade do ilícito num *aliud*, e permitir o seu enquadramento nas normas de contra-ordenação social.

Conseguir-se-ia, assim, ao menos, uma unidade de tratamento e de processos, que não parece deyer diversificar-se, pulverizando o direito. Esperemos que a reflexão sobre as coisas, conduza à solução que propomos e propusemos, de forma a que um pequeno *senão* não empane o brilho e a modernidade da Reforma que o Senhor Ministro da Justiça — Dr. MENERES PIMENTEL — e aqui lhe renovamos as nossas homenagens —, soube com inteligência e perseverança implementar, preenchendo uma lacuna na evolução do direito criminal português, com um novo Código, cujo conteúdo e virtualidade alargaram e prospectivaram o nosso património legislativo, prestando-se, assim, um alto serviço ao País.

**PRESSUPOSTOS DA PUNIÇÃO
E CAUSAS QUE EXLUEM
A ILICITUDE E A CULPA**

PELO PROF: DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Por razões que logo de início procuro tornar claras, considereei despropositado estar a recheiar o texto seguinte, para efeito da sua publicação, com o aparato erudito e bibliográfico que é de uso em produções de carácter científico e universitário. E ainda por uma outra razão: tratando-se nele, no essencial, apenas de uma síntese apertada de uma parte do meu ensino, agora dirigido especificamente ao novo Código Penal, o leitor interessado não terá qualquer dificuldade em procurar e encontrar, em outros dos meus trabalhos jurídico-penais, uma selecção dos autores e dos lugares que suportam ou alimentam as discussões e as conclusões expostas. Em suma, as palavras que se seguem foram ditas nas sessões públicas do ciclo de conferências promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários. E tal como foram ditas, assim se publicam.

I

O tema que me foi atribuído como objecto das comunicações que hoje vos farei reza assim: «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa». Trata-se da totalidade das matérias que constituem os capítulos I e III do título II da Parte Geral do novo Código Penal. Vale por dizer, das matérias mais importantes e mais extensas que integram aquilo que, de um ponto de vista doutrinário, se denomina a *dogmática* da parte geral do Direito Penal, por contra-posição à *política criminal* que o novo Código considera nos títulos III a VI da sua Parte Geral.

Dito isto, fica dito o bastante para que todos compreendam a magnitude da tarefa que pesa sobre mim e a remota possibilidade que me resta de dela me desempenhar de forma minimamente satisfatória. A matéria em causa preenche cerca de 70 a 80 por cento de todo o tempo lectivo anual que dedico, na minha Universidade, ao ensino do Direito Penal Geral. Ela pressupõe, por outro lado, nada menos que uma tomada de posição sobre as controvérsias intermináveis que continuam ainda hoje a estabelecer-se — se bem, devo fazer notar, que com uma intensidade menor e com uma muito mais larga base consensual do que em épocas ainda não muito distantes — à roda da doutrina geral do crime.

Eis uma primeira e boa razão para me decidir — como me decidi —

a varrer quase completamente da minha consideração a generalidade das questões, mesmo das mais importantes, que aqui continuam em aberto. Questões como, desde logo, a de saber se deve aceitar-se um conceito geral de acção como denominador comum sobre o qual se construa o conceito unitário de crime — e, neste caso, como deve ele ser concebido, se numa direcção normativo-social, ôntico-final ou intermédia; ou se, diferentemente, deve postergar-se um tal conceito geral e começar a construção do conceito do crime na base da acção típica, do ilícito típico ou do tipo-de-ilícito, permitindo desde o início a diferenciação da acção e da omissão, da acção (ou omissão) dolosa e da acção (ou omissão) negligente. Como, depois, a questão de saber se o conceito de crime deve ser tripartido, conferindo autonomia aos elementos da tipicidade, da ilicitude e da culpa, ou antes repartido nas duas características da ilicitude típica e da culpa (ou do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa). Como, finalmente, a questão de saber se a culpa se reduz a puro juízo de valor, tem uma característica exclusivamente normativa exteriormente aposta à conduta censurável do agente, mas a que nada corresponde de material ou substancialmente existente na pessoa deste; ou se, pelo contrário, a culpa radica numa qualidade desvaliosa e censurável efectivamente existente no facto e/ou na pessoa do agente.

Todas estas questões — e tantas outras, também qualificáveis como questões «dogmáticas» *par excellence* — deverão hoje restar sobre si: tendo, naturalmente, de ser em certa medida pressupostas na exposição posterior, não serão por mim discutidas expressamente. Por razões de absoluta inviabilidade, como disse já, perante o tempo limitado que me sinto no direito de vos tomar. Mas não só por isso, senão que também por razões substanciais e de adequação. Em primeiro lugar, do que se trata, julgo, neste ciclo de conferências é de uma primeira aproximação da problemática específica do novo Código Penal aos juristas que, já amanhã, terão mais directamente a ver com a *praxis* da sua aplicação efectiva. Assim, se vejo correctamente a situação das coisas, o «dever da hora presente» não é tanto o de problematizar as questões teóricas que nos podem separar, quanto o de, em conjunto, fixarmos uma prática de aplicação que tem de nos unir, de tal modo que o novo Código possa à partida contar com a mais larga base de consenso no processo da sua aplicação; pelo que, parafraseando

CHESTERTON, eu diria que hoje aqui deve ser valorizado aquilo que nos une e minimizado — se bem que não escamoteado — aquilo que eventualmente nos pode separar. Em segundo lugar, a *dogmática* implicada ou pressuposta pelo novo Código Penal é, também ela, muito mais uma dogmática de consenso do que uma dogmática de conflito. Quero dizer que, não receando confronto com a modernidade ou mesmo a originalidade dogmática de qualquer outro código penal ou projecto de código penal meu conhecido, o novo Código Penal se orientou propositadamente num sentido aberto e não conflitual, onde não fica espaço para correntes doutrinárias vencedoras e vencidas; a tal ponto que, por exemplo, nas três grandes questões dogmáticas em aberto que a título exemplificativo acima citei — pró ou contra um conceito geral de acção, uma construção tripartida do crime, uma culpa integralmente normativizada —, nenhuma das possíveis soluções se encontra prejudicada em definitivo pelo texto do novo Código Penal. Este preocupa-se pelo contrário — e a meu ver com êxito — em não impedir, mas antes em fomentar uma livre evolução posterior da dogmática e da doutrina geral do crime, sem por isso ter de pagar o preço da imprecisão ou da insegurança na aplicação. Em terceiro lugar — mas não por último —, as grandes opções tomadas pela reforma do direito penal português foram expostas, também sob a perspectiva dogmática, na magistral conferência que nos foi oferecida por quem se encontra numa situação ímpar de autoridade para a proferir: o Prof. EDUARDO CORREIA. Para ela me devo remeter, na parte que interessa ao nosso tema de hoje.

Eis, Senhoras e Senhores, três boas razões para que, sendo o meu tema «dogmático» na sua essência, eu não tente sequer esboçar hoje perante vós uma revisão da dogmática jurídico-penal, à luz do novo Código Penal, no que toca aos pressupostos da punição e às causas de exclusão da ilicitude e da culpa. Outro será o meu caminho, decerto menos nobre e mais modesto, mas atrevo-me a esperar que, ao fim, porventura não menos frutuoso à consecução dos propósitos que aqui nos congregam. Procurarei limitar-me a pedir a vossa atenção para alguns fenómenos que dentro do tema — ou pela sua previsível frequência, ou novidade — poderão suscitar maiores dúvidas nos primeiros tempos da aplicação do novo diploma; e a analisar convosco (numa perspectiva propositadamente *funcional*, se bem que sempre

também *teleológica*) como devem aqueles ser resolvidos dentro de um espírito de estrito respeito pela intenção legislativa.

A realização de um tal programa coloca-me obrigações que devo respeitar quanto puder: A primeira é a de não ceder à tentação (aliás fácil) da graça literária, da erudição gratuita, do excursus evasivo; o meu discurso deve pelo contrário ser, tanto quanto disso for capaz, enxuto e directo, mesmo que, muito provavelmente, também monótono e tristonho. A segunda é a de não perder a consciência de que meu farol não deve ser a ciência ou a dogmática universais do direito penal, mas o texto e as intenções legislativas implícitas no novo diploma, não receando o apodo de «positivista-legalista» que alguém (todavia eu creio que sem razão) ao fim quisesse lançar-me. A última é a de que, não podendo — mesmo com todas estas limitações — tratar a totalidade ou sequer a maior parte da problemática que no tema vai implicada, eleja as questões a considerar brevemente, não em nome da sua beleza, da sua actualidade ou da sua profundidade dogmáticas, se não que em função daquilo que, em meu critério, possam ser as maiores e mais imediatas dificuldades de aplicação do novo Código.

Com duas notas mais terminarei esta — já longa, mas todavia indispensável — consideração introdutória.

Sendo a minha intervenção de hoje dividida em dois tempos, não repartirei por eles a matéria considerando agora os «pressupostos da punição» e logo as «causas que excluem a ilicitude e a culpa». Compreende-se e justifica-se que o novo Código tenha dividido assim a matéria, intermeando entre os dois capítulos o respeitante às formas do crime: tal corresponde, sem dúvida, ao ponto de vista *legal-sistemático* mais correcto e linear. Só que o ponto de vista que devo fazer meu nesta comunicação, se não é como disse o científico-dogmático, também não é o legal-sistemático, mas deve ser sim o da *aplicação prática*. Nesta — como minuciosamente o estabeleceu essa nova quase-ciência que é a do «método de tratamento de casos concretos em direito penal» — o aplicador deve (depois de minuciosamente investigar a situação de facto e a situação jurídica do caso) seguir um *modelo de construção bipolar*, em que num primeiro tempo considere as questões da tipicidade e da ilicitude (ou do tipo-de-ilícito) e, num segundo tempo, as da culpa (ou do tipo-de-culpa). A este modelo se adequará a minha exposição e a sua divisão pelos dois tempos postos à minha disposição.

Só que — e com isto atinjo a minha última nota preliminar —, por mais lacunosa e fragmentária que tenha de ser (e porventura *deva ser*) a minha exposição, ela não pode prescindir de todo, relativamente a cada um dos capítulos em que a dividirei, de um ponto de partida centralizador e englobante, que constitua ao mesmo tempo um indicador preciso das intenções legislativas, a chave da sua compreensão unitária e o prisma correcto para a sua análise. Esse ponto de partida vejo-o eu, tanto no que respeita à categoria da ilicitude como à da culpa, na Constituição democrática do Estado, concretamente, na Constituição da República Portuguesa: o modo de ligação desta àquelas categorias jurídico-penais (que aliás já em outras ocasiões tive ensejo de explicar mais em pormenor) constituirá por isso o momento inicial, se bem que fugaz e apodíctico, da consideração que em seguida farei dos dois temas.

PARTE PRIMEIRA

ALGUMAS QUESTÕES NO ÂMBITO DA ILCITUDE

II

O poder punitivo do Estado, como parte do sistema total de controlo social, exerce-se primariamente no sentido do controlo do crime; ou, vistas as coisas do outro lado, no sentido da protecção das condições essenciais da vida do homem na comunidade e, assim, da livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada um. O direito penal torna-se, deste modo, numa ordem de protecção de bens jurídicos que é, ela própria, expressão da ordem axiológica fundamental da comunidade.

Ora a ilicitude — como valoração autónoma da ordem jurídica, através da qual se liga, a um concreto comportamento, um sentido de desvalor jurídico capaz de justificar a aplicação ao agente de uma sanção estadual de natureza criminal — tem justamente como seu elemento constitutivo essencial o *bem jurídico*. Daqui permito-me

retirar uma dupla consequência. Por um lado, a de que a categoria dogmático-prática da ilicitude detém prioridade ontológica e normativa na concreta aferição do carácter criminal de um certo facto. Por outro lado, a de que existe uma indissociável relação entre a ilicitude material — baseada na ordem legal dos bens jurídicos — e a ordem axiológica constitucional. Relação que não é por certo, como já tenho acentuado, de identidade ou sequer de recíproca cobertura, antes só de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; mas a permitir afirmar, em todo o caso, que a ordem dos valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo e delimitativo da ilicitude material. E dito isto, fica do meu ponto de vista dito o mais importante para uma correcta apreensão da função da ilicitude nos quadros de um Estado de Direito democrático.

Não devendo, para me manter fiel aos meus propósitos inicialmente expressos, espalhar-me sobre as consequências — aliás da mais decisiva relevância — desta concepção na dogmática geral da ilicitude, viro-me concretamente para o texto do novo Código. Para pôr em evidência que este vai muito mais longe que o Código anterior na consagração expressa das regras de imputação objectiva; mas vai só até onde, em matéria de pressupostos da punição, tal consagração é imposta pelas exigências materiais do Estado de Direito democrático ou pelas suas consequências. Assim, no art. 11.º, a incidência em princípio individual da responsabilidade. Assim, nos arts. 10.º e 12.º, os limites da punição da chamada omissão imprópria e da actuação em nome de outrem — o que representa, num caso e noutro, extensões ou complementos do âmbito incriminador dos tipos legais contidos na parte especial. Assim também — e ainda mesmo para aqueles que considerem o dolo e a negligência entidades pertencentes à culpa — o art. 13.º, ao limitar a punibilidade aos factos dolosos sempre que a lei não preveja expressamente a punibilidade da negligência; bem como o art. 18.º, ao reputar a imputação do evento agravante, a título de negligência, como exigência mínima de punibilidade dos crimes agravados pelo evento.

Diferente é a situação nos arts. 31.º, 32.º, 34.º, 36.º, 38.º e 39.º, relativos às causas de exclusão da ilicitude. Sabe-se como aqui se não fazem já sentir as exigências jurídico-constitucionais de precisão e determinação típicas, impostas pelo que poderia chamar-se a vertente

liberal do Estado de Direito, não se encontrando as causas de exclusão da ilicitude — ao contrário do que sugeria o n.º 7 do art. 29.º do Código velho — sujeitas sequer a um princípio de *numerus clausus*. Deste ponto de vista se diria até serem inúteis todos os preceitos do novo Código agora em apreço, à excepção porventura, e quando muito, do art. 31.º, onde se contém uma cláusula geral e uma enumeração exemplificativa da justificação do facto. Mas todos decerto concordaremos que seria esta, sob o prisma legislativo, uma péssima solução, que lançaria a aplicação na maior perplexidade e insegurança; tanto mais quanto não dispusemos até agora de uma jurisprudência afoita ao reconhecimento de justificações supra-legais e à exacta definição do seu sentido e limites. Deve pois louvar-se o caminho, seguido pelo novo Código, de consagrar e definir os principais tipos-justificadores — a legítima defesa, o direito de necessidade, o conflito de deveres, o consentimento expresso e o presumido —, sem prejuízo de consagrar a seu lado uma cláusula geral de justificação onde cabem causas de exclusão da ilicitude legais não nomeadas — *v. g.*, o estado de necessidade do direito civil, a acção directa, o direito de correcção, o direito de informação, a prossecução de interesses legítimos —, bem como causas de justificação implícitas — *v. g.*, a «adequação social», o «risco permitido» — e causas supra-legais que a doutrina e a jurisprudência venham porventura no futuro a desenvolver.

O que acabo de dizer não significa no entanto que, no que respeita às causas de exclusão da ilicitude, se quebre, de um ponto de vista material, a ligação atrás posta em relevo entre a ordem axiológica constitucional e a categoria jurídico-penal da ilicitude. Por um lado, também as causas de justificação — e sejam elas vistas dogmaticamente como elementos negativos do tipo, ou antes como elementos que excluem a ilicitude indiciada pelo preenchimento de um tipo, ou antes ainda como contra-tipos ou tipos-justificadores ao lado dos tipos-incriminadores —, também as causas de justificação visam definir, tal como os elementos típicos incriminadores, embora à sua maneira particular, as condições dentro das quais a lesão de um bem jurídico é ilícita; deste modo, também elas se ligam à ordem legal dos bens jurídicos e, por seu intermédio, à ordem axiológica constitucional. Por outro lado, é esta ordem axiológica constitucional que há-de fornecer os critérios decisivos para a determinação da juridicidade e, portanto, para a fixação em concreto dos princípios gerais de justi-

ficação. Não pretendendo prosseguir nesta via, acentuarei só que os princípios constitucionais do respeito pela autonomia ética da pessoa e da prevalência do valor conflituante de maior hierarquia — se bem que limitada pela exigência de «proporcionalidade» ou, na expressão de KONRAD HESSE, de «concordância prática» dos bens em colisão — conformam, em minha opinião, os mais fundamentais princípios com que o aplicador do direito deverá operar quando procure estabelecer se, num caso não expressamente coberto por um concreto tipo-justificador, a ilicitude do facto se encontra ou não, como se exprime o art. 31.º-1 do novo Código, «excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade».

Eis, Senhoras e Senhores, exposto ou ao menos sugerido o «ponto de vista englobante» que me parecia necessário encontrar para dar consistência à categoria da ilicitude material, tal como o novo Código a reconhece ou pressupõe. Passo agora a um breve comentário das facetas que reputo mais importantes nas disposições do Código Penal relativas à ilicitude do facto.

III

Começo com o princípio contido no art. 11.º e segundo o qual, «salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal».

Trata-se, à primeira vista, da consagração do princípio, antigo e respeitável, da *individualidade* (ou *individualização*) da *responsabilidade criminal*; princípio que aliás se considerava já contido no art. 28.º do velho Código e que a doutrina ainda hoje dominante continua a ver fundado na incapacidade jurídico-penal, ou só de acção ou também de culpa, das pessoas colectivas. Mas não pode ser esse seguramente nem o sentido, nem a justificação do preceito. Se o fosse, se o princípio da individualização da responsabilidade se encontrasse inscrito na natureza das coisas, não teria sentido a ressalva de disposição em contrário. Esta só se compreende quando se vê naquele princípio uma pura opção normativa do legislador, que não um suposto óntico a ele previamente imposto. Por isso, se me é permitido

dizê-lo, vejo eu neste art. 11.º a confirmação da minha ideia já antiga e segundo a qual é viável e adequado considerar as pessoas colectivas — através de um processo de pensamento filosófico *analógico* — capazes de acção e de culpa jurídico-penais. Se e quando deve isto acontecer, é uma decisão político-criminal do legislador em cuja dilucidação não devo penetrar.

E nem se diga, contra o que acabo de defender, que a consagração, pelo art. 12.º, da punibilidade da «actuação em nome de outrem» — e portanto também de quem age como órgão ou representante de uma pessoa colectiva — torna dispensável, em perspectiva político-criminal, a responsabilização directa da pessoa colectiva. É outro, e mais modesto, o sentido e o conteúdo do art. 12.º — preceito que aliás constitui novidade relativamente ao nosso direito anterior. Ele pretende unicamente estender a punibilidade dos tipos legais da parte especial, que supõem determinados elementos pessoais ou uma actuação no interesse próprio, também àquelas pessoas em que tais elementos típicos se não verificam (e que portanto não são destinatários próprios ou possíveis da norma incriminadora), mas que todavia actuaram como órgãos ou representantes de uma pessoa relativamente à qual se verificavam aqueles elementos pessoais ou aquele interesse próprio. Será patentemente o caso, *v. g.*, de um crime de frustração de créditos, de falência, ou de favorecimento de credor, em que a actuação caiba, não ao devedor — pessoa individual ou colectiva —, mas antes a um seu órgão ou representante.

Duas notas desejaria acrescentar, em jeito conclusivo, sobre este ponto.

A primeira é a de que uma «transferência» total da responsabilidade, que verdadeiramente deva caber a uma pessoa colectiva *quã tale*, para o nome individual de quem actue como seu órgão ou representante poderia conduzir muitas vezes — sobretudo nos delitos económicos de grandes empresas, *v. g.*, multinacionais, com diversificadas esferas de administração donde deriva uma muito acentuada repartição de tarefas e de competências — à completa impunidade, por se tornar impossível a comprovação do nexos causal entre a actuação de uma ou mais pessoas individuais e a agressão do bem jurídico produzida ao nível da pessoa colectiva. O reconhecimento da punibilidade da actuação em nome de outrem não substitui pois a necessi-

dade de em certos casos — nomeadamente no âmbito do direito penal secundário ou especial —, a lei consagrar expressa e directamente a punibilidade da pessoa colectiva.

A segunda nota servirá para tentar prevenir um possível equívoco quanto ao sentido da responsabilidade dos órgãos ou representantes de uma pessoa, individual ou colectiva. O art. 12.º não regula nem quer regular qualquer problema de *comparticipação*; bem pelo contrário, ele quer deixar intocadas as normas dos arts. 25.º e 29.º, que à *comparticipação* se referem. O art. 12.º regula pois, e só, a questão de saber sob que pressupostos deve um agente ser tratado *como se* efectivamente se verificassem nele certas características especiais exigidas ou pressupostas pelo tipo e que, na realidade, nele se não dão: por isso se devendo afirmar que nele se prevê a *extensão* da punibilidade de certos tipos legais de crime. Isto há-de ser tido em conta na interpretação dos seus elementos constitutivos e, nomeadamente, dos «elementos pessoais» que refere, por comparação com as «qualidades ou relações especiais do agente» a que alude o art. 28.º, relativo à ilicitude da *comparticipação*. Que aquele conceito deva ser interpretado mais restritamente do que este, é sugestão que logo me parece resultar do pensamento fundamental que acabei de mostrar presidir ao art. 12.º

IV

Outra extensão da punibilidade dos tipos legais da parte especial está contida no art. 10.º, relativo à punibilidade dos casos de omissão impura ou imprópria, também chamados de comissão por omissão.

A norma, como se sabe, constitui para nós plena novidade a nível legislativo e é consequência estrita das exigências resultantes do princípio jurídico-constitucional do *nullum crimen sine lege*: não assim já porém a nível dogmático, bem podendo dizer-se que ela se limita a dar expressão formal — aliás restritiva e cautelosa, como convém — à doutrina entre nós predominantemente defendida em matéria de equiparação da omissão à acção. Nem por ser assim, todavia, devem ser minimizadas as reais dificuldades a que, sobretudo nos primeiros tempos, a aplicação do preceito pode dar lugar. Até agora quase se

contam pelos dedos os espécimes jurisprudenciais superiores portugueses em que a problemática da equiparação da omissão à acção foi especificamente considerada. É razoável pensar que no futuro a situação se modificará completamente e que, por conseguinte, começarão a surgir à plena luz as dificuldades reais de que aquela problemática ainda hoje, por toda a parte, se encontra recheada. Na completa impossibilidade de as considerar a todas, elegerei três constelações problemáticas que me parecem particularmente importantes, fazendo-as anteceder da menção de um problema que — se bem não possua incidência legislativa directa, nem seja específico dos delitos de omissão impróprios — assume todavia o mais decisivo relevo no processo de aplicação.

1. Esse problema prévio é o da distinção prática entre crimes de acção e de omissão.

Ninguém duvida, por exemplo, de que a mãe que estrangula o seu bebé o mata por acção, aquela que o deixa sem alimento até à morte o mata por omissão. Em casos destes não é necessário procurar critérios sofisticados de distinção, porque a solução oferecida pela experiência comum e pelo sentimento imediato possui o toque bom das coisas evidentes.

Mas já não assim em formas de conduta exteriormente *equivocas*, onde se torna necessário estabelecer o ponto de referência decisivo para a qualificação jurídico-penal. É o caso, sobretudo, de muitas condutas negligentes, em virtude de a valoração da ilicitude típica se ligar já nelas a uma *omissão* — à omissão do cuidado necessário, a que se refere o novo Código no seu art. 15.º Se, por exemplo, um automobilista atropela um peão por conduzir à noite sem luz, diremos nós que o resultado se imputa a uma actividade (o conduzir sem luz) ou antes a uma omissão (o não ter ligado o sistema de iluminação)? Não só todavia em caso de negligência, se não que também em caso de dolo não faltam condutas dotadas a este propósito de alta equivoicidade externa. Assim, por exemplo, a interrupção de funcionamento de uma máquina de respiração assistida, à qual se encontra ligado um paciente em coma profundo e irreversível. Também aqui diremos nós que a morte se imputa a uma conduta activa (o desligar a máquina) ou omissiva (a não continuação da prestação de cuidados médicos)?

Não pode ser minha intenção resolver aqui os complexísimos pro-

blemas que nesta matéria se suscitam. Mas apenas chamar a vossa atenção, Senhoras e Senhores, para que, se o Código não contém — nem deveria conter — qualquer regra imediatamente aplicável à solução dos casos controversos, permite todavia que se retire o critério decisivo do sentido da regulamentação que oferece para a omissão imprópria. Esta é concebida, na verdade, não em função de uma qualquer estrutura apriorística do delito, seja de natureza empírica-naturalística ou ôntico-final, se não que em função de uma estrutura referencial a valores e, assim, de uma acção socialmente devida ou esperada. Por isso o critério último e decisivo de distinção não haverá de ser tanto encontrado à luz, *v. g.*, do emprego ou não emprego de energia (como sugere ENGISCH), da existência ou inexistência de um processo causal real (como defende SAMSON), da presença ou ausência de um nexos final (como sustenta ARMIN KAUFMANN). Mas sim à luz da determinação — em perspectiva normativo-social — do ponto de gravidade da valoração da ilicitude relativamente à conduta penalmente relevante; o que vale por dizer, em minha opinião, que ela deve ligar-se essencialmente — embora não só — à circunstância de o agente ter criado ou potenciado o perigo para o bem jurídico ameaçado (conduta activa), ou antes não ter diminuído ou eliminado um tal perigo (conduta omissiva).

2. Discutida esta questão preliminar, consideremos agora a primeira nota que me proponho realçar dentro da temática da omissão imprópria: a das condições de princípio da equiparação da omissão imprópria à acção.

Recebendo o ensinamento bem conhecido de EDUARDO CORREIA, o art. 10.º-1 declara peremptoriamente que «quando um tipo legal de crime compreenda um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo, como a omissão da acção adequada a evitá-lo»; com o que assenta num amplíssimo princípio de equiparação, que se diria mesmo válido para *todos* os tipos legais de resultado. Logo a parte final do preceito citado acrescenta, porém: «salvo se outra for a intenção da lei». Que significa isto exactamente e quais as tarefas que esta restrição põe a cargo da aplicação do direito?

O problema não se levanta relativamente àqueles crimes em que o tipo legal se limita a descrever a causação de um resultado

— *v. g.*, o homicídio, as ofensas corporais, o dano. Mas já se suscita em todos aqueles outros em que o tipo legal descreve uma forma vinculada de execução, ou pelo menos torna dependente dela o desvalor da acção — *v. g.*, a coacção, a generalidade dos crimes sexuais, a buria. Aqui, a restrição legal só pode ter o sentido de reenviar o aplicador do direito para uma valoração autónoma, de carácter ético-social, através da qual ele determine se, segundo as concretas circunstâncias do caso, o desvalor da omissão *corresponde* ou é *equiparável* ao desvalor da acção, na perspectiva própria da ilicitude. Se, atenta a interpretação devida do tipo legal de acção quanto à espécie e ao modo de execução ou aos meios determinados que ela supõe, o aplicador se pronunciar pela não correspondência, deve ele então concluir que outra era no caso a intenção da lei, nos termos e para os efeitos da cláusula geral de equiparação contida no art. 10.º-1 do novo Código Penal.

3. Só que a equiparação em concreto da omissão à acção supõe um outro requisito: o de que, nos termos do art. 10.º-2, «sobre o omissor recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado». Quando e sob que condições é que concretamente se dá este dever jurídico — eis a questão que o novo Código, prudentemente, não quis resolver de forma expressa, deixando-a aberta à evolução da doutrina e da jurisprudência.

A doutrina tradicional era, como se sabe, no sentido de que tal ocorreria quando a posição de garante do agente derivasse da lei, de um contrato ou de uma situação de ingerência, é dizer, de perigo para bens jurídicos criada, ainda que não culposamente, pelo próprio omissor. Esta doutrina fortemente restritiva encontra-se de algum modo em crise — à qual não é estranha, decerto, uma muito mais afinada sensibilidade que hoje se possui para os valores e exigências do *solidarismo* e da *comunidade de vida*. Mas não deixa de ser certo também que um alargamento desmesurado das fontes donde deriva ou onde se ancora a posição de garante poria em sério risco as exigências de segurança das pessoas e de determinabilidades dos tipos-incriminadores, que constitucionalmente se ligam ao princípio da legalidade em direito penal.

Uma coisa me parece certa: a lei, o contrato, a ingerência, não devem constituir *fontes* do dever de garantia, mas só *planos* em que

aquele se deve reflectir por homenagem às exigências que acabo de referir. Alguém negaria o dever de garantia à *baby-sitter* que deixara morrer, por omissão, o bebé entregue aos seus cuidados, só porque ela viesse demonstrar que o contrato que a ligava aos pais da criança era nulo? E contrariamente: alguém afirmaria aquele dever de garantia se a *baby-sitter* se não tivesse apresentado ao serviço e, apesar disso, os pais do bebé tivessem persistido em ir ao cinema e deixar a criança só, daqui resultando a sua morte?

Vê-se assim que decisiva é uma relação fáctica de proximidade — digamos: existencial — entre o omitente e determinados *bens jurídicos* que ele tem o dever pessoal de proteger, ou entre o omitente e determinadas *fontes de perigo* por cujo controlo é pessoalmente responsável. Que, com isto, se alarga o catálogo das situações em que o dever de garantia se afirma, é indiscutível; sem que todavia se possam dizer postas irremediavelmente em causa as exigências decorrentes do Estado de Direito. E talvez mesmo que em favor desta concepção — que liga o dever de garantia à proximidade do agente com certos bens jurídicos e determinadas fontes de perigo, antes que directamente à lei, ao contrato e à ingerência — se possa invocar o advérbio «pessoalmente», contido no art. 10.º-2 do novo Código e que não encontra paralelo noutras legislações. Seja porém como for: a exacta e segura determinação da tipologia de casos integrantes do dever de garantia, nos delitos de omissão impróprios, representa uma das grandes e urgentes tarefas que esperam a aplicação do novo Código Penal e da execução da qual é lícito esperar desenvolvimentos e avanços decisivos para a ciência do direito penal.

4. Termino as minhas referências à problemática da omissão imprópria dando conta do inteiro aplauso que me merece a *possibilidade* de atenuação especial da pena, prevista pelo art. 10.º-3.

Não faltou já quem pretendesse ser uma tal possibilidade contraditória com a dupla cláusula de equiparação da omissão à acção acabada de referir: se uma tal equiparação ou equivalência é necessária para fundar a punibilidade da omissão, também ela deveria ser respeitada quanto à punição efectiva. Mas o argumento esquece, além do mais, que a equivalência só contende com a ilicitude do facto, não com a culpa do agente: e também esta pode em muitos casos ser menor na omissão do que na acção correspondente.

V

Deverei neste momento dizer algumas palavras sobre as normas que no novo Código se referem ao dolo e à negligência? Eis, Senhoras e Senhores, a perturbante questão que agora devo decidir. Se trato do assunto no presente contexto, vós direis que imputo ao novo Código Penal uma consideração daquelas entidades — à maneira finalista — como elementos constitutivos do tipo-de-ilícito; se o deixo para a intervenção da noite, vós vereis nisso sinal de que, em meu juízo, o novo Código trata o dolo e a negligência — numa impostação anti-finalista — como elementos dos tipos-de-culpa!

Mas o dilema não é necessário. O tratamento a que o Código submete esta matéria não é em definitivo incompatível com qualquer das concepções sobre a localização sistemática do dolo e da negligência. As suas definições legais são o mais possível neutrais, do ponto de vista dogmático-sistemático, tal como o é o tratamento do erro sobre as circunstâncias do facto e do erro sobre a ilicitude.

Por minha parte penso — mas sem que eu queira impor esse pensamento, ou retirá-lo por necessidade do texto do novo Código Penal — que o dolo e a negligência são entidades complexas, cujos elementos constitutivos se distribuem pelas categorias da ilicitude e da culpa. O dolo enquanto conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo, e a negligência enquanto violação de um dever de cuidado, são elementos constitutivos do tipo-de-ilícito. Mas o dolo é também e ainda expressão de uma atitude pessoal contrária ou indiferente, e a negligência expressão de uma atitude pessoal descuidada ou leviana, perante o dever-ser jurídico-penal; e nesta parte são elementos constitutivos, respectivamente, do tipo-de-culpa doloso e do tipo-de-culpa negligente. É a dupla valoração da ilicitude e da culpa que *concorre* na completa modelação do dolo e da negligência.

Deste ponto de vista nada haverá a opor — bem pelo contrário — ao que o novo Código estabelece quanto ao conteúdo do dolo e da negligência relevante para a valoração da ilicitude. No n.º 1 do art. 14.º define-se a intenção, dolo directo ou dolo específico, no n.º 2 o dolo necessário, no n.º 3 o dolo eventual (cuja problemática, todavia, já

entrará, ao menos em parte, na categoria da culpa). No art. 15.º caracteriza-se a negligência, unitariamente, como violação de um dever de cuidado e, no que toca à representação ou não do resultado, como negligência consciente ou inconsciente. O art. 16.º define o âmbito do erro que exclui o dolo, simplificando sensivelmente o tratamento legal do erro sobre a pessoa e sobre o objecto, bem como da *aberratio ictus*, que se encontrava nos n.ºs 3 e 6 e nos §§ 2.º e 3.º do art. 29.º do Código velho e que dava lugar aos maiores dissensos doutrinários e jurisprudenciais. No novo texto é levado a todas as suas consequências o princípio de que o erro que recaia sobre quaisquer elementos tipicamente relevantes exclui o dolo, ficando ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais. Este princípio estende-se, por força do art. 16.º-2, ao erro sobre elementos constitutivos de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa; mas também aqui, do meu ponto de vista, a problemática penetra ou termina já no tema da culpa, pelo que sobre ela nada mais devo dizer no presente enquadramento.

Em geral, poderá perguntar-se se se ganha alguma coisa com a definição legal — sempre arriscada, e necessariamente lacunosa — do dolo e da negligência; e se, pelo contrário, uma tal definição não poderá impedir a livre evolução da dogmática e da doutrina geral do crime. Respondo afoitamente em sentido afirmativo à primeira, em sentido negativo à segunda das perguntas formuladas. Num estágio de evolução como o da jurisprudência penal portuguesa a omissão daquelas definições seria altamente inconveniente, por deixar persistir a ausência — que até agora entre nós se verifica e se revela, *v. g.*, no equívoco jurisprudencial em tema de dolo específico nos crimes contra a honra — de uma concepção clara dos próprios elementos constitutivos daqueles conceitos. Ao que acresce a circunstância de que, em toda esta matéria, verdadeira *decisão normativa* só a toma o legislador ao definir o dolo eventual; quanto ao resto, a definição é feita notoriamente na simples mira de alcançar uma interpretação coerente e unitária dos tipos legais da parte especial que exijam, *v. g.*, uma «intenção», ou uma «representação de um evento ou de uma circunstância como consequência necessária da conduta». No que respeita ao dolo eventual, maiores precisões só em sede de culpa deverão ser dadas.

VI

Atinjo assim, Senhoras e Senhores, o último ponto que nesta parte da minha exposição me proponho aflorar: o de alguns problemas suscitados pelo desenho que na nova lei assumem as concretas causas de exclusão da ilicitude que expressamente regula.

1. Começarei por acentuar que, em matéria de *legítima defesa* — regulada no art. 32.º —, nenhuma novidade parece haver relativamente ao direito até aqui vigente, tal como era interpretado e aplicado pela doutrina e pela jurisprudência dominantes. Isto corresponde, decerto, à circunstância em geral reconhecida de a dogmática da legítima defesa constituir, desde há muito, a mais segura, precisa e pacífica dentro de todos os tipos-justificadores.

E no entanto, também nela sopram muito recentemente os ventos da renovação, que tem como preço inevitável uma certa instabilidade e insegurança. Essa renovação pode fazer-se caber sem esforço no rótulo geral das *limitações ético-sociais do direito de legítima defesa* e reflecte-se em questões como a da situação de legítima defesa provocada (*rectius*: pré-ordenada); a da recusa de legitimidade da defesa em caso de escandalosa desproporção entre o bem jurídico defendido e o lesado pela defesa; enfim, a da limitação dos bens que podem ser defendidos à custa da morte do agressor (sobretudo em face do disposto no art. 2.º-2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Como quer, porém, que estes novos problemas devam resolver-se, não pode daí retirar-se a consequência da necessidade de uma qualquer correcção do art. 32.º do novo Código Penal. Este consagra sem dúvida, na sua forma mais pura e linear, o desenho legal que a legítima defesa deve assumir e comporta ampla virtualidade para permitir um desenvolvimento livre da respectiva problemática no futuro.

2. No que toca à exclusão da ilicitude por força do *consentimento*, os dois maiores problemas em sede de aplicação provirão previsivelmente, face ao art. 38.º-1 do novo Código Penal, da extensão a conferir aos interesses jurídicos que devam considerar-se *livremente disponíveis* e da interpretação a dar à exigência de que *o facto não ofenda os bons costumes*.

a) Quanto ao primeiro ponto, tudo dependerá da interpretação do singular tipo legal da parte especial que esteja em causa e do bem jurídico por ele protegido. Extensas generalizações são perigosas e devem ser evitadas.

Parece seguro, por exemplo, que não será possível dispor eficazmente de bens jurídicos da colectividade, mas já se poderá dispor, em contrapartida, de bens jurídicos patrimoniais de carácter pessoal. No que toca à eficácia do consentimento em uma ofensa corporal, ela deverá ficar sujeita a apertadas limitações, nos termos do art. 149.º, aliás relacionadas com a cláusula dos bons costumes. Quanto à vida humana, ensina-se em geral que ela constitui um bem jurídico absolutamente indisponível. Mas a este bem fundado princípio há que fazer, em minha opinião, uma dupla e importante restrição: a de que a vida é «disponível» face a ataques provenientes do *próprio titular* (como o mostra a não punição do suicídio e a exigência de consentimento, pelo art. 158.º, para toda e qualquer intervenção médica); e sobretudo a de que ela é disponível, dentro de certos limites, perante ataques *negligentes* levados a cabo no exercício de certas actividades especialmente perigosas mas permitidas (pense-se por exemplo no boxe, nas corridas de automóveis ou de motocicletas).

b) Quanto à cláusula dos bons costumes, trata-se nela de um conceito indeterminado, a exigir uma valoração por parte do aplicador do direito que pode suscitar algumas dificuldades. De grande auxílio se revelará o art. 149.º-2, segundo o qual «para decidir sobre se a ofensa no corpo ou na saúde contraria os bons costumes tomar-se-ão em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa».

Feitas todas as contas, parece-me ser o carácter *grave e irreversível* da lesão que deve servir para integrar, essencialmente embora não só, a cláusula dos bons costumes. Pois mal se compreenderia a razão por que o direito penal não haveria de dar eficácia ao consentimento, v. g., numa insignificante ofensa sadista ou masoquista, mas já a daria ao consentimento numa grave mutilação por motivos religiosos.

Só que, a ser assim, parece então que o tipo legal das ofensas corporais constituirá o domínio por excelência da cláusula dos bons cos-

tumes, assumindo muito maior interesse prático a sua consideração *neste campo específico* do que como requisito *geral* da eficácia do consentimento.

c) Uma última nota servirá para pôr em evidência que, nos termos do art. 38.º-4, «se o consentimento não é conhecido do agente é punível com a pena aplicável à tentativa». Esta solução está amplamente justificada porque, tal como na tentativa, estamos neste caso — em que o agente actua sem o conhecimento da situação justificadora — perante um comportamento do agente a que falta o desvalor do resultado e em que permanece só o desvalor da acção.

Mas se assim é, parece então que esta solução deve ser aplicável, não apenas ao caso do consentimento, mas sempre que o agente actue sem conhecer uma situação justificadora realmente existente. Um código como o nosso novo Código Penal, que indiscutivelmente aceita em princípio a punibilidade da tentativa impossível, entraria em contradição normativa se deixasse de punir, também a título de tentativa, aquele que actuou numa situação efectivamente justificante, mas sem como tal a conhecer.

Questão diferente — e insusceptível, ao que me parece, de uma resposta de carácter geral, mas que só pode ser antes respondida concretamente à luz de cada tipo-justificador — é a de saber se, relativamente a certas causas justificativas (v. g., a legítima defesa), bastará, do lado subjectivo, o conhecimento pelo agente da situação justificadora, ou será ainda necessário um certo *animus* ou intenção de actuar no sentido da licitude.

3. A consagração expressa, nos arts. 34.º e 36.º do novo Código Penal, do estado de necessidade justificante é sem dúvida, dentre todos os tipos-justificadores, a mais necessária e, nesta acepção, também a mais importante.

Sabe-se, na verdade, como a ideia do reconhecimento de um estado de necessidade justificante geral — que fosse para além dos estados de necessidade particulares expressamente consagrados, máxime na lei civil, como entre nós sucede no art. 339.º do Código Civil — se desenvolveu na jurisprudência alemã dos anos 30 como hipótese de *justificação supra-legal*. A princípio aceite apenas a propósito da interrupção da gravidez por indicação médica, foi depois estendida

a outras espécies legais, de acordo com o princípio fundamental da ponderação de bens e de deveres conflitantes e da prevalência do preponderante. Com este conteúdo ganhou esta justificação extenso aplauso doutrinário nos mais variados países e mesmo uma certa penetração jurisprudencial, sem todavia obter consagração legislativa generalizada. É também com este preciso sentido que uma tal justificação passa agora para os arts. 34.º e 36.º do novo Código Penal, o primeiro relativo ao conflito de bens ou de interesses, o segundo ao conflito de deveres.

a) A primeira destas disposições é sem dúvida a mais ampla. Segundo ela está justificada, sob certas condições e pressupostos, a lesão de certos bens jurídicos de alguém, ainda que estranho à situação, quando tal lesão se mostra necessária para afastar um perigo actual que ameaça outros bens jurídicos do agente ou de terceiros.

A norma repousa pois, claramente, num pensamento fundamental de *recíproca solidariedade* entre os membros da comunidade jurídica e regula as condições dentro das quais o indivíduo deve suportar o sacrifício de bens jurídicos seus, em favor da preservação de bens jurídicos de outrem. São três estas condições, cada uma delas contida em uma das alíneas do art. 34.º, das quais destacarei a da relação de hierarquia dos interesses conflitantes (al. b) e a da exigibilidade ético-social do sacrifício imposto (al. c).

São conhecidas as dificuldades que uma avaliação em concreto da hierarquia dos interesses conflitantes pode suscitar. Nesta matéria devo bastar-me com acentuar que pontos de apoio para a levar a cabo são oferecidos, quer pela medida das sanções penais cominadas para a violação dos respectivos bens jurídicos, quer pelos princípios ético-sociais vigentes na comunidade em certo momento, quer pelas modalidades do facto, a medida da culpa ou por pontos de vista político-criminais. Como ainda e também, noutra plano, pela extensão do sacrifício imposto e pela extensão e premência do perigo existente.

Mas para além disto o novo Código exige ainda, para a justificação, que seja «razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza o ao valor do interesse ameaçado». Esta limitação ético-social do direito de necessidade — independentemente de saber se ela poderá ver-se já contida, ao menos em certa

medida, na exigência de sensível desproporção dos interesses conflitantes — é, em minha opinião, de sufragar incondicionalmente. O direito de necessidade, justificado embora como disse por razões de recíproco solidarismo entre os membros da comunidade jurídica, tem em todo o caso de recuar perante a possibilidade de violação da dignidade e da autonomia ética da pessoa de terceiro. E isso mesmo quer dar a entender a al. c) do art. 34.º do novo Código Penal.

b) Quanto finalmente à colisão de deveres, regulada no art. 36.º, trata-se aí de uma espeialização do estado de necessidade justificante, conducente à exclusão da ilicitude sempre que o agente deixe de cumprir um dever para cumprir outro de valor superior *ou igual*. Rege aqui — ademais das considerações que dão fundamento ao estado de necessidade justificante — a ideia de que o direito não pode exigir dos seus destinatários nada que seja de cumprimento impossível, pelo que, em caso de colisão inextrincável de deveres *iguais*, só pode ser exigido do agente que cumpra um deles, conferindo-lhe a ordem jurídica uma plena liberdade de escolha.

De resto, quanto ao problema da hierarquização dos deveres, haverão de valer *mutatis mutandis* as considerações que há pouco fiz sobre a hierarquização dos bens ou interesses. A menos que seja a própria lei a estabelecer a hierarquia, como sucede no art. 36.º-2: este preceito significa, praticamente, que o dever de obediência hierárquica *não é nunca superior* ao dever de não cometer um qualquer crime.

Desejaria só, ainda a propósito da figura do conflito de deveres, deixar uma última palavra que me parece da mais decisiva importância e pode prevenir eventuais equívocos: verdadeiro conflito de deveres, nos termos e para os efeitos do art. 36.º, só se dá quando inexoravelmente colidam dois *deveres de acção* e quando, por conseguinte, a problemática do facto a justificar ocorra no domínio da omissão penalmente relevante; quando, diferentemente, a colisão se verifique entre *um dever de acção e um dever de omissão*, a problemática respectiva já não cabe no âmbito do conflito de deveres, regulado no art. 36.º, mas reentra sim de pleno no âmbito do direito de necessidade, a que se refere o art. 34.º

PARTE SEGUNDA

ALGUMAS QUESTÕES NO ÂMBITO DA CULPA

VII

O meu propósito de agora é, Senhoras e Senhores, de acordo com o programa que estabeleci, o de vos falar da posição do novo Código Penal em matéria de pressupostos da punição que com a culpa se relacionam e de causas de exclusão da culpa. Também aqui começarei, como o fiz para a ilicitude, por tentar estabelecer um ponto de vista englobante, que ligue a categoria jurídico-penal da culpa à Constituição democrática do Estado, para só depois evidenciar alguns dos temas que me parecem de maior interesse para uma segura aplicação do Código Penal. Mas antes que comece verdadeiramente, pedir-vos-ia a vossa benevolência para duas curtíssimas notas introdutórias.

A primeira poderia obedecer ao seguinte mote: o meu tema centra-se na categoria dogmática da *culpa*, não no fenómeno político-criminal do *princípio da culpa*. Que quero eu dizer com isto? Não, decerto, contestar a evidência de que a «culpa» que num e noutro caso se considera é a mesma entidade. Mas sim chamar a atenção para que uma coisa são as considerações político-criminais que conduziram o legislador à aceitação do princípio da culpa, outra coisa a concreta conformação dogmática que o legislador confere ao conceito de culpa ou nele pressupõe e que comanda as ilações dogmáticas que dele não-de retirar-se. Só esta última constitui o meu verdadeiro tema. Mas bem se compreenderá — e se me desculpará, espero — que, não querendo eu renunciar a uma tentativa de ligação da categoria dogmática da culpa à Constituição democrática do Estado, se me torne inevitável tocar, num que noutro ponto da exposição inicial, a problemática político-criminal própria do princípio da culpa.

Isto leva-me à outra nota que aqui quereria deixar consignada: o percurso a seguir neste segundo tempo da minha exposição é, já o disse, de certo modo paralelo ao que perante vós percorri no primeiro. Mas eu não gostaria de sacrificar em demasia a um geometrismo formal, que fizesse violência à especificidade e à substância da matéria

que me cabe agora considerar. Ilicitude e culpa são, decerto, categorias dogmáticas integrantes de um conceito unitário de crime. Uma e outra se ligam à Constituição democrática do Estado e encontram nela o seu fundamento. Mas cada uma delas tem a sua via própria de ligação e cada uma delas, sobretudo, põe o seu próprio problema. Disso deverá dar conta a exposição seguinte.

VIII

1. Ainda não vão passadas duas décadas sobre o momento em que, olhando-se o estágio de evolução da dogmática jurídico-penal, a doutrina da culpa parecia a caminho de uma duradoura estabilização. Mas a evolução mais recente aí está a mostrar a extensão da crise em que de novo se encontra aquela doutrina.

A razão essencial da crise reside em que os dois fundamentos principais em que assentava o pensamento da culpa voltaram a ser postos em questão. Deu-se, por um lado, a cisão entre culpa e pena retributiva, parecendo agora ser à luz de considerações estritamente preventivas que deverá concluir-se pela rejeição ou pela necessidade de reconstrução do conceito de culpa. E por esta via terá desaparecido, conseqüentemente, a exigência de um momento ético na culpa, através do qual esta se ligava à liberdade do agente. A culpa só parece por isso poder subsistir inteiramente divorciada de toda a especulação metafísica, como mera adscrição social, simples imputação objectiva de um comportamento à responsabilidade comunitária do agente — em suma, como um conceito que exerça ainda uma qualquer função positiva e adjuvante das finalidades preventivas a que exclusivamente está votada a pena.

A estes factores de crise acrescentarei dois outros. O primeiro reside no reconhecimento de que o conceito de culpa tradicional, para se manter fiel à sua essência e fundamento, conduzia a soluções político-criminalmente intoleráveis de muitos problemas práticos, dando prevalência imoderada a critérios subjectivos de poder individual sobre critérios objectivos de dever social. O segundo factor

radica na nova compreensão das mútuas relações entre a política criminal, a dogmática e o sistema; nova compreensão esta que confere à política criminal uma posição de autonomia e transcendência perante a dogmática e o sistema e a torna competente para demarcar em último termo os limites da punibilidade. Pois a esta luz não mais faz sentido a manutenção do conceito de culpa se ele não for traçado em termos tais que respondam às exigências fundamentais da política criminal, tal como hoje se fazem sentir.

Pode dar-se uma concordância de princípio à forma como, assim, surge condicionado o futuro do direito penal de culpa. Por mim penso, todavia, que ele também não poderá subsistir se não alcançar uma *fundamentação axiológica*, a qual, por sua vez, arrastará a discussão sobre o seu *momento ético*. Apesar da extensão e da intensidade com que hoje se afirma o dogma empírico-analítico no mundo do Direito, persisto em ver na «dimensão axiológica» aquilo que constitui um princípio como jurídico e dá (como acentua CASTANHEIRA NEVES) fundamento ao seu particular modo de validade.

Só que, contra o que até há pouco tempo se pensou, isto não conduz, por necessidade, à conclusão de que o quadro de valores em que o pensamento da culpa se ancora seja o que preside a uma exasperada concepção retributiva da pena. Conduz, sim, a procurar aquela dimensão axiológica no quadro dos valores integrantes do consenso comunitário, que vivem no fundo ético-cultural de uma sociedade em dado momento e se objectivam historicamente através da «consciência jurídica comunitária».

Para que possam arvorar-se em fundamentos de validade jurídica precisam eles ainda, porém, de ser mediados ou «positivados» pela Constituição democrática do Estado. É no quadro dos valores aceites ou pressupostos por uma tal Constituição que deverá determinar-se o fundamento axiológico do pensamento da culpa e, com ele, a razão da sua subsistência ou do seu perecimento.

Ora aquele quadro é dominado pela ideia de que, nas relações sociais, cada pessoa é um fim em si mesma, possui uma dignidade intocável. Todas as relações humanas em sociedade devem por isso ser ordenadas em função deste primeiro fundamento ou — para dizer com BARBOSA DE MELO — deste «axioma antropológico», assim constituído em *Grundnorm* da ordem jurídica do Estado democrático.

É o valor irrenunciável da garantia da eminente dignidade humana que constitui o fundamento axiológico da culpa jurídico-penal; e é a delimitação da responsabilidade do homem, dali decorrente, que constitui a função desempenhada pela culpa à luz das exigências do Estado de Direito democrático.

2. Incompatível com esta conclusão é logo o requisitório a favor da abolição do direito penal de culpa e da sua integral substituição por um sistema de medidas profiláticas ou terapêuticas — de algum modo na senda da conhecida sentença de RADBRUCH, segundo a qual não importa melhorar o direito penal, mas substituir o direito penal por outra coisa melhor. Como incompatível com a conclusão que apresentei é também a posição daquelas que (desde GIMBERNAT ORDEIG a ELLSCHEID e a HASSEMER), renunciando à culpa como fundamento e mesmo como limite da pena, pretendem manter no essencial as suas consequências em matéria de delimitação da responsabilidade — para tanto fazendo apelo a um correcto entendimento das exigências preventivas ou ao princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade. Como incompatível reputo por fim a ideia — posta à discussão por JAKOBS — de manutenção da culpa como puro derivado da prevenção geral. Pois em qualquer destes casos não vejo — nem creio na verdade que existam — pontos de conexão entre as exigências preventivas ou as da proporcionalidade e a garantia da dignidade do homem, capazes de credenciar uma coincidência da limitação da responsabilidade a partir daquelas e desta.

Concluo, por isso, que, à luz do valor jurídico-constitucional da garantia da dignidade do homem, não há alternativa à necessidade de mediação da pena pela culpa; e por uma culpa que contenha um elemento ético-pessoal limitador das exigências que de outros pontos de vista — nomeadamente de política criminal preventiva — se façam à responsabilização do agente. Eis, Senhoras e Senhores, o elo inquebrantável por meio do qual a categoria jurídico-penal da culpa lança raízes no solo da Constituição democrática do Estado e dele se nutre. E não tenho qualquer dúvida em afirmar ser este nódulo inarredável aceite integralmente pelo novo Código Penal e constituir mesmo um ponto fulcral da sua concepção básica.

IX

Problema diferente é o de saber se o Código vai além disto e vincula por necessidade a qualquer concepção do que seja materialmente a culpa em direito penal.

Ainda aqui me mostro afoito a responder negativamente à questão formulada. O próprio art. 2.º do Projecto inicial de EDUARDO CORREIA — que afirmava: «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» —, este artigo do Projecto foi eliminado em posteriores revisões. Uma tal eliminação — que de resto, sinto-me em posição de o afirmar, contou com o assentimento do ilustre Autor do Projecto — foi motivada, entre outras razões, pelo desejo de libertar o texto do Código de formulações doutrinariamente comprometidas ou que como tais pudessem ser tomadas, no caminho seguro, portanto, daquilo que logo de início chamei uma dogmática de consenso, antes que uma dogmática de conflito.

O novo Código Penal não resolve pois — nem quis resolver, nem devia resolver — questões como as de saber se a culpa é uma entidade psicológica, normativa ou mista; se ela se refere só ao facto ou também à personalidade do agente; se é culpa da vontade ou da pessoa; se é dada materialmente como decisão consciente da vontade a favor do ilícito, ou como capacidade do agente de motivação pela norma ou pelo dever, ou antes ainda como um ter que responder pelas qualidades pessoais desvaliosas que no ilícito se exprimem e o fundamentam. Cada uma destas concepções — e, em todo o caso, umas mais que outras — tentará reivindicar para si uma capacidade explicativa maior ou mais perfeita do tratamento a que o Código submete as questões de culpa. Indiscutível é, por outro lado, que a circunstância de o Código ter deixado em aberto a posição a tomar em definitivo sobre a caracterização material da culpa não significa que num tal problema se trate apenas de pura querela especulativa, teórica e doutrinária, sem conexão directa com o tratamento jurídico-penal a preconizar para questões concretas de culpa. A contenção do nosso Código nesta matéria deriva só do reconhecimento de que toda a lei deve fugir quanto possível ao puro dóctrinarismo; e pelo contrário,

sem deixar de regular, tão clara e cabalmente quanto possível, os termos da sua aplicação aos casos concretos da vida, deve esforçar-se no sentido de permitir a mais livre evolução da dogmática e da ciência respectiva.

Esta orientação, devo eu também segui-la quanto possível na exposição posterior. Decerto: num que noutra ponto, mais difícil, mais controvertido, ou eventualmente lacunoso, é natural que as considerações seguintes não consigam encobrir completamente algumas das minhas opções fundamentais quanto ao sentido e conteúdo da culpa jurídico-penal; opções que, de resto, talvez eu possa contar que sejam conhecidas de alguns dos meus ilustres ouvintes. Mas na generalidade dos tratamentos a que já em seguida me abalançarei esforçar-me-ei por me manter em terreno neutro de opções doutrinárias ou que, pelo menos, seja comum à maioria delas.

E é esse o caso, desde logo, da última consideração de carácter geral que farei. Essa consideração visa recordar uma velha verdade: a de que, tanto nos factos dolosos como nos negligentes, a culpa, como quer que em concreto se conceba, não é algo que se presume mas é, em todo o caso, algo que *em regra*, ou *prima-facie*, se liga ao carácter ilícito-típico do facto respectivo. Daqui decorre que, no plano da aplicação prática do direito penal, perguntar pela culpa do agente relativamente a um facto já qualificado como ilícito-típico e cujo carácter doloso ou negligente em princípio se determinou também, é no fundo perguntar se a culpa se encontra ou não em concreto *excluída*, isto é, se no caso se verifica alguma *causa de exclusão da culpa*. Por ser assim se compreenderá que, na exposição posterior, as considerações que bordarei sobre a *constituição* da culpa sejam sensivelmente mais breves do que as que posteriormente farei em tema de causas que *excluem* a culpa.

X

Relembrei na primeira parte desta exposição a minha convicção de que o dolo e a negligência, ainda quando possuam elementos constitutivos que possam considerar-se pertencentes ao tipo-de-ilícito,

relevam igualmente como tipos, formas ou graus de culpa e só nesta sede encontram mesmo, em certos casos, o seu critério definitivo de distinção. A razão última de uma tal convicção — e que faz reentrar o tema, de pleno direito, no âmbito desta segunda parte da minha exposição — está no argumento seguinte: se a lei — e é este, evidentemente, o caso do novo Código Penal — prevê diferentes molduras penais para factos que apenas se distinguem por terem sido cometidos com dolo ou com negligência (ou se, como também frequentemente sucede, pune aqueles e deixa estes impunes), tem isso por força de significar, à luz do princípio da culpa, que o que distingue as duas formas de comportamento é, ou é também, uma diferença de culpa.

De que modo se connexionam, em minha opinião, o dolo e a negligência, enquanto formas de realização do tipo, com um diferente conteúdo material de culpa que a lei gradua ou tipifica — eis o que já há pouco deixei sugerido e não vou aqui repetir. Interessa sim que com isto não pretendo significar — como hoje sucede com muitos autores — que dolo e negligência, enquanto formas de realização do tipo objectivo, relevem *automaticamente* como os respectivos tipos-de-culpa. Pretendo pelo contrário afirmar a existência, no dolo e na negligência, de elementos *autónomos* que, ultrapassando o quadro do tipo-de-ilícito, caracterizam o conteúdo material de culpa e se tornam em momentos decisivos da aplicação da moldura penal respectiva. Que elementos são esses, lidos à luz das disposições do novo Código Penal?

1. Começando pela *negligência*, o elemento constitutivo do tipo-de-culpa respectivo é traduzido pelo art. 15.º, na parte em que considera que age com negligência apenas aquele que não proceda «com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que era capaz».

Esta *capacidade* de cumprimento do dever objectivo de cuidado é o mais autêntico elemento configurador da censurabilidade da negligência e, assim, do seu conteúdo de culpa; o elemento — diria eu, dentro do quadro explicativo que reputo preferível — revelador de que no facto se exprimiu uma personalidade leviana ou descuidada perante o dever-ser jurídico-penal. Mas em que se traduz concretamente uma tal capacidade?

Há hoje uma grande unanimidade de pontos de vista (mesmo entre aqueles para quem a culpa é capacidade de motivação pela norma) em que não está aqui em causa o indiscernível poder de agir de outra maneira na situação, e portanto uma tentativa de resposta à questão do concreto livre-arbítrio; mas também em que não será lícito ficar-se por uma resposta meramente objectiva, que fosse buscar para padrão a capacidade normal ou do homem médio. Está aqui verdadeiramente em causa um critério subjectivo e concreto, ou individualizante, que deve partir do que seria razoavelmente de esperar de um homem com as qualidades e capacidades do agente. Se for de esperar dele que respondesse às exigências do cuidado objectivamente imposto e devido — mas só nessas condições — é que, em concreto, se deverá afirmar o conteúdo de culpa próprio da negligência e fundamentar, assim, a respectiva punição.

2. É também no contexto da culpa — sugeri-o já atrás — que em meu juízo se deverá resolver em definitivo o velho mas sempre renovado problema da distinção entre dolo eventual e negligência consciente. Aqui, como então também acentuei, o novo Código encerra uma terminante opção normativa, ao erigir em padrão decisivo da distinção, nos arts. 14.º-3 e 15.º, al. *b*), o critério da *conformação ou não conformação* do agente com o resultado típico por aquele previsto como possível. Que significa esta «conformação» e quando deve ela considerar-se existente?

Para além da *previsão* do resultado como possível, torna-se necessário que o agente tome a *sério* a possibilidade de violação dos bens jurídicos respectivos e, não obstante isso, se *decida* pela execução do facto. Deste modo, talvez possa dizer-se que o ponto de partida da consideração repousa sobre um elemento intelectual (a previsão séria da possibilidade) mas ao qual acresce depois, e ganha predominância, um elemento volitivo (a decisão, não obstante, pela conduta). Daqui não resulta porém em meu modo de ver — e contra o que hoje se sustenta, *v. g.*, na doutrina alemã dominante — que elementos *emocionais* fiquem neste tema, por inteiro, fora de consideração. Bem ao contrário: em casos particularmente difíceis de distinção é à própria essência do dolo e da negligência como tipos-de-culpa que terá de recorrer-se para determinar se, em último termo, o agente

se decidiu pelo facto conformando-se com a produção do resultado; em espécie, é da *indiferença* ou do *grau de indiferença* da pessoa do agente pela violação do bem jurídico que derivará em último termo — como logo em 1930 KARL ENGISCH mostrou, numa investigação que ainda hoje se conserva tão viva como quando foi escrita — a qualificação como *dolosa* da sua conduta. Uma qualificação que, deste modo, deriva mesmo do cerne do pensamento da culpa.

3. Fica logo por aqui revelado que, no próprio pensamento expresso pelo novo Código Penal, nada obriga a aceitar que o dolo se esgote no conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo e a imputá-lo assim, na sua integralidade, ao âmbito do tipo-de-ilícito. Todavia, em minha opinião, o novo Código permite ainda — embora, como disse, não imponha — pensar na existência de um outro elemento «emocional», que acresce àquele conhecimento e vontade na caracterização da atitude pessoal exigida pelo tipo-de-culpa doloso. Esse elemento emocional é dado, em princípio, através da *consciência da ilicitude*, que assim, pode dizer-se, se torna no elemento integrante da forma de aparecimento mais perfeita do delito doloso. *Quid iuris*, porém, quando falta uma tal consciência da ilicitude?

Por um lado, o n.º 1 do art. 16.º dispõe que «o erro sobre (...) proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo». Por outro lado, o n.º 2 do art. 17.º estatui que se o erro sobre a ilicitude for censurável ao agente, este «será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, que pode ser especialmente atenuada». Que tarefas se fazem assentar, deste modo, nos ombros do aplicador do direito?

Importa determinar em primeiro lugar — e este será o verdadeiro critério decisivo de distinção entre o erro sobre as circunstâncias do facto, subsumível ao regime do art. 16.º, e o erro sobre a ilicitude, subsumível ao art. 17.º — se, no caso concreto, já o simples conhecimento do tipo objectivo pelo agente, em todas as suas circunstâncias relevantes, de facto e de direito, era suficiente para uma correcta orientação daquele para o desvalor do ilícito. Se se concluir que não e que, no caso, era ainda para tanto necessário o conhecimento da proibição (v. g., porque é fraca a coloração ética da conduta

em causa; porque são razões de pura oportunidade ou de estratégia social que baseiam a proibição; ou porque nos deparamos com uma hipótese de neocriminalização que ainda não ganhou a devida ressonância ético-social), estamos então perante um erro sobre a proibição relevante. Um erro que *exclui o dolo* exactamente ao mesmo título que o erro sobre elementos, de facto ou de direito, do tipo — isto é, em suma, perante um erro sobre as circunstâncias do facto, nos termos do art. 16.º, que não ainda perante um erro sobre a ilicitude, relevante nos quadros do art. 17.º Se, porém, o aplicador do direito concluir que o agente possui todo o conhecimento razoavelmente indispensável para tomar consciência da ilicitude do facto e todavia não a alcançou, então é a própria falta de consciência do ilícito que vale como o elemento «emocional» requerido e que, quando censurável, fundamenta a culpa dolosa (ou, pelo menos, a punição do agente a esse título). O tratamento da hipótese reentra pois de pleno no art. 17.º do novo Código Penal.

Compreende-se agora bem, creio, a verdadeira diferença que intercede entre os dois preceitos da nova lei. No primeiro deles estamos ainda — tal como no caso de erro sobre elementos do tipo — perante uma *falta de conhecimento* que deve ser imputada a uma falta de informação ou de esclarecimento e que por isso, quando censurável, conforma o específico tipo de censura da negligência. Pelo contrário, no segundo caso estamos perante uma *deficiência da própria consciência ético-jurídica* do agente, que lhe não permite apreender correctamente os valores jurídico-penais e que por isso, quando censurável, conforma o específico tipo de censura do dolo.

Esta concepção, vazada na nova lei, vejo-a eu assim ligada ao pensamento filosófico daqueles autores — de ARISTÓTELES a TOMÁS DE AQUINO, de PASCAL a HEGEL — para quem é a própria ignorância da «maldade da acção» e das «regras gerais da moralidade» que pode constituir motivo de especial censura do agente, antes que de desculpa. E acompanha todos aqueles dogmáticos do direito penal — de KADECKA a NOWAKOWSKI e a GALLAS, de BELEZA DOS SANTOS a EDUARDO CORREIA — para quem é a própria falta de consciência do ilícito que em certos casos fundamenta o tipo-de-culpa mais grave. Por isso me parece inevitável que as tradicionais dicotomias «erro de facto / erro de direito» e mesmo «erro sobre

o tipo / erro sobre a proibição», em si próprias heterónomas relativamente ao problema da culpa, devam ser substituídas por outras que — como as dicotomias «erro de conhecimento / erro de valoração» ou «erro intelectual / erro moral» — têm origem mesmo no cerne do pensamento da culpa.

Resta acentuar que, nos termos do art. 16.º-2, o efeito de exclusão do dolo cabido ao erro sobre as circunstâncias do facto abrange ainda o erro que recaia sobre um estado de coisas que a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente — isto é, dito de outro modo, o erro sobre os pressupostos, de facto ou de direito, de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Diferentemente, um erro que recaia sobre a existência ou os limites de uma tal causa de exclusão da ilicitude ou da culpa não conforma mais um erro que exclui o dolo, por via do art. 16.º, mas já só pode relevar nos quadros do art. 17.º, ou seja, nos quadros de um erro sobre a ilicitude que eventualmente determine.

Analogamente, o erro que recaia sobre a posição de garante do agente, num crime de omissão impróprio, será um erro sobre as circunstâncias do facto, nos termos do art. 16.º, o que recaia sobre o dever de garante que daquela posição deriva só poderá ser um erro sobre a ilicitude, nos termos do art. 17.º. Pela mesma razão deverá enfim dizer-se, relativamente a elementos normativos do tipo — seja do tipo-incriminador, seja de uma causa justificativa —, que à afirmação do dolo basta o conhecimento da significação que àqueles elementos essencialmente corresponde na esfera do leigo, ou o conhecimento dos pressupostos fácticos e jurídicos da qualificação, ou mesmo só dos pressupostos fácticos daquela, não sendo necessário o conhecimento da qualificação normativa *qua tale*; por isso o erro que sobre esta versa já não cabe no art. 16.º, mas só pode eventualmente relevar nos termos do art. 17.º

O que tudo, ao fim e ao cabo, está inteiramente de acordo — tanto do ponto de vista da aplicação prática como da fundamentação teórica — com o critério que comecei por apontar como sendo aquele que verdadeiramente distingue o âmbito de aplicação dos arts. 16.º e 17.º do novo Código Penal.

XI

Passo agora, imediatamente, ao tema da *exclusão da culpa* — culpa *prima facie* já indiciada pela comprovação da existência de um facto ilícito-típico, imputável ao agente a título do dolo ou negligência. Na perspectiva da aplicação prática, aqui decisiva, são três os pontos de vista substanciais em função dos quais a culpa do agente pode ser excluída: o da *inimputabilidade*, que o novo Código considera nos arts. 19.º (em razão da idade) e 20.º (em razão de anomalia psíquica); o da *ineixigibilidade*, que o novo Código concretiza nos arts. 35.º (estado de necessidade desculpante), 33.º-2 (excesso asténico de legítima defesa) e 37.º (obediência devida desculpante); o da *falta de consciência da ilicitude não censurável*, que a nova lei prevê no art. 17.º-1. Sobre o tratamento legislativo de cada um deles, nas suas manifestações novas ou mais relevantes, bordarei agora algumas considerações, começando pelo da *inimputabilidade*.

1. O art. 20.º-1 do novo Código começa por oferecer uma definição, que diríamos clássica, de inimputabilidade: «é inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica (elemento, ou melhor, substrato «bio-psicológico»), é incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação» (elemento, ou melhor, efeito «normativo»). Há em todo o caso a anotar logo aqui dois pontos, do mais alto relevo para as tarefas da aplicação.

O primeiro é o de que o Código se recusou a fazer uma enumeração — sequer exemplificativa — do tipo de anomalias psíquicas que podem determinar a inimputabilidade. Se bem deva reconhecer-se que assim se torna mais difícil obter uma apreciável certeza na aplicação, esta decisão legislativa pode reivindicar em seu favor boas razões. Desde logo a de que no próprio campo médico-científico reina ainda hoje a maior incerteza, tanto ao nível terminológico como ao nível da determinação dos efeitos sobre o intelecto e a vontade do sujeito que a cada tipo de anomalia devem, em abstracto, atribuir-se. Depois, a circunstância de o conhecimento científico estar a evoluir neste domínio com grande rapidez, pelo que qualquer elenco correria o risco de ser ultrapassado ou se tornar mesmo obsoleto a breve prazo,

mais prejudicando deste modo do que favorecendo as tarefas de aplicação do direito. Em terceiro lugar, porventura, a circunstância de assim se ter querido dar a entender que — seja embora o elemento biopsicológico imprescindível, *como na verdade é*, à verificação em concreto de uma inimizabilidade — decisivo será sempre o efeito normativo que ao substrato biopsicológico há-de estar ligado. Por fim — mas não por último — o facto de assim se tornar mais claro que o conceito de «anomia psíquica» ultrapassa, sob muitos pontos de vista, o conceito médico de «doença mental»: não apenas pois as doenças mentais em sentido estrito, mas também as perturbações da consciência, as diversas formas de oligofrenia e, em suma, de anormalidade psíquica grave (psicopatias, neuroses, pulsões) podem preencher o substrato biopsicológico necessário.

No que toca ao efeito psicológico exigido, sabe-se como são duras as controvérsias que se travam, nomeadamente no que toca a saber se o que se exige aí é uma resposta — que hoje mais e mais se considera impossível, tanto da parte do juiz como do perito — à questão do poder de agir de outra maneira na situação. Quem não queira seguir esta via tem no novo Código um elemento que sugere uma outra — aliás também ela de tão respeitável tradição dogmática e político-criminal que a levou a ser defendida por criminalistas como v. LISZT e ENGISCH. Essa outra via traduz-se em ligar o efeito normativo à «incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas», que o n.º 3 do art. 20.º considera índice de uma situação de inimizabilidade. Outros ainda considerarão, na esteira de MEZGER — e é o meu caso —, que o efeito normativo se traduz praticamente na destruição da conexão objectiva do sentido do comportamento do agente, de tal modo que um tal comportamento pode ser causalmente explicado, mas não pode ser espiritualmente compreendido e imputado à personalidade do agente. Mas como quer que seja quanto a este ponto, não tenho dúvida de que o art. 20.º do novo Código Penal está redigido em termos simultaneamente precisos e flexíveis, que permitem uma aplicação segura sem obstarem ao aprofundamento e à evolução criadoras da doutrina da inimizabilidade jurídico-penal.

2. Isto deve dizer-se, sobretudo, no que toca ao n.º 2 do art. 20.º, onde se confere um tratamento à chamada *inimizabilidade diminuída* que não encontra paralelo nos modelos estrangeiros e antes decorre

de um pensamento original do Prof. EDUARDO CORREIA sobre a matéria. Se o juiz entender que o efeito normativo da inimizabilidade só parcialmente se verifica, mas deparar com uma base biopsicológica particularmente grave, permanente e indominável pelo agente nos seus efeitos, *pode* nestes casos — aliás indiciados também, como se disse já, pela incapacidade do agente de se deixar influenciar pelas penas —, *pode* nestes casos o juiz concluir pela inimizabilidade.

Se o não fizer, não diz a lei se a inimizabilidade diminuída deve por necessidade conduzir a uma pena atenuada. Não o dizendo parece, porém, não querer obstar à doutrina — também entre nós defendida por EDUARDO CORREIA e a que eu próprio me tenho ligado — de que pode haver casos em que a diminuição da inimizabilidade conduza à não-atenuação ou até mesmo à gravação da pena. Isso sucederá, do meu ponto de vista, quando as qualidades pessoais do agente que fundamentam o facto se revelem, apesar da diminuição da inimizabilidade, particularmente desvaliosas e censuráveis, v. g., em casos como os da brutalidade e da crueldade que acompanham muitos factos dos psicopatas insensíveis, os da inconstância dos lábeis ou os da pertinácia dos fanáticos.

3. Uma última nota destinar-se-á a pôr em evidência a alta importância prática do art. 20.º-4, segundo o qual «a inimizabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo próprio agente com a intenção de cometer o facto».

Trata-se de uma disposição que visa resolver uma parte da problemática que corre doutrinariamente sob a epígrafe da *actio libera in causa* — mas, em todo o caso, com a sensível restrição de abranger apenas a *actio libera in causa dolosa* ou, talvez melhor se diria, *preordenada*. Para os restantes casos valerá o art. 282.º do novo Código — se a anomalia psíquica se traduzir em embriaguez ou outro estado tóxico não preordenado; casos para os quais aquele artigo prevê a sua qualificação e punição, em certos termos que aqui não devem ser aprofundados, como crimes autónomos.

Por isso — por causa da restrição anotada — é que tem de concluir-se que o art. 20.º-4 não quer contribuir para resolução da problemática, hoje muito actual, da relevância de perturbações da consciência, nomeadamente de *estados de afecto graves*, para o problema da impu-

tabilidade, quando *culposamente* (mas em todo o caso não preordenadamente) provocados pelo agente. Dada a (relativa) novidade da problemática e a sua dificuldade, bem se compreende que o novo Código se tenha guardado de a cortar abruptamente, preferindo de certo que a este propósito se vão paulatinamente consolidando orientações doutrinárias e jurisprudenciais retiradas daquilo que se considere a essência da culpa e da sua exclusão em função da inimputabilidade.

XII

No que toca ao pensamento da *inexigibilidade*, creio que a primeira ideia a reter é a de que o novo Código não lhe reconheceu valor *geral* — ou, se quisermos, o valor de uma *cláusula geral* desculpante, que levaria o juiz a absolver todo o agente relativamente ao qual comprovasse que, na situação em que actuou, lhe não era exigível outro comportamento; antes sim o novo Código vazou aquele pensamento em *concretos tipos desculpantes*, que aliás já citei. Só nesta medida pois pode o juiz em princípio reconhecer valor desculpante à *inexigibilidade* de outra conduta.

Presente me parece aqui a ideia de que nas situações de *inexigibilidade* não está em causa a negação do inaferrável «*poder* de agir de outra maneira na situação», mas antes um ponto de vista de *dever*. Ponto de vista através do qual a lei verifica que, em certos casos e dentro de pressupostos que nomeia, a prática do facto fica a dever-se à pressão de circunstâncias externas que não encontraram na personalidade do agente um «eco» favorável, mas pelo contrário «obstruíram» ou «estorvaram» o normal cumprimento das intenções fundamentais da pessoa. Por isso — porque, na expressão de EDUARDO CORREIA, a ordem jurídico-penal não pode «dividir a personalidade em exigências contraditórias» — ela considera a culpa excluída.

1. Assim no caso de *excesso de legítima defesa asténico*, isto é, nos termos do art. 33.º-2, «devido a perturbação, medo ou susto não censuráveis». É certo que aquele preceito não fala a este propósito, directamente, de exclusão da culpa, mas apenas de que «o agente não será

punido». Mas estando o art. 33.º-2 integrado no capítulo das causas que excluem a ilicitude e a culpa, e não podendo no caso tratar-se de uma exclusão da ilicitude — mas apenas, eventualmente e quando muito, de uma sua diminuição —, parece inquestionável que a não punição do agente só pode ficar a dever-se a uma exclusão da culpa.

Ora o que se passa aqui é, muito claramente do meu ponto de vista, que ao preceito subjaz uma tipificação legal das qualidades pessoais que no facto se exprimem e uma sua valoração como censuráveis ou incensuráveis. Por isso o afecto esténico, v. g., o ódio ou a cólera, não detém nunca efeito desculpante, mesmo que possua a mesma força que o afecto asténico sobre o cumprimento das intenções da pessoa. Não parece, pois, que no plano do novo Código — como de resto já do antigo, onde a questão era considerada em moldes análogos pelo § único do art. 46.º —, uma tal solução se possa explicar por outra via que não passe pela ideia de que as qualidades pessoais conformadoras de um afecto esténico valem logo como culpa.

O que, a ser assim, permitirá porventura uma certa generalização relativa aos já há pouco mencionados factos praticados em *estado de afecto grave*, que o agente criou culposamente. Nos casos em que não deva logo concluir-se pela *inimputabilidade* do agente, a culpa fundada *prima-facie* pela criação e desenvolvimento do estado de afecto poderá ainda vir a ser excluída na vertente da *inexigibilidade*, por um argumento de analogia com o que se estabelece no art. 33.º-2. Decisivo será só que aquela criação e desenvolvimento não radique em qualidades jurídico-penalmente desvaliosas da personalidade, pelas quais o agente deva responder.

2. A concretização mais importante, extensa e frequente da cláusula de *inexigibilidade* encontra-se porém, indiscutivelmente, no *estado de necessidade desculpante*, regulado no art. 35.º, e do qual a obediência indevida desculpante, prevista no art. 37.º, é só uma forma particular de aparecimento (se bem que dotada de especificidade e contendo os seus próprios pressupostos). Aqui está a prova absoluta de que a *inexigibilidade* não é, no propósito do novo legislador, sem mais e em geral uma causa de exclusão da culpa; pois o que o art. 35.º-1 afirma é que o não ser razoável exigir do agente, na situação, comportamento diferente, só exclui a culpa se se verificarem outros requisitos adicionais que nomeia. Esses requisitos adicionais são fundamentalmente três.

Exige-se, por um lado, que o facto seja *ilícito* e, portanto, não esteja coberto por uma causa de exclusão da ilicitude, nomeadamente pelas do direito de necessidade ou do conflito de deveres justificantes, que à tarde considerámos. Significa isto, pois, que, em caso de conflito de interesses, o art. 35.º só entra em questão quando o interesse a salvaguardar não seja sensivelmente superior ao interesse que deva ser lesado; e, em caso de conflito de deveres, que o dever satisfeito seja de hierarquia inferior àquele que deixou de ser cumprido.

Exige-se em segundo lugar, no caso de conflito de interesses, que o interesse em perigo diga respeito à vida, à integridade física, à honra ou à liberdade do agente ou de terceiro. Se forem outros os interesses em perigo, a inexigibilidade de outro comportamento pode, segundo o n.º 2 do art. 35.º, constituir uma causa de atenuação especial ou, excepcionalmente, de isenção da pena; o que ela não pode é constituir uma causa de exclusão da culpa.

Exige-se, em terceiro lugar, que o facto ilícito seja praticado *para* afastar um perigo actual e não removível de outro modo para os mencionados interesses do agente ou de terceiro e que seja *adequado* à obtenção de um tal efeito. Temos pois aqui, para além de uma cláusula de adequação e idoneidade do meio, a exigência de uma relação «meio-fim» e, portanto, a exigência de que o agente não só conheça a situação desculpante como actue no sentido de salvar o interesse em perigo. O que não significa, todavia, que não possa dar-se uma situação desculpante putativa relevante: a aplicabilidade do art. 16.º-2, que manda tratar o erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da culpa como erro que exclui o dolo, e que já considerámos, não é posta em questão por esta exigência de relação «meio-fim» que se contém no art. 35.º-1.

Uma última referência a um ponto que reputo sobremodo importante: o art. 35.º-1 exige que a cláusula de inexigibilidade, ela própria, seja pelo aplicador considerada «segundo as circunstâncias do caso». Esta exigência tem, neste contexto, um sentido muito preciso. Ela quer significar que a medida da exigibilidade não tem de ser sempre a mesma relativamente a todas as pessoas ou a todas as situações, antes pode ser às vezes — sem contradição com o pensamento fundamental da culpa — uma *exigibilidade intensificada*. Esse será o caso do soldado na guerra, do polícia em acção, do bombeiro no combate

a um incêndio — pois que em tais hipóteses pesam sobre o agente respectivo *deveres* especiais aos quais ele tem de responder, sob pena, de outra forma, de o déficit das qualidades pessoais que a ordem jurídica dele exige poder servir para fundamentar a culpa.

XIII

Termino com uma referência ao problema da exclusão da culpa por *falta de consciência do ilícito não censurável*. Para estes casos declara na verdade o art. 17.º-1, terminantemente, que a culpa do agente fica excluída. E fazendo-o, afasta séculos de especulação à volta de ideias como a da irrelevância do erro do direito, a da ignorância da lei penal, ou a da ilusão sobre a criminalidade do facto; ideias que — tal como se continham no art. 29.º do velho Código Penal — impediram ou dificultaram uma livre evolução e aprofundamento do pensamento da culpa jurídico-penal. Nisto pensava decerto o legislador quando, no relatório que antecede o novo Código, escreveu muito justamente que «a problemática do erro (...) pode perspetivar-se como *charneira* de toda a problemática da culpa».

Problema é só saber quando é que, *em concreto*, uma falta de consciência do ilícito ou um erro sobre a ilicitude excluem a culpa. O novo Código afastou as cláusulas — a este propósito correntes em parte da doutrina e em certas legislações — da «inevitabilidade» ou da «invencibilidade» do erro, substituindo-as, como se disse, pela exigência de que o erro «não seja censurável». Esta decisão legislativa é, do meu ponto de vista, incondicionalmente de aplaudir. Cada vez se reconhece mais generalizadamente que aquelas outras cláusulas — apontando para uma equiparação entre o critério da censurabilidade do erro sobre a ilicitude e a capacidade de previsão que vimos fundar a censura da negligência — se tornam demasiado latas e não fazem jus à especialidade do problema da falta de consciência do ilícito.

Por minha parte penso que a não censurabilidade do erro, a que se reporta o art. 17.º-1, tem de ser posta em conexão directa, sim, com o significado essencial da consciência da ilicitude no contexto da culpa

e, portanto, com o seu carácter de deficiência da consciência do agente ou do seu sentido dos valores jurídico-penais. Essencial me parece, neste contexto, a distinção entre uma consciência ético-jurídica *verdadeira*, que decide em conformidade com a totalidade das exigências jurídicas reais-objectivas; e uma consciência ético-jurídica simplesmente *recta*, que, apesar de uma não integral coincidência com aquelas exigências, revela a persistência no agente de uma geral *atitude de fidelidade ao direito*. Por isso se pode dizer também que o pensamento que está na base desta desculpa é substancialmente o mesmo que fundamenta a inexigibilidade.

Sobre esta linha de orientação se definirá agora, em concreto, o critério de não censurabilidade da falta de consciência do ilícito. Esta ocorrerá preferentemente em âmbitos onde a questão da ilicitude surja como discutível e controvertida. Antes de tudo, pois, nas áreas sociais ditas de conflito, onde o juízo de ilicitude serve — por mais que isso repugne às nossas concepções político-criminais actuais — para emprestar eficácia a uma mundividência particular ou a um determinado arquétipo de organização social, económica ou política. Não só nessas áreas, porém, pois o critério preconizado não quer em caso algum reverter à velha ideia jusnaturalista do inatismo e evidência da ilicitude. Mesmo nas áreas sociais ditas de consenso, portanto, poderão ocorrer faltas não censuráveis de consciência do ilícito, por isso que também nestas intervêm muitas vezes exigências não coincidentes ou mesmo contrapostas, sendo na questão da prevalência a dar a uma delas ou na sua recíproca limitação que se constitui o autêntico «problema» da ilicitude.

Indispensável à desculpa será que a solução dada pelo agente à questão da ilicitude corresponda a um ponto de vista de valor que, não fosse a situação de conflito com outros ou mesmo com razões de estratégia e de oportunidade, poderia conferir juridicidade à conduta; como indispensável será ainda que a adequação a um tal ponto de vista de valor se manifeste no facto. Adequação consciente ou, pelo menos, produto de um esforço continuado de correspondência às exigências do direito e para prova da qual o juiz poderá lançar mão dos indícios fornecidos pelo modo-de-ser adquirido do agente. Neste sentido se pode justificar a afirmação — comum a autores como BOCKELMANN e EDUARDO CORREIA — de que a censurabili-

dade da falta de consciência do ilícito arrasta sempre consigo a aceitação de um ponto de vista próximo das doutrinas da culpa na condução da vida ou na formação da personalidade.

Que, deste modo, se alcança um critério de não censurabilidade da falta de consciência do ilícito *mais estrito e exigente* do que o limite mínimo da culpa nos factos negligentes, é indiscutível. Mas não me parece que seja esta uma circunstância de temer. Por um lado ela deriva, como disse, da diferença material de culpa que realmente intercede entre falta de consciência do ilícito e negligência. Por outro, este ponto de vista cauteloso sobre a não censurabilidade da falta de consciência do ilícito poderá porventura contar com um mais fácil reconhecimento por parte de uma jurisprudência, como a portuguesa, ainda ligada em demasia a uma conexão daquele problema com o brocardo segundo o qual o erro de direito não releva ou a ignorância da lei penal a ninguém aproveita. Por último, não deve esquecer-se que, nos termos do art. 17.º-2 do novo Código, a falta de consciência do ilícito «censurável» pode dar lugar à aplicação de uma pena *especialmente* atenuada — e sem que custe a aceitar que uma tal atenuação possa mesmo constituir a *situação-regra*.

Eis-me, Senhoras e Senhores, chegado ao fim das considerações que perante vós me propus traçar. Pertence-vos agora a oportunidade de julgardes se as dificuldades, que se me levantavam no desempenho da tarefa de que me encarregaram, foram de algum modo superadas e se a minha exposição — a oscilar constantemente entre o Cila de dizer coisas conhecidas e praticamente evidentes e o Caribdes de tornar a exposição demasiado hermética e teórica — poderá apresentar para vós qualquer utilidade. Seja qual for a vossa decisão solícito-vos, Senhoras e Senhores, que me crediteis a intenção de ser digno de uma tarefa exaltante como é a de contribuir, ainda que modestamente, para aplanar eventuais dificuldades de aplicação desse marco da ciência jurídico-penal portuguesa que, a meus olhos, representa o novo Código Penal.

APLICAÇÃO DA LEI CRIMINAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

PELO DR. MANUEL ANTÔNIO LOPES ROCHA

NOTA INFORMATIVA

Aparentemente limitada, a extensão da matéria da aplicação da lei penal no tempo e no espaço — em rigor o Código só lhe dedica, especificamente, cinco artigos — é no entanto daquelas que suscitam não poucas dificuldades interpretativas.

Como não poderia deixar de ser, algumas questões concretas, como veremos, não foram resolvidas expressamente, por se entender que não deveria cortar-se a discussão na doutrina e na jurisprudência, dado o seu carácter controvertido.

Não se estranhe, por isso, que este texto não seja tão curto e tão sintético como convinha.

Desejaria advertir que as opiniões expendidas são de carácter exclusivamente pessoal e nada têm que ver com a minha qualidade de ex-membro da última Comissão Revisora do novo Código Penal.

Podem não reflectir, por isso, correcta interpretação dos textos e princípios que dominam a matéria.

Também não são definitivas.

Perante um texto legal publicado ainda não há dois meses, seria prematuro ir além de uma primeira reflexão sobre os problemas.

Há, neste domínio, questões velhas e questões novas.

As primeiras, ao que tudo indica, ainda continuarão a fazer correr muita tinta. As segundas devem aguardar algum tempo antes que possam considerar-se suficientemente amadurecidas e elaboradas.

Outro propósito não têm, por isso, estas linhas que não seja o de reflectir sobre umas e outras, e se, desse modo, suscitarem o gosto por uma discussão mais aprofundada e mais alongada, terão sido atingidos os objectivos que, afinal, presidem à organização do presente ciclo de conferências.

I

APLICAÇÃO NO TEMPO

1. Quando se pensa em termos de aplicação da lei criminal no tempo logo acode irresistivelmente ao espírito o tema da *não-retroactividade* ou, como preferem dizer outros, o da *irrectroactividade*.

Este tema, no entanto, é apenas uma das soluções que a história do direito criminal consagrou no âmbito de uma problemática mais vasta, a que alguns preferem chamar de *conflito das leis criminais no tempo* ou *direito penal transitório*¹.

Actualmente com foros de garantia ou princípio constitucional em várias ordens jurídicas, a não-retroactividade da lei criminal constitui uma conquista dos tempos modernos e só lentamente foi abrindo caminho até se converter num dos mais relevantes corolários do *princípio da legalidade*.

Deste se pode dizer igualmente que é uma manifestação do pensamento jurídico moderno, que se cristalizou na luta contra as penas arbitrárias e contra os abusos do legislador, frequentemente tentado a estender o poder punitivo a áreas não rigorosamente delimitadas.

Praticamente desconhecido no direito romano, timidamente aparecido na Idade-Média, graças ao direito canónico e aos glosadores

italianos, silenciado quase completamente pelos criminalistas dos séculos XVII e XVIII, foi preciso esperar pela Revolução Francesa para ver proclamados, em conjunto, o grande princípio da legalidade criminal e o seu corolário necessário, a não-retroactividade das penas. Com efeito, é no art. 8.º da Declaração dos Direitos do Homem, de 27 de Agosto de 1789 que se afirma, solenemente e pela primeira vez, «que ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada *anteriormente ao crime*, e legalmente aplicada».

2. O princípio da *não-retroactividade das leis criminais* é actualmente consagrado na maior parte das legislações dos países civilizados, e, por vezes mesmo — como acontece entre nós —, nas suas constituições políticas.

Foi igualmente acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem, adoptada em 10 de Dezembro de 1948 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (art. 11.º) e pela Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, abreviadamente conhecida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 7.º).

Não obstante o valor constitucional do princípio da não-retroactividade nalgumas ordens jurídicas e a sua generalizada aceitação ao nível das legislações penais ordinárias, não são raras as *regressões* neste domínio.

O fenómeno nem sequer é típico de certas ordens jurídicas de cariz totalitário. Por vezes, manifesta-se mesmo naquelas que se dizem determinadas pela realização de valores democráticos e se propõem constituir sociedades abertas e pluralistas.

Ponderava, a propósito, S. C. Versele que, libertando-se penosamente de um direito de vindicta e de defesa agressiva, o direito penal se orientou para percepções, avaliações e reacções geralmente mais racionais mas nem por isso deixam de verificar-se, subitamente, *algumas regressões* quando uma colectividade se vê confrontada com novas ou mais extensas manifestações «desviantes».

Tais regressões, geradoras de endurecimento da repressão, são assinaláveis em diversas ocasiões nas quais o medo é denominador comum.

Assim, quando uma revolução modifica brutalmente as estruturas

de uma colectividade, as novas autoridades costumam mostrar-se particularmente severas e tendem a assimilar o «comportamento desviante» ao crime, ainda que tal comportamento não represente mais que uma simples diferença de opinião.

O que o levou a dizer que os Estados jovens são «difícilmente democráticos» — o comportamento desviante devêem muito rapidamente subversão e esta é objecto de penas rigorosas.

O mesmo fenómeno teve manifestações sensíveis em diversas leis do após-guerra (1914-1918 e 1939-1945) em alguns países e é ilustrado por uma prática subtil a que recorrem alguns legisladores quando, através de leis aparentemente interpretativas, cedem à tentação de acrescentar alguma coisa à lei interpretada, assim conseguindo efeitos retroactivos disfarçados².

3. Apesar disto pode dizer-se, com Jescheck, que o *princípio da legalidade*, de que é corolário o *princípio da não-retroactividade da lei penal*, se converteu em património científico comum entre os penalistas.

Daquele princípio derivam várias consequências de que a não-retroactividade é, porventura, a mais relevante mas não a única: a exclusão do direito consuetudinário como fonte de incriminação e a proibição da analogia (*nullum crimen sine lege scripta*) e a tendência para a maximização na determinação da lei penal (*nullum crimen sine lege certa*).

De todas elas se mostra tributário o novo Código Penal português mas, por hoje, temos de limitar-nos, preferencialmente, ao princípio da não-retroactividade.

4. Este significa, em primeiro lugar, que uma acção que era impune no momento em que foi praticada não pode ser considerada posteriormente punível e que é igualmente proibida uma agravação da pena vigente à data da prática do facto. A proibição da retroactividade estende-se, além disso, a outras agravações ulteriores da situação jurídica do réu.

A razão de ser da proibição da retroactividade, diferentemente da de outros efeitos do princípio da legalidade, não é a de garantir a primazia da representação popular, uma vez que limita a própria liberdade de decisão do legislador. Também não pode fundar-se

sempre no princípio da culpabilidade, uma vez que o critério da reprobção da culpabilidade não é a lei mas sim o conteúdo material da ilicitude do facto que também pode existir sem que o facto não esteja cominado com uma pena.

O que é decisivo para a proibição da retroactividade é a ideia de *segurança jurídica*.

Não significa isto entender a lei penal como a «Magna Carta do Criminoso», que assegura a impunidade daquele que sabe escapar-se das malhas da lei. Mas não é menos certo que um dos princípios reitores do Estado de Direito é o de que as normas que regulam de forma concludente um pressuposto de facto não podem modificar-se posteriormente em prejuízo da situação jurídica do cidadão.

Mais importante que estas considerações gerais é, porventura, a razão, *especificamente penal*, de que não podem promulgar-se leis *ad hoc*, facilmente influenciáveis pela comoção resultante da prática de um crime em concreto e que, a maioria das vezes, analisadas com um distanciamento temporal suficiente, se mostram excessivamente duras. A isso deve acrescentar-se a ideia de que o delinquente só pode motivar-se pelo mandato normativo quando este está configurado como lei no momento da comissão do facto³.

5. A ideia da não-retroactividade da lei penal, com todas as consequências que comporta, sendo produto de uma longa elaboração histórica e dogmática, a que subjazem fundas razões de segurança e de justiça como reacção a arbítrios e prepotências, comporta factores racionais não facilmente assimiláveis por toda a gente e não pode estranhar-se, por isso, que, de vez em quando, irrompam manifestações de irracionalidade, que podem abalar a firmeza daquele princípio. Contra elas deve estar precavido, em primeiro lugar e por dever de ofício, o próprio legislador.

Muito recentemente — e muito lamentavelmente, diga-se de passagem — vimos a televisão portuguesa a dar larga publicidade a um julgamento que suscitou intensas paixões, inclusive de fundo religioso, e assistimos ao que parecia definitivamente pertencer a estádios de barbarismo civilizacional, quando algumas vozes, perdidas no meio da multidão, reclamavam a pena capital para o réu.

Fenómenos inquietantes como este são bem expressivos da ideia de que o princípio da não-retroactividade, apesar de património espi-

ritual da humanidade culta, nem sempre encontra adesão incondicional no comum das pessoas, favorecendo o receio de que surjam algumas extrapolações indesejáveis quando o sistema punitivo do novo Código, todo ele dominado por um abrandamento generalizado das penas, uma vez em actuação, venha a despertar reacções semelhantes.

6. E se juntarmos a isto as críticas que o positivismo penal dirigiu ao princípio da não-retroactividade, poderemos concluir que se trata de uma conquista ainda não de todo imune a influências adversas, carecendo de uma permanente afirmação na prática legislativa e na administração da justiça.

Com efeito, para os positivistas há certos delinquentes por natureza incorrigíveis, aos quais são de aplicar, mesmo retroactivamente, as novas medidas tomadas pelo legislador.

A advertência contida na lei nova, que poderia ter algum resultado sobre os delinquentes comuns, estaria votada à ineficácia nalguns casos.

Mais valeria actuar, por isso, sem esperar que os factos reprovados se manifestem anteriormente à lei; nisso estaria implicado o interesse da colectividade e dos próprios delinquentes, relativamente aos quais seriam imediatamente asseguradas a assistência, os tratamentos, a reeducação e a segregação indispensáveis.

Nesta mesma linha de raciocínio, *as medidas de segurança* deveriam escapar, no seu conjunto, ao princípio da não-retroactividade: este último efeito respeitaria unicamente às penas. Isto por duas razões: ao contrário das penas, as medidas de segurança atingem um indivíduo por causa do seu estado de perigosidade e este deve ser apreciado no momento em que o juiz decide: conceber-se-á que para decidir do tratamento aplicável a um doente, o médico abstraia do estado actual do seu cliente e de meios que a terapêutica lhe oferece presentemente para atentar apenas nos aspectos antigos da doença e se socorrer de medicamentos então em uso? Aliás — acrescenta-se —, as medidas de segurança não se destinam a fazer sofrer o delinquente, contrariamente às penas, e a sua aplicação retroactiva é desejável⁴.

7. Nenhuma destas razões pode ser aceite sem as maiores reservas. Talvez não fosse de todo inaceitável aplicar medidas de segurança

novas com fins de protecção e de assistência do delincente. Mas esta solução já não teria justificação plausível relativamente àquelas medidas que, pela restrição ou privação da liberdade que comportam, participam dum certo carácter aflitivo que as aparentam às penas propriamente ditas.

Daqui concluem Roger Merle e André Vitu que, face a estas correntes contemporâneas, é necessário afirmar o primado do princípio da legalidade e da não-retroactividade, que constituem garantias fundamentais para os indivíduos⁵.

8. O novo Código Penal português, em harmonia com as injunções constitucionais, proclama, sem reservas, o princípio da não-retroactividade das penas e das medidas de segurança, como corolário do princípio da legalidade.

Alinha, assim, com as correntes e doutrinas que mais exigentemente se batem pela segurança jurídica e pelas garantias dos direitos individuais.

A proibição da retroactividade da lei criminal, quando entendida em termos absolutos levaria, porém, a agravar a posição do delincente naqueles casos em que a lei nova se mostra mais favorável.

Daí a necessidade de temperar o princípio em ordem à realização da ideia de que, com ele, para além da segurança jurídica, se visa também proteger o agente⁶.

A propósito desta importante correcção do princípio que, no fundo, equivale à afirmação do oposto da não-retroactividade, falam alguns autores em «retroactividade *in mitius* da lei nova»⁷.

Esta temperamento ou correcção está igualmente consagrado, com maior ou menor amplitude, na generalidade das codificações modernas. O seu significado é patente: quando, no momento do julgamento do facto, vigora uma lei *mais favorável* do que a que regia no momento da sua comissão, é aquela que deve aplicar-se, beneficiando o agente da mudança de concepções jurídicas que a lei nova reflecte.

9. A retroactividade excepcional da lei nova mais benévola é classicamente justificada por razões de *humanidade* e de *equidade* em favor do arguido e pela ideia de que, através da promulgação de uma lei menos severa, o Estado renuncia a uma repressão tornada inútil

e que seria injusto manter. O interesse do Estado e o do indivíduo conjugam-se, assim, em termos de justificar a aplicação da lei mais recente⁸.

10. A questão de saber qual das duas leis é a mais favorável nem sempre é de fácil resolução.

Após larga discussão em torno de critérios utilizáveis para decidir da questão, parece hoje doutrina pacífica a que defende a aplicação da lei que, *no caso concreto*, imponha a sanção menos grave.

Quer isto dizer que, a um critério de comparação em abstracto das leis concorrentes, deve preferir-se um critério que atenda à particular configuração do caso concreto em ordem à determinação da lei mais favorável. É que nem sempre a comparação das leis em abstracto conduz à realização do interesse do agente em ver-lhe aplicado o regime mais favorável, não faltando exemplos, entre nós e lá fora, nesse sentido⁹.

11. A retroactividade da lei penal, ditada pelo favorecimento do agente comporta, porém, consequências diversas consoante a lei nova elimina a punição do facto ou estabelece disposições penais diferentes.

Na primeira hipótese nem o próprio caso julgado condenatório constitui barreira à cessação da execução da sentença e dos efeitos penais da condenação; na segunda, a aplicação do regime mais favorável tem como limite o *caso julgado*. Razões da *certeza* e de *segurança jurídica*, porventura discutíveis, detêm a primazia sobre o interesse do agente a um tratamento mais benévolo.

12. Já não é tão líquida a solução quando se trata das chamadas *leis temporais* ou de *emergência*.

É sabido que, no domínio do Código Penal ainda vigente, se fixou jurisprudência no sentido de que a excepção do n.º 1.º do seu art. 6.º não era aplicável às infracções previstas nas leis de emergência, através do *Assento* do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1947, na esteira da doutrina¹⁰.

Em 21 de Março de 1979, o mesmo Supremo doutrinou, porém, que era manifesta a caducidade daquele *assento* perante a consagração constitucional do princípio da retroactividade da lei penal

mais favorável, previsto no n.º 4 do art. 29.º da Constituição da República, directamente vinculativo dos tribunais em conformidade com o art. 18.º do mesmo diploma fundamental¹¹.

Ora o novo Código Penal, no n.º 3 do art. 2.º, estatui que «Quando a lei vale para um determinado período de tempo, continua a ser punido o facto criminoso praticado durante esse período».

Estará este regime em oposição ao referido preceito constitucional?

São conhecidas as razões que ditam a continuação da punição de factos cometidos durante a vigência de *leis temporárias*: a revogação destas é determinada pelo desaparecimento dos motivos que lhes deram origem ou pelo simples decurso do prazo de vigência e não por qualquer alteração de concepções jurídicas. A não aplicação a factos praticados durante a sua vigência equivaleria a retirar-lhes qualquer autoridade e premiaria injustamente aqueles que lograssem fazer retardar o processo até à cessação daquela vigência¹².

O Código Penal da República Federal da Alemanha conserva a solução tradicionalmente admitida nesta matéria, ressaltando, no entanto, a hipótese de uma lei dispor de outra maneira¹³.

A doutrina dominante em Espanha considera que, dada a amplitude do art. 24.º do Código Penal deste país, as leis temporais ficam revogadas pelas leis posteriores mais favoráveis.

Rodriguez Devesa é partidário da aplicação daquele artigo quando se trata de uma autêntica sucessão de leis. Mas, observam Santiago Mir Puig e Munõz Conde, precisamente entre a lei temporal e a ordinária falta, por definição, a característica fundamental da normal sucessão de leis: o *requisito da identidade da matéria*, pois é evidente que a situação que se regula na lei temporal não é a mesma que a que se regula na lei ordinária. Rodriguez Mourullo, invocando uma interpretação teleológica do citado art. 24.º, considera que os factos praticados sob a vigência de uma lei temporal devem ser julgados conforme a esta. É este, também, o critério seguido pelo art. 6.º, n.º 3, do Projecto do Código Penal espanhol, ainda que, segundo Mir Puig e Munõz Conde, fosse preferível que a lei não se pronunciasse expressamente em matéria doutrinariamente tão controvertida¹⁴.

O ante projecto do Código Penal (Disposições Gerais) apreen-

tado pela Comissão Revisora do Código Penal francês consagra a solução da aplicabilidade da lei temporária aos factos cometidos na sua vigência¹⁵.

A Comissão considerou, a propósito: «O fim do prazo previsto pela lei ou o fim da situação provisória abroga as incriminações ou modifica as condições da repressão. Logicamente, os delinquentes cujo processo não foi ainda julgado, deveriam aproveitar da mudança da legislação quando ela é favorável; mas esta situação conduziria a privar uma legislação temporária de uma parte da sua eficácia. Precisamente o Tribunal da Cassação tem, de há muito, rejeitado essa solução indesejável e tem-se pronunciado pela sobrevivência da lei temporária mais severa»¹⁶.

Não nos parece, e com o devido respeito pela opinião contrária, que o *assento* de 18 de Julho de 1947 deva considerar-se inconstitucional, como doutrinou o referido acórdão de 21 de Março de 1979. O *assento* refere-se à regra 1.ª do art. 6.º do Código vigente, que fala em *lei nova*, quando, no caso das leis temporárias, pode não existir qualquer *lei nova* a considerar.

A discussão, porém, levar-nos-ia muito longe. O que deve reter-se é que o n.º 3 do art. 2.º do novo Código não diz propriamente *como deve ser punido* o facto praticado no domínio da lei temporal. Diz apenas que «continua a ser punido».

Ora esta redacção pode ser compatível com a aplicação da lei posterior mais favorável (princípio consagrado no n.º 4 do art. 29.º da Constituição da República e reflectido no n.º 4 daquele art. 2.º). Com este alcance limitado, é de aceitar a aplicação retroactiva da lei nova mais favorável, o que pressupõe, evidentemente, que ela se proponha regular as consequências penais de factos previstos em leis temporárias. Foi o que aconteceu, aliás, no caso concreto decidido no referido acórdão.

Não sendo esse o caso, afigura-se-nos que o facto criminoso deve continuar a ser punido nos termos da lei vigente ao tempo da sua prática, o que equivale a dizer que o preceito do novo Código não enferma de inconstitucionalidade. Repare-se que a Constituição manda aplicar retroactivamente as «leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido», e este princípio só pode razoavelmente ter aplicação quando existam uma ou mais leis novas *com esse conteúdo*. Por outras palavras, pressupõe uma *atitude positiva* do legis-

lador, através da edição de novas leis, o que não é a mesma coisa do que o simples escoamento do prazo de vigência da lei temporária sem qualquer manifestação ulterior, significativa de mudança de critério punitivo. Nem nos parece valer, aqui, o princípio contido no n.º 3 do art. 18.º da mesma Constituição, porque aí o que se proíbe é *que tenham efeito retroactivo* as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Esta situação não se configura, porém, e por definição, na hipótese vertente.

Como quer que seja, trata-se de uma questão em aberto que naturalmente competirá à doutrina e à jurisprudência resolver em termos concludentes.

13. O novo Código Penal consagra o princípio da legalidade no art. 1.º quer para as penas quer para as medidas de segurança, que coenvolve a proibição da aplicação retroactiva da lei criminal.

Desenvolvendo estes princípios, o art. 2.º começa por declarar que as penas e medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem o que significa dizer o mesmo, embora através de formulação não inteiramente coincidente, que dizem os n.ºs 1 e 3 do art. 29.º da Constituição.

Mas logo no n.º 2 o preceito consagra a primeira grande excepção ao princípio da não-retroactividade, estatuinto que o facto punível *deixa de o ser* se uma lei nova o eliminar do número das infracções. A força desta excepção revela-se no próprio desrespeito do caso julgado condenatório.

A segunda excepção está consagrada no n.º 4 do mesmo artigo, onde se manda aplicar sempre o regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, com ressalva, entretanto, do caso julgado condenatório.

A solução traduz o pensamento expresso no n.º 4, parte final, do citado art. 29.º da Constituição onde, todavia, não se contém referência à ressalva do caso julgado.

Dverá entender-se, por isso, que o regime do Código está em conflito com a Constituição? Ou, por outras palavras, que o comando

constitucional é mais radical, implicando a aplicação retroactiva da lei penal de *conteúdo* mais favorável do arguido, mesmo que este já tenha sido anteriormente condenado por sentença transitada em julgado?

A dúvida é legítima, mas deve resolver-se pela negativa.

Uma coisa é eliminar um facto do número de infracções, em que está subjacente uma mudança radical nas concepções do legislador, pelo que seria injusto e inútil manter uma condenação; outra, a sucessão de leis penais no tempo com conteúdo mais favorável ao arguido. Aqui não há uma nova avaliação quanto à natureza criminal do facto, que permanece punível, apenas se entende, em melhor visão das coisas, que bastará para o reprimir uma sanção mais leve ou que comporte efeitos penais menos graves.

Residirá nestas considerações a razão porque se estabelecem regimes diferentes num caso e noutro, podendo, além disso, argumentar-se com as dificuldades e inconvenientes que resultariam de uma reavaliação da situação do réu condenado, à luz da nova lei penal mais favorável: isso não dispensaria razoavelmente um novo julgamento e implicaria perturbações indesejáveis na execução da sentença.

Bem entendido, nenhuma destas razões é decisiva.

Com efeito, o argumento de que a situação jurídica do condenado está definitivamente constituída e que, desse modo, uma lei nova não pode agir sobre o passado, provaria demais e levaria a excluir, também, a retroactividade da lei que eliminasse o facto do número das infracções.

Além disso, a não aplicação da lei nova de conteúdo mais favorável a casos já definitivamente julgados, pode ter consequências chocantes: pense-se, por exemplo, no caso de duas infracções semelhantes praticadas na mesma data por dois indivíduos e julgadas em datas diferentes unicamente pelos imponderáveis do processo, uma relevando da lei antiga outra da lei nova, entretanto promulgada.

Diga-se, no entanto, que a letra do texto constitucional não é, por seu turno, decisiva.

«Aplicar retroactivamente as leis penais, de conteúdo mais favorável ao arguido» favorece a ideia da constitucionalidade do preceito do Código. «Arguido» é uma pessoa ainda não julgada, e nem

sequer pronunciada¹⁷. Parece, assim, referir-se a uma fase processual em que, no mínimo, ainda não há sentença condenatória definitiva.

Por outro lado, a Constituição não vai, pelo menos expressamente, tão longe quanto o Código no que concerne à aplicação retroactiva da lei descriminalizadora¹⁸.

Daí não poder inferir-se que onde o legislador constitucional quis o mais (aplicação retroactiva da lei que elimina uma infracção) também quereria o menos (aplicação retroactiva da lei de conteúdo mais favorável) assimilando, nos seus efeitos, as duas soluções, isto é — e no plano que particularmente nos interessa — atribuindo-lhes efeitos idênticos sobre as situações definitivamente julgadas antes da entrada em vigor da lei nova.

Restará considerar que a solução radical apontada não tem consagração, tanto quanto sabemos, nos Códigos Penais estrangeiros.

Assim, no Código Penal da RFA, a aplicação retroactiva da lei mais benévola pressupõe que esta tenha modificado a lei em vigor na data do facto, *antes da sentença* (art. 2.º, n.º 3).

O mesmo acontece com o Código Penal suíço, cujo art. 2.º o declara aplicável também aos crimes e delitos cometidos antes da sua entrada em vigor, se o autor for submetido a julgamento após esta data e se o mesmo Código lhe for mais favorável que a lei em vigor no momento da infracção.

Em França, face ao Código em vigor, reina acordo quanto à inoperância da lei nova mais benévola sobre as sentenças passadas em julgado¹⁹. E o ante projecto definitivo do Código Penal consagra as mesmas soluções: a lei ou o regulamento menos rigoroso aplicam-se aos factos *não definitivamente julgados* à data da sua entrada em vigor; a sanção deixa de executar-se quando pronunciada por uma infracção suprimida por uma lei ou regulamento posteriores à sentença — art. 9.º²⁰.

O mesmo acontece em Itália, cujo Código dispõe que, se a lei do tempo em que foi cometido o crime e as posteriores forem diferentes, se aplicará aquela cujas disposições forem mais favoráveis ao réu, salvo se já estiver proferida sentença irrevogável (art. 2.º terceiro inciso).

A discussão poderia, pois, prolongar-se quase indefinidamente, mas não é esse o nosso propósito.



Parece poder dizer-se que, também aqui, estamos perante uma questão em aberto que, como tantas outras, caberá à jurisprudência decidir.

14. Essencial para a correcta aplicação das normas sobre aplicação no tempo é a determinação do *momento* da prática do *facto*.

Com efeito, se importa determinar com precisão a data de entrada em vigor da nova lei não é menos imperioso determinar a data em que uma infracção se considera cometida de modo a poder situá-la, rigorosamente, em relação à lei antiga e à lei nova.

Simplemente, uma infracção pode ser cometida, por assim dizer, instantaneamente, ou pode ser constituída por actos ou comportamentos que se prolongam no tempo. No primeiro caso, a determinação do momento da infracção não levanta, em regra, grandes dificuldades e, para saber qual a lei em vigor nesse momento, basta uma simples comparação de datas. Já o mesmo não acontece na segunda hipótese.

O novo Código consagrou no art. 3.º um critério relativo à determinação do *momento da prática do facto*: este considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.

A fórmula adoptada é muito semelhante à do art. 8.º do Código Penal da República Federal da Alemanha²¹.

Mas quando é que um facto se considera praticado se, para a sua caracterização como ilícito criminal, é necessária uma série de actos que se prolongam no tempo?

A doutrina distingue, com efeito, certos tipos de crimes, como os *habituais* e os *permanentes*, em que a rigorosa determinação do momento da sua prática pode revestir-se de dificuldades. Os primeiros caracterizam-se pelo facto da prática habitual ou profissional da mesma actividade como elementos constitutivos ou como circunstância qualificativa dos respectivos crimes; os segundos são aqueles em que o evento se prolonga por mais ou menos tempo²².

O próprio Código fala deles a propósito da contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal (art. 118.º), aludindo, respectivamente, à prática do *último acto criminoso* e à *cessação da consumação*.

Também os autores franceses costumam falar de *infracções contínuas*, que se prolongam por um certo tempo, quer pela vontade do agente (*infracção contínua sucessiva*, p. ex., o uso ilegal de condecorações) quer pela natureza das coisas (*infracção contínua permanente*, p. ex., o estabelecimento de uma barragem em curso de água sem autorização).

E se esta última categoria parece não suscitar dificuldades de maior, visto que a reunião dos seus elementos constitutivos, com efeito, se adquire num determinado momento e só as suas consequências se prolongam no tempo, tratando-se, apesar das aparências, de uma verdadeira infracção instantânea que deve reputar-se definitivamente cometida na data da sua realização; em contrapartida, a infracção contínua sucessiva renova-se constantemente com todos os seus elementos constitutivos. Neste caso não será, por conseguinte, o primeiro acto criminoso que perdura por efeito duma espécie de velocidade adquirida, tratando-se, antes, de um número indefinido de momentos delitivos justapostos. Bastará, por isso, que a situação criminosa contínua prossiga, mesmo em parte, sob o império da lei nova para que esta, por aplicação dos princípios gerais do direito transitório, se aplique imediatamente, mesmo quando seja *mais severa* que a anterior²³.

Dificuldades semelhantes podem suscitar-se a propósito da punição do *concurso de infracções* quando um ou mais crimes se tenham cometido no domínio da lei antiga e da lei nova; no caso da *reincidência* supondo-se que, por hipótese, a lei mais recente institui diferentes critérios para a sua punição; no *crime continuado*, quando os actos integradores da continuação criminosa são praticados na vigência de leis penais que se sucedem; no caso das *leis interpretativas*; na hipótese das chamadas *leis extra-penais* e no caso da *prescrição*.

15. Quando, no seio da primeira Comissão Revisora do Código, se discutiu a fórmula do projecto que corresponde ao actual n.º 4 do art. 2.º (princípio da aplicação do regime mais favorável), foi ponderado que a consagração da «cláusula geral» que nela se continha não prejudicaria nunca as soluções que se reputassem mais justas para certos problemas concretos, não sendo de saudar como procedimento legislativo óptimo a tentativa de resolver em defini-

tivo todas as pequenas questões que em concreto se podem pôr perante qualquer princípio geral, repetindo-se a mesma argumentação a propósito do texto que corresponde ao art. 3.º (momento da prática do facto)²⁴.

A fórmula então proposta para exprimir o princípio da aplicação do regime mais favorável foi defendida como uma disposição suficientemente elástica para abarcar todos os problemas que se entenda dever tratar na sua base — essa elasticidade permitia, justamente, que se deixasse à doutrina e à jurisprudência campo livre para subsumir ou não nela certas questões²⁵.

Mas não é tarefa fácil pedir auxílio àquele princípio para resolver as dúvidas acima enunciadas, a propósito da aplicação do critério legal do momento da prática do facto, em certos casos.

16. Nos *crimes habituais* deve aplicar-se a lei vigente à data da prática do último acto criminoso ou uma lei anterior, por hipótese mais benévola, na vigência da qual se iniciaram os actos cuja repetição constitui elemento constitutivo das infracções?

Para apreciação da habitualidade devem desprezar-se os actos praticados sob o império da lei antiga para só se atender aos já cometidos na vigência da lei nova, como quer alguma doutrina francesa? Ou defender-se a solução que toma em consideração os factos anteriores para caracterizar a habitualidade, argumentando que a lei nova quer punir um *estado perigoso* revelado pela última infracção, ou seja pela qual se constitui o estado de habitualidade, porque este, facto actual, deve ser punido segundo a lei vigente na data do último acto que o caracterizou como, pelo contrário, pretende a jurisprudência, também francesa, posição que Roger Merle e André Vitu consideram a única lógica?²⁶.

Afigura-se que só a solução da aplicação da lei nova é racional, porque o *facto* que verdadeiramente conta para o preenchimento do tipo de crime supõe uma repetição de actos no tempo e só adquire relevância normativa quando apreciados numa certa globalidade. A solução deve, pois, encontrar-se na exegese do art. 3.º (critério do momento da prática do facto). Se a lei vigente for mais benévola que a vigente ao tempo em que se iniciou a sucessão de actos reveladores da habitualidade, nenhum problema se levanta; se for mais severa, nenhuma razão de justiça ou de protecção do agente

pode aqui invocar-se. Este devia saber que a prática sucessiva de actos criminosos já no domínio da lei nova lhe acarretaria a pena estabelecida nesta, e, não tendo renunciado a essa prática, só de si mesmo pode queixar-se.

17. O mesmo deve dizer-se quanto aos *crimes permanentes*: se o agente não cessou a consumação após a entrada em vigor da lei nova, na hipótese mais severa, sabendo que isso lhe acarretaria consequências penais mais graves, é porque aceitou o risco e também só de si pode queixar-se. Reivindicar o direito à aplicação de uma lei anterior mais favorável seria premiar injustamente a violação do dever de pôr termo à conduta criminosa.

18. Passando, agora à figura do *crime continuado*, começaremos por recordar a lição de Jescheck, quando pondera que, sendo juridicamente considerado como uma só acção, tão decisivo é o momento da comissão do primeiro acto parcial como o do último; e que o momento da comissão no crime continuado, como no crime permanente, é *todo o espaço de tempo* que vai até à terminação do facto²⁷.

O novo Código Penal define a figura do *crime continuado* como a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente (art. 30.º, n.º 2). O crime continuado é punível com a pena correspondente à conduta *mais grave* que integra a continuação (art. 78.º, n.º 5).

Se essa conduta *mais grave* ocorreu na vigência da lei nova, pelas razões já indicadas a propósito dos *crimes habituais* e dos *crimes permanentes*, é a pena estabelecida naquela lei que deve ser aplicada, ainda que mais severa. Embora seja elemento da definição a existência de «um quadro de solicitações de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente», a verdade é que a ameaça penal mais severa não constitui estímulo bastante para que renunciasse à continuação criminosa.

Não é razoável que lhe aproveite o regime mais favorável da lei antiga.

No caso contrário, isto é, se a conduta mais grave ocorreu no domínio da lei anterior, deve aproveitar-lhe o regime mais favorável da lei nova, se, por hipótese, um tanto académica, diga-se de passagem, esta vier estabelecer pena mais benévola para essa conduta, o que só se compreenderá, em boa lógica se, simultaneamente, adoçar ou atenuar proporcionalmente as penas correspondentes às restantes condutas que integram a continuação.

19. O *concurso de infracções* que, na técnica do Código, se determina pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido ou pela conduta do agente (art. 30.º, n.º 1), implica a condenação numa única pena, em cuja concreta determinação serão considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente (art. 78.º, n.º 2). A pena aplicável tem como limite superior a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, sem que possa ultrapassar os limites previstos nos arts. 40.º e 46.º (idem, n.º 2).

Se todos os crimes foram cometidos na vigência da lei antiga, nenhuma dificuldade se levanta face aos princípios: aplicar-se-ão as penas previstas na lei nova, se forem mais benévolas e a pena unitária será determinada em função do critério desta mesma lei se for mais favorável, concretamente, ao réu.

Mas se um ou mais crimes já foram praticados na vigência da lei nova?

Para a doutrina francesa, a solução é fácil. Não se pode falar de *cúmulo* ou de *não-cúmulo* antes da data em que o concurso das infracções se realiza, isto é, por hipótese, sob o domínio da lei nova. É esta, por conseguinte, que deve aplicar-se. Se substituir o *cúmulo* ao *não-cúmulo*, será aplicável mesmo que mais severa. Em contrapartida, se uma lei nova vem calcular, diferentemente da antiga, as modalidades de aplicação da regra da não-acumulação, a sua aplicação deve ser governada pela distinção entre leis mais benévolas e mais severas²⁸.

Na hipótese considerada, o concurso dá-se entre crimes praticados na vigência de leis que se sucedem no tempo.

Para correcta aplicação do regime do n.º 4 do art. 2.º do Código é preciso previamente determinar a pena correspondente a cada infracção, e logo nessa primeira operação, é necessário distinguir

consoante se trate de uma infracção instantânea ou, pelo contrário, de uma infracção que só vem a considerar-se consumada com a prática dos actos já verificados na vigência da lei nova (crimes *habituais, permanentes, continuados*, etc.). Determinadas as penas que correspondem a cada infracção em separado, segundo os critérios anteriormente referidos, é preciso então decidir se a pena unitária deve estabelecer-se face à regra da lei nova ou, pelo contrário, à face da lei anterior. E aqui é que se levanta a dúvida. Se, por hipótese, esta pena agrava a situação do agente em comparação com a que seria fixada pelo critério da lei antiga, parece que deve funcionar o n.º 4 do art. 2.º, isto é, aplicar-se o regime que concretamente for mais favorável, no caso o da lei antiga.

A despeito de a lei mandar considerar, em conjunto, os factos e a personalidade do agente, como vimos, o critério só vale para a determinação concreta da pena, mas esta já tem que estar previamente definida pela regra da punição do concurso e aqui não pode deixar de intervir o critério geral do regime mais favorável. Com todas as dúvidas que a hipótese suscita, parece ser esta a solução que melhor satisfaz o princípio da aplicação retroactiva do regime que, concretamente, se mostre mais favorável ao agente. É um dos tais casos em que a referida elasticidade do preceito funciona para resolver, com justiça, uma questão concreta não especificamente regulada.

20. Raciocínio semelhante deve fazer-se quanto à punição da *reincidência*?

O novo Código estabelece regras diferentes das do ainda vigente para a punição da reincidência.

É difícil afirmar que se trata de um regime mais severo ou mais benévolo; nem isso interessa grandemente neste momento, porque o que releva é a *situação concreta*.

Vamos admitir, para efeitos de raciocínio, que a reincidência se estabelece entre uma ou mais infracções cometidas no domínio da lei antiga e uma ou mais infracções cometidas já no domínio da lei nova. Relevará, neste caso, o princípio da aplicação do regime mais favorável para o réu reincidente?

Alguma doutrina francesa hesita quando se põe a questão de saber se, cometida uma infracção após a entrada em vigor da nova

lei, devem aplicar-se-lhe as novas penas tendo em conta as condenações anteriores, objectando que se conferem a estas efeitos que a lei antiga lhes não atribuía. Mas não falta quem entenda o contrário e que deve aplicar-se a nova lei, porque com ela se visa reprimir um estado perigoso, concretizado pela mais recente infracção, que precisamente tem lugar sob o império da lei actualmente em vigor. O agente sabia, aliás, com a publicação do texto novo, quais as consequências mais gravosas que decorreriam da comissão de mais uma infracção: competir-lhe-ia não incorrer nas sanções mais severas que o ameaçavam.

Quanto às outras condições de reincidência (prazos entre condenações, homogeneidade ou identidade de infracções) devem, para os que defendem esta última doutrina, ser apreciadas segundo a nova lei uma vez que é ela que organiza a agravação da pena que castiga a última infracção²⁹.

Também nos parece que não há razões bastantes para, entre nós, sustentar aqui a aplicação do regime que concretamente se mostre mais favorável. Isso representaria uma espécie de direito adquirido pelo delincente a reincidir tantas vezes quantas lhe apetecesse, contando, de antemão, com a sobrevivência indefinida das regras punitivas da reincidência que vigoravam ao tempo em que cometeu a primeira ou as primeiras infracções, por hipótese mais benévolas. Se é certo que a regra da aplicação retroactiva do regime mais favorável se funda na protecção do agente, que não deve ser sujeito a consequências penais que não *podia prever* quando praticou um ou mais crimes, a justificação deixa de valer para a comissão de novas infracções, agora no domínio da vigência de uma lei que agrava a punição da reincidência, com a qual ele tinha necessariamente de contar.

O regime mais favorável só tem razão de ser quando a última infracção que conta para a reincidência foi praticada no domínio da lei antiga mas só foi julgada depois da vigência da lei nova.

21. Vejamos, agora, o caso das *leis interpretativas*.

Tem-se entendido que a lei interpretativa constitui *um todo* com a lei interpretada na medida em que se destina simplesmente a esclarecer o seu significado sem lhe modificar o seu conteúdo.

Dentro destas limitações não repugnaria admitir que a interpre-

tação da nova lei se aplicaria imediatamente aos factos praticados no domínio da lei interpretada, mesmo que dela decorresse a aplicação de uma sanção mais severa que a admitida pela prática anterior.

Mas é neste domínio que pode verificar-se a situação, atrás recordada, de o legislador ceder à tentação de acrescentar qualquer coisa à lei interpretada, em termos de produzir uma retroactividade disfarçada. Nestes casos, como é evidente, não pode admitir-se qualquer excepção ao princípio da não-retroactividade. E mesmo na hipótese mais inocente, na dúvida deve recusar-se aplicação à lei interpretativa, isto é, quando ela conduza à aplicação de sanções mais severas do que as que era possível determinar através da análise da lei que se quis interpretar. A segurança jurídica e a protecção do delincente são valores essenciais que o intérprete deve ter sempre em consideração.

22. O problema das chamadas leis *extra-penais* pode colocar-se em direito penal transitório aquando da publicação de novas leis que, sem serem, elas próprias, leis criminais, modificam de uma maneira directa as condições da incriminação de tal ou tal comportamento.

Existem teorias no sentido de que a não-retroactividade da lei penal só às leis criminais propriamente ditas se aplica.

Mas pode objectar-se-lhes que as normas a que se refere a lei penal fazem parte desta e são elementos normativos da descrição dos seus conceitos. Logo, se da revogação destas normas resulta uma restrição do âmbito do direito penal, isso importa uma atenuação da sua eficácia e portanto deve aproveitar ao delincente. Se, porém, a lei não altera o âmbito do direito (por exemplo, põe fora da circulação um certo tipo de moeda) isso não pode aproveitar àquele que porventura a tenha falsificado³⁰.

O tema é deveras controvertido. Os autores franceses que vimos citando com alguma frequência, informam que certos autores alemães respondem afirmativamente à questão da eficácia retroactiva das modificações operadas nas leis pertencentes a outros ramos do direito, como o civil, o comercial e o administrativo a que o direito criminal presta o apoio das suas técnicas específicas, com o fundamento de que a noção extra-penal faz parte integrante da lei cri-

minal que a protege e que, modificada ou suprimida aquela noção se suprime ou modifica, ao mesmo tempo, um dos elementos da infracção.

Discordam, todavia, desta opinião e exemplificam a sua discordância deste modo: se uma lei decidir que o *contrato de depósito* deve passar a revestir forma autêntica seria chocante concluir daí que a violação anterior dos depósitos contratados em forma de documento particular deixariam de ser punidos pelas disposições relativas ao *abuso de confiança*.

Actualmente — acrescentam — admite-se que as regras do direito penal transitório se aplicam unicamente às leis penais.

De resto — continuam — todo o problema consiste em distinguir a lei criminal da lei civil. Citando Kohlrauchs, parece-lhes que o critério de distinção mais satisfatório é o seguinte: a lei penal propriamente dita é a que tem por objecto *criar* as incriminações e *prever* as sanções, quer dizer organizar a protecção penal de certos bens. A lei civil reporta-se a matérias civis, comerciais e económicas, organiza as regras jurídicas aplicáveis às pessoas, aos bens, aos contratos e confere a estas pessoas, a estes bens e a estes contratos, certas qualidades ou certas propriedades jurídicas.

A lei civil tem, por vezes, incidências penais, quando define noções ou precisa as propriedades jurídicas de que o direito penal indirectamente faz depender a repressão; mas ela não é directamente «penal». Um exemplo ilustrará a distinção: uma lei incrimina a falsificação de moeda, indica os elementos constitutivos, a pena, as condições de punibilidade — é uma *lei penal* e o seu lugar é no Código Penal. Uma outra lei vem, pelo contrário, *desmonetarizar* as espécies metálicas em ouro — reporta-se às propriedades jurídicas de certos sinais monetários e, pela sua natureza, é uma lei extra-penal.

Reconhecem, no entanto, que o critério exposto é mais intuitivo que científico, desse modo concluindo que a discussão continua em aberto³¹.

Parece difícil sustentar que as modificações contidas na legislação extra-penal não se repercutam na lei criminal, em termos de retroactividade, quando daí possa advir um regime mais favorável para o agente. A que título continuar a puni-lo por falsificação de um documento autêntico quando, por hipótese, a lei extra-penal lhe retirou tal natureza?

Como justificar que continue a punir-se um agente que praticou um crime de falso depoimento de parte em processo civil se, por hipótese, uma nova lei de processo vier, entretanto, a suprimir esse meio de prova?

Os exemplos poderiam multiplicar-se.

Apesar de o Código se referir, no n.º 4 do seu art. 2.º a «disposições penais» ainda aqui a elasticidade da fórmula pode funcionar a favor do delincente, através da aplicação retroactiva da lei que, entretanto, tiver sido indirectamente alterada por uma lei não-penal num qualquer dos elementos constitutivos do tipo legal de crime.

A solução para que dependemos situa-se na mesma linha de pensamento que está latente na cláusula geral de exclusão da ilicitude fundada na ordem jurídica quando considerada na sua totalidade (art. 31.º, n.º 1).

Se um obstáculo à ilicitude pode actuar directamente a partir de qualquer outro ramo de direito em que esteja contido, então parece que efeitos semelhantes devem ser atribuídos a modificações nesses outros ramos de direito que vão repercutir-se nas normas penais, quer suprimindo elementos constitutivos da infracção quer restringindo o seu âmbito.

23. Envolve particulares dificuldades a problemática da aplicação no tempo no que toca à *prescrição*. Elas não passaram despercebidas à Primeira Comissão Revisora e o problema foi aí concretamente levantado.

No entanto, preferiu-se não o resolver de forma expressa. A esse propósito o autor do Projecto, Prof. Eduardo Correia, sublinhou que a disposição correspondente ao actual n.º 4 do art. 2.º visava regular todos os problemas que poderiam ser postos, não só problemas de punição *sensu stricto*, mas de imputabilidade, de atenuantes e agravantes, etc. E, no que tocava particularmente à *prescrição*, acrescentou que muitos a consideram matéria adjectiva, processual, importando não esquecer que a questão de saber qual das duas leis se aplica — se a antiga, se a nova — era discutidíssima na doutrina, não devendo, pois, o legislador cortar a discussão. Mas logo acrescentou que a opinião que parecia melhor e que hoje (então) de algum modo se poderia dizer triunfante era a de que se não punha aí um problema de retroactividade da lei, mas um pro-

blema de *aplicação imediata*. A elasticidade da fórmula proposta permitiria deixar campo livre à doutrina e à jurisprudência para nela subsumir ou não certas questões, entre as quais se poderia precisamente contar o caso da *prescrição*.

A Comissão veio a aprovar, por maioria, uma resolução no sentido de não ver vantagem em acrescentar qualquer outro princípio ao contido no texto em discussão, ficando em aberto, por isso, a questão da aplicação das leis no tempo em matéria de *prescrição*^{31-A}.

Mas o que a lei não quis decidir expressamente terá que fazê-lo o intérprete, e de modo particular, o julgador. Ora, a decisão está longe de ser fácil. A prova disso é que não há unanimidade de opinião naqueles países em que o problema tem sido arduamente discutido, como por exemplo na França e na Alemanha.

A discussão centra-se, geralmente, na natureza *processual* ou *material* da *prescrição*. Para uns a *prescrição* é um simples obstáculo processual, para outros a lei de *prescrição* seria uma lei de fundo.

Para Jescheck, é preferível uma *teoria mista* que considere a *prescrição* como uma instituição jurídica de natureza processual e material ao mesmo tempo. Por outro lado, serve de fundamento a esta teoria a ideia de que a necessidade da pena, tanto do ponto de vista da retribuição como da prevenção geral, como em atenção ao fim ressocializador da mesma pena, desaparece pouco a pouco com o decurso do tempo e termina por desaparecer de todo. Também desempenham um papel as ideias do exercício do direito de graça, de equidade e da necessidade de autolimitação do Estado face ao factor tempo e à mudança operada durante esse tempo na personalidade do delincente.

Mas a *prescrição* do crime não assenta exclusivamente na ausência da necessidade da pena. Também assenta na experiência processual de que, com o crescente distanciamento temporal entre o processo penal e o momento da comissão do crime, aumentam as dificuldades probatórias a ponto de ser cada vez maior o perigo de sentenças erróneas. Este ponto de vista, porém, não é decisivo, como o demonstram a imprescritibilidade do genocídio e a gradação dos prazos de *prescrição* de acordo com a gravidade do crime. Estas normas só podem explicar-se de um ponto de vista jurídico material e não processual.

Assim, segundo a *teoria mista*, a prescrição do crime é uma causa pessoal da anulação da pena que, não obstante, está configurada do ponto de vista jurídico adjectivo como um *obstáculo processual*.

O autor sublinha a importância prática da discussão precisamente no que respeita à admissibilidade da *retroactividade* de uma lei que *prolongue* o prazo de prescrição ou que *anule* esta. Para a teoria *material e mista*, a regulamentação da prescrição é uma questão que pertence aos pressupostos da penalidade, pelo que não pode modificar-se retroactivamente em prejuízo do réu. A *teoria processual* não se vê certamente afectada por esta consideração mas, apesar disso, devia ter em conta que a proibição da retroactividade se aplica actualmente cada vez mais também aos pressupostos processuais.

De qualquer modo, prossegue o autor, deve repudiar-se, seja qual for o critério que se perfilhe, e por aplicação dos princípios gerais do direito, a possibilidade de reabrir, com efeito retroactivo, os prazos de prescrição já decorrida (a chamada *grande retroactividade*). Pelo contrário, deve ter efeito retroactivo a posterior *redução* dos prazos de prescrição, quer esta se considere como preceito processual quer como lei mais favorável no sentido que lhe dá o art. 2.º do Código Penal alemão.

No que toca à *prescrição da pena*, Jescheck considera-a uma instituição só justificável através da fundamentação jurídico-material de que perde sentido a execução quando o tempo faz esquecer o crime e a sentença condenatória e o réu mudou com o seu decurso. Naturalmente carece aqui de importância a ideia da dificuldade probatória, pelo que não pode alegar-se como fundamento da prescrição uma *teoria processual*. Não obstante, a prescrição da pena é tratada como um *obstáculo processual*, uma vez que o crime foi castigado e a sentença adquiriu força executória, pelo que só afecta a execução da pena ou da medida impostas³².

O autor informa ainda que a jurisprudência alemã não aplica a proibição da retroactividade aos prazos de prescrição. Mas, de acordo com o art. 2.º, n.º 3, do Código, tem eficácia retroactiva o encurtamento dos prazos de prescrição³³.

Em França, segundo Roger Merle e André Vitu, há unanimidade, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre um ponto: a lei nova não deve afectar as prescrições já adquiridas, reabrindo os prazos, sob pena de retroactividade.

Algumas dificuldades surgiram, no entanto, a propósito de uma lei que declarava imprescritíveis os crimes contra a humanidade.

Relativamente às prescrições em curso, a jurisprudência alinha com o sistema que aplica a lei mais favorável para o delincente e a doutrina que defende tal sistema alega que, nos seus efeitos, a prescrição equivale a uma amnistia ou a um perdão: a lei de prescrição seria, por conseguinte, uma *lei de fundo*.

Os autores citados criticam este ponto de vista e pronunciam-se pela aplicação imediata das leis novas às prescrições em curso, sem distinguir segundo a severidade. Para tanto, argumentam: o que interessa para efeitos de prescrição é o último dia e, enquanto este não chega, o delincente não pode pretender a impunidade, ideia que frequentemente se exprime dizendo-se que a prescrição constitui uma *situação jurídica contínua*, obrigatoriamente sujeita ao império de todas as leis novas até que se atinja o derradeiro dia.

Este ponto de vista é também aceite por uma parte da doutrina e o Tribunal da Cassação adoptou-se a partir de 1931.

O Anteprojecto do Código Penal francês consagrou a solução no seu art. 13.º: a prescrição da acção pública e a das sanções ficam submetidas ao efeito imediato da lei nova.

No entanto, reconhecem que a assimilação das leis de prescrição da acção pública às leis de forma é vivamente criticada por vários autores contemporâneos: para estes a prescrição deveria ser sempre regulada pela lei em vigor na data em que a infracção foi cometida. Deste modo, o delincente não sofreria com a aparição de leis novas mais severas e a vítima veria os seus direitos salvaguardados no caso de promulgação de uma lei mais indulgente. Evitar-se-iam, do mesmo passo, as críticas em que incorre a assimilação das leis de prescrição às leis de fundo.

Quanto à *prescrição de penas*, Merle e Vitu consideram como solução indiscutível que uma prescrição definitivamente adquirida na data em que uma nova lei entra em vigor não deve ser posta em questão.

Relativamente às prescrições em curso, dividem-se as opiniões em termos e com argumentos semelhantes aos que se produzem no domínio da prescrição do procedimento criminal.

Mas, para os autores, a assimilação das leis de prescrição às leis

de fundo, ainda aqui é inadmissível: a lei nova deve aplicar-se *imediatamente*, sem necessidade de comparar a severidade da mesma relativamente à da lei substituída, pois que a prescrição da pena, *situação jurídica contínua*, só tem interesse uma vez chegada ao seu termo³⁴.

Estamos agora confrontados com o dever de tentar resolver a dúvida face ao novo Código Penal português.

E como os argumentos que têm sido invocados num sentido ou noutro não são decisivos, funcionará aqui, em pleno a chamada *intuição não-sensível* do intérprete, que tem de inspirar-se nos princípios do sistema.

A prescrição do procedimento criminal, como a das penas, está incluída no título que trata extinção da responsabilidade criminal (Título IX da Parte Geral).

Mas esta colocação sistemática também não é por si decisiva para a questão que nos ocupa, na medida em que daí não resulta uma convicção segura sobre a natureza *substantiva, adjectiva* ou *mista* do instituto da prescrição.

O que nos parece relevante é que a prescrição, tanto do procedimento criminal como da pena, envolve um *certo núcleo de efeitos* favoráveis ao delinquente. Não é o puro interesse do Estado, fundado na desnecessidade da sanção ou no perigo de sentenças assentes em deficientes contributos probatórios, que se afigura decisivo ou absorvente.

Avulta aqui, em grau considerável, o *interesse* do delinquente a *não ser perseguido criminalmente* ou a *não ver executada a sentença* quando decorreu um certo tempo sobre a prática da infracção ou sobre a data da condenação. Não poderá falar-se, sem hesitação, num *direito adquirido* pelo delinquente, mas não será desajustado considerar que há uma *convergência de interesses*, entre o dele e o do Estado.

Ora, se é o próprio Estado que considera do interesse da ordem jurídica um *encurtamento* dos prazos da prescrição, não se vê razão para que, neste caso, a lei nova se não aplique aos prazos ainda em curso. A ser de outra maneira, teríamos de aceitar a vigência da lei antiga, inspirada por critérios que, entretanto, se consideraram ultrapassados, o que significaria uma contradição.

Existindo, por conseguinte, uma *convergência de interesses* entre

o Estado e delinquente que conduza à aplicação da lei nova mais favorável, não tem grande importância discutir se é ou não caso de aplicação retroactiva³⁵.

Mas se, pelo contrário, a lei nova aumenta ou alarga os prazos da prescrição, sem dúvida que entram em conflito os interesses apontados. O mesmo acontecerá se a lei nova vier declarar imprescritível uma infracção que até aí o não era ou estabelecer uma nova data a partir da qual começarão a correr os prazos de prescrição³⁶.

Uma coisa parece certa: a lei nova *não deve* afectar uma prescrição já adquirida no domínio da lei anterior. Neste caso podem invocar-se todos os argumentos que desde sempre militaram em favor da protecção do indivíduo contra a pretensão punitiva do Estado. De outro modo, estaria aberto o caminho para a prossecução de adjectivos semelhantes aos que o legislador poderia ser tentado a alcançar através de novas incriminações em flagrante violação do princípio da legalidade.

Se o prazo da prescrição ainda não terminou, a dúvida é quase insolúvel.

Não havendo um direito adquirido do delinquente, não sendo claro que se trate de um verdadeiro problema de aplicação retroactiva da lei, visto que a situação reguladora perdura na vigência da lei nova, só a *analogia* com o caso da proibição da aplicação de penas mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta (aqui, não proibida, pois que a *analogia* só não é permitida para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde) constituirá via possível para decidir a questão.

Bem vistas as coisas trata-se de optar pela solução que mais favorece o delinquente, sem tomar partido na querela sobre a natureza substantiva ou adjectiva do instituto, que permanece controvertida, e na discussão sobre se isso significa ou não aplicar retroactivamente uma disposição «penal» de «conteúdo» mais favorável.

Mas o princípio da aplicação da lei mais favorável ao delinquente, constitucionalmente consagrado, pode comportar desenvolvimentos para além dos estritos limites literais das fórmulas, quanto mais não seja por interpretação extensiva.

Perante o novo Código não é provável que o problema venha

a suscitar-se, uma vez que os prazos de prescrição, tanto do procedimento criminal como da pena, não foram alargados e, nalguns casos, até foram encurtados.

Mas nem por isso a importância e a actualidade do tema resultam afectados³⁷.

24. Consideremos, por fim, a problemática da aplicação no tempo relativamente às *medidas de segurança*.

Tem-se argumentado que, sendo a finalidade das medidas de segurança reagir contra a perigosidade do delinquentes e que sendo essa perigosidade pressuposto necessário da sua aplicação, deve existir no momento em que tais medidas se mandam aplicar, pelo que não pode, neste caso, falar-se em retroactividade, mas em aplicação de uma lei a um facto que se verifica na sua vigência. A lei que prevê tais medidas é pois, sempre, de *aplicação imediata*³⁸.

Sob a influência das concepções positivistas, alguma doutrina moderna admite que escapam às regras normais de conflito as novas leis que instituem medidas de segurança desconhecidas da legislação anterior, argumentando, que, instituídas, antes de mais, no interesse dos delinquentes, estas medidas devem ser aplicadas mesmo àqueles cujos comportamentos são anteriores à promulgação dos textos novos.

Estas razões poderiam ser aceitáveis quando tais medidas fossem destinadas à protecção, ao tratamento e à reeducação do indivíduo, como anteriormente se referiu. Mas é preciso estar prevenido relativamente àquelas que, na prática, se assemelham a verdadeiras penas, atingindo o indivíduo na sua liberdade, como as medidas de internamento: o princípio da não retroactividade deve, aí, ser escrupulosamente observado³⁹.

O novo Código, traduzindo o comando constitucional, estabelece que as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento do preenchimento dos pressupostos de que dependem.

Ora, entre os *pressupostos* ou *índices formais* das medidas de segurança que o Código institui exige-se, sempre, a prática de um *facto* descrito num tipo legal de crime, quer no caso das medidas de internamento para inimputáveis quer no de interdição de profissão (arts. 91.º e 97.º respectivamente).

No primeiro caso é ainda necessário que exista fundado receio de que o autor do facto venha a cometer outros factos típicos graves,

por virtude da anomalia psíquica e da natureza e gravidade do facto praticado; no segundo, que à condenação por crime com grave violação dos deveres inerentes à profissão ou à absolvição apenas por falta de imputabilidade, acresça a verificação, face ao acto praticado e à personalidade do agente, de fundado receio de que venha a praticar outros crimes que ponham em perigo, directa ou indirectamente, certas pessoas ou a colectividade.

Sendo índice formal da medida a prática de um *facto criminoso*, é evidente que este tem de ser praticado no domínio da lei nova, de acordo com o critério estabelecido no art. 3.º Mas têm de verificar-se, ainda no domínio desta, os restantes pressupostos indicados que indiciam a perigosidade justificativa da aplicação da medida.

Sendo assim, não se suscitam dificuldades de maior na observância do princípio da não-retroactividade.

Parece evidente, por outro lado, que as medidas de segurança a que foram sujeitos determinados indivíduos, no domínio da lei anterior, e que o novo Código não conhece, devem considerar-se extintas, pelas mesmas razões que inspiram a regra constante do n.º 2 do art. 2.º relativa às *penas*. Não faria sentido que continuassem a sujeitar-se às medidas impostas quando a lei nova, em melhor avaliação das coisas, entende que os comportamentos que as ditaram não devem merecer esse tipo de reacção criminal.

Algumas dificuldades podem pôr-se quando a medida foi decretada no domínio da lei anterior e a lei nova continua a mantê-la, embora obedecendo à verificação de pressupostos não inteiramente coincidentes. É o caso de internamento em manicómio criminal de delinquentes perigosos, a que se referem os arts. 68.º, § único, e 70.º, n.º 1 e § 1.º, do actual Código.

Parece deverem aplicar-se, neste caso, retroactivamente, as disposições do novo Código desde que, *concretamente*, se mostrem mais favoráveis ao sujeito da medida. Não poderá razoavelmente invocar-se, aqui, o efeito impeditivo do caso julgado porquanto este se refere à estabilidade da decisão mas não às condições em que é executada, sendo certo que a própria lei vigente já admite, por exemplo, que o internamento finde quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade que lhe deu origem.

Em termos semelhantes deve raciocinar-se quanto à medida de interdição de exercício da profissão.

II

APLICAÇÃO NO ESPAÇO

25. Em todos os tempos os homens atravessaram as fronteiras naturais ou legais, e se instalaram ou deambularam em territórios estrangeiros.

No presente século, porém, o fenómeno assumiu uma extensão que, salvo bruscas regressões, de momento imprevisíveis, só mostra tendências para se desenvolver. O turismo, a emigração em larga escala, as modernas técnicas de comunicações e de transportes, os próprios conflitos entre pessoas, por vezes com expressão bélica, multiplicam os contactos entre as nações.

Neste contexto, dificilmente a criminalidade deixaria de assumir dimensões novas e de revolucionar as velhas regras de aplicação da lei criminal no espaço, geralmente pensadas para tempos mais tranquilos em que a delinquência se manifestava no interior das ordens jurídicas soberanas, vigentes intra-muros. Nos tempos que vivemos, fenómenos como o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, a falsificação de moedas, o furto e a burla, são, frequentemente, actividades organizadas de grupos criminosos que actuam além-fronteiras, com pontos de apoio em certos países e com uma mobilidade notável dos seus membros, que praticamente assegura a sua impunidade.

Por outro lado, o desvio de aeronaves, a renovação de actividades terroristas e a própria delinquência económica vieram colocar problemas novos e difíceis à repressão penal e a necessidade de uma cada vez maior cooperação a nível internacional como única maneira de lutar contra tais flagelos.

Tais fenómenos não podiam deixar de ter incidências no direito penal internacional e de conduzir a modificações nas velhas regras sobre os limites da competência legislativa e judiciária, repressiva, de cada Estado.

26. Neste quadro, um primeiro grupo de questões respeita à melhor forma de regular os conflitos de leis e de jurisdições no espaço,

colocando as diversas ordens jurídicas perante o problema de determinar se as leis penais internas devem aplicar-se sempre a todos os actos criminosos cometidos sobre o território nacional, sejam quais forem os seus autores e as suas vítimas, nacionais ou estrangeiras, e se devem estender-se a infracções cometidas no estrangeiro quer por uns quer por outros.

Paralelamente, suscita-se a questão de saber qual o juiz competente para conhecer de tais infracções. Contrariamente ao que sucede com o direito internacional privado, no domínio do direito penal a competência legislativa e a competência judiciária têm andado quase sempre a par, no sentido de que o juiz não pode deixar de aplicar a lei nacional quando chamado a decidir no âmbito do processo criminal. Mas também esta afirmação está actualmente em crise, como veremos.

27. A luta contra o crime, em termos de eficácia, passou a exigir uma colaboração entre Estados que já se não contenta com as clássicas soluções da extradição, da expulsão de estrangeiros delinquentes, do intercâmbio de informações e de provas entre agentes policiais ou judiciários e das cartas rogatórias. Apela cada vez mais para um progressivo reconhecimento dos efeitos internacionais das sentenças estrangeiras, quer no aspecto da *execução* quer no da autoridade do *caso julgado*.

Deixando de parte, por agora, a difícil problemática do *direito internacional penal*, como uma expressão do direito internacional público que se impõe aos próprios Estados, o qual está ainda longe da elaboração e da eficácia que se desejaria e tem um campo de aplicação limitado, vejamos, com algum pormenor, em que termos se desenvolve o *moderno direito penal internacional*, expressão que tem sido entendida como a parte do direito criminal que tem por objecto determinar os limites da competência legislativa e judiciária de cada Estado em face do fenómeno da criminalidade internacional crescente, de precisar as modalidades de colaboração inter-estadual na luta contra esta criminalidade, enfim de procurar a codificação e a instituição de uma justiça penal internacional⁴⁰.

Mas parece que deve reservar-se a expressão para designar (na falta de melhor) os problemas internacionais suscitados pelas infracções que, ofendendo somente a ordem interna, manifestam um ele-

mento de extraneidade tal como a nacionalidade do agente ou da vítima ou do lugar da comissão das mesmas infracções ou os seus resultados⁴¹.

Como sublinha Jescheck, a existência do poder punitivo estatal é um pressuposto material necessário da sentença penal, pois o carácter coactivo desta só pode exercer-se se a respectiva acção está sujeita ao próprio poder punitivo. E só quando essa questão está clarificada pode prosseguir a investigação sobre se o próprio direito penal material é aplicável ou se ele remete para o direito penal estrangeiro o que, sendo raro, acontece algumas vezes, como no direito suíço.

Cada estado é soberano para decidir dos limites do próprio poder punitivo, mas do problema dos limites do poder punitivo nacional há que distinguir a questão da soberania da jurisdição penal nacional face a determinadas categorias de estrangeiros ou face a nacionais que hajam cometido determinados crimes com aspectos internacionais.

E da questão do âmbito da eficácia internacional do poder punitivo há que destacar o princípio de direito internacional segundo o qual nenhum Estado pode realizar actos de soberania no território de outro Estado, a não ser quando excepcionalmente legitimado para isso.

Por outras palavras, o direito penal internacional regula somente a aplicação do direito punitivo estatal a factos que, pela pertinência territorial do lugar da comissão do crime ou pela nacionalidade do delinquento ou da vítima, estão relacionados com um ordenamento jurídico estrangeiro, mas não concede ao Estado a faculdade de actuar soberanamente num território pertencente a outro Estado.

Em contrapartida, os *efeitos* do uso do poder punitivo legítimo nacional sobre estrangeiros e sobre crimes cometidos no estrangeiro, devem ser aceites pelos outros Estados, já que neste caso não está em causa a proibição de realizar actos de soberania no território alheio.

28. O direito penal internacional está, assim, submetido a alguns princípios, para salvaguarda de determinados valores. Esses princípios limitam o arbítrio que poderia levar um Estado a submeter ao seu poder punitivo próprio factos que relevam de aspectos inter-

nacionais por haverem sido cometidos no estrangeiro ou por causa da nacionalidade estrangeira do delinquento ou da vítima.

E aqui surge a ideia da necessidade de *pontos de conexão lógicos* que se expressam, tradicionalmente, pelas noções de *princípio da territorialidade*, *princípio do pavilhão* (ou da matrícula), *princípio da personalidade activa*, *princípio da personalidade passiva*, *princípio da protecção dos interesses nacionais* e *princípio do direito universal*.

Com o primeiro exemplo exprime-se aquela realidade que conduz à competência de cada Estado para reprimir as infracções cometidas no seu território. Trata-se de infracções que violam a lei penal interna, cujo respeito constitui uma obrigação para todos quantos residem no território do Estado em questão. Neste caso, o direito de punir depende fundamentalmente do *lugar* da infracção. A competência estabelecida nesta base é simultaneamente de ordem legislativa e judiciária.

Tal princípio é comum à generalidade dos Estados, manifestando-se, mesmo, uma tendência acentuada para a extensão da interpretação da regra do *locus delicti commissi*.

Mas esta tendência comporta graves inconvenientes, onde avulta o risco de multiplicações de casos de competência concorrente entre Estados e, por conseguinte, a proliferação de conflitos positivos em matéria de competência e de legislação.

Basta pensar no velho exemplo de escola da infracção que é cometido no território de um Estado mas cujos resultados vêm a produzir-se no outro.

Irmão gémeo do princípio de territorialidade é o *princípio da bandeira ou do pavilhão*, a que os franceses chamam do «*territoire flottant*».

Segundo ele, o Estado cujo pavilhão é arvorado por uma embarcação ou em que está registada uma aeronave pode sujeitar ao seu poder punitivo as infracções cometidas a bordo, ainda que o facto haja sido cometido por um estrangeiro em (ou sobre) território de soberania estrangeira ou no alto mar.

Em direito internacional reconhece-se este princípio porque existe um interesse geral em responsabilizar o Estado pela segurança e pela ordem a bordo dos seus navios e aeronaves.

O *princípio da personalidade activa* é fundado na ideia de que

os nacionais de um Estado continuam sujeitos às suas leis, mesmo quando se encontram no estrangeiro; que um Estado é atingido na sua reputação pelas infracções cometidas pelos seus nacionais no estrangeiro; que a lei do Estado de que a pessoa é nacional é a que ela melhor conhece; e que a repressão dessa pessoa pelo Estado de que é súbdita constitui o corolário necessário da sua não-extradução.

O *princípio da personalidade passiva*, por seu turno, assenta na ideia da *identificação* dos interesses da vítima com os do Estado da nacionalidade, alargando a autoridade legislativa e judiciária daquele aos actos cometidos no estrangeiro *contra* os seus nacionais.

Este princípio, no entanto, influencia em menor grau que o anterior a generalidade das diversas legislações. Além disso, o procedimento pelas infracções cometidas no estrangeiro contra nacionais é geralmente subordinado a condições definidas com certo rigor, por exemplo as que exigem que os actos abrangidos sejam igualmente punidos pela lei do lugar em que foram cometidos (a menos que este lugar não releve de qualquer jurisdição penal), a presença do delincente no território do Estado de que a vítima é nacional, etc.

O *princípio da protecção dos interesses nacionais* significa que o Estado pode sujeitar ao seu poder punitivo os factos cometidos por estrangeiros, quando esses factos podem ofender ou pôr em perigo bens jurídicos desse Estado.

Aqui, o *ponto de conexão lógica* que justifica o princípio é a *relação* criada pelo próprio delincente com o Estado, através da direcção da ofensa aos bens jurídicos do mesmo Estado. Trata-se, quase sempre, da competência para julgar infracções contra a segurança, a independência, a organização política e, por vezes, a estrutura administrativa ou financeira do mesmo Estado. As medidas auto-protectoras que este adopta pela afirmação do princípio, têm uma longa tradição na generalidade dos sistemas jurídicos e resultam da impossibilidade de reclamar a extradição dos agentes desse tipo de infracções aos países de origem e das incertezas quanto à perseguição e punição deles nesses países.

Por fim, o *princípio da competência universal* ou do *direito universal* exprime a ideia de que o tribunal do lugar onde se encontra o delincente é o competente para conhecer da infracção, seja

qual for o lugar da sua prática, seja qual for a nacionalidade do agente ou da vítima.

Este princípio deriva da necessidade de garantir a segurança ou a intangibilidade de certos valores fundamentais a que cada Estado atribui uma igual importância. Trata-se de valores fundamentais protegidos pelos códigos penais ou por convenções internacionais e regras gerais de direito internacional.

Salienta Jescheck que este princípio, entendido em sentido amplo, é «cientificamente irrealizável» porque então o poder punitivo do Estado seria ilimitado. Tal princípio só se justifica, nacional e internacionalmente, quando o facto se dirige contra bens jurídicos de carácter supranacional, em cuja protecção existe um interesse comum a todos os Estados (p. e., tráfico de drogas, comércio de escravos, de mulheres e de publicações obscenas, luta contra a falsificação de moeda, protecção de cabos submarinos, protecção contra pirataria aérea e terrorismo).

Só em casos deste tipo se trata de «solidariedade do mundo cultural face ao crime» e da «luta contra a criminalidade internacional perigosa», ideias que se podem justamente invocar para fundamento do princípio⁴².

29. Recordámos estas noções para vermos agora em que medida os princípios em causa inspiram as regras de aplicação no espaço do novo Código Penal português.

Assim, o *princípio da territorialidade* e o seu corolário, *princípio do pavilhão*, estão claramente afirmados no art. 4.º cuja epígrafe denota claramente a sua natureza de *princípio geral*.

O preceito não contém, evidentemente, qualquer definição de território português nem do que sejam navios ou aeronaves portuguesas. Quanto ao primeiro, é a própria Constituição da República que o define (art. 5.º); e o critério da nacionalidade de navios ou embarcações há-de pedir-se à lei extra-penal.

À primeira Comissão Revisora do Código, não escapou o problema, tendo sido sublinhado que, na determinação da nacionalidade dos navios e aeronaves, se usa normalmente o critério do pavilhão ou da matrícula.

Mas levantou-se a dúvida sobre se a regra quererá aplicar-se também a navios ou aeronaves surtos em portos ou aeroportos

estrangeiros, dadas as diferenças de redacção relativamente à norma do Código vigente.

O autor do projecto esclareceu, então, que o princípio não exclui, de forma nenhuma, que, nos casos atrás considerados, se deva considerar que o crime foi praticado em território estrangeiro. O preceito 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 com o estatuído pelo § 2.º do art. 5.º do Projecto (correspondente ao actual n.º 1 do art. 6.º do novo Código Penal).

Também foi discutida a questão da aplicação do critério da nacionalidade aos navios e aviões fretados, emprestados ou alugados e a importância deste problema foi salientada pelo seu carácter 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 isto respondeu o autor do projecto que a expressão usada — navios ou aeronaves portuguesas — traduz um conceito normativo *em branco*, que poderá ser preenchido segundo as normas que resultam do direito comercial ou 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 em normas seguintes que consagram o *chamado princípio da nacionalidade passiva*.

Foi acentuado, ainda, que a ideia do autor do projecto foi a de seguramente não considerar os navios e as aeronaves *militares* portuguesas na norma em causa, uma vez que são considerados *território nacional* e cabiam, portanto, na regra anterior (hoje alínea *a*) do art. 4.º).

Daqui se conclui que, diferentemente do sistema do Código ainda vigente, a lei penal portuguesa passará a aplicar-se, em princípio, a factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, cuja nacionalidade há-de determinar-se por critérios extra-penais, independentemente do local em que esses navios ou aeronaves se encontrem e sem as restrições da parte final do n.º 2.º do art. 53.º daquele Código (delitos entre a gente da tripulação somente e sem perturbação da tranquilidade do porto).

Solução semelhante é adoptada pelo Código Penal da República

Federal da Alemanha⁴³ e que não difere, essencialmente, da prevista no ante-projecto do Código Penal francês, a que se fez referência⁴⁴.

O princípio da *protecção dos interesses nacionais* está presente na regra da alínea *a*) n.º 1 do art. 5.º, aplicando-se a lei portuguesa a factos praticados fora de território nacional quando constituam crimes previstos nos arts. 236.º a 250.º, 288.º, 289.º, 334.º a 350.º, 352.º, 356.º a 369.º e 381.º

O *princípio da competência universal* ou da *aplicação universal*, por seu turno, inspira a regra da alínea *b*) dos mesmos números e artigo, mas a aplicação da lei portuguesa está, neste caso, subordinada à circunstância de o agente ser encontrado em Portugal e não poder ser extraditado.

Por fim, os princípios da *nacionalidade*, da *personalidade activa* e da *personalidade passiva* encontram-se presentes nas alíneas *c*) e *d*) dos mesmos números e artigo, dependendo a sua aplicação de certas condições, nelas especificadas.

Bem entendido que o princípio da *nacionalidade* também encontra eco na alínea *a*) e na alínea *b*), neste último caso completado com a de *personalidade passiva* quanto a alguns dos crimes aí previstos.

Um potencial desenvolvimento do *princípio da aplicação universal* está contido no n.º 2 do mesmo artigo, segundo o qual a lei portuguesa é ainda aplicável a quaisquer factos cometidos fora do território nacional, que o Estado português assim se tenha obrigado a julgar por tratado ou convenção internacional.

30. A aplicação da lei penal portuguesa a factos praticados fora de território nacional implica, porém, algumas restrições.

A primeira, contida no n.º 1 do art. 6.º, respeita às condições negativas de o agente não ter sido julgado no país da prática do facto ou de se haver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.

O professor Eduardo Correia explicou, no seio da Primeira Comissão Revisora, que esta regra 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* e chamou a atenção para o facto de que ela era já consagrada pelo Código vigente⁴⁵.

Esta solução mereceu algumas objecções, que foram refutadas pelo autor do projecto, começando por pôr em evidência que ela tinha que ser conexiada com a norma seguinte, que tratava da aplicação, pelo juiz nacional, da lei penal estrangeira — havendo-a — sempre que a lei nacional fosse aplicável a infracções cometidas no estrangeiro e desde que aquela fosse mais favorável ao delinquente (norma que corresponde, *grosso modo*, à do n.º 2 do art. 6.º do novo Código). Ora, para que se respeitasse o princípio da recepção da lei penal estrangeira na ordem jurídico-criminal portuguesa, era forçoso respeitar a essência do princípio contido na solução criticada. E invocou, a propósito, que eventuais restrições neste domínio deveriam ser prudentes, para que se não criasse uma hostilidade internacional a que não se podia aderir e que não parecia ser, a qualquer título, conveniente.

Ponderou, ainda, que nem só o caminho das restrições legislativas poderia resolver o problema, podendo seguir-se outro, possível mas não recomendável, que era o da *revisão* em sentido material da sentença penal estrangeira.

A comissão veio a rejeitar por unanimidade a via da revisão material e, por maioria, decidiu ressaltar as hipóteses que viessem a ser formuladas na Parte Especial do Código e coubessem nos n.ºs 3 e 6 do art. 5.º do projecto ⁴⁶.

31. Acontece que o novo Código não ressaltou hipótese nenhuma. A restrição da aplicação da lei portuguesa, contida no n.º 1 do art. 6.º, aplica-se a *todos os factos* praticados fora do território nacional, o que quer dizer que só se aplica quando o agente não foi julgado no país da prática do facto ou se haja subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.

Por conseguinte, só nestas hipóteses é que é aplicável a lei portuguesa.

Mas ainda aqui há que distinguir:

a) O facto, embora seja aplicável a lei portuguesa, será julgado segundo a lei do país em que foi praticado sempre que for concretamente mais favorável ao agente e a pena aplicável será convertida naquela que lhe corresponder no sistema português ou, não havendo correspondência directa, naquela que a lei portuguesa prevê para o facto — n.º 2 do mesmo artigo ⁴⁷;

b) A regra da alínea anterior, porém, não se aplica aos crimes previstos na alínea a) do n.º 1 do art. 5.º ou seja àqueles crimes que reclamam sempre a aplicação da lei portuguesa em nome do *princípio da protecção dos interesses nacionais*.

No caso de o agente ter sido julgado em país estrangeiro e voltar a sê-lo pelo mesmo facto, em Portugal, levar-se-á em conta na pena que lhe for aplicada aquela que já tiver *cumprido no estrangeiro* — n.º 4 do art. 6.º

Esta regra, como é evidente, vem relacionar-se com a do n.º 1 do mesmo artigo, o que quer dizer que só vale para a hipótese de ter sido julgado e condenado no estrangeiro numa pena, a cujo cumprimento se subtraiu parcialmente.

Quer isto dizer, se bem pensamos, que a parte da pena que eventualmente tiver cumprido no estrangeiro lhe é descontada na pena imposta pelo tribunal português, nos termos dos arts. 71.º e 82.º do Código.

Mas se o agente não tiver sido julgado ou, tendo-o sido, se tiver subtraído ao cumprimento total da condenação, pode pôr-se a questão de saber se lhe é descontada qualquer prisão preventiva eventualmente sofrida no processo instaurado no estrangeiro. Parece dever responder-se afirmativamente, por *analogia* com o caso regulado no art. 80.º

32. As restrições à aplicação da lei portuguesa, que se apontaram, significaram o abandono do regime do Código vigente, que nega efeitos jurídico-positivos ou efeitos executivos, de caso julgado, às sentenças penais estrangeiras?

Com efeito, pela regra do n.º 1 do art. 6.º do novo Código, às sentenças penais estrangeiras continuam a ser atribuídos efeitos negativos, na medida em que impedem que o agente volte a ser julgado em Portugal pelos mesmos factos, quando não se haja subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.

Contrariamente ao que acontece no Código actual, as condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para *efeitos de reincidência* quando o facto constituir também crime doloso segundo o direito português (art. 76.º, n.º 1 do novo Código). Recorde-se que era precisamente a norma do § 4.º do art. 35.º do Código vigente, segundo a qual não eram computadas para a rein-

cidência, entre outras, as condenações proferidas por tribunal estrangeiro, um dos argumentos que se invocavam para negar efeitos jurídicos a estas sentenças⁴⁸.

Por fim, para efeitos de aplicação da pena relativamente indeterminada a delinquentes por tendência, o novo Código manda tomar em consideração os actos julgados em países estrangeiros desde que constituam crimes a que devesse concretamente aplicar-se prisão por mais de 2 anos segundo o direito português (art. 83.º, n.º 4).

Apesar do que fica referido, parece dever continuar a entender-se que o Código novo recusa às sentenças estrangeiras efeitos executivos, de caso julgado, seguindo o exemplo da quase generalidade dos Códigos Penais da Europa Ocidental, onde só a Suíça admite a possibilidade de executar uma sentença penal estrangeira⁴⁹.

33. *A aplicação do princípio da territorialidade* pressupõe resolução a questão da *sede* do crime.

O novo Código procura resolvê-la no art. 7.º segundo o qual «o facto considera-se praticado no lugar em que, total ou parcialmente, e sob qualquer forma de participação, o agente actuou ou, no caso de omissão, devia ter actuado, como naquele em que o resultado típico se tenha produzido».

Optou, assim, pela chamada *solução plurilateral*, que já vinha sendo defendida pela doutrina⁵⁰.

Solução idêntica é adoptada no Código Penal Suíço (art. 7.º) e no Código Penal da República Federal da Alemanha (art. 9.º), a que Jescheck chama *teoria da ubiquidade*⁵¹.

No seio da Primeira Comissão Revisora o Prof. Eduardo Correia defendeu esta solução dizendo que ela é exigida pelo interesse de que, em virtude de diferentes critérios usados pelas leis de diferentes países, os criminosos não fiquem impunes; aliás, tem sido recomendada em Congressos Internacionais, sobretudo por parte do Instituto de Direito Internacional em 1931⁵².

34. Os arts. 4.º e 5.º do novo Código, que fixam as regras de aplicação da lei no espaço, começam por ressaltar «tratado ou convenção internacional em contrário».

Portugal assinou em 23 de Janeiro de 1979 a «Convenção Europeia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condi-

cionalmente» e, em 10 de Maio do mesmo ano, a «Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Criminais» e a «Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Criminais», todas do Conselho da Europa⁵³.

Estando em curso o processo de ratificação destas Convenções importa ver em que medida da sua eventual vigência na ordem interna resultarão afectadas aquelas regras, o que não dispensa uma referência, ainda que sumária, à matéria e objecto desses instrumentos de direito internacional.

35. A primeira, tem por objectivo organizar um sistema de cooperação internacional susceptível de permitir, no território de um Estado signatário, a *execução* das medidas condicionais (*sursis*, *probation*, libertação antecipada ou medidas análogas), concomitantes ou posteriores às condenações penais pronunciadas num outro Estado Parte.

Salvo raras excepções, a aplicação de métodos de tratamento em liberdade apenas se realiza no plano nacional. Quando se trata de estrangeiros, as jurisdições competentes hesitam em decretar medidas cuja execução noutra país não está assegurada.

Daí resulta que os delinquentes que, normalmente, poderiam beneficiar de uma suspensão da pena ou de uma liberdade condicional, são condenados a prisão efectiva, ficam detidos até ao termo da pena ou são libertados apenas para fins de expulsão, o que torna provável a sua reincidência no país para onde são reenviados.

O problema agudiza-se na actualidade, sabido que as deslocações individuais através da Europa se multiplicam.

O objecto da Convenção é, assim, organizar uma entajuda internacional que facilite a prevenção da reincidência através da promoção, além fronteiras, de métodos de tratamento individual e de reclassificação social que têm dado as suas provas no âmbito nacional. Com essa entajuda-visa-se, não apenas vigiar as pessoas libertadas, mas também assisti-las socialmente quando isso for indicado para assegurar a sua ressocialização no país da sua residência.

No seu conjunto, a Convenção compreende quarenta artigos agrupados em seis títulos.

O Título I descreve os objectivos fundamentais atrás recordados e prevê que as autoridades do Estado onde o delincente foi con-

denado ou libertado condicionalmente (Estado requerente) disporão de três possibilidades de acção, separadamente expostas nos Títulos II, III e IV.

As decisões de carácter repressivo visadas pela Convenção vêm definidas no art. 20.º

Pode tratar-se:

a) De uma decisão judiciária sobre a culpabilidade do delincente, acompanhada de uma suspensão condicional da pronúncia da pena (o que equivale à dispensa da pena prevista no novo Código Penal português, no art. 75.º); ou

b) De uma condenação que implique privação da liberdade, proferida sob condição ou cuja execução é suspensa condicionalmente, no todo ou em parte, quer no momento da condenação quer posteriormente.

Estas decisões devem ter carácter definitivo e executório (força de caso julgado).

A infracção que motivar o pedido deve ser reprimida pelas legislações dos dois Estados interessados.

A Convenção prevê determinados casos em que o Estado requerido pode *recusar* a assistência pedida, que mais adiante se referirão.

O Título II prevê que o Estado requerente pode pedir ao Estado da residência do condenado que exerça a vigilância sobre este, destinada a controlar a observância das condições fixadas na sentença.

Neste caso, o Estado requerente reserva-se a decisão final, quer dizer, a verificação das condições impostas ou, pelo contrário, a execução da pena suspensa.

Num outro artigo da Convenção, prevê-se que o Estado requerente é o único com competência para apreciar se o delincente satisfaz ou não as condições que lhe foram impostas e para tirar as consequências previstas pela sua própria legislação.

O Título III é consagrado à *execução das condenações*. Nele se confere ao Estado requerente, que tiver revogado uma medida condicional, a possibilidade de convidar o Estado da residência a *executar*, no seu território, a condenação tornada efectiva.

A Convenção prevê disposições no sentido de que a execução se efective em conformidade com a lei do Estado requerido, o qual

disfruta de um certo poder de adaptação da medida cuja aplicação lhe é pedida.

Para evitar duplicações de procedimentos, está previsto que o Estado requerente não possa executar, ele mesmo, a condenação, a menos que o Estado requerido o tenha notificado da recusa ou da impossibilidade de proceder à execução.

O Título IV, consagrado à *desistência em favor do Estado requerido* institui um processo simplificado, em termos de permitir ao Estado da condenação a *transmissão* do processo ao Estado da residência, o qual será, então, encarregado de executar a decisão como se esta tivesse sido proferida no seu próprio território. Este procedimento será naturalmente utilizado quando, dos elementos da causa, resultar que o delincente regressará ao território do Estado requerido sem intenção de voltar ao Estado requerente.

Os restantes Títulos contêm disposições comuns aos três tipos de procedimento regulados nos precedentes ou sobre as chamadas cláusulas de estilo que não interessa, aqui, referir em pormenor.

A Convenção prevê a formulação de *reservas*, relativamente:

a) À *execução* das condenações e à *desistência* do Estado requerente, a que se referem os títulos III e IV. A possibilidade de formular reservas relativamente a estes títulos permitirá aos países, se as respectivas leis internas o impuserem, estabelecer critérios objectivos para a determinação dos casos de transmissão de competência do juiz de um Estado para o juiz de um outro.

b) Às disposições que as Partes Contratantes não poderão concluir entre elas acordos bilaterais ou unilaterais relativos às questões reguladas na Convenção senão para completar as disposições desta ou facilitar a aplicação dos princípios nela contidos.

Mas as disposições respeitantes ao exercício da vigilância por um Estado a pedido de outro não poderão ser objecto de quaisquer reservas.

A *vigilância*, a *execução* ou a *desistência* em favor do Estado requerido não poderão ter lugar:

a) Se forem consideradas pelo Estado requerido como susceptíveis de atentarem contra a sua soberania, a sua segurança ou contra

os princípios fundamentais da sua ordem jurídica ou contra certos interesses essenciais do mesmo Estado;

b) Se a condenação que justifica o pedido se fundar em facto que foi definitivamente julgado no Estado requerido;

c) Se o Estado requerido considerar que os factos que motivaram a condenação constituem uma infracção política, conexas a uma infracção desta natureza ou como uma infracção puramente militar;

d) Se estiver adquirida a prescrição da sanção, tanto à face da lei do Estado requerente como à face da lei do Estado requerido;

e) Se o autor da infracção beneficiar de uma amnistia ou de um perdão tanto no Estado requerido como no Estado requerente.

Além disso, os pedidos *podem ser recusados*:

a) Se as competentes autoridades do Estado requerido tiverem decidido não instaurar procedimento ou pôr-lhe termo, relativamente aos mesmos factos;

b) Se os factos que motivaram a condenação forem objecto de exercício de acção penal no Estado requerido;

c) Se a condenação que motivou o pedido tiver sido proferida à revelia;

d) Na medida em que o Estado requerido considerar que a condenação é incompatível com os princípios que presidem à aplicação do seu direito penal, nomeadamente se, em razão da idade, o autor da infracção não podia ser condenado nesse Estado.

A despeito da largueza dos casos de não aplicação e dos motivos de recusa que a Convenção contempla, da ratificação desta pode resultar a atribuição de efeitos executivos a uma sentença estrangeira, em qualquer dos aspectos considerados.

Esses efeitos são nítidos no caso do exercício da vigilância, uma vez que o estado requerente deve satisfazer o pedido e só adaptará as medidas prescritas segundo a sua própria legislação *se tal for necessário* (art. 11.º, n.º 1), embora em nenhum caso as medidas aplicadas possam agravar, pela natureza ou pela sua duração, as previstas pelo Estado requerente (art. 11.º, n.º 2).

Também no caso de *revogação* da decisão de suspensão condicional o Estado requerido só deve substituir a sanção infligida, *se for caso disso*, por uma pena ou medida previstas na sua lei para uma infracção análoga. Esta pena ou medida devem corresponder,

tanto quanto possível, na sua natureza, à infligida pela decisão a executar, não podendo exceder o máximo previsto pela lei do Estado requerido nem agravar, pela sua natureza ou pela sua duração, a sanção proferida no Estado requerente (art. 19.º).

No caso de *desistência*, o Estado requerido adapta a pena ou medida proferidas, à sua própria legislação como se a condenação tivesse sido proferida para a mesma infracção cometida no seu território, mas a sanção imposta nesse Estado não pode agravar a sanção proferida no Estado requerente (art. 23.º).

36. A «Convenção sobre o Valor Internacional das Sentenças Criminais», por seu turno, baseia-se na concepção fundamental da *assimilação* de uma sentença estrangeira a uma sentença proferida pelos tribunais internos.

Esta concepção respeita a três aspectos diferentes:

- à execução da sentença;
- ao efeito *ne bis idem*;
- à tomada em consideração, para certos efeitos, das sentenças estrangeiras.

O *efeito executivo* depende, no entanto, de vários requisitos:

1) — Uma condição prévia absoluta para a execução é que a sentença tenha sido proferida em completa conformidade com os princípios fundamentais da Convenção dos Direitos do Homem, nomeadamente do seu art. 6.º, que estabelece certas exigências mínimas para a acção penal.

2) — O acto pelo qual uma pessoa é condenada no Estado em que a sentença foi proferida deve ser igualmente punível segundo a legislação do Estado requerido.

3) — A sentença — excepto quando proferida à revelia ou se se tratar de uma *ordonnance pénale*³⁴ deve ter carácter definitivo e executório (isto é, deve ser transitado em julgado), no Estado requerente.

4) — O pedido deve ser validamente apresentado pelo Estado onde a sentença foi proferida.

5) — O Estado requerido só pode recusar a execução por um

qualquer dos motivos limitativamente enumerados na Convenção.

6) — O efeito *ne bis in idem*, tal como é admitido na Convenção, obsta à execução.

A sentença estrangeira deve, porém, ser examinada no Estado da execução, a fim de produzir efeitos neste Estado.

O procedimento previsto para esse fim divide-se em duas fases: acção a nível internacional entre o Estado requerente e o Estado requerido e acção a nível nacional (processo de *exequatur*), perante as autoridades competentes deste último. Este processo de *exequatur* é instituído a fim de dar ao condenado a garantia de que a execução da sanção que lhe foi imposta e a adaptação da sentença estrangeira serão efectuadas em conformidade com as disposições da Convenção. Por essa razão, o exame do pedido de execução e a decisão final sobre a questão são confiados aos tribunais do Estado requerido. No interesse de uma execução mais célere e eficaz, está prevista uma execução para as *multas* e confiscações sob condição de ser admitido recurso perante uma autoridade judiciária.

Porque é largamente reconhecido, em direito interno, o princípio de que uma pessoa não deve ser julgada mais que uma vez pela mesma infracção, não é menos desejável que idêntico princípio se aplique no plano internacional. A justiça exige que uma sentença estrangeira implique, se possível, o mesmo efeito negativo que uma sentença nacional. Daí que a Convenção tenha curado da aplicação internacional do princípio *ne bis in idem*, que pressupõe uma regulamentação minuciosa.

Razões semelhantes levaram a considerar a produção de certos outros efeitos, também no plano internacional, às sentenças estrangeiras, dominadas pelo princípio de que estas podem ser tomadas em conta nos casos em que, segundo a legislação nacional, decisão idêntica produziria os mesmos efeitos.

Nesta medida, a Convenção vincula cada Estado contratante a tomar as medidas legislativas que considere adequadas para permitir aos seus tribunais, aquando de um julgamento, que tomem em consideração qualquer sentença estrangeira anteriormente proferida em processo com garantias de contraditoriedade, de modo a que se atribuam à mesma, no todo ou em parte, os efeitos que a sua lei prevê para as sentenças proferidas no seu território, determinando esse Estado as condições em que aquela sentença será tomada em

consideração. A disposição refere-se, evidentemente, a casos como a reincidência, a habitualidade, etc.

Ainda neste domínio, a Convenção contém uma disposição vinculando os Estados contratantes a tomarem as medidas legislativas que considerem adequadas com vista a permitirem que se tomem em consideração as sentenças estrangeiras a fim de tornar possíveis, no todo ou em parte, as *privações de direitos* ou *interdições* atribuídas pelas suas leis internas às sentenças proferidas em território nacional.

Só que a mesma Convenção admite a formulação de reservas a propósito de um ou outro dos efeitos referidos.

Perante esta Convenção, e sem entrarmos em pormenores que alongariam demasiado a presente exposição, os Estados que a ela se vincularem ficam obrigados, em certas condições, a proceder à execução de sanções proferidas por jurisdições estrangeiras.

Estas sanções podem ser privativas da liberdade, pecuniárias e privativas de direitos ou decretando interdições.

Certo que, para que isso possa acontecer, é necessário, em primeiro lugar, que idênticas sanções estejam previstas na lei do Estado da execução para os mesmos factos.

E o Estado da condenação só pode requerer a execução verificados um ou mais dos seguintes requisitos:

- a) Que o condenado resida habitualmente nesse Estado;
- b) Que a execução noutra país seja susceptível de melhorar as possibilidades de ressocialização do condenado;
- c) Tratando-se de uma sanção privativa da liberdade, que possa ser executada noutra Estado na sequência de uma outra sanção privativa de liberdade que o condenado sofra ou venha a sofrer nesse outro Estado;
- d) Que o outro Estado seja o Estado de origem do condenado e se tenha já declarado pronto a encarregar-se da execução dessa sanção;
- e) Se considerar que não está em condições de executar, ele próprio, a sanção mesmo recorrendo à extradição e que o outro Estado está nessas condições.

Verificado um desses requisitos, a execução só pode ser recusada, total ou parcialmente, num dos seguintes casos:

- a) Se for contrária aos princípios fundamentais da ordem jurídica do Estado requerido;
- b) Se este Estado considerar que a infracção reprimida pela sentença condenatória reveste um carácter político ou que se trata de uma infracção puramente militar;
- c) Se o mesmo Estado considerar que há razões sérias para crer que a condenação foi provocada ou agravada por motivos de ordem religiosa, de nacionalidade ou de opiniões políticas;
- d) Se a execução for contrária a compromissos internacionais do Estado requerido;
- e) Se o facto for objecto de acção penal no Estado requerido ou se este decidiu exercê-la;
- f) Se as competentes autoridades do Estado requerido decidiram não exercer a acção penal ou pôr-lhe termo, pelos mesmos factos;
- g) Se o facto tiver sido praticado fora do Estado requerente;
- h) Se o Estado requerido não estiver em condições de executar a sanção;
- i) Se o pedido for fundado na impossibilidade, para o Estado requerente, de executar por si próprio a sanção, mesmo recorrendo à extradição e nenhum dos restantes requisitos estiver preenchido;
- j) Se o Estado requerido considerar que o Estado requerente está em condições de executar, por si próprio, a sanção;
- k) Se, em razão da sua idade no momento da prática do facto, o condenado não podia ser perseguido no Estado requerido;
- l) Se a sanção estiver já prescrita segundo a lei do Estado requerido;
- m) Na medida em que a sentença tenha proferido uma interdição ou privação de direitos.

Também não pode ser dado seguimento ao pedido de execução se esta infringir o princípio *ne bis in idem*.

A execução é regulada pela lei do Estado requerido e só este é competente para tomar todas as decisões adequadas, nomeadamente no que concerne à libertação condicional.

Como anteriormente se disse, a execução de uma sanção aplicada no Estado requerente só pode ter lugar no Estado requerido

mediante decisão de um juiz deste Estado, salvo quanto às multas ou confiscos, desde que haja possibilidade de recurso para uma autoridade judiciária.

O juiz do Estado requerido deve certificar-se de que a sanção foi inflingida por uma sentença criminal tal como a Convenção a define e que estão verificados os requisitos acima apontados ou não concorrem as condições que legitimariam a recusa.

Mas o Estado requerido fica vinculado pela *matéria de facto* na medida em que esta consta da decisão ou na medida em que esta se funda implicitamente sobre ela.

Tratando-se da execução de uma sanção privativa da liberdade, e admitido o pedido, o juiz substitui à sanção aplicada no Estado requerente uma sanção prevista na sua própria lei para o mesmo facto. Algumas particularidades estão previstas neste caso, podendo, inclusive, ser aplicada uma sanção de outra natureza ou duração, mas o juiz não pode agravar a situação penal do condenado que resulta da decisão proferida no Estado requerente.

A Convenção também prevê algumas cláusulas particulares, relativamente à execução das sanções pecuniárias ou que imponham apreensões bem como às relativas às interdições ou privação de direitos.

Prescindindo de maiores desenvolvimentos, o que se disse bastará para que se possa concluir que a vinculação à Convenção, e a despeito dos requisitos e condições assinalados, pode conduzir ao reconhecimento de efeitos jurídico-positivos às sentenças penais estrangeiras.

Mas precisamente por isso, ou também por isso, a aplicação da Convenção pode conduzir, em certos casos, ao afastamento das regras de direito interno sobre aplicação da lei penal no espaço.

O próprio *princípio da territorialidade* pode ser afastado se se considerar que os motivos de recusa, acima indicados, são uma faculdade do Estado requerido, que dela pode usar ou não⁵⁵.

Pela mesma Convenção o Estado português poderá requerer, em contrapartida, a execução de uma sentença penal proferida pelos seus tribunais, a um Estado estrangeiro, relativamente a factos praticados em território português ou fora dele.

37. Vejamos, por fim, a «Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Criminais».

Esta Convenção nasceu da necessidade de regular conflitos positivos de competência entre os Estados membros do Conselho da Europa, que podem surgir por vários motivos:

a) Quando vários Estados reivindicam a sua competência para conhecer de uma infracção, em razão do lugar onde ela foi cometida (conflito de competência territorial);

b) Quando os Estados reivindicam o direito de perseguir e julgar infracções cometidas em território estrangeiro, invocando diversas razões tais como o princípio da personalidade activa ou passiva, o da competência universal ou ainda o da competência fundada na protecção da sua soberania e da segurança do Estado.

A solução dos conflitos positivos de competência passa por formas de acordo entre os Estados interessados, a fim de se determinar qual deles deverá exercer a acção penal contra o agente de uma dada infracção.

Os autores desta Convenção consideraram que uma solução adequada para tais conflitos devia necessariamente englobar a possibilidade de transmitir a um Estado o processo já instaurado no outro.

E isto porque o reconhecimento das sentenças penais estrangeiras e sua execução, objecto da Convenção anterior, não comportava soluções inteiramente satisfatórias as quais não podem ignorar as fases do processo que precedem a sentença e a execução desta.

A teoria segundo a qual é no lugar onde a infracção foi cometida que, habitualmente, é mais oportuno o exercício da acção penal, pareceu-lhes injustificada.

A ressocialização do delinquente, a que o direito penal contemporâneo atribui a maior importância, exige que a sanção proferida seja executada onde os esforços tendentes a essa ressocialização têm mais probabilidades de êxito, quer dizer, no Estado onde o delinquente tem família ou amigos ou onde estabelecerá a sua residência após ter expiado a pena.

Reconheceram, no entanto, a evidência das dificuldades relativas à recolha das provas, que frequentemente se oporão a que os processos sejam transferidos do Estado onde a infracção foi cometida para outro.

Daí que as regras absolutamente gerais não permitam determinar, em cada caso, o valor relativo que possa conferir-se às considerações

opostas. A decisão deve ser determinada *em cada caso*, à luz dos factos do processo.

As dificuldades que resultariam da prévia aceitação de um sistema limitativo do poder do Estado de impôr sanções só podem ser evitadas por meio de acordos entre os Estados interessados.

Ponderaram, igualmente, que um Estado em princípio competente para conhecer de uma infracção pode considerar que a acção penal exercida contra o autor será assegurada de forma mais eficaz por um outro Estado que, pela sua própria lei, não é competente para conhecer da mesma infracção.

Ora, este modo de cooperação internacional no domínio penal carece de um instrumento internacional que atribua ao segundo Estado competência para exercer a acção penal pedida pelo primeiro. Este, pode decidir a transferência do processo quando, por exemplo, o autor de uma infracção se refugiou no território do segundo Estado, que é o da sua residência habitual e, por via disso, um processo à revelia seria inútil e a extradição frequentemente impossível; e haveria outros motivos para justificar o procedimento da transmissão, como a já referida ressocialização do delinquente.

A Convenção propõe-se, por conseguinte, estabelecer um sistema de transmissão (ou transferência) de processos criminais e regulamentar a pluralidade desses processos.

Esta transmissão implica que o Estado requerente tenha já instaurado a acção penal. Pode acontecer que a autoridade competente para a acção penal chegue à conclusão de que o processo não pode aí desenvolver-se de forma adequada, por numerosas razões, relacionadas com a audiência de julgamento — dificuldades probatórias ou risco de decisões contraditórias ou ainda em virtude de conexões com outras infracções julgadas algures; relacionadas com a execução da sentença, que pode ser impossível ou inadequada no Estado requerente.

Além disso, as regras que permitem a execução noutra Estado podem eventualmente falhar; e mesmo que não seja assim, a adaptação de pena pode criar dificuldades. Quando a competente autoridade de um Estado, por qualquer razão, chegar à conclusão de que não é desejável a continuação do processo pode pedir a outro Estado, no qual um processo criminal adequado é possível, que se encarregue da acção penal. Se esta aceitar o pedido, então intervêm

a «transmissão de processo». Em regra, o Estado requerente é aquele onde a infracção foi cometida e o Estado requerido, o da residência do arguido, mas pode não ser assim. A aceitação do pedido não implica forçosamente que a causa seja submetida à apreciação do juiz do Estado requerido, visto que este é livre de decidir se é caso de exercitar a acção penal ou de lhe pôr termo.

A transmissão pode efectuar-se mesmo que nenhuma convenção haja sido concluída a esse respeito. A única condição exigida é que a lei penal do Estado requerido seja aplicável ao autor da infracção.

Em virtude da Convenção qualquer Estado Contratante tem competência para exercer a acção penal, segundo a sua própria lei, relativamente a qualquer infracção a que seja aplicável a lei penal de um outro Estado Contratante. Mas essa competência só pode ser exercida a pedido de um outro Estado também Contratante.

Do mesmo modo, um Estado Contratante, competente em virtude da sua própria lei penal para perseguir uma infracção pode, por aplicação da Convenção, renunciar ao exercício da acção penal ou abandoná-la, relativamente a um indivíduo que está sendo ou virá a ser perseguido pelo mesmo facto por um outro Estado Contratante.

A transmissão obedece, no entanto, a vários requisitos e condições.

Assim, um Estado Contratante, pode pedir a outro que exerça a acção penal num ou em vários dos seguintes casos:

- a) Se o arguido residir habitualmente no Estado requerido;
- b) Se o arguido é nacional do Estado requerido ou se este Estado é o seu Estado de origem;
- c) Se o arguido cumpre ou deve cumprir neste Estado uma sanção privativa de liberdade;
- d) Se contra o arguido foi instaurada acção penal no Estado requerido pela mesma ou por outras infracções;
- e) Se considerar que a execução, no Estado requerido, de uma eventual condenação é susceptível de melhorar as possibilidades de ressocialização do condenado;
- f) Se considerar que a presença do arguido na audiência não pode ser assegurada no Estado requerente e pode sê-lo no Estado requerido;

g) Se considerar que não está em condições de executar, por si próprio, uma eventual condenação mesmo recorrendo à extradição e que o Estado requerido está em condições de o fazer.

O Estado requerido *não aceitará* o pedido se:

a) Este não estiver conforme às disposições da Convenção, nomeadamente com aquela que exige que o facto relativamente ao qual a acção é pedida devesse constituir uma infracção no caso de ser cometida nesse Estado e quando, nesse caso, o autor seria passível de uma sanção igualmente em virtude da sua legislação;

b) O exercício da acção penal for contrário às disposições que regulam o efeito *ne bis in idem*;

c) À data mencionada no pedido, a prescrição do procedimento criminal tiver sido adquirida no Estado requerente segundo a lei deste Estado.

Sem prejuízo destas condições, o Estado requerido *só pode recusar*, total ou parcialmente, a aceitação do pedido nos seguintes casos:

a) Se considerar que o motivo em que se fundamenta o pedido não é justificado;

b) Se o arguido não tem a sua residência habitual no Estado requerido;

c) Se o arguido não é seu nacional nem tinha a sua residência habitual no seu território no momento da infracção;

d) Se considerar que a infracção motivadora do pedido reveste um carácter político, ou que se trata de uma infracção puramente militar ou puramente fiscal;

e) Se considerar que há razões sérias para crer que o pedido é motivado por questões de raça, de religião, nacionalidade ou de opiniões políticas;

f) Se a sua própria lei é já aplicável ao facto e se a acção pública está prescrita segundo essa lei no momento da recepção do pedido;

g) Se a sua competência é exclusivamente fundada na Convenção e se a acção pública estiver prescrita segundo a sua lei no momento da recepção do pedido, tendo em conta a prorrogação por seis meses do prazo de prescrição previsto na mesma Convenção;

h) Se o facto tiver sido cometido fora do território do Estado requerente;

i) Se a acção penal é contrária aos seus compromissos internacionais;

j) Se a acção penal é contrária aos princípios fundamentais da sua ordem jurídica;

k) Se o Estado requerente tiver violado uma regra do processo previsto na Convenção.

A Convenção regula o processo de transmissão, que não interessa aqui descrever em pormenor, os efeitos do pedido no Estado requerente e no Estado requerido, que também passaremos por alto, bem como o efeito impeditivo do *princípio ne bis in idem*, este em termos semelhantes aos da Convenção anteriormente referida.

E admite várias reservas.

É evidente que, no Estado requerido, a sanção eventualmente aplicável à infracção é a prevista pela sua lei, a menos que esta disponha outra coisa. Mas, quando a sua competência se fundar unicamente na Convenção, a sanção não poderá ser mais severa que a prevista no Estado requerente.

Diga-se, por fim, que todos os actos processuais praticados no Estado requerente, em conformidade com as leis e regulamentos aí em vigor, têm o mesmo valor no Estado requerido como se fossem praticados pelas suas autoridades, sem que tal assimilação possa ter o efeito de conferir a estes actos uma força probatória superior à que tinham no primeiro.

Do funcionamento das disposições desta Convenção, tendo em conta o que anteriormente se disse, também podem resultar afectadas as regras da aplicação da lei penal no espaço, tanto no Estado requerente como no Estado requerido.

Vejamos dois exemplos à luz do novo Código Penal português:

a) Um crime foi praticado em Portugal por um estrangeiro ou por um português que se refugiou num Estado estrangeiro e aí estabeleceu a sua residência ou, no segundo caso, é nacional deste Estado. Em princípio é aplicável a lei penal portuguesa. Mas, por alguma das razões indicadas, as autoridades portuguesas podem considerar que a acção penal é ineficaz e, nos termos da Convenção, solicitam a transmissão do processo para esse Estado. Se este

aceitar o pedido, aplicará, nos termos da Convenção, a sanção prevista na sua própria lei, a menos que esta disponha outra coisa. Resulta, neste caso, afectado o princípio da territorialidade.

b) Um certo crime foi praticado no estrangeiro mas a lei portuguesa é aplicável ao facto, segundo as regras do art. 5.º do mesmo Código.

O agente não foi julgado no país da prática do facto, não é encontrado em Portugal nem pode ser extraditado, e estabeleceu a sua residência no território de um terceiro Estado ou é, mesmo, nacional deste último.

Portugal, pelas razões indicadas ou pelo convencimento de que o julgamento à revelia é inútil, pede a esse Estado que exerça a acção penal e ele aceita e vem a julgá-lo segundo a sua própria lei.

Podem ficar afectadas, conforme os casos, as restantes regras, subsidiárias do princípio da territorialidade.

38. Portugal assinou ainda, em 18 de Junho de 1980, a «Convenção Europeia para a Repressão de Infracções Rodoviárias»⁵⁶.

Também esta Convenção prevê o exercício da acção penal no Estado da residência do arguido a pedido daquele em cujo território uma infracção rodoviária foi cometida bem como a execução de uma sentença, no Estado da residência do arguido, proferida no Estado da prática da infracção e a pedido deste.

Do funcionamento das disposições desta Convenção podem, igualmente, ser afectadas as regras sobre aplicação da lei penal no espaço em termos semelhantes aos das Convenções anteriormente resumidas.

39. De tudo o que fica exposto já se compreende melhor a razão porque, nos arts. 4.º e 5.º do novo Código se ressalvam os «tratados ou convenções internacionais em contrário», formulação aparentemente tautológica: com ela pretende-se vincar de forma clara que as regras sobre aplicação da lei penal no espaço não são rígidas e podem ser afastadas pelo direito internacional convencional; fica afirmado o princípio legislativo, como expressão política de cooperação entre os Estados que, como se sabe, tem entre nós matriz constitucional.

Por outro lado, o princípio da recepção da lei estrangeira mais

favorável, do n.º 2 do art. 6.º, como foi explicado no seio da primeira Comissão Revisora pelo autor do projecto, representa uma adesão a um conceito mais alargado do direito internacional penal. «O problema deste direito, 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»⁵⁷.

Exemplos de casos abrangidos na regra do n.º 2 do art. 5.º podem ver-se no art. 7.º da «Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves», assinada na Haia em 16 de Dezembro de 1970⁵⁸ e no art. 7.º da «Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil», concluída em Montreal em 23 de Setembro de 1971⁵⁹.

¹ Neste sentido, confr. Roger Merle e André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, 3. ed., 1.º vol., p. 312.

² Cfr., de S. C. Versele, *Aspects juridiques de la perception de la deviance et de la criminalité*, estudo publicado em *La perception de la deviance et de la criminalité*, Vol. IX dos *Études relatives à la recherche criminologique*, do Comité Europeu para os Problemas Criminais do Conselho da Europa, Estrasburgo, 1972, pp. 149 e 150 e Roger Merle — André Vitu, ob. cit. pp. 314 e 319.

³ Cfr. Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, parte geral, vol. I, Trad. espanhola de Mir Puig e de Munõz Conde, Bosch, Barcelona, p. 184.

⁴ Merle — Vitu, *Traité* cit., p. 324.

⁵ *Traité* cit. p. 315.

⁶ Cfr. Jescheck, ob. cit., p. 187.

⁷ Merle — Vitu, ob. cit., p. 313.

⁸ Merle — Vitu, ob. cit., p. 319.

⁹ Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 159 e Jescheck, ob. cit., p. 115. Cfr., ainda *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, vol. I, Lisboa, 1965, pp. 61 e 63.

¹⁰ Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 156, e Belezza dos Santos, *Direito Criminal*, Lições coligidas por Hermâni Marques, Coimbra, 1936, p. 193.

¹¹ Cfr. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, p. 172.

¹² Cfr. Jescheck, ob. cit., p. 188.

¹³ Artigo 2, n.º 4: «Uma lei que deva vigorar apenas para um determinado período, deve ser aplicada aos actos cometidos durante o tempo em que esteve em vigor, mesmo se for revogada. Esta regra não é aplicável se uma lei dispuser outra coisa».

¹⁴ Cfr. as notas destes autores espanhóis, a p. 193 do *Tratado* de Jescheck, anteriormente citado, e por eles traduzido.

¹⁵ Com o seguinte texto: «Toutefois l'infraction à une disposition légale ou réglementaire, déclarée applicable ou applicable par nature pendant un temps limité, est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission».

¹⁶ Cfr. tanto para o articulado como para a justificação, o *Avant — Project (definitif) de Code Pénal*, Livre 1, Dispositions Générales, *La documentation française*, pp. 26 e 114.

¹⁷ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I vol. pp. 424 a 427. De acordo com o disposto no art. 251.º do Código de Processo Penal, *arguido* é aquele sobre quem recaia forte suspeita de ter perpetrado uma infracção, cuja existência esteja suficientemente comprovada.

Para Figueiredo Dias, que recusa valor legal à distinção entre *arguido* e *réu*, só podendo atribuir-lhe algum valor doutrinário, o termo *arguido* abrange no seu âmbito o próprio acusado e pronunciado; dele deverá só distinguir-se o *condenado* ou o *absolvido* — dos quais, de resto, só em rigor deverá falar-se após o trânsito em julgado da sentença. Ob., cit., p. 427.

¹⁸ A referência ao «conteúdo mais favorável» das leis penais serve melhor a ideia de que se pensou numa simples alteração, quer no tipo da reacção criminal quer no seu «quantum» ou duração quer, porventura, nos efeitos penais acessórios, do que em leis descriminalizadoras.

¹⁹ Cfr. Merle — Vitu, ob., cit., p. 324.

²⁰ Cfr. *Avant — Project (definitif) de Code Pénal*, Livre 1, Dispositions Générales, *La Documentation Française*, p. 114.

No comentário da Comissão, que precede o articulado, observa-se o seguinte: «Relativamente aos conflitos de leis penais de fundo, o princípio fundamental da não-retroactividade das leis e regulamentos, expresso no art. 4.º do actual Código, é afirmado no art. 8.º».

Este princípio, que não carece de outra justificação, é, não obstante, corrigido pela chamada regra da *retroactividade in mitius* (mais correctamente denominada *aplicação imediata de leis novas mais benévolas*), desde sempre admitida pela jurisprudência e oficialmente consagrada no art. 9.º (primeira alínea, primeira fase): uma nova disposição mais indulgente deve aproveitar aos delinquentes, pelo menos enquanto não forem definitivamente julgados.

Uma inovação figura, todavia, no art. 9.º (primeira alínea, segunda fase). Pode acontecer que a lei nova mais benévola não se contente em diminuir as penalidades mas elimine pura e simplesmente a incriminação penal em vigor. Pareceu lógico que, nesta hipótese, a autoridade do caso julgado deixe de constituir obstáculo à indulgência legislativa e que seja posto termo às sanções em curso de execução. Esta solução é ignorada pelo actual direito mas é conforme aos votos da doutrina e evita que sejam tratadas diferentemente duas infracções cometidas na mesma data, das quais uma seria castigada definitivamente antes da entrada em vigor da nova lei, com uma sanção que seria irreversível, enquanto que a outra, pelos imponderáveis do processo ou por causa das manobras dilatatórias do arguido não seria ainda objecto de uma sanção definitiva e, por isso, escaparia finalmente a qualquer sanção em virtude da despenalização ordenada pela lei nova». (Public. cit., pp. 25 e 26).

²¹ «Um acto é cometido no momento em que o autor, ou o participante, agiu ou,

no caso de omissão, no momento em que deveria ter agido. O momento em que o resultado se produz não é determinante».

²² Cfr. *Collection des Codes pénaux européens*. Tomo V, Les nouveaux codes pénaux de langue allemande, *La Documentation Française*, 1981, p. 326.

²³ Cfr. Merle — Vitu, ob. cit., p. 326.

²⁴ *Actas* ref., pp. 65 e 68.

²⁵ *Actas* cit., p. 64.

²⁶ *Traité* cit., pp. 326 e 327.

²⁷ *Tratado* cit., p. 185. O autor, porém, sublinha que quando uma conduta se converte em punível por uma modificação legislativa só podem considerar-se como crime continuado os actos parciais cometidos *depois* da entrada em vigor da nova lei, já que *antes* não pode falar-se em «facto punível»; e que, no caso dos «crimes permanentes», há que ter em conta se o estado antijurídico criado pelo delinquentes se prolonga depois de ter entrado em vigor a nova lei, invocando, a propósito, o disposto no n.º 2 do art. 2.º do Código Penal alemão (quando a pena é modificada durante a comissão do acto, a lei aplicável é a que vigorar quando da cessação do acto).

²⁸ Merle — Vitu, ob. cit., p. 327.

²⁹ Cfr. Merle — Vitu, ob. cit., pp. 327 e 328.

³⁰ Cf. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 155.

³¹ *Traité* cit. pp. 330 e 331.

^{31-A} Cfr. *Actas*, I, pp. 62 à 66.

³² Cfr. *Tratado* cit., II vol., pp. 1238 e seguintes.

³³ Cfr. *Tratado*, I, p. 186, nota 36.

O referido artigo já atrás foi citado. O seu texto completo é o seguinte: «Quando a lei em vigor ao tempo da consumação do acto é modificada antes da sentença, deve ser aplicável a lei mais benévola».

³⁴ Sobre o que se diz no texto e para maiores esclarecimentos ver o *Traité* cit., p. 343 e segts.

³⁵ Significa isto que permanece válida a doutrina do *assento* de 19 de Novembro de 1975, que considerou de aplicação imediata a lei reguladora da prescrição do procedimento criminal que estabeleça prazo mais curto, com aplauso do Prof. Eduardo Correia (cfr. *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 251, p. 75 e *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 108, pp. 108 e segts.).

³⁶ Exemplo do primeiro caso encontra-se na «Convenção europeia sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra», do Conselho da Europa, feita em Estrasburgo em 25 de Janeiro de 1974 e, até à data, apenas assinada pela França e ratificada pela Holanda. Em conformidade com o disposto no seu art. 2.º, n.º 2, a Convenção aplica-se às infracções cometidas antes da sua entrada em vigor, *no caso de o prazo de prescrição não estar ainda expirado nessa data*.

A Convenção, ressalva, por isso, as prescrições já adquiridas.

Exemplo do segundo caso é o Decreto-Lei n.º 396/74, de 28 de Agosto (cfr. arts. 2.º e 3.º). Uma lei suíça de 20 de Março de 1981, entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1982 veio, por aditamento ao Código Penal, declarar imprescritíveis crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Mas logo declarou inaplicável o artigo aditado (art. 75.º, *bis*) se a acção penal ou a pena estiverem prescritas aquando da entrada em vigor daquela lei.

Nos restantes casos, isto é, não tendo ainda decorrido o prazo de prescrição, o juiz poderá atenuar livremente a pena. Melhor dizendo: nos casos em que a acção penal estaria prescrita por aplicação dos arts. 70.º a 72.º

³⁷ Pense-se, por hipótese, na eventual ratificação da Convenção referida na nota 36.

A doutrina de que a lei nova não terá seguramente aplicação se os prazos da lei antiga já se consumaram parece ter a preferência do Prof. Eduardo Correia (anotação cit. na nota 35, n.º 7).

Quanto aos prazos em curso, o reconhecimento do ponto de vista de que a prescrição é de *natureza substantiva* parece exigir, para o mesmo Professor, o respeito do prazo anterior, em nome do princípio da aplicação da lei penal mais favorável.

Coisa que, evidentemente, não acontecerá — na medida em que aquele princípio se limita a aspectos substantivos — atribuindo-se natureza adjectiva ao instituto da prescrição do procedimento criminal. (citada anotação, n.º 8).

O Prof. Eduardo Correia levanta o problema de saber se aquelas consequências valem para o alargamento dos prazos relativamente a graves crimes de guerra e contra a humanidade, apontando que, dessa forma, ficará também, com o aplauso de muitos, frontalmente em causa o princípio consagrado na Convenção Internacional de 26 de Novembro de 1968 da Assembleia Geral das Nações Unidas relativamente aos prazos de prescrição, no que respeita àqueles crimes (*idem* n.º 9). Mas reservou a sua opinião para depois de um tratamento sistemático do instituto de prescrição em direito penal.

³⁸ Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 163.

³⁹ Merle — Vitu, *Traité* cit., pp. 329 e 330.

⁴⁰ Também esta definição não é aceite pacificamente por todos os autores. Observa-se, a propósito, que é difícil incluir no direito penal internacional a determinação da competência legislativa ou judiciária repressiva de cada Estado: esta determinação, tarefa unilateral de cada legislador, não é, de facto, mais que um aspecto do direito nacional ou interno; daí que só as questões reguladas pelas convenções internacionais, quer dizer, as que relevam de uma entreajuda repressiva entre os Estados ou que respeitam à responsabilidade dos próprios Estados ou dos seus dirigentes pertenceriam verdadeiramente ao direito internacional.

Para maior desenvolvimento, quanto a este ponto, ver Roger Merle e André Vitu, *Traité* cit. p. 352.

⁴¹ Cfr. Merle — Vitu, ob. cit. p. 352 e 353 e Jescheck, ob. cit., pp. 220 e segts.

⁴² Cit. *Tratado*, I, p. 229, e também para o que anteriormente se diz no texto, em que se seguiu muito de perto o autor (ob. cit., pp. 220 e segts).

⁴³ É o seguinte o texto do art. 4.º do STGB (Código Penal da RFA): «O direito penal alemão aplica-se independentemente do direito aplicável ao lugar da infracção, aos actos praticados a bordo de um navio ou de uma aeronave habilitados a arvorarem o pavilhão federal ou as marcas de nacionalidade da República Federal da Alemanha».

⁴⁴ *Art. 19.º*: «as jurisdições francesas são as únicas competentes para julgar as infracções cometidas a bordo de navios de guerra franceses, em qualquer lugar onde se encontrem».

São também competentes para conhecer das infracções cometidas a bordo de navios, que não os de guerra, arvorando pavilhão francês em qualquer lugar que se encontrem».

Art. 21.º «Sem prejuízo do disposto nos arts. 17.º e 18.º *, a competência das jurisdições francesas para conhecer das infracções cometidas a bordo ou contra uma aeronave ou quando esta estiver em circulação, é determinado pelas convenções internacionais e leis particulares».

* Art. 17.º: «As jurisdições francesas são competentes para julgar as infracções cometidas no território da República».

Esta compreende o domínio terrestre, marítimo e aéreo determinados pelas disposições do direito público, os tratados e o costume internacional».

Art. 18.º: «A infracção considera-se cometida no território da República quando um dos seus elementos constitutivos foi, no todo ou em parte, realizado na França».

⁴⁵ *Actas*, I, volume, p. 87.

⁴⁶ *Actas*, I, pp. 87 a 90.

⁴⁷ Esta redacção difere da do Projecto de Decreto-Lei anexo à Proposta de Lei n.º 100/II, publicada no n.º 94, II Série, do *Diário da Assembleia da República* que previa, não havendo correspondência directa, a aplicação da pena que *mais se aproximasse* da pena estrangeira. A solução do Código corresponde, visivelmente, ao interesse da *certeza*, que de algum modo seria afectado pelas dúvidas que poderiam levantar-se em torno da questão de saber qual a pena que *mais se aproximasse* da pena estrangeira.

⁴⁸ Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 180.

Não obstante, a doutrina reconhecia às sentenças estrangeiras valor para efeitos de pressupostos da declaração de *habitualidade* (ob., cit., pp. 182 e 183).

⁴⁹ Código Penal Suíço de 21 de Dezembro de 1937, arts. 3.º, n.º 2 e 5.º, última frase, respectivamente com a seguinte redacção:

«L'étranger poursuivi à l'étranger à la requête de l'autorité suisse ne pourra plus être puni en Suisse pour le même acte:

... S'il n'a pas subi cette peine, elle sera exécutée en Suisse; s'il n'en a subi qu'une partie à l'étranger, le reste sera exécuté en Suisse».

«S'il n'a pas subi à l'étranger la peine prononcée contre lui, elle sera exécutée en Suisse; s'il n'a subi à l'étranger qu'une partie de cette peine, la reste sera exécuté en Suisse».

A execução de *multa* é, no entanto, prevista pela Convenção de 8 de Março de 1948 dos Estados escandinavos e pela Convenção revista para a navegação do Reno, de 17 de Outubro de 1868.

O art. 13.º da Convenção de 5 de Setembro de 1952, entre a Bélgica e os Países-Baixos, sobre a colaboração em matéria de direitos aduaneiros e de impostos de consumo prevê a cobrança de multas infligidas por sentença estrangeira desde que o Estado requerido, após verificação da decisão por um processo de *exequatur*, tenha certificado a força executória. Sobre o assunto, *Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs*, do Comité Europeu para os Problemas Criminais, do Conselho da Europa, Estrasburgo, 1968, pp. 14 e 15.

⁵⁰ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 179.

⁵¹ *Tratado*, cit., p. 239. Segundo este autor, no que se refere à *acção* como ponto de conexão, o lugar da comissão nos crimes de simples actividade determina-se unicamente pela acção típica, da qual é necessário que se cometa só uma parte em território nacional e, nos crimes de resultado, pela acção e pelo resultado.

Os actos preparatórios podem servir de base ao lugar da comissão do facto quando se apresentam como contributo ao facto do autor. Nos *crimes próprios de omissão* o lugar do facto é só o lugar em que o agente deveria ter actuado. Nos crimes que supõem a prática de *vários actos* é suficiente a comissão de qualquer deles. Pelo contrário, nos casos de acto posterior também punido está sujeito ao poder punitivo nacional só este e não o facto anterior. Nos casos de favorecimento, encobrimento e receptação, atende-se ao lugar em que se comete a acção típica, não ao do facto de referência. Os crimes de perigo abstracto são, em si, simples crimes de actividade, pelo que, neles, é decisivo o lugar onde se comete a acção típica. Não obstante, deve supor-se que o crime se cometeu num lugar de comissão dentro do território nacional quando o perigo que se pretende evitar com o preceito se realiza em consequência de uma infracção cometida no estrangeiro. Quanto ao *crime continuado*, entende-se cometido em qualquer lugar onde se haja cometido algum acto singular. Discutido é o caso do *crime de trânsito*, em que unicamente uma parte da cadeia causal decorre em território nacional, enquanto que a acção e o resultado acontecem no estrangeiro (p. e. o envio de um embrulho com bombons envenenados, da Suíça, passando pela Alemanha para a Dinamarca, onde a vítima morre envenenada). O *crime de trânsito* deve incluir-se no poder punitivo nacional, já que o facto no trajecto afecta, em todo o caso, o território nacional e, por razões de prevenção geral, não pode renunciar-se àquele poder punitivo. Os *crimes de contrabando*, no momento de passagem na fronteira sempre que entrem na faculdade dos funcionários alemães para o respectivo despacho, estão sujeitos ao poder punitivo alemão, ainda que hajam sido cometidos no estrangeiro.

O *resultado típico* é importante como ponto de conexão sobretudo naqueles casos em que não coincidem o lugar da comissão da acção e o da produção do resultado (crimes à distância).

Como resultado típico deve considerar-se também aquele resultado pelo qual se produz o *termo* do facto, por exemplo, a produção do prejuízo patrimonial na burla, a produção de dano no crime de perigo concreto, mesmo que o momento da sua consumação se antecipe por razões político-criminais, pois um aspecto importante do conteúdo do injusto do facto reside também nesta última parte. Também devem incluir-se as consequências do facto que se produzem entre o momento da consumação e a cessação do crime, como, por exemplo, a manutenção do resultado em *crimes permanentes*. Inclusive uma *condição objectiva de punibilidade* é resultado típico no sentido do art. 9.º I (do Código alemão), se foi causada por uma acção típica, determinando juntamente o conteúdo do injusto do facto, como por exemplo o crime cometido em estado de embriaguês quando o autor se embriagou no estrangeiro. Nos *crimes de perigo concreto*, o resultado é já a produção do perigo, nos *crimes de omissão impróprios* o momento da produção da lesão ou o da colocação em perigo, que o autor devia ter evitado ao assumir o dever de garante.

A *tentativa* entende-se cometida em território nacional quando o autor tiver actuado no estrangeiro mas o resultado deveria produzir-se em território nacional e inversamente.

A nova regulamentação do lugar da comissão introduzida no art. 9.º, 2, para os casos de *participação* deriva da aplicação lógica da *teoria da ubiquidade*, já que o facto principal pode considerar-se, efectivamente, como «resultado» da acção da participação.

De acordo com este critério, instigação e cumplicidade cometem-se no lugar em que o instigante induz o autor ou o cúmplice o auxílio; mas, ao mesmo tempo, naquele lugar em que se tiver cometido o facto principal, para o que há que ter em conta, na determinação do lugar do facto principal, todas as possibilidades previstas naquele art. 9.º, n.º 1.

Também devem resolver-se à face da *teoria da ubiqüidade* os casos de *intervenção* de várias pessoas na comissão do crime. Assim, é suficiente para a *co-autoria* que um dos intervenientes tenha contribuído para o facto em território nacional, com uma contribuição que possa fundamentar uma *co-autoria*.

Nos casos de *autoria mediata* o lugar da comissão é aquele lugar em que o autor mediato actua sobre o seu instrumento e ainda o lugar em que o instrumento actua e finalmente o lugar em que o resultado se produz ou devia produzir-se. (Cfr. *Tratado cit.*, pp. 239 a 242).

⁵² *Actas*, I, p. 84.

⁵³ A primeira, concluída em Estrasburgo em 30 de Novembro de 1964, até 15 de Dezembro de 1981 apenas foi ratificada pela Áustria, pela Bélgica, pela França, pela Itália, pelo Luxemburgo e pela Suécia.

A segunda, concluída na Haia em 28 de Maio de 1970, apenas foi ratificada, até 15 de Dezembro de 1981, pela Áustria, por Chipre, pela Dinamarca, pela Noruega, Suécia e pela Turquia.

A terceira, concluída em Estrasburgo em 15 de Maio de 1972, apenas foi ratificada, até 15 de Dezembro de 1981, pela Áustria, pela Dinamarca, pela Noruega, pela Suécia e pela Turquia.

Sobre o assunto ver *État des Signatures et des Ratifications des Conventions et Accords du Conseil de L'Europe*, rep. a 15 de Dezembro de 1981. Estão em vigor desde 22 de Agosto de 1975, 26 de Julho de 1974 e 30 de Março de 1978, respectivamente.

⁵⁴ A «*ordonnance pénale*» é uma decisão proferida em França pelo juiz de polícia através de um processo simplificado também conhecido por «*procédure de l'ordonnance pénale*». Aplica-se a todas as contravenções, incluindo as de 5.ª classe, mesmo quando cometidas por reincidentes. Inspirou-se no processo alemão do «*Strafbefehl*» e foi regulamentado pelos novos arts. 524 e 528-2 do Código de Processo Penal francês.

Para maior desenvolvimento, podem ver-se:

O artigo «*Ordonnance pénale*» na revista *Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, p. 223; Roger Merle e André Vitu, *Traité cit.*, 2.º vol., pp. 619 e segts; e *Rapport explicatif sur la Convention Européenne sur la valeur Internationale des Jugements Répressifs*, Estrasburgo, 1970, p. 51.

Nesta Convenção, sob a designação de «*ordonnances pénales*», constante da lista do seu anexo III, figuram decisões da mesma natureza aplicáveis segundo regras de processo simplificado, na Áustria, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Suíça e Turquia.

Em Espanha, equivale à «*sanção administrativa*» (cfr. *Boletín de Información*, Ministério de Justicia, n.º 1211, de 5 de Agosto de 1980, p. 9).

O *Dictionnaire Juridique français-espagnol* traduz «*ordonnance pénale*» por «*providência penab.*».

⁵⁵ Salvo no caso do efeito *ne bis in idem* em que, como se vê, a recusa é obrigatória.

⁵⁶ Concluída em Estrasburgo, em 30 de Novembro de 1964, em vigor desde 18 de Julho de 1972 e ratificada, até 15 de Dezembro de 1981, por Chipre, pela Dinamarca, pela França e pela Suécia. (Cfr. *État des Signatures p. 41*).

⁵⁷ *Actas ref.*, 1, p. 91.

⁵⁸ Aprovada, para ratificação, pelo Decreto-Lei n.º 382/72, de 12 de Outubro. O depósito da carta de ratificação efectuou-se em 27 de Novembro de 1972 — Cfr. Aviso publicado no *Diário do Governo*, I Série, de 27 de Dezembro de 1972.

⁵⁹ Aprovada para ratificação, pelo Decreto n.º 451/72, de 14 de Novembro. O depósito do instrumento de ratificação teve lugar em 15 de Janeiro de 1973.

A Convenção entrou em vigor, relativamente a Portugal, em 14 de Fevereiro de 1973 — Cfr. Aviso publicado no *Diário do Governo*, I série, de 28 de Abril de 1973.

FORMAS DO CRIME

DR. JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA

O texto que se apresenta corresponde integralmente àquele que lemos nas palestras (4-11-82 em Coimbra e 15-11-82 em Lisboa) realizadas no ciclo das «Jornadas de Direito Criminal» subordinadas ao assunto — o novo Código Penal Português e Legislação Complementar — e levadas a bom termo pelo Centro de Estudos Judiciários. Tenha-se presente que as matérias e os problemas levantados pelo(s) nosso(s) tema(s) — e tendo em consideração que propositalmente não alteramos a versão original — tiveram de ser abordados, «apertadamente», dentro do tempo de uma conferência que assumidamente não quisemos muito longa. Neste espírito não se empregaram, agora, notas de fim de página mas unicamente se apontam no final as principais obras consultadas no sentido de indicar algumas pistas bibliográficas que facilitarão, pensamos, o estudo mais aprofundado das questões afloweradas.

I

1. O novo Código Penal trata no Capítulo II, Título II, Livro I — sob a epígrafe «Formas do Crime» — não só aquilo a que classicamente se costuma chamar o *iter criminis*, mas também todo um outro conjunto de figuras dogmáticas (v. g. autoria, cumplicidade, concurso de crimes e crime continuado) que em verdadeiro rigor se não prendem com o *iter* criminal mas que cabe criteriosamente numa interpretação alargada das chamadas «formas do crime».

Neste sentido e seguindo a própria lógica interna do novo Código Penal iremos tratar esta matéria — tentando, aqui e acolá, mostrar os traços mais salientes e inovadores em relação ao código anterior — em três questões fundamentais: em primeiro lugar, a problemática referente à tentativa; em segundo, a compreensão e regulamentação da autoria e cumplicidade e, finalmente, o tratamento legal do concurso de crimes e do crime continuado.

II

1. Começemos, então, pela tentativa.

Sabe-se que todo o facto doloso punível tem um trajecto que pode ir, na sua forma pura e canónica, desde a mera cogitação até à consumação do tipo legal, passando pela tentativa (*conatus*).

É evidente, para nós, que o agir humano em concreto não tem necessariamente que transpor todas aquelas fases, pois a sua complexidade e recorrência de motivações se não coaduna com a frieza do rigor classificatório. Mas isto, a *este nível* pouco importa já que o que se pretende buscar são critérios normativos que nos ajudem a compreender não só o que o legislador vazou como princípios e critérios fundamentais de apreensão e apreciação do real jurídico, mas também a riqueza multifacetada própria do caso concreto. Deste jeito, a hermenêutica jurídico-penal não se esgota na seca linearidade da interpretação exegética antes se abre ao rigor dos pressupostos prático-normativos. Queremos com isto que fique bem claro que toda a nossa exposição será marcada — e penso que é essa a intenção primordial das jornadas — por um forte pendor dogmático-interpretativo cujo ponto referencial será a norma, ainda que aberta ao vigor estimulante da pré-compreensão e metodologia que atrás sinteticamente enunciámos.

2. O primeiro grande problema que se põe na constelação dogmática da tentativa diz respeito à distinção entre os chamados actos preparatórios e os actos de execução. Diferença que, como bem se sabe, é de extraordinária importância já que o Código Penal — seguindo aliás, a tradição portuguesa e a maioria dos códigos actuais — considera que os actos preparatórios não são puníveis (art. 21.º), enquanto que os actos de execução são um dos elementos da tentativa (art. 22.º) que, por seu turno, não deixa de ser punida (art. 23.º, n.º 2).

Claro é também que se quaisquer actos preparatórios consubstanciarem a conduta prevista num crime autónomo (A furta uma arma para matar B) não deixarão de ser punidos segundo a moldura penal prevista para esse mesmo crime. Mas não só como crimes autónomos podem ser punidos os actos preparatórios, também como verdadeiros actos preparatórios, o que é ressalvado na parte final do art. 21.º

Assim, o art. 380.º considera puníveis os actos preparatórios dos crimes previstos nos arts. 334.º a 342.º e 356.º a 358.º; o art. 288.º, n.º 6 consagra que os actos preparatórios da constituição de um grupo de uma organização terrorista são igualmente puníveis e o art. 250.º enuncia-nos, da mesma maneira, uma série

de actos preparatórios que o legislador entendeu dever punir autonomamente.

Em termos de política criminal o legislador considerou que, devido à natureza e essencialidade dos bens jurídicos em causa — independência e integridade nacionais; realização do Estado de Direito; confiança e segurança do valor-moeda, etc. — se devia antecipar o momento punitivo para os próprios actos preparatórios.

E já neste ponto concreto podemos detectar uma importante inovação. Na verdade, uma vez que o art. 172.º do Código antigo estendia a punição dos actos preparatórios a todos os crimes contra a segurança exterior ou interior do Estado e sendo certo, como se viu, que no actual Código se especifica de forma bastante limitada os crimes cujos actos preparatórios são punidos, não há dúvida de que estamos perante uma salutar restrição.

A punição dos actos preparatórios é uma medida excepcional, como tal deve estar protegida por restrições e especiais garantias e só se justifica numa dupla vertente. Por um lado, como se disse, só quando estão em jogo bens jurídicos que sejam suporte à natureza ou à própria compreensão de um Estado de Direito é, por outro, na dimensão interna, quando houver já um plano do crime e uma intenção definida. Abdicar, neste ponto, do momento interno seria eventualmente consentir que pela porta dos actos preparatórios se viessem a punir injusta e persecutoriamente todos aqueles que, por razões (in)confessadas, não partilhassem a mesma tábua de valores das instâncias que em determinado momento detivessem o poder político.

3. O art. 22.º, n.º 1 diz-nos que há tentativa «quando o agente pratica actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se» e o n.º 2 especifica os actos de execução.

Para uma boa compreensão deste preceito, aliás como para todos os outros que analisemos, é importante recorrer aos elementos históricos de que possamos dispor. E dentre estes sobressaiem as «Actas das Comissões Revisoras». Nesta perspectiva cumpre afirmar que, no essencial, tal formulação corresponde à do Projecto de Eduardo Correia de 1963 mas em que há que salientar a introdução de um elemento de interioridade. É dizer, é necessário que se veri-

fiquem actos de execução de um crime que o «*agente decidiu cometer*». Afigura-se-nos, pois, indispensável que se verifique a intenção directa e dolosa por parte do agente em que *parece* ser de excluir o dolo eventual, já que o agente, apesar da representação intelectual do resultado como punível, ainda se não decidiu. Estar-se-á, desta maneira, perante uma formulação que consagra, a nosso modo de ver, um critério objectivo mitigado.

Quer isto significar em termos necessariamente esquemáticos — o que nos pode levar a cometer erros de delimitação conceitual — que o critério fundamental se nos apresenta como objectivo já que a tentativa tem sempre de integrar uma referência objectiva a certa negação de valores jurídico-criminais na forma de lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos mas a que há que adicionar o próprio plano do agente integrado da sua intencionalidade, volitivamente assumida, que, face ao texto legal e segundo a nossa opinião, não pode ser limitado ao mero papel de esclarecer o *significado objectivo* do comportamento do agente, antes deve ser valorado em *si mesmo*.

Por outro lado, é indiscutível que na seriação do que são actos de execução se adoptou deliberada e conscientemente um critério que assenta no pressuposto da causalidade adequada. Isto é, tem em abstracto de se considerar que um acto é idóneo a produzir o resultado típico (al. *b*), n.º 2 do art. 22.º), ou ainda «os que segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos idóneos a produzir um evento típico ou a preencher as condutas previstas num determinado tipo legal de crime» (al. *c*), n.º 2 do art. 22.º). O que tudo parece confirmar a consagração de um critério objectivo mitigado, com o sentido e a extensão que lhe apontámos. E pensamos que este critério poderá resolver casos que só muito dificilmente seriam solucionados por qualquer das teorias (objectivas ou subjectivas), se compreendidas nas suas formulações extremas. Exemplifiquemos: *A* que acabara de ter um forte desentendimento com o cônjuge decide pôr termo à vida. Para isso enche um copo com uma bebida alcoólica à qual adiciona veneno. No entanto, *A* afasta-se momentaneamente do aposento onde deixara o copo com veneno com a manifesta intenção de ao regressar o tomar. Só que, passados momentos, por uma qualquer revolução interior (in)con-

dicionada, decide antes, por aquele mesmo meio, matar o cônjuge já que sabia que este tinha uma forte dependência alcoólica e não deixaria de beber o conteúdo do copo que deixara ficar na outra sala. *B* não chega a beber o líquido envenenado por razões que para o caso pouco montam.

Temos, assim, uma tentativa de envenenamento por omissão que compreende alguns pontos que importa esclarecer. Em primeiro lugar, os actos de «execução» (v. g., deitar veneno no copo) não têm qualquer relevância na sua forma activa já que primeiramente foram praticados tendo em vista um acto que não é punido criminalmente. Eles só podem ganhar valor jurídico-penal quando socialmente era de esperar que o agente tivesse actuado de modo a evitar a lesão do bem jurídico da vida. Só que, em segundo lugar, neste caso, o momento objectivo em que socialmente se esperava a actuação do agente tem de passar necessariamente pelo próprio agente. Isto é, só quando ele decide inverter o acto de suicídio em homicídio por envenenamento é que verdadeiramente era socialmente esperado que o agente removesse o copo com veneno. Nesta perspectiva parece-nos, salvo melhor juízo, que tal exemplo ilustra bem a dimensão operatória do critério objectivo mitigado. Ou, por outras palavras, o desvalor da acção só adquire ressonância jurídica quando primeiramente tiver por base actos de execução objectivamente determinados.

4. Convém neste momento fazer sobressair outra diferença relativamente ao Código anterior. Efectivamente, o novo diploma faz um tratamento unitário da tentativa englobando também a chamada «tentativa acabada» a que alguns Códigos latinos — entre eles o português — deram autonomia através da designação de frustração. Ora, aquele tratamento implica, como bem se compreenderá, o desaparecimento autónomo da figura dogmática da frustração. E bem. Já que esta como se acaba de referir nada mais é que uma tentativa na qual se praticaram todos os actos de execução necessários para que a consumação se verifique — isto é, repita-se, uma tentativa acabada ou na designação latina *delictum perfectum* — e que razões de estrita ordem de hiper-logicismo fizeram consagrar nos Códigos latinos de oitocentos.

5. Uma outra questão que tem levantado enormes dificuldades é a que se centra na problemática da tentativa impossível ou, dito de outra forma, na pertinência de saber se a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto do crime excluem a noção de tentativa ou se só excluem a sua punição.

Importa primeiro que tudo tornar claro, desde já, que a tentativa impossível se não confunde com o chamado crime putativo. Na verdade, são duas realidades jurídicas completamente diferentes. Assim, *A* ao disparar sobre um cadáver configura uma tentativa impossível. Mas se *B* convencido que o incesto é punido criminalmente pratica relações incestuosas está a integrar a figura de um crime putativo. Por outro lado, estes dois conceitos jurídico-penais costumam ser muito justamente considerados como o reverso do erro sobre a factualidade típica, no caso da tentativa impossível e do erro sobre a proibição, na hipótese do crime putativo. Isto é, no nosso primeiro exemplo, *A* aceitara um conjunto de circunstâncias, erradamente é certo, que a existir levaria ao preenchimento do tipo legal de homicídio. Quanto ao segundo exemplo *B* conhece correctamente todo o circunstancialismo do seu caso (*v. g.*, relação próxima de parentesco) só que se convence erradamente da sua proibição penal. Ajunta-se que tal inversão é de enorme interesse prático para se saber quando se está perante uma ou outra figura. E mais. Esta inversão, este artifício hermenêutico pode-nos deixar vislumbrar, através de tais singulares aforamentos, uma estética de rigor que não tem nada a ver com vãos, superados e estéreis conceitualismos.

6. Ultrapassando esta útil distinção conceitual, perguntemo-nos pelos resultados jurídicos daí resultantes. Nesta esteira, há que assinalar desde logo que o crime putativo não é punível. E não o é porque a sua punição levaria imediatamente a uma violação frontal do princípio *nulum crimen sine lege* — de dignidade constitucional —, mas mesmo hipotizando que esta razão não era suficiente e enfileirando nas correntes mais subjectivistas teríamos de chegar à mesma conclusão, pois que a potencial perigosidade — elemento base, como se sabe, para a punição da tentativa segundo estas teorias —, do agente tem de ser referida ao mundo criminal e, desta forma, ter um qualquer elemento que indicie a prática de um ilícito

típico, o que no nosso exemplo, evidentemente não acontece.

E a tentativa impossível deverá ser punível? E se o for, quais as razões que fundamentam a sua punição?

7. Antes de respondermos a estas duas perguntas urge traçar a regra fundamental da punibilidade da tentativa — «só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 2 anos de prisão» (art. 23.º, n.º 1), salvo disposição em contrário. O legislador quis através deste critério formal reduzir os casos da punibilidade da tentativa por entender, certamente, que político-criminalmente seria inadequado prever a punição da tentativa para todos os crimes. Esta visão das coisas segue a linha tradicional portuguesa bem como a de muitos outros Códigos. A isto soma-se o facto da tentativa ser punível com a pena aplicável ao crime consumado mas especialmente atenuada. Deve entender-se — depois de ponderados os ensinamentos doutrinários, a harmonia sistemática do Código e os fins que a punição da tentativa visa alcançar —, e mesmo assim com muitas dúvidas da nossa parte, que esta atenuação tem sempre de verificar-se.

Ou seja, o julgador não pode deixar, em caso algum, de atenuar especialmente a pena que corresponde ao crime consumado. É manifesto que uma interpretação deste género, que julgamos ser a que ficou consagrada, comporta sérios riscos na medida em que o julgador pode defrontar-se com casos em que não se verifica nenhuma das circunstâncias do art. 73.º, n.º 2 e, contrariamente, se perfilam índices que apontam para a especial perigosidade do delincente. Diga-se em abono da verdade que aquando da discussão e análise do Projecto o seu autor — Prof. Eduardo Correia — defendia a posição que parece não ter ficado consagrada. Isto é, haveria casos de tentativa que poderiam ser punidos com a pena aplicável ao crime consumado, o que iria, aliás, na esteira das modernas legislações.

8. Mas voltemos às questões que anteriormente formuláramos. Ora, o critério para responder àquela primeira pergunta, é dizer, se a tentativa impossível poderá ser punível, encontra-se no art. 23.º. Ou seja, haverá tentativa impossível quando se verificar inaptidão do meio empregado pelo agente ou inexistência do objecto essen-

cial à consumação do crime. Mas para que aquela seja punível é imprescindível, nos termos da lei, que as referidas inaptidão ou inexistência não sejam «manifestas».

Na versão do Projecto de 1963 em vez de «manifesta» aparecia-nos o conceito de «aparente». E a modificação ficou a dever-se, se bem entendemos, ao facto de se querer reforçar o carácter externo e sua apreensibilidade para a generalidade das pessoas. Deste modo, quando *A* ministra açúcar a *B* na convicção de que esta substância é letal é «manifesto» que existe uma inaptidão do meio e que, portanto, se está perante um caso de tentativa impossível não punível. É claro que o juízo de exterioridade que se faça em relação à aptidão ou inaptidão do meio tem também de ser integrado — como seu elemento objectivo — pelo conhecimento efectivo que o agente tenha do meio que utiliza bem como da particular pertinência que aquele tem para com a vítima.

Retomando o exemplo anterior, a hipótese já terá uma solução diferente se *A*, imagine-se, souber que *B* é um diabético em alto grau. É evidente que o açúcar continua a ser tido para a generalidade das pessoas como inofensivo só que uma determinada característica da vítima, associada a um certo conhecimento do agente, faz com que se inverta o sentido da aparência do meio. Por outras palavras, o juízo sobre a aptidão ou inaptidão do meio ou sobre a existência ou inexistência do objecto tem de ser, em primeiro lugar, um juízo objectivo, quer dizer, não releva aquilo que o agente considera apto ou inapto, existente ou inexistente.

Mas, em segundo lugar, a aferição daquela valoração, tanto quanto possível objectiva, tem de assentar em dois planos: de uma banda, na determinação e consideração *razoáveis* que a generalidade das pessoas ou um círculo de pessoas — que detenham específicos conhecimentos sobre a matéria — fazem sobre o meio ou objecto em causa, por outra, nos especiais conhecimentos do agente e da sua pertinência à vítima. Em verdadeiro rigor este conhecimento e respectivas consequências nada tem de subjectivo. Afirmar o contrário é não compreender a autonomia pessoal do conhecimento nem muito menos apreender a densidade real(objectiva) de certas conexões humanas.

9. O verdadeiro cerne da punibilidade da tentativa impossível reside — e com isto já estamos a tentar responder à segunda questão há pouco avançada — na avaliação da perigosidade referida ao bem jurídico, sendo certo que nesta hipótese, em boas contas, o bem jurídico não existe, o que há é uma aparência de bem jurídico e neste sentido pareceria que a tentativa impossível, quando não fosse manifesta a inexistência do objecto, também não deveria ser punível, pois que falta o bem jurídico. Todavia tem de se fazer apelo, neste ponto, a uma ideia de normalidade — segundo as aparências — que se baseia num juízo *ex ante* de prognose póstuma. É que, entende-se, dado o circunstancialismo em que o agente actuou o desvalor da acção merece ser punido não obstante não existir bem jurídico. E merece-o porque denotou perigosidade em relação a um bem jurídico ainda que este assumia a forma de mera aparência. Mas mesmo que assim se não entenda é correcto dizer-se que o direito penal ao visar primacialmente a protecção de bens jurídicos precipitados no tipo legal não pode esquecer, do mesmo passo, que a norma incriminadora — na sua dimensão de *determinação* — também proíbe as condutas que levam à violação ou perigo de violação daqueles bens jurídicos.

10. No entanto, a verificação de uma tentativa não determina de per si a sua punibilidade, pode acontecer que aquela deixe de ser punível. Para isso é necessário, como expressamente refere o art. 24.º, n.º 1, que o agente desista voluntariamente de prosseguir na execução do crime, ou impeça a sua consumação, ou, não obstante a consumação, impeça a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime. Repare-se que este é, pelo menos a nível legal, que é agora o que nos importa, outro dos pontos em que o nosso Código se mostra inovador face ao anterior diploma.

Mas qual a razão de ser desta impunibilidade? Várias teorias têm sido adiantadas, que não cumprem aqui explicar, (a teoria premial — *goldene Brücke*; a teoria da diminuição da intensidade do impulso criminoso; a teoria dos fins das penas) no sentido de fundamentarem aquela não punição. Poder-se-á dizer, hoje, que o denominador comum na compreensão da impunibilidade da desistência da tentativa se traduz fundamentalmente em razões de política criminal (v. g., separação do agente do seu projecto criminoso).

11. Contudo, o que significa verdadeiramente «desistir» de prosseguir na execução, «impedir a consumação» ou «impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime?». Bastará o arrependimento activo (*tätige Reue*)? Que relevo dar às motivações pessoais do agente? E poderá a desistência ser alcançada por uma interrupção exterior sem sequer se verificar a mera voluntariedade?

O primeiro ponto que julgamos ser de salientar centra-se na atitude que é de exigir ao agente: uma simples omissão das restantes actividades, no caso da tentativa propriamente dita, uma intervenção activa de modo a evitar que o evento se produza, no caso da tentativa acabada ou ainda uma intervenção activa de modo a obstar a verificação do resultado não compreendido no tipo, para a hipótese dos chamados crimes formais (v. g., envenenamento). Repare-se que será de exigir o mesmo comportamento activo quando estivermos perante uma tentativa por omissão.

O que tudo leva a concluir pelo afastamento da teoria do arrependimento activo. Esta visão das coisas, como é facilmente perceptível, não consegue abarcar as situações da desistência em que o que verdadeiramente se exige é um *non facere*.

12. Por seu turno, a natureza ou o carácter das motivações do agente não têm qualquer relevância. Assim se *A* abandona os actos da tentativa de violação porque pressente que *B* irá consentir, passando então a seduzir *B*, dever-se-á dizer que a desistência de *A*, pese embora a natureza das suas motivações não poder ser vista como altamente meritória, é relevante e, conseqüentemente, a tentativa não é punível. E isto porque — como já se disse — o fim político-criminal de privilegiar a desistência, considerando-a quase um elemento negativo da própria tentativa, é o de salvar o bem jurídico que se quer proteger. O mesmo se deverá dizer, pensamos, para os casos de desistência por «comoção anímica». Neste aspecto como em outros, deve defender-se um direito penal arredado o mais possível da mundividência, da *Weltanschauung* do agente. Também por este prisma somos levados a aceitar que o novo Código partilha de uma compreensão reveladora de um corte sistemático entre os demónios e os deuses dos homens e os fins que a comunidade plural despida de preconceitos visa prosseguir.

13. Saliente-se, por fim, no que se refere a esta específica matéria, que a voluntariedade se deve circunscrever ao facto da não produção do evento ou da não consumação estarem na esfera do poder do agente. Deste modo, qualquer elemento extrínseco (por exemplo, o aparecimento da polícia) que subtraia ao agente a capacidade de decisão retira igualmente a uma hipotética desistência o carácter voluntário, o que torna aquela desistência perfeitamente irrelevante.

14. Mas o âmbito e a eficácia da desistência não se quedam dentro dos parâmetros que acabámos de traçar. Vão mais longe. Pode acontecer que a «consumação ou a verificação do resultado sejam impedidas por facto independente da conduta do desistente» e, nesta hipótese, a desistência não será punível se o desistente se esforçar seriamente por evitar ou a consumação ou a verificação do resultado.

No entanto, o que quer isto significar? Em primeiro lugar que se esteja perante um agente que voluntariamente assumo o papel de desistente mas em que a não consumação ou a não verificação vêm a ser conseguidas não por aquele mas por um facto independente da sua conduta (por interferência de terceiro). Em segundo lugar, que haja por parte do agente um esforço sério evidente, no sentido de obstar a consumação ou a verificação do resultado. Não basta por conseguinte que o agente demonstre somente a intenção de se esforçar, é necessário que exteriorize por actos que o seu propósito era, para lá de toda a dúvida razoável, evitar a consumação ou a verificação do resultado.

Estará neste caso o agente *A* que depois de envenenar *B* corre a buscar um médico para que este o salve. Só que se *C* — sem conhecimento de *A* — não tivesse dado a *B* um vomitório este teria morrido antes da chegada do médico chamado por *A*. É indiscutível que se verifica nestas hipóteses um pouco de «alea». Efectivamente, é a actuação de um terceiro que, ao cabo e ao resto, vai determinar a punição ou não punição do agente. Pondere-se, todavia, que a injunção de um juízo aleatório não tem à nascer uma carga de responsabilidade objectiva que é, como se

sabe, de dever rejeitar. Encurtando razões: dir-se-á que se a consumação veio a ter lugar porque um terceiro não actuou o resultado final deve indiscutivelmente imputar-se ao agente (*sibi imputet*). Ele desencadeia um processo que posteriormente quer parar só que não o consegue. Decerto que o valor da acção da desistência quando muito será suficiente para neutralizar o desvalor da acção inicial mas já não o será para compensar o efectivo e real desvalor do resultado.

15. Por outras palavras, nestas circunstâncias a conduta do desistente não é suficiente para determinar a sua impunibilidade tem de se esperar por um «facto independente da conduta do desistente». Assim sendo — como parece que é — mais se reforça a ideia de que as razões que fundamentam a não punição no caso de desistência da tentativa são estritamente político-criminais. Quer dizer, desde que o bem jurídico tenha sido preservado a ordem jurídica não se importa, neste sentido, com a forma como aquela preservação foi alcançada. Para além de que na maior parte dos casos os fins da prevenção geral e especial estão ausentes. Mas deixe-se nítido e bem sublinhado que a englobar a não consumação ou a não verificação do resultado tem de haver sempre, por parte do agente, uma vontade séria exteriormente manifestada no sentido de querer evitar aquelas finalidades. A esta luz e retomando uma ideia há pouco afluída não será despropositado tornar a avançar com a ponderação entre o desvalor da acção — desde que se não verifique a consumação e assim terá de ser sempre que se fale de tentativa — e o valor da desistência efectiva ou do esforço sério quando a não consumação foi alcançada por um terceiro.

Aponte-se, finalmente, como última ideia que queremos deixar aqui afluída, o facto de o legislador, no sentido de reforçar o valor da desistência, de chamar a atenção do intérprete ou de abarcar outras situações, ter colocado a regra da desistência em certas áreas da parte especial. Vejam-se, a título exemplificativo, os arts. 251.º (crimes de falsificação de documentos, moedas, pesos e medidas); 382.º (crimes contra a realização de Estado de Direito); 268.º (crimes concernentes à Secção I, Capítulo III, Título III).

III

1. Passemos agora à análise dos problemas que a autoria e a cumplicidade podem levantar.

Como transparece da leitura dos arts. 26.º e 27.º do Código Penal, a matriz dogmática que pontificou nesta matéria foi indiscutivelmente de raiz latina ou, para sermos mais precisos, de influência francesa, com enorme eco e ressonância na jurisprudência e doutrina portuguesas. Acrescente-se a este propósito que o que se acaba de dizer era muito mais nítido e recortado na formulação do projecto de 1963.

Tendo este entendimento das coisas como pano de fundo julgamos que assim se torna mais fácil captar as diferentes situações previstas no texto legal. É claro que o facto do art. 27.º (cumplicidade) ter sido desentranhado do corpo do artigo referente à autoria parece fazer supor uma autonomia da cumplicidade, o que contraria em alguma medida as asserções há pouco enunciadas.

Em boa verdade julgamos que este argumento de sistemática formal não é totalmente procedente desde que se tenha na devida conta a formulação do n.º 1 do actual art. 27.º. E, não obstante conhecer-se a reversibilidade dos argumentos sistemáticos, sempre se poderá dizer que o art. 118.º, n.º 3 inculca, precisamente a ideia de que a cumplicidade é uma categoria dependente da autoria. Não quer isto dizer, por outro lado, que não haja que afeiçoar e (re)compreender certas noções e pressupostos, mormente quando a lei faz desencadear efeitos diferentes para o autor e para o cúmplice, o que, aliás, vai dentro da linha tradicional. Neste sentido, é aplicada ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada. Por outras palavras, o cúmplice beneficiará sempre de uma atenuação especial, o que implica logo ser extraordinariamente importante uma qualificação como autor ou como cúmplice. De tudo o que acabámos de dizer dever-se-á reter como primeira atitude de espírito a respeitar, a necessidade de ver a autoria e a cumplicidade dentro de uma certa unidade.

2. Assim é autor quem executa o facto. Isto é, aquele que dá «causa» ao facto. *A* dispara e mata *B*. Existe um nexo de causalidade entre o comportamento de *A* e o resultado proibido no tipo

legal. Deste jeito *A* deu causa, ou «dominou», segundo outros, o facto que levou ao preenchimento do tipo legal e configurou um caso típico de autoria imediata.

3. Julgamos também que a noção de co-autoria não levanta dificuldades de maior. Desde que se verifique uma decisão conjunta («por acordo ou juntamente com outro ou outros») e uma execução também conjunta estaremos caídos naquela figura jurídica («toma parte directa na sua execução»).

Todavia, para definir uma decisão conjunta parece bastar a existência da consciência e vontade de colaboração de várias pessoas na realização de um tipo legal de crime («juntamente com outro ou outros»). É evidente que na sua forma mais nítida tem de existir um verdadeiro acordo prévio — podendo mesmo ser tácito — que tem igualmente que se traduzir numa contribuição objectiva conjunta para a realização típica. Do mesmo modo que, em princípio, cada co-autor é responsável como se fosse autor singular da respectiva realização típica.

E se nos confrontarmos com os chamados delitos próprios? Dir-se-á que é sempre exigível para que se fale de co-autoria que todos os agentes possuam as qualidades impostas pela lei (p. ex., a qualidade de funcionário no crime de peculato). Contudo, este pensamento parece ter sido submetido a uma lei mais englobante. É que temos de ter presente um artigo extraordinariamente importante nesta matéria. Trata-se do art. 28.º

Efectivamente, «se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações do agente, *basta*, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora». Deste modo se «comparticipantes» abranger a categoria de autoria não restam quaisquer dúvidas que as qualidades exigidas no tipo se transmitem.

Esta transmissibilidade pode assentar na ideia, hoje já de algum modo divulgada — mesmo nos quadrantes mais radicais da crítica da dogmática e da dogmática crítica —, de que o direito penal tem de fazer algumas vezes apelo aos chamados *conceitos porosos*, nomeadamente quando tem em vista a urgência de contemplar satisfatoriamente certas exigências da política criminal.

Acrescente-se, em abono da verdade, que a primitiva utilização do conceito de porosidade se não referia a esta problemática. Mas — em nosso modo de ver e com toda a dúvida razoável — devido à sua extraordinária fecundidade e operacionalidade na determinação do verificável, pensamos ser esta uma noção que deve ser desenvolvida e aperfeiçoada. Por este prisma conseguimos ultrapassar as clássicas atinências dos fins da política criminal. Ou seja, podemos ser capazes — sem sair do mundo da própria juridicidade — de melhor compreender certas correlações e interdependências entre as figuras dogmáticas tradicionalmente recortadas.

Tenhamos, porém, presente que aquela «porosidade» ou «estrutura de porosidade» não pode ir ao ponto de se insinuar a níveis não queridos pelo próprio tipo legal concretamente referido. Por isso nos surge no final do artigo uma importante restrição: «excepto se outra for a intenção da norma incriminadora». Pensamos que esta última asserção contempla os casos dos chamados «delitos de mão própria». O que são? Qual a sua incidência no ordenamento jurídico-penal português? São outras tantas questões que obviamente não podem ser aqui abordadas profundamente. A compreensão que pensamos ser de reter prende-se, em última instância, com a correcta análise e ponderação que se faça da finalidade da norma incriminadora, como mais adiante se voltará a referir.

4. A autoria mediata está do mesmo modo delimitada nas palavras do texto legal: «É punível como autor quem executa o facto, ... ou por intermédio de outrem». E desta maneira, pelo menos no seu sentido lato, parece identificar-se com a chamada autoria moral ou intelectual, se bem que se assinala que esta identificação está longe de ser pacífica sob o ponto de vista doutrinal.

No que concerne a esta figura a primeira linha de força que há que realçar liga-se à irrelevância do meio — tanto monta ser por conselho, ameaça, chantagem ou violência — que o autor mediato usa para através do agente imediato conseguir os seus intentos. Por outro lado, os delitos próprios parecem não levantar, neste ponto, problemas. Não só porque temos hoje a regra do art. 28.º, n.º 1 mas também porque os autores, independentemente da sua posição doutrinal, tendem quase unanimemente a considerar que apesar do agente imediato ser um *extraneus* que não reúne as qua-

lidades exigidas pelo tipo específico o *intraneus* deva ser visto como um autor mediato.

É de meridiana transparência constatar-se que a aplicação da regra do art. 28.º, n.º 1, poderia levar a situações profundamente injustas. Por isso o n.º 2 do mesmo artigo nos dá uma regra alternativa. Quer dizer, «sempre que, por efeito da regra do número anterior, resulte para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervisse». Com isto pretende-se, entre outras coisas, tornar mais flexível e justa a aplicação concreta da pena. E se em vez de delitos próprios nos defrontarmos com delitos de mão própria? Mais uma vez o que é altamente discutível cinge-se ao problema de circunscrever a intenção da norma incriminadora (art. 28.º, n.º 1, *in fine*).

E isso só se consegue com um tratamento em concreto relativamente a cada um dos tipos legais que, em princípio, pode ser considerado como delito de mão própria. Deste jeito, e depois de se chegar à conclusão de que a norma incriminadora na sua intencionalidade não quer a transmissibilidade — e isto acontecerá, quanto a nós, pelo menos, e aí indiscutivelmente, nos chamados delitos de mão própria *puros* —, não se pode prefigurar a autoria mediata. Não vale, pois, o pensamento tautológico de que não é autor porque não tem as características exigidas pelo tipo quando o que se quer saber é justamente se o agente tem ou pode ter as características apontadas. Ou seja, se se admitir teoricamente a transmissibilidade é evidente que o agente que em princípio não podia ser autor passará a sê-lo. O que só demonstra que a verdadeira e única pergunta que se terá de formular, se tem que prender com a possibilidade de a norma incriminadora admitir ou não a transmissibilidade.

5. Antes de abordarmos a cumplicidade propriamente dita (art. 27.º) importa dizer algumas palavras, necessariamente breves, sobre a instigação. Saliente-se que esta figura nunca teve entre nós tradição, ela é antes de tudo fruto da dogmática alemã. A sua compreensão e aproximação conceituais têm dado azo a grandes divergências doutrinárias que obviamente não serão aqui nem sequer minimamente a floradas.

O que se impõe sublinhar a traço grosso, independentemente das questões dogmáticas, é que é instigador, *ao menos numa primeira abordagem*, «quem dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto; desde que haja execução ou começo de execução». Mas quando se pode dizer que se determina outrem à prática de um crime? Dir-se-á que tal acontece quando alguém consegue criar em outra pessoa a firme decisão de esta querer praticar uma infracção. Tal decisão terá de abranger todos os elementos subjectivos inerentes ao facto. É também patente que enquanto o agente imediato não praticou nenhum acto de execução não há verdadeiramente instigação. Aliás, nem de outra forma podia ser já que então estar-se-iam a punir as meras *cogitationes*. Vale neste particular a regra da acessoriedade.

6. Ainda dentro desta matéria convém tornar transparente que aquela determinação para ter relevância jurídico-penal não pode ser tão lata que abranja, p. ex., todo o modo-de-ser da pessoa, isto é, aquela que determina outrem a uma carreira criminosa. Mas também julgamos que a vontade do instigador se não tem que circunscrever necessariamente à consumação de um único facto. Desde que possa ser concretamente limitada, pelo menos a título de dolo eventual (*v. g., agent provocateur*) nada há que impeça que se possa conceber uma instigação relativamente ao roubo não obstante toda a determinação anterior visar exclusivamente o furto. É que se alguém determina outrem a apropriar-se de uma coisa alheia e cria nele a força e «determinação» de a querer alcançar por qualquer preço, parece-nos fora da questão que se está perante uma instigação. Esta tem que ser determinada, não pode ser geral e abstracta, mas também se não pode quedar na mera unidade.

Sabe-se que a determinação de levar outrem a uma decisão só se consegue, a maior parte das vezes, através de plúrimas insinuações, de vaguidades que podem ter por objecto um círculo de infracções interna e externamente conexas. Ora, este dado da vida psíquica, fundamentado no dolo eventual, permite que ajuzemos de uma forma mais lata e simultaneamente mais conforme aos ditames da própria vida. Todavia, deve-se ser extraordinariamente cauteloso nestes juízos.

No plano subjectivo, saliente-se que o dolo do instigadoo deve envolver a determinação da resolução da prática do facto e ainda a execução do facto principal por parte do autor.

7. Entremos, agora, rapidamente no estudo da cumplicidade. Assim, «é punível como cúmplice quem dolosamente e por qualquer forma presta auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso».

A primeira ideia que ressalta deste preceito é a de que a cumplicidade experimenta uma subalternização, relativamente à autoria. Há, pois uma linha que se projecta não na assunção de todas as consequências — o que de certa maneira não acontece na instigação já que o instigador para determinar outrem tem, de certo modo, de se projectar assumindo todas as consequências — mas que se fica pelo auxílio. Isto é, fazendo apelo a um velho critério — que apesar de tudo é altamente operatório —, deparamo-nos aqui com uma causalidade não essencial. A infracção sempre seria praticada, só que o seria em outro tempo, lugar ou circunstância.

Convém, todavia, debruçarmo-nos um pouco mais sobre este ponto. É claro que o auxílio que a cumplicidade pressupõe tem que ver pelo menos na sua forma material com a teoria dos bens escassos, correctamente entendida dentro deste contexto. Efectivamente se *A* cede a *B* uma chave-mestra para este ir furtar a casa de *C* algumas porcelanas, o auxílio de *A* corresponde à entrega de um meio que facilita a acção de *B*, sendo certo que a sua não cedência não obstacularia em definitivo a conduta criminosa de *B*. É dizer, *B* sempre poderia sem grandes canseiras conseguir uma outra chave, utilizar o escalamento, o arrombamento, etc. — a chave-mestra não era para aquela finalidade um bem raro ou escasso. No entanto, imaginemos que *D* mero operador de consola pretende fazer uma burla por meio do computador da empresa onde trabalha, sendo indiscutível que para isso precisa de saber certas passagens da programação. E a «chave» desta só é conhecida por dois administradores e pelo próprio programador *E*, que não se coíbe de «dar» a *D* tudo o que este pretendia. Julgamos a esta luz que a transmissão dolosa dos conhecimentos não pode ser vista como mera cumplicidade já que aqueles dados eram na circunstância bens «raros». E a sua escassez tão intensa que determina uma alte-

ração qualitativa na primitiva cedência-auxílio. Esta deixa de o ser para ser vista como essencial, o que retira o carácter de cumplicidade ao comportamento e o atira provavelmente para a co-autoria. Esta mutação, quanto a nós nada tem de abstracto, corresponde a um outro nível, ao aumento do risco para níveis insustentáveis, que determinam, ao cabo e ao resto, também uma mutação. Por outras palavras, eleva-se o risco ao limiar da impossibilidade de um recuo que impeça a não produção dos efeitos.

Anote-se que a prestação de auxílio pode ser efectuada «por qualquer forma». A lei emprega uma cláusula geral permitindo que o seu conteúdo seja o mais compreensivo possível.

8. Tal como na instigação o elemento subjectivo do cúmplice tem de abarcar o auxílio doloso e a prática do facto principal por parte do autor. Mas quais os efeitos destes pressupostos? Em primeiro lugar, a exclusão da possibilidade de uma cumplicidade negligente — o que se aplica, como vimos, à instigação. Em segundo lugar, que o cúmplice pressuponha no e para o autor a prática de um facto típico e ilícito. Depois — e já num outro plano — quer significar que se quis inapelavelmente excluir a possibilidade de configurar uma cumplicidade relativamente a factos negligentes. Na verdade, relativamente aos crimes negligentes a maioria da doutrina segue a forma lata de entender a autoria — e isto mesmo para aqueles, como o Prof. Figueiredo Dias, que não partilham, em geral, de um conceito extensivo de autoria.

9. Urge dizer que o princípio da acessoriedade — um dos que norteia a instigação e a cumplicidade — se refere exclusivamente ao facto e que, por força do art. 29.º (Culpa na comparticipação) se deve partilhar da ideia de que vingou no nosso sistema uma acessoriedade limitada, isto é, basta que o facto do autor seja típico e ilícito.

10. Outro preceito que importa não descurar tem a ver com a desistência da tentativa em caso de comparticipação (art. 25.º). Afigura-se-nos que este artigo é de certo modo um ponto de charneira entre a comparticipação e a desistência da tentativa. Pensamos que neste campo só poderá funcionar a teoria do arrependimento activo, pois não vemos como a mera desistência volun-

tária possa, na conjugação de forças que a comparticipação alberga, conseguir as finalidades que a lei determina. Isto é, impedir a consumação ou a verificação do resultado. Mas a lei no intuito de dessolidarizar os comparticipantes ainda considera como não punível a tentativa do comparticipante que, apesar de os outros comparticipantes prosseguirem na execução do crime ou o consumarem, se esforça seriamente para impedir o prosseguimento ou a consumação. Desta maneira *H* não será punível se apesar de ter participado com *I* e *J* numa tentativa de violação, conseguir que estes não consumem o acto, ou, mesmo que tal aconteça, desde que tenha tentado defender a vítima.

11. Tenha-se em atenção que se estivermos numa situação que não seja de co-autoria, p. ex., de instigação de cumplicidade, a participação é intervenção em facto alheio e vale, pois, para ela o princípio da acessoriedade. Assim, se o autor principal desiste parece não poder afirmar-se a existência objectiva de uma tentativa e os comparticipantes não podem ser punidos. Razão lógico-conceitual que faz com que se possa pensar dar à desistência o carácter de elemento negativo da tentativa. Mas, então, se tivermos uma participação por co-autoria temos que desmembrar a ilicitude em tantos quantos os co-autores, para que deste modo se possa conceber a desistência como um elemento negativo da tentativa. Só que por este prisma retira-se unidade à ilicitude e não se compreende como é que o co-autor que desiste da tentativa, mesmo «que os outros comparticipantes prossigam na execução do crime ou o consumem», não deve ser punível.

Para além de que nos casos de comparticipação necessária, mormente nos chamados «delitos convergentes» (motim de presos — art. 394.º), mal se compreenderia, segundo nosso juízo, que o que desiste da tentativa desencadeasse por si um elemento negativo da própria tentativa que se estenderia a todos. Se a comparticipação é necessária a ilicitude é «necessariamente» unitária. E a desistência de um determinaria a desistência de todos. Mas não é assim e não pode sê-lo. Muito mais correcto será, então, nesta hipótese, conceber a desistência como uma causa pessoal de exclusão da pena.

Todavia, por tudo o que se acaba de expor pensamos, com todas as cautelas, que se se admitir a não-desistência como um elemento

da punibilidade da tentativa não forçáramos muito a natureza das coisas e, por outro lado, resolveríamos os problemas sistemáticos e de fundamento, conexonados com esta específica matéria.

12. Uma última palavra no que se refere à problemática da autoria e da cumplicidade.

No seguimento da própria lógica destas questões, e num retorno ao sistema do Código de 1852, não se consagrou o chamado encobrimento que se traduz ou num favorecimento pessoal ou num favorecimento real. Tais figuras jurídicas seguindo uma linha de racionalidade mínima — e basta isso para não haver necessidade de se invocarem outras razões — são hoje crimes autónomos tipificados na parte especial. Assim, o favorecimento pessoal está previsto no art. 410.º e a receptação e o auxílio material ao criminoso nos arts. 329.º e 330.º, respectivamente.

IV

1. No decurso da nossa exposição vimos que o agente pode não consumir a infracção. Também nos foi dado compreender que, muitas vezes, o agente não actua sozinho mas antes em colaboração. Só nos falta analisar a hipótese do agente não praticar simplesmente uma única infracção isolada mas, bem ao contrário, cometer vários crimes.

Debruçando-nos sobre este último ponto entramos na derradeira questão que no começo nos propusemos tratar.

O problema que ora colocamos pode à primeira vista parecer comezinho já que se reduz, materialmente, à maneira de responder à seguinte pergunta: quantos crimes praticou o agente? No entanto, não é preciso lembrá-lo, este é um dos mais complexos e difíceis assuntos de todo o direito penal. Por ele e com ele se tem de fundamentar e compreender algumas das figuras e momentos dogmáticos deste ramo de direito. À guisa de introdução convém acentuar que o que nos interessa — tal como foi sucintamente explicitado nas primeiras palavras quando estudávamos a tentativa — é a eleição de um critério normativo que nos consiga dar o número de crimes praticados pelo agente em sentido jurídico-penal.

2. Tracemos rapidamente alguns recortes fundamentais. A grande ideia é que existem essencialmente dois tipos de concurso: o chamado concurso legal, aparente ou impuro e o chamado concurso efectivo verdadeiro ou puro.

Numa primeira aproximação dir-se-á que estamos face a um concurso legal quando o comportamento do agente preenche vários tipos legais — por isso se chama concurso — só que o conteúdo da conduta é total e exclusivamente abrangido por *um* dos tipos violados, devendo, por consequência, os outros tipos retirarem para segundas linhas. Tal nada mais é que o reflexo, a nível penal, das regras que imperam entre as diversas relações das normas, qualquer que seja a sua natureza. Sendo por certo evidente ninguém desconhecer que as normas se podem conjugar dentro de específicos parâmetros: por uma relação, entre outras, de especialidade, consumação e subsidiaridade.

3. O exemplo clássico e altamente elucidativo de uma relação de especialidade pode detectar-se nas conexões entre o homicídio (art. 131.º), o homicídio qualificado (art. 132.º) e o homicídio privilegiado (art. 133.º). Nesta conexão a norma especial incorpora os elementos essenciais do tipo fundamental abstractamente aplicável a que acrescem os elementos especiais atinentes ao facto ou ao próprio agente, neste sentido se diz, pois, que «*lex specialis, derogat legi generali*».

4. No que toca à relação de consunção podemos adiantar a conexão que existe entre o art. 176.º (Introdução em casa alheia) e o art. 297.º, n.º 2, al. *d*) (Furto qualificado). Dar-se-á esta conexão quando o preenchimento de um tipo legal (concretamente mais grave) inclui o preenchimento de outro tipo legal (concretamente menos grave). Frise-se que o critério da maior ou menor gravidade tem de encontrar-se na especificidade do caso concreto. É evidente, por outro lado, que a lei pode expressamente afastar, baseada em razões de política criminal, a regra da consunção, no sentido de um maior reforço da punição. É o que se passa, p. ex., no art. 156.º, n.º 4 ao consagrar que «a punição por este crime (coacção) não consome aquela que couber aos meios empregados para o executar».

5. Por outro lado, a relação de subsidiaridade, na sua forma mais lata traduz-se no facto de certas normas só se aplicarem *subsidiariamente*. O que tanto é dizer, quando o facto é punido por uma norma principal, em princípio consagrando uma moldura penal mais grave, não pode sê-lo também pela norma subsidiária.

6. Estas relações, diga-se, são frequentes. Por vezes é a própria lei que impõe que se indague se ao caso se não aplica uma norma penal mais grave ou uma pena mais gravosa. Assim, a título exemplificativo, refiram-se os arts. 286.º (Apologia pública de um crime); 280.º (Lançamento de projectil contra veículo); 311.º (Usurpação de coisa imóvel). Noutros casos será o intérprete que terá de ver onde se verifica aquela relação. Nesta perspectiva é normalmente aceite a existência de uma relação de subsidiaridade entre os actos acessórios puníveis e preenchimento dos correspondentes crimes para que tendem.

7. Outra questão que se prende com os problemas suscitados pelo concurso aparente é a concernente à figura dogmática do «facto posterior não punível» (*straflose Nachtat*). Imagine-se que *L* furta um relógio de ouro a *M*. Mas depois com medo e no intuito de ocultar elementos probatórios resolve atirá-lo ao mar. Poder-se-á dizer que *L* deve ser punido em concurso efectivo por um crime de furto e por um crime de dano? É evidente que não. Nesta hipótese estaremos mais uma vez face a um concurso aparente. Ou seja, nestes casos para que haja na verdade um concurso aparente defende-se que o crime posterior (também chamado de garantia ou aproveitamento) não só não atinja o ofendido com um novo dano mas que também não viole um novo bem jurídico.

8. E qual a relevância jurídico-penal do que se acaba de expor? Ela traduz-se, como implicitamente já se vislumbrava, na aplicação concreta ao caso de só *um* dos tipos legais violados. Isto não implica que em todas as circunstâncias se não possa ou se não deva recorrer à norma secundária. Assim será, julgamos, no caso de *N* (cúmplice) auxiliar *P* a praticar um crime de «homicídio». No entanto *P* vê a sua conduta caracterizada como homicídio qualificado, quando é certo que o dolo do cúmplice não abrangia o sentido

da norma especial mas contemplava tão somente o preceito fundamental — que pela regra da especialidade foi pelo menos excluído relativamente ao autor. Todavia, pelo princípio da acessoriedade limitada tudo aponta, não sem dificuldades, para que se chame novamente a norma fundamental e por força deste tipo legal se puna o cúmplice.

9. A nível estritamente legal julgamos que o concurso aparente não levanta problemas. Com efeito, quando o art. 30.º no n.º 1 nos diz que «o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime *efectivamente* cometidos». Quer isto denotar que o concurso aparente não é abrangido, pois que, como se viu, o número de crimes *efectivamente* cometidos — em concurso aparente — se reconduz à própria unidade. Com esta noção de efectividade torna-se claro que fica ressalvado o caso do concurso aparente.

10. Mas voltemo-nos agora para o concurso efectivo, verdadeiro ou puro.

Partindo da máxima que se não dá entre os tipos legais preenchidos pelo agente uma exclusão por força de qualquer regra atinente ao concurso legal ficam-nos diversas normas aplicáveis em abstracto e concorrentes na aplicação concreta. E é justamente nesta questão que os sistemas variam. Efectivamente pode admitir-se que seja aplicada a todos os crimes uma única pena ou, diferentemente, que se fixe uma pena para cada crime e depois aquelas penas sejam unificadas. Não olvidando que a última solução equipara o concurso ideal ao real, já que trata aquele pelas regras com que regulamentam este.

E foi, diga-se de imediato, a regra da equiparação do concurso ideal ao concurso real a que ficou cristalizada no n.º 1 do art. 30.º («o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometido, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente»). O que, aliás corresponde por inteiro ao pensamento do Prof. Doutor Eduardo Correia.

11. Sabe-se que há concurso ideal quando por meio de uma só acção se violam diferentes tipos (concurso ideal heterogéneo) ou

se viola várias vezes o mesmo tipo (concurso ideal homogéneo). Não se desconhecem, por outro lado, as razões quer conceituais, quer materiais que militam no sentido da não autonomização do concurso ideal. Dificuldades que se espelham desde logo na incapacidade de descortinar uma distinção operatória entre unidade e pluralidade de infracções e que se potenciam quando são chamadas à colação considerações de justiça. Utilizando um exemplo de escola poder-se-á dizer que não se vislumbram motivos materiais e teleológicos para tratar diferentemente o agente *R* que com um tiro à queima roupa mata dois inimigos seus (concurso ideal), e o agente *S* que, para alcançar os mesmos intentos, tem de disparar duas vezes.

12. Por outro lado, este critério só vai ao encontro da ideia de que o direito penal visa proteger bens jurídicos criminais, juridicamente precipitados no tipo legal. É no tipo que se focaliza o núcleo do juízo de ilicitude que tem como seu suporte material, como vimos, o bem jurídico. Daí que não possa deixar de ser visto como uma referência essencial para a determinação do número de crimes praticados. Acrescente-se a estas considerações que o tipo que vai aqui pressuposto não é nenhum arquétipo tipológico, perdoe-se a polissemia que resvala no pleonasma, mas antes uma entidade concreta e como tal tem de ser encarada quando se sopesa o que se acaba de exprimir.

13. E quais as valorações jurídicas desta compreensão das coisas?

Pouco adiantaremos sobre este problema já que extravaza nitidamente o conteúdo da exposição, devendo antes ser estudadas no âmbito da teoria da medida da pena (arts. 78.º e 79.º). Dentro deste espírito dir-se-á tão-só que as diferentes penas deverão ser reduzidas juridicamente a uma unidade — a uma «moldura penal» nova — colhendo-se isto indiscutivelmente do princípio da acumulação — e no seio daquela nova unidade jurídica dos limites penais deverão ser considerados unitariamente os factores específicos e concretos da pena, p. ex., a personalidade do agente — pedindo-se a última ideia ao princípio da absorção.

14. Considera-se, porém, que a regra da equiparação da plura-

lidade de tipos violados — ou de violação plural do mesmo tipo abstracto — à pluralidade de crimes sofre uma excepção com a figura do crime continuado. Efectivamente, o n.º 2 do art. 30.º não deixa margem a qualquer dúvida quanto ao que acabamos de afirmar.

Sabe-se igualmente que o crime continuado tem a sua génese, fundamentalmente, em razões de economia processual muito fortemente sentidas na judicatura. Não é de estranhar, pois, que tenham sido as correntes jurisprudenciais, mormente alemãs, as que mais contribuíram para o desenho desta figura.

15. No entanto tal perspectiva jurisprudencial das coisas não coincide em absoluto com uma compreensão mais estrita, porque com fronteiras mais precisas, como é a posição de Eduardo Correia. Neste quadro é inquestionável que o responder sobre o conteúdo dos pressupostos desta excepção às regras do concurso é simultaneamente responder sobre os traços essenciais daquela visão mais restrita e fundamentada do crime continuado.

16. O cerne da questão é aqui, como em muitas outras circunstâncias, o bem jurídico. O ataque sucessivo pode ser contra o *mesmo* bem jurídico ou contra bens jurídicos *fundamentalmente idênticos*. Há, porém, que levar a cabo neste contexto pequenos afeiçoamentos, nomeadamente quando se está em face de bens jurídicos eminentemente pessoais. Enquanto que para os bens jurídicos não eminentemente pessoais, p. ex., o património, é suficiente que a conduta continuada vise bens jurídicos fundamentalmente idênticos, não sendo exigível a identidade da vítima, o mesmo se não passa relativamente aos bens jurídicos eminentemente pessoais em que é de exigir a identidade da vítima.

17. Note-se que a procura da *mesmidade* do bem jurídico pode constituir, a nossos olhos, uma tarefa extraordinariamente difícil já que esta é uma zona do direito penal onde nem sempre é fácil destrinçar a cripto-argumentação dos verdadeiros critérios prático-normativos. A função, a dignidade constitucional, a supra-individualidade são outros tantos critérios que ajudam o intérprete a melhor compreender e encontrar o que se procura, é dizer, o mesmo bem jurídico.

18. Mas para que estejamos frente a um crime continuado não basta que a realização plúrima preencha os pressupostos atrás apontados, é necessário ainda que «seja executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente».

Têm deste modo de se conjugar todos os elementos anteriores apontados não só com uma certa homogeneidade, que pode ganhar relevância à luz de um critério espaço-temporal, pelo menos como ponto de referência negativo, mas também com o circunstancialismo exógeno que faça consideravelmente diminuir a culpa do agente. E é neste específico ponto que se toca o essencial. É justamente em homenagem a uma ideia de menor exigibilidade que o crime continuado ganha solidez dogmática, mesmo que só se admita, no plano subjectivo uma «linha psicológica continuada».

V

Para finalizar gostaríamos de sublinhar que na vastidão e complexidade desta(s) matéria(s) muitos problemas não foram sequer abordados ou só o foram de forma mais que imperfeita. Problemas que, por certo, outros com maior saber, teriam escolhido em detrimento daqueles que elegemos. Mas toda a escolha comporta um risco e este foi o nosso. No entanto para que o risco tenha sentido e o valor não falte aos inúmeros problemas enunciados é mister que tudo seja visto à luz de uma realidade normativa, expectante, viva e não meramente formal o que fará, então, e só então, que as palavras lucidamente cruéis de Leautréamont: — «A justiça das leis não vale nada; o que conta é a jurisprudência do ofendido» — não sejam mais que o alerta constante que mantém despertos e atentos às coisas da vida os homens do direito.

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Eduardo Correia, *Direito Criminal*, vol. I e II, Coimbra: Almedina, 1968.
A Teoria do Concurso em Direito Criminal, (reimpressão),
 Coimbra: Almedina, 1963.

Direito Criminal. I. Tentativa e frustração. II. Participação criminosa. III. Pena conjunta e pena unitária, (Coleção Studium), Coimbra: Arménio Amado, 1953.

Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Coimbra: João Abrantes (em offset), 1976.

Cavaleiro Ferreira, *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. I e II, Verbo, 1981 e 1982.

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral, I vol., Lisboa, 1965 (sep. do *BMJ*).

Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale*, 10.^a ed., Padova: Cedam, 1978.

Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, Padova: Cedam, 1979.

Luigi Granata, «Gli Atti Preparatorii nel Tentativo» in *Scritti Giuridici in Onore di Alfredo de Marsico*, vol. II, Milano: A. Giuffrè, 1960, p. 3-15.

Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1978. (Há tradução espanhola).

Roxin, *Strafgesetzbuch. (Leipziger Kommentar)*, 10. Auflage, 2. Lieferung, § § 25-29, Berlin: Walter de Gruyter, 1978.

Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München: C. H. Beck, 1981.

Peter Cramer, «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme» in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München: C. B. Beck, 1979, pp. 389-403.

Roxin/Stree/Zipf/Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2. Auflage, München: C. B. Beck, 1975.

Gonzalo Rodriguez Mourullo, «Las fases de ejecución del delito» in *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1980.

Gimbernat Ordeig, *Autor y Complice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, 1966.

O NOVO CÓDIGO PENAL E A MODERNA CRIMINOLOGIA

PELO DR. MANUEL DA COSTA ANDRADE

I. INTRODUÇÃO. CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL

1. É nosso propósito situar o novo Código Penal em relação à moderna criminologia, isto é, indagar em que medida as soluções adoptadas se explicam por obediência aos ensinamentos daquela ciência e, complementarmente, em que medida tais soluções se mostram capazes de dar resposta às sugestões político-criminais emergentes das realizações no campo criminológico. Propomo-nos fazê-lo em síntese necessariamente sumária, sem qualquer empenho apologético, antes cientes do potencial de crítica que uma tarefa como esta compreensivelmente comporta¹.

Começaremos por sublinhar que formular estas questões corresponde, desde logo, o tomar posição no velho e recorrente problema do estatuto epistemológico e político-criminal da criminologia, vale dizer no problema do seu lugar e sentido no contexto das ciências criminais, em geral, e da dogmática jurídico-penal em especial. Hoje, com efeito, parece irreversivelmente abandonada a ideia duma criminologia de conteúdo exclusivamente explicativo-etiológico operando nos limites e ao serviço do sistema jurídico-penal. Uma criminologia que para ser ciência deveria, segundo os cânones positivistas, limitar-se a explicar *por causas*, como deveria, segundo a epistemologia de raiz aristotélica, recentemente retomada por MAX WEBER, resistir à tentação de qualquer referência

política. Quer se entendesse que o seu objecto era heteronomamente determinado, porque recebido passivamente das mãos do legislador e da doutrina penal, quer se entendesse que a criminologia assistia o direito de identificar o seu objecto como unidade de sentido sociológico real (com destaque para SELLIN e a generalidade dos criminólogos americanos com o seu conceito de *deviance*)², num ponto se encontravam todos os cultores da criminologia tradicional: na crença na neutralidade axiológico-política da sua ciência³. Em conformidade, a criminologia aceitava positivamente a ordem social oficialmente imposta e, por isso, a definição do que é e não é criminalizado (do que deve e não deve ser criminalizado) na base do postulado acrítico de que o crime releva necessariamente das margens de consenso e dos valores fundamentais de colectividade. Em síntese, e segundo a dicotomia dos neo-kantianos, a criminologia perfilava-se como uma *ciência da natureza* ou *do ser*, versando sobre o crime em termos radicalmente distintos dos das ciências *do espírito* ou *da cultura* (*maxime* a doutrina penal) que também têm por objecto a mesma manifestação da vida.

Não cabe aqui elencar, sequer de forma sincopada, as transformações do horizonte político-cultural que retiraram o suporte a um tal entendimento das ciências sociais, em geral, e da criminologia em particular. Sempre se recordará, contudo, o impacto da *sociologia do conhecimento* (de KARL MANNHEIM, MAX SCHELER, MARX...), por um lado, e da *teoria crítica da sociedade* (HORKHEIMER, ADORNO, HABERMAS) por outro. A primeira veio pôr em crise o dogma da objectividade das ciências pondo a descoberto as respectivas infra-estruturas ideológicas ou, na expressão de GOULDNER, os seus «supostos básicos subjacentes». A segunda veio chamar a atenção para a incidível *unidade entre a teoria e a prática* pondo desta forma em relevo a força *normativa* do saber⁴. Por seu turno, a *sociologia do conflito* — tanto a de inspiração marxista como a que ficou a dever-se a RALF DAHRENDORF — veio possibilitar uma *criminologia do conflito* que privilegia o tópico da criminalização como instrumento de opressão ou, pelo menos, de poder e domínio⁵.

Abriu-se assim o caminho para uma profunda redefinição do objecto e do campo da criminologia: explicar o crime passa a ser,

em primeira linha, explicar o triunfo de uma dada ordem social e penetrar na lógica das suas estratégias de legitimação e manutenção em que avulta a criminalização das condutas vistas como expressão duma construção alternativa da realidade, capaz de ameaçar a sempre precária definição oficial da realidade⁶. Noutros termos, fazer criminologia passa a ser, antes de mais, investigar os processos e os motivos de criminalização da conduta humana⁷. E por isso fala a criminologia psicanalítica duma psicanálise da sociedade punitiva, bem podendo, por identidade de razões, falar-se também duma *sociologia da sociedade punitiva*.

Nem é só duma perspectiva radical, de vocação mais ou menos confessadamente revolucionária que a criminologia tem acesso ao discurso da criminalização. Tal dá-se também na linha duma política criminal construtivamente inscrita no respeito dum quadro constitucional, designadamente da ordem constitucional democrática de uma sociedade aberta. É, com efeito, nas exigências do Estado de Direito que as modernas doutrinas penal e constitucional fazem radicar o *princípio da subsidiaridade* do direito penal, segundo o qual o direito penal deve ser a *ultima ratio* da política criminal. Ora, este princípio apela fundamentalmente para as categorias ou juízos de necessidade ou carência de tutela (*Strafbedürftigkeit*) e de eficácia, de conteúdo claramente criminológico⁸. A identificação de uma conduta como lesiva de um bem jurídico só legitimará a intervenção do direito penal se este se revelar necessário e eficaz. Ora, a resposta a estas questões — que pressupõe uma representação correcta da fenomenologia da conduta, sua frequência, danosidade social bem como um juízo prognóstico sobre a eficácia relativa do direito penal e dos demais sistemas alternativos de controlo — é, antes de mais, uma resposta de criminologia.

2. A aproximação entre a criminologia e o direito penal não é, de resto, unilateral. Também a mais recente dogmática jurídico-penal revela tropismos cada vez mais nítidos no sentido duma convergência recíproca. Começou por se ganhar consciência da polaridade entre o sistema e o problema e da urgência de abrir o sistema doutrinário à realidade da vida, mediatizada pelas realizações da criminologia e pelos princípios da política criminal. É neste sentido que se têm feito ouvir, entre outras, as vozes de JESCHECK, HAS-

SEMER e ROXIN. O primeiro denunciando os perigos do «automatismo dos conceitos teóricos», HASSEMER sustentando que a dogmática deve ter como referência, não só a lei penal, seu objecto específico, mas também a realidade social reflectida nos postulados da política criminal⁹. Mas é, sobretudo, ROXIN¹⁰ que, de forma mais consistente, vem propondo a superação do dualismo duma doutrina penal e duma política criminal totalmente estanques e incomunicáveis. Dualismo cujas origens é costume fazer remontar a FRANZ von LISZT para quem «o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal». Numa postura diametralmente oposta, ROXIN propõe-se «transformar os conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais e estas, por sua vez, em regras jurídicas *de lege data* ou *ferenda*». Em termos tais, que a criminologia e a política criminal, em vez de intervirem apenas em momentos como a escolha da pena ou a respectiva execução, passem a imprimir sentido às próprias categorias estruturais da infracção, nomeadamente a tipicidade, a ilicitude e a culpa. Do que no fundo se trata é de acreditar na possibilidade duma síntese entre o conteúdo de garantia do Estado-de-Direito — de que o Direito Penal será o depositário — e os princípios do Estado Social — de que a Política Criminal seria a intérprete. Para tal, importa lograr, ainda na formulação de ROXIN, que «as finalidades político-criminais se transformem em módulos de vigência jurídica»¹¹.

II. CRIMINOLOGIA «MODERNA»

3. O que fica dito denuncia já o sentido que importa atribuir à expressão *criminologia moderna*, como primeira delimitação dos temas de que nos propomos dar notícia. Uma delimitação conveniente dada a frequência com que a pretensão de *moderno* ou *novo*, nem sempre isenta do pecado anti-histórico do narcisismo, aparece na história da criminologia. Bastará recordar alguns títulos da capa: *Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedura Penale* (de FERRI, 1891); *Escolas e Princípios de Criminologia Moderna* (de AFONSO COSTA, 1895); *Las Nuevas Teorias da la Criminalidad*

(BERNALDO DE QUIRÓS, 1898); *The New Criminology. A Consideration of the Chemical Causation of Abnormal Behavior* (M. SCHLAPP e E. SMITH, 1938); *New Horizons in Criminology* (HARRY BARNES e NEGLEY TEETERS, 1943) e *The New Criminology* (IAN TAYLOR, PAUL WALTON e JOCK YOUNG, 1973).

Ora, apesar da fluidez de contornos, a verdade é que a expressão *criminologia moderna* assume um significado específico que está longe de cobrir todos os desenvolvimentos teóricos ou empíricos da criminologia contemporânea. Dela se excluem as teorias de nível individual, fiéis ao postulado do delinquente como um ser *naturalmente diferente* e, por isso, ao modelo médico. E isto pese embora a sua irrecusável evolução científica e a distância que separa as actuais investigações de bioantropologia criminal das teses precursoras do atavismo do homem delinquente de LOMBROSO ou, já mais perto, da teoria da inferioridade biológica de HOOTON. E pensamos nas tentativas de explicação do crime por recurso às descobertas da genética — v. g., a partir dos desequilíbrios cromossómicos — da bioquímica ou da endocrinologia.

Nem mesmo as teorias sociológicas mais recentes fazem todas jus ao apodo de *moderna*. Não se consideram como tais as teorias da *ecologia criminal*, da *subcultura delinquente* (v. g., de ALBERT COHEN) ou da *anomia* de MERTON, mesmo tendo em conta o grau de sofisticação, complexidade e capacidade explicativa que lhe têm emprestado as investigações de CLOWARD e OHLIN e as teorizações de PARSONS ou KARL-DIETER OPP.

E isto porque o que as separa das teorias de nível individual é, apesar de tudo, uma mera diferença de grau. Elas continuam a inscrever-se no horizonte teórico do positivismo: a representação da ordem social como um *dado*, do crime como fenómeno substancializável em relação ao qual algo se impõe fazer, do criminoso como um cidadão diferente, da explicação em termos de patologia. O facto de se procurar agora a *diferença* não na estrutura da personalidade do delinquente, nem nas vicissitudes da sua biografia ou do seu processo de socialização, mas antes nas estruturas sociais e culturais, não impede que as respectivas propostas de política criminal se reconduzam ao *reformismo liberal*, segundo a classificação de SCHUR¹². E isto mesmo que se proponham atingir as variáveis estruturais do próprio sistema social. Como aconteceu de

forma paradigmática com os ambiciosos programas *Mobilization for Youth* e *War on Poverty*, desenvolvidos nos E. U. no início da década de sessenta, sob inspiração da teoria da anomia e do impacto da euforia da ideologia de *new frontier*, que levou a acreditar na possibilidade de responder ao crime elevando-se substancialmente as cotas das *oportunidades* gerais. Apesar de tudo, e como expressivamente escreve MATZA: «A base inicial e persistente das teorias sociológicas da delinquência é epidemiológica, o estudo das diferentes taxas de patologia nas diversas áreas sociais (...). Os sociólogos acreditam que, para além do ambiente e da intimidade da família, deve haver alguma coisa que é operativa na produção dos modelos de comportamento delincente (...). Também os sociólogos, levados pela metodologia típica do positivismo, se lançaram à procura da *diferença* entre o delincente e o normal»¹³.

Pela positiva, o que caracteriza a criminologia moderna é o facto de o sistema penal aparecer como objecto central de conhecimento, de crítica e de política criminal. Trata-se, acima de tudo, de penetrar na racionalidade deste sistema de controlo em toda a sua dimensão: a começar pela lei criminal — instância da criminalização primária — até às sucessivas instâncias de reacção formal (Policia, Ministério Público, Tribunal, Administração Penitenciária) a quem cabe recrutar as pessoas que em concreto vão desempenhar o papel de delincente e imprimir às simbolizações abstractas da lei o seu conteúdo definitivo. Acresce uma atitude reflexiva mais ou menos explícita: no pressuposto duma ideia de conflito, os cultores da criminologia moderna preocupam-se em saber de que lado estão e a quem aproveitam os resultados do seu labor. É fundamentalmente neste sentido que se encaminham as diferentes correntes ou escolas da chamada criminologia nova ou criminologia dos anos sessenta com destaque para a perspectiva interaccionista ou *labeling approach* e para a *criminologia radical ou crítica*, descontadas as naturais divergências que as separam, tanto no plano teórico como político-criminal.

3. Importa, de seguida, ensaiar uma descrição de conjunto das principais linhas de força desta criminologia. Fá-lo-emos sem preocupação de rigor quanto à proveniência, por escolas, dos diferentes contributos. Isto sem esquecer o papel decisivo da perspectiva inter-

accionista, certo como é que foi do desenvolvimento e prolongamento das suas teses centrais que as demais escolas se afirmaram e que a investigação criminológica se estendeu a campos não directamente cobertos pelas suas primeiras formulações.

Talvez nada mais indicado, como início de abordagem, do que a já clássica tese central de *Outsiders* (1963) de BECKER, o fundador da perspectiva interaccionista: «São os grupos sociais que criam a *deviance* ao elaborar as normas cuja violação constitui a *deviance* e ao aplicar estas normas a pessoas particulares, estigmatizando-as como desviantes». E ainda: «A *deviance* não é uma qualidade do acto que uma pessoa comete, mas antes uma consequência da aplicação pelos outros de normas e sanções a um *delinquente*. Desviante é aquele a quem este estigma foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o que como tal é rotulado»¹⁴. Isto significa, desde logo, pôr em evidência o círculo vicioso em que assentaria a criminologia tradicional: procurando as causas do crime através da observação directa dos condenados ou da análise das estatísticas oficiais, aquela criminologia estava condenada a identificar como causa o que não é, afinal, mais do que o resultado dos critérios de recrutamento dos delinquentes. E significa, em segundo lugar, que a grande viragem em relação à criminologia tradicional se verifica logo a nível do problema criminológico: em vez de se perguntar porque é que as pessoas cometem crimes, passa a perguntar-se porque é que determinadas pessoas são estigmatizadas como delinquentes e quais as consequências desta estigmatização. Convertendo as «audiências sociais em variáveis críticas do estudo da *deviance*» (ERIKSON), o *labeling approach* colocou o estigma no centro da problemática criminológica: a) já como variável dependente (quais os critérios da sua aplicação?); b) já como variável independente (quais as suas consequências?).

a) Perguntar pelas causas da distribuição diferencial do estigma, isto é, do recrutamento desigual dos delinquentes entre a massa dos que, em abstracto, poderiam desempenhar este papel é, em primeiro lugar, problematizar a lei criminal. Em que medida é possível ancorar o seu carácter reconhecidamente fragmentário no núcleo de valores ou interesses comuns duma colectividade? Ou, pelo contrário, em que medida há que perspectivá-la como

expressão de conflitos sociais subjacentes e, por isso, como instrumento de poder, na linha da criminologia de conflito e, de forma mais extremada, da criminologia radical?

E é, em segundo lugar, enfrentar toda a problemática teórica e empírica da *selecção* da criminalidade a nível das instâncias de aplicação da lei. Constata-se, com efeito, que a criminalidade oficial constitui apenas a reduzida ponta de um *iceberg* cujos contornos não é fácil definir, mas cuja expressão quantitativa se sabe ser preocupante. Para além da existência da *criminalidade oculta*, que nunca chega ao conhecimento das instâncias, a verdade é que a intervenção destas se vai traduzindo na criação sucessiva de *cifras negras*, dando origem ao que os criminólogos designam por «efeito-de-funil». Só que esta mortalidade da criminalidade ao longo do sistema formal de controlo, longe de obedecer ao acaso, regista singulares regularidades que resultam da acção de decisivos mecanismos de selecção: desde os *estereótipos* às formas mais ou menos expressivas de poder de manipulação e de influência sobre a acção das instâncias de controlo. Isto explica o peso desproporcionado que certos grupos etários, certas classes sociais, certas formas menos respeitáveis de vida têm nas estatísticas oficiais da delinquência, sem correspondência na imagem da criminalidade «real» tal como ela vem sendo revelada pelas mais recentes investigações de índole sociométrica.

As investigações no domínio da selecção vieram pôr a descoberto alguns aspectos complementares de directa incidência político-criminal. Demonstraram, em primeiro lugar, que será irrealista¹⁵ esperar que as instâncias formais de controlo respondam com eficácia a todas as condutas legalmente puníveis. Surgindo como um dado, a selecção deixa apenas ao legislador a possibilidade de tentar controlá-lo, divertindo do sistema penal as infracções de menor relevo ético-social e libertando os recursos para fazer face à criminalidade onde eles são mais necessários e, comprovadamente, mais eficazes. Até porque a alternativa poderá ser uma indesejável ultrapassagem do sistema formal, assistindo-se a incontáveis manifestações colectivas de autotutela que podem adensar a ameaça de um retorno à lei de Linche¹⁶. A criminologia da selecção contribuiu em segundo lugar, para uma certa dessacralização do sistema penal, relativizando o seu significado no contexto de um sistema social que

tem ao seu dispor outras formas de indução da conformidade. Que vão desde as formas mais ou menos inorgânicas da justiça no interior da empresa (*Betriebsjustiz*) ou das sanções aplicadas pelas gerências das lojas, supermercados ou armazéns de venda directa ao público (*Ladenjustiz*), até aos sistemas jurídicos alternativos, com destaque para as sanções civis ou as do direito das contra-ordenações.

b) Quanto às consequências da estigmatização, a criminologia nova veio chamar a atenção para o carácter intrinsecamente criminógeno e reprodutivo do sistema penal. Isto por recurso a uma construção teórica complexa, que faz apelo a uma diversificada gama de conceitos sociológicos, psicológicos e mesmo filosóficos que só abusivamente aqui poderíamos versar. De modo exageradamente abreviado, o processamento formal da delinquência onde, na linguagem de GARFINKEL, se sucedem as «cerimónias degradantes», afecta a imagem interior e exterior dos delinquentes, modelando-lhes a própria identidade. Por outro lado, a distância social a que a sociedade respeitável se coloca do delincente, reduz as oportunidades legítimas e compele-o à procura de oportunidades ilegítimas e de formas subculturais de apoio. Pode assistir-se, assim, à assunção da identidade e do papel de delincente, o que se repercute naturalmente em novas manifestações de crime (o chamado *crime secundário* de que fala LEMERT) na espiral duma profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre.

Isto vale em especial para a experiência carcerária cuja eficácia criminógena é hoje geralmente reconhecida. As numerosas investigações empíricas feitas na sequência dos estudos pioneiros de CLEMMER (*The Prison Community*, 1940) SYKES (*The Society of Captives*, 1958) e sobretudo após a teorização de GOFFMAN sobre as *instituições totais* (*Asylums*, 1961) vieram pôr em crise os ideais de reabilitação e ressocialização *intra-muros* para que apelava a legitimação oficial da prisão. A *desaculturação* de que fala GOFFMAN¹⁷, isto é a perda das aptidões para uma convivência social em liberdade, tem como correlato uma *enculturação* — ou *prisonização* segundo a expressão de CLEMMER — processo de aprendizagem e interiorização de valores, atitudes, lealdades e técnicas de índole subcultural e delincente.

4. Enquanto BECKER ensaiava a primeira interpretação interaccionista da delinquência, outro tanto faziam SZASZ (*The Myth of Mental Illness*, 1961), SCHEFF (*Being Mentally Ill*, 1966) e outros no domínio contíguo da doença mental. A tese central da obra de SZASZ é a de que «a doença mental é um mito, cuja função consiste em mascarar e transformar em algo mais aceitável a amarga pílula dos conflitos morais que se verificam nas relações humanas». Em sentido convergente sustenta SCHEFF que a «doença mental crónica é, pelo menos em parte, um papel social e que a reacção social constitui, em geral, o factor mais importante da assunção deste papel»¹⁸. A doença passa, assim, a ser vista como resultado duma construção social, que tem por função legitimar a imposição repressiva da conformidade a coberto do incontrolável poder do saber terapêutico. Estavam lançados os fundamentos da denúncia da *ideologia de tratamento* ou do *Estado terapêutico* feita, sobretudo por SZASZ e KITTRIE. Trata-se, fundamentalmente de criticar todas as formas coactivas de tratamento psiquiátrico, *maxime* o internamento em clínica psiquiátrica, como forma larvada de controlo social à margem das garantias do *due process of law*.

Este movimento de ideias vai ter um impacto muito pronunciado na criminologia, provocando uma inflexão no horizonte político-criminal em relação ao ideário dominante há cerca de 20 anos. O período que vai do imediato pós-guerra até aos primeiros anos da década de sessenta caracteriza-se pelo triunfo do ideal da ressocialização. As correntes mais progressistas e liberais afirmavam-se então pela denúncia das más condições das instituições prisionais, pela defesa da humanização da vida *intra-muros* e, sobretudo, pela crença optimista nas possibilidades de transformação e melhoria do Homem. É nesta época que — de forma paradigmática nos Estados Unidos e na Suécia — se fala da substituição do juiz pelo médico e do guarda prisional pelo psicanalista e que a pena indeterminada surge como a chave da política criminal. É nesta linha que KARL MENNINGER escreve, contra as ideias de pura retribuição, a obra com o título sugestivo *The Crime of Punishment* (1968) e SYKES proclama que «a punição sem mais é um luxo que dificilmente nos podemos permitir»¹⁹.

Tudo entretanto se conjugou para o já referido cepticismo com que hoje se encara a ideia de reabilitação no quadro das instituições penais tradicionais. A começar pela frustração sentida nos países que mais apostaram nesta via, designadamente os Estados Unidos — onde mal se calaram os ecos da dramática experiência de Attica — e, em menor grau, a Suécia²⁰. Países onde a recusa da pena indeterminada é hoje unânime e onde até institutos como a liberdade condicional são encarados com ostensiva reserva. Digna de menção é, por seu turno, a singular convergência, a este propósito, das correntes liberais e progressistas e das correntes mais conservadoras. De um lado, exagera-se a representação da sociedade ameaçada e condicionada pelo medo do crime e aspirando a mais *law and order*²¹, abrindo-se o caminho do retorno aos valores da retribuição e da prevenção geral. Do outro lado, porém, é sobretudo pela via da antecipação da ameaça totalitária do Estado terapêutico e em nome das garantias constitucionais que se chega a idênticas conclusões. Temas que outrossim virão também a atrair o interesse da ficção literária e cinematográfica. Recorde-se, por exemplo, *Laranja Mecânica* e a distância significativa que a separa de homólogas utopias anteriores como as de HUXLEY ou ORWELL. Enquanto estas denunciam a violência da normalidade imposta segundo os padrões duma sociedade à partida intolerável, KUBRICK mobiliza toda a simpatia para um jovem irrecusavelmente «mau» mas vítima dum processo terapêutico de normalização em benefício duma sociedade aparentemente respeitável²².

5. Uma referência, por último, à criminologia do *White-collar crime* e à *vitimologia*, dois temas que não relevando directamente da criminologia moderna no sentido aqui adoptado, com ela estão intimamente imbrincados.

a) A criminologia do «crime de colarinhos brancos» iniciou-se em meados do século com as primeiras investigações do sociólogo americano EDWIN SUTHERLAND, cuja obra mais importante, *White-Collar Crime* apareceu precisamente em 1949. O interesse por esta nova área da criminalidade rapidamente se generalizou vindo a converter-se num dos pólos centrais de crise e renovação

da teoria criminológica. E isto menos por força do mérito intrínseco das hipóteses explicativas avançadas para este particular domínio da criminalidade económica do que pelo impacto sobre as representações tradicionais em matéria de crime. A descoberta duma criminalidade das elites do poder veio pôr em causa os modelos explicativos assentes na ideia de marginalidade económica, social, cultural ou biológica. E, uma vez que esta descoberta começou como a revelação duma extensa fenomenologia de condutas de rara agressividade e danosidade social mas só excepcionalmente criminalizadas e só mais excepcionalmente ainda punidas, a criminalidade de *white collar* converteu-se num dos pontos de referência privilegiados pela *criminologia de conflito*, porque esclarecedor das relações entre o poder e o direito criminal. Tanto nos países capitalistas como nos países socialistas. Também nestes, com efeito, as persistentes e crescentes manifestações de criminalidade económica ameaçam pôr em crise o dogma central dum direito penal de absoluto consenso, porque expressão duma infra-estrutura económico-social de que foram erradicadas as causas da alienação. Por outro lado, a descoberta de delinquentes que, apesar de o serem, preservam a integridade da sua imagem de respeitabilidade, continuam a liderar a sociedade e a simbolizar os seus valores e virtudes, tem valido à perspectiva interaccionista como reforço da tese de que delinquentes são, afinal e apenas, quem a sociedade estigmatiza como tal.

Também no campo político-criminal a criminologia do *White-collar crime* se revelou particularmente fecunda: ao reclamar uma profunda revisão do espaço de condutas criminalizadas, dando origem a um intenso movimento de neo-criminalização; ao obrigar a repensar a questão da punibilidade das pessoas colectivas; e ao pôr em causa a validade geral do ideal de ressocialização.

b) Foi também nos meados do século que se assistiu ao retorno da vítima ao primeiro plano das preocupações da criminologia e da política criminal, evento que podemos situar em 1948 data em que HENTIG publicou o já clássico *The Criminal and His Victim*. Tal retorno deu-se, de resto, com um estatuto reconhecidamente equívoco já assimilado ao rosto de Jano: entre o extremo duma vítima-

-Abel que sofre inocentemente o crime e suscita solidariedade, ao extremo oposto de uma vítima-Mulher-de-Putifar que provoca, precipita ou causa o crime e suscita censura, há todo um contínuo de manifestações intermédias. Complementarmente, a teoria da selecção veio revelar a vítima como a mais poderosa agência de selecção, já que da sua decisão dependem cerca de 90 por cento dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais que só excepcionalmente intervêm de forma pró-activa, limitando-se, por via de regra, a reagir ao *input* feito pela vítima.

Este estatuto criminológico reflete-se no teor das propostas de política criminal de conteúdo vitimológico. Ganhou-se, em primeiro lugar, consciência da gratuidade da criminalização de condutas, que contam com o apoio ou, pelo menos, com a tolerância da vítima como o demonstra de forma paradigmática a criminologia dos *crimes sem vítima*. Em segundo lugar, a *reparação* da vítima readquiriu o seu significado penal originário, funcionando hoje já como forma de sanção, já como expediente de diversão, já como critério da concessão de benefícios (v. g., o regime de prova ou a sentença condicional), já como reivindicação dirigida directamente ao Estado, como expressão maior da solidariedade institucionalizada ou como responsável último pela ocorrência do crime. Em terceiro lugar, há princípios basilares da política criminal cuja compreensão se vem enriquecendo à custa duma nova dimensão vitimológica. É o que sucede, v. g., com o *princípio de bagatelas* — em que a referência à situação concreta da vítima vale como critério da gravidade da ilicitude²³ — e com o *princípio da subsidiaridade* que, segundo o entendimento dominante, «deve funcionar, em primeira linha, em relação à autotutela que uma sociedade tolera e exige de cada vítima potencial do crime»²⁴. Nesta linha, não faltam mesmo as tentativas de imprimir um cunho vitimológico à construção dogmática de certos tipos de crime. Basta recordar o que vem sucedendo com a discussão sobre o sentido e a função do *erro* no crime de burla²⁵. Por último, é ainda em homenagem aos interesses da vítima, nomeadamente ao propósito de evitar que o processo penal redunde numa nova e mais traumatizante vitimização que se vem crescentemente recorrendo ao direito de queixa, atribuído à vítima como meio privilegiado de descriminalização.

III. O CÓDIGO PENAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA MODERNA

6. É altura de tentar uma rápida leitura criminológica do Código Penal, isto é, uma sua interpretação e valoração à luz das sugestões político-criminais emergentes da criminologia moderna.

Tal como o vemos, o sistema de fundo do Código Penal procura estabelecer um equilíbrio dinâmico entre duas ordens de exigências aparentemente inconciliáveis: reforçar as garantias do Estado-de-Direito e, simultaneamente, maximizar a prossecução de objectivos político-criminais, facilmente identificáveis como a tutela de bens jurídicos e a recuperação social do delincente. Se é através da construção dogmática vertida nos preceitos relativos à infracção criminal que se procura sacrificar aos primeiros valores, é sobretudo na parte especial e no sistema punitivo que as intenções político-criminais do legislador deixaram um rasto mais vincado. Ocorre-nos, a propósito, evocar a experiência paralela em curso na Alemanha Federal, país que já logrou aprovar e pôr em vigor (desde 1-1-1975) toda uma nova Parte Geral, enquanto continua a levar a cabo uma progressiva e profunda transformação da Parte Especial. Pois também aqui o movimento de reforma penal se tem alimentado da tensão dialéctica entre os mesmos pólos, protagonizados, de resto, por dois projectos autónomos entre si e a tantos títulos irreconciliavelmente divergentes: o *Projecto Governamental* de 1962 e o *Projecto Alternativo de 1966*. O primeiro caracterizava-se, desde logo, pelo seu pendor conservador em matéria de criminalização: mantinha, por exemplo, a punição do homossexualismo entre adultos, por o considerar «uma aberração inqualificável, dissolvente do carácter e destruidora dos sentimentos morais». E caracterizava-se, por outro lado, pela rigidez da sua adesão aos princípios ético-retributivos, o que o levava a privilegiar o sistema tradicional de penas (com destaque para a prisão) e a subvalorizar conscientemente o ideal da ressocialização. Diferentemente, o *Projecto Alternativo* abria com a proclamação (§ 2.º) de que as penas visam a tutela de bens jurídicos e a recuperação do agente para a ordem jurídica. Apostava, por isso, na descriminalização e perspectivava todo o sistema punitivo pela ideia de ressociali-

zação. Acresce que, enquanto o *Projecto Governamental* se fechava ao diálogo com a criminologia, o *Projecto Alternativo* propunha-se levar à prática as lições da investigação empírico-criminológica.

E foi como uma via *via per mezzo* entre estas duas concepções que a reforma alemã veio a concretizar-se: a fidelidade à tradição da dogmática alemã (designadamente ao princípio da culpa) não impediu a recepção do sistema punitivo do *Projecto Alternativo*, descontados os naturais desvios de maior ou menor relevo e que, de um modo geral, traduzem outras tantas soluções de compromisso²⁶.

A convergência no essencial entre a reforma alemã e a portuguesa não invalida as naturais divergências a nível de concretas soluções técnicas ou de concretas opções político-criminais, divergências que não escapariam ao mais elementar exame comparatístico. De sublinhar, de resto, que seria tão apressado como incorrecto atribuir sem mais aquela convergência de fundo à recepção passiva entre nós de soluções já consagradas além-fronteiras. Outra é, com efeito, a lição dos factos. Recordamos apenas que o sistema punitivo perfilhado pela Reforma Portuguesa — deliberadamente situado no prolongamento da tradição correcionalista do nosso pensamento penal, que tão impressivamente marcara já a legislação do século XIX e dos princípios do século XX — se encontra, na sua estrutura básica, definido desde o *Projecto da Parte Geral* de EDUARDO CORREIA, publicado em 1963. Isto enquanto só em 1966 seria publicado o *Projecto Alternativo* que viria enriquecer o movimento de reforma alemã com um programa de política criminal de inspiração lisztiana. Se pode, com ROXIN, afirmar-se que o *Projecto Alternativo* representava uma «vitória tardia» de LISZT, que assim saía do «mausoléu das recordações históricas» para que fora remetido no pós-guerra, não será mais arriscado acreditar que o retorno de LISZT já antes se consubstancializara no *Projecto Português*²⁷.

7. A leitura criminológica aqui possível há-de forçosamente fazer-se por amostragem, seleccionando, porventura arbitrariamente, alguns aspectos que consideramos mais relevantes. Fá-lo-emos reportando-nos à versão final do diploma, já que outra será a sede para uma abordagem de pendor arqueológico, apostada em refazer a história e as vicissitudes dos singulares institutos e pre-

ceitos, relacionando-as com os principais eventos das ciências criminológicas que, com uma profusão e amplitude sem precedentes, se multiplicaram ao longo destes vinte anos de gestação da reforma.

Começaremos pela referência aos espaços de *criminalização*, aspecto que embora contendendo claramente com a Parte Especial, se reveste de inquestionável prioridade lógica e político-criminal: antes de se indagar para que se pune importa saber *o que se pune*. É, aliás, ao responder a esta questão, ao definir as margens de autonomia e tolerância que está disposta a reconhecer, que uma dada ordem social a si mesma se define.

Este foi, de resto, um dos problemas privilegiados pela criminologia moderna, principalmente pela *criminologia crítica* que o colocou no centro das suas investigações. Devem-se outrossim à *criminologia crítica* dois importantes contributos metodológicos: em primeiro lugar, o ter posto em relevo que a sua resposta contende com os fundamentos da ordem e a legitimação do poder; em segundo lugar, o ter sublinhado que tal resposta terá de procurar-se num horizonte necessariamente transpositivo e crítico, ideia que hoje encontra eco na doutrina penal onde insistentemente se procura identificar um *conceito material de crime* ²⁸.

Ora, a este propósito, as opiniões dos autores são, na perspectiva duma sociedade aberta e dum Estado-de-Direito, substancialmente coincidentes. Independentemente da diversidade de formulações, hoje aceita-se pacificamente o princípio de que a danosidade social — ou, noutra perspectiva, a lesão (ou perigo) de *bens jurídicos* — constitui o postulado primeiro da legitimidade da criminalização no contexto do que alguns autores chamam *Direito Penal duma sociedade aberta* (v. g., ARNDT) e outros *Direito Penal de uma sociedade plural* (v. g., LISTL) ²⁹. Segundo, por exemplo, MÜLLER-DIETZ, «A expressão *Direito Penal duma sociedade aberta*, sugere claramente o sentido para que aponta o conceito de pluralismo. Numa sociedade que já não se define por uma *Weltanschauung* unívoca e fechada, só pode criminalizar-se o que de forma inequívoca mereça o predicado de socialmente danoso (*sozialschädlich*). De outro modo, converter-se-ia o campo do direito penal numa arena de ideologias e projectos de poder conflitantes e o próprio direito penal se degradaria num instrumento nas mãos do grupo ou estrato social em cada momento dominante» ³⁰.

Seria obviamente irrealista acreditar que este princípio constitua só por si o abre-te-Césamo dos problemas da criminalização. Não se pode ignorar que a adesão generalizada que ele suscita está longe de obviar às múltiplas controvérsias que ericam de dificuldades as vias da sua concretização. E isto porque a sua projecção sobre a complexa realidade da vida e do direito está longe de resultar num extremado claro-escuro e de neutralizar todas as margens de liberdade e *hoc sensu* de discricionariedade do legislador ³¹. Mas não seria menos incorrecto subvalorizar a sua fecundidade como matriz de critérios de legitimação — pelo menos de *legitimação negativa* ³² e, por isso, de crítica e de descriminalização. Resumidamente, a ideia de danosidade social implica um princípio de imanência social, excluindo do horizonte do direito criminal «todas as finalidades penais socialmente transcendentas» (NEUMANN/SCHROT). E fala-se, nesta linha, de desmoralização, desdogmatização, desmetafísicação ou secularização do direito criminal, soando a axiomática a ideia da ilegitimidade de criminalização de qualquer conduta por razões exclusivamente moralistas. A longa e intensa controvérsia que a este propósito se agitou, protagonizada no século passado por S. MILL *versus* STEPHEN e já no nosso século por HART ou DWORKIN *versus* LORD DEVLIN, pouco mais terá hoje do que mero valor histórico ³³. Nem será difícil acompanhar HART quando afirma que a criminalização da imoralidade enquanto tal constitui um dos sintomas mais alarmantes do totalitarismo.

É em nome deste entendimento das coisas, claramente ancorado no direito constitucional ³⁴ que se advoga a descriminalização dos *crimes sem vítima* em geral e, em especial, das práticas sexuais que não colidam com a liberdade e a autenticidade de expressão sexual, isto é, as que ocorrem livremente, em privado, entre adultos. O mesmo vale para as condutas ou formas de vida que relevem de particulares concepções filosóficas, morais, estéticas ou subculturais e se traduzam em manifestações de evasão ou associalidade (vadiagem, prostituição, rufianaria) qualquer que seja a sua expressão quantitativa. Também aqui a intolerância, longe de ser compatível com o Estado-de-Direito, colocar-nos-ia bem perto da ameaça desse *Brave New World* de HUXLEY cujo Director sustenta que «não há crime mais odioso que a falta de ortodoxia na conduta.

O assassínio mata apenas o indivíduo. E que significa, afinal de contas, um indivíduo? — com um gesto largo designou as fileiras de microscópios, e tubos de ensaio, de incubadores. — Sabemos produzir um indivíduo novo com a maior facilidade, tantos quantos quisermos. A falta de ortodoxia ameaça coisas que ultrapassam a vida de um simples indivíduo: atinge a própria sociedade. Sim, a própria sociedade». Por maioria de razão deverá ainda esconjurar-se toda a tentativa de instrumentalização do direito criminal como meio para assegurar a prossecução de qualquer «finalidade colectiva transhistórica», também ela irreconciliável com uma sociedade aberta, como POPPER tem justamente posto em evidência³⁵.

Como expressamente refere o preâmbulo, «o Código assume-se deliberadamente como ordenamento jurídico-penal de uma sociedade aberta e de um Estado democraticamente legitimado. Optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que relevando de particulares mundividências morais e culturais não põem directamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais». Ora, ressaltando o caso específico do *aborto*, parece-nos que o legislador terá logrado levar à prática aquele intento. Significativa é, desde logo, a inovação dos Crimes Contra a Paz e a Humanidade (Título II da Parte Especial) que corresponde aliás a uma das reivindicações mais vincadas da criminologia crítica³⁶. Depois, a ausência de incriminação das manifestações de associalidade ou evasão — mendicidade, vadiagem, prostituição, etc. Igualmente significativo é o tratamento reservado aos *crimes sexuais* (Título III, Secção II).

A simples substituição da rubrica — de *crimes contra a honestidade* para *crimes sexuais*, à semelhança do que aconteceu na Alemanha com a substituição (pela 4. Lei de Reforma do Direito Penal de 23-11-1973) da velha expressão *crimes contra os bons costumes* pela nova designação *infracções contra a autodeterminação sexual* — indicia desde logo um programa³⁷, que acaba por se concretizar, já na não incriminação de certas condutas (v. g., homossexualismo entre adultos), já no novo recorte típico de certas infracções. Permitimo-nos, a propósito chamar a atenção para a descrição típica da *violação* (art. 201.^o): a eliminação da expressão *ilícita* para

caracterizar a cópula — ou de qualquer outra expressão sucedânea como *fora do casamento* — constitui uma inovação que terá porventura pouco alcance prático, mas vale seguramente como homenagem às reivindicações dos movimentos de mulheres e da criminologia crítica e às lições da vitimologia e revela uma acrescida sensibilização ao valor da autonomia da pessoa em matéria sexual³⁸. Mas foi, sobretudo, em matéria de *estupro* que as inovações atingiram maior profundidade e significado. Em termos tais que a nova incriminação do estupro (art. 204.^o) pouco mais, além do nome, terá de comum com o seu homónimo do Código anterior. Bastará recordar que deixaram de integrar a respectiva factualidade típica tanto a *virgindade* da vítima como o carácter necessariamente *feminino* da mesma³⁹.

8. Como já deixámos antecipado, também a criminologia da selecção, emprestando alguma transparência à *law in action* e confrontando o sistema penal com os seus limites reais, se tem revelado uma matriz de importantes sugestões político-criminais. Sugestões a que se deve, desde logo, a procura cada vez mais intensa de estratégias racionais susceptíveis de um controlo mais eficaz da cada vez mais exponencial massificação da criminalidade.

Cite-se, a título de exemplo, a *plea bargaining*, através da qual são solucionados entre 80 por cento a 95 por cento dos crimes oficialmente conhecidos na América. Assente na discricionariedade quase ilimitada do Ministério Público que vem invadindo progressivamente o domínio tradicional do juiz, o sistema da *plea bargaining*, representa, do ponto de vista da sociologia do direito, a resposta americana ao fenómeno da explosão da criminalidade. De modo substancialmente idêntico se passam as coisas na Holanda: também aqui o M. P., para além de detentor do monopólio absoluto da acusação, actua no quadro do mais amplo princípio de *oportunidade* e dispendo de um conjunto diversificado de alternativas, com destaque para o arquivamento contra injunções ou a *transacção*. Esta última significa a renúncia do M. P. à perseguição contra o pagamento, pelo arguido, de determinada soma pecuniária, a que podem crescer outras injunções⁴⁰. Resulta assim que só uma parcela muito reduzida da criminalidade total chega ao Tribunal e chega, por via de regra, em termos de instrução e prova tais que o juiz

se limita quase exclusivamente ao *sentencing*. Também na Alemanha Federal se assiste, embora nos limites da pequena criminalidade — que é de longe a de maior expressão estatística — ao esbatemento de fronteiras entre a competência do M. P. e do Tribunal e a uma relativa sub-rogação do primeiro no papel do segundo⁴¹. Para além de beneficiar de um limitado princípio de oportunidade, o M. P. alemão pode ordenar o chamado *Arquivamento contra injunções e regras de conduta* (§ 153 a) da StPO) que redundam, na prática, numa espécie de *diversão*. Ainda no âmbito da pequena criminalidade, o M. P. pode, antecipando ele próprio a punição (com multa), provocar a condenação pelo tribunal, poupando ao arguido o ritual e o estigma do julgamento (§ 407 sg., da StPO).

Em vez da via processual, têm outros ordenamentos recorrido directamente ao direito substantivo para alcançar este mesmo resultado de recuo do direito criminal nas áreas de menor dignidade penal. As alternativas são aqui fundamentalmente duas:⁴² a) uma de direito material *strito sensu* consagrando um *princípio de bagatelas* como redutor geral da ilicitude penal, solução que encontrou expressão paradigmática no § 42 do Código Penal Austríaco (*Mängelnde Strafwürdigkeit*); b) outra privilegiando o momento distinto da medida da pena e relevando dos seus próprios critérios. Foi esta última solução — a *dispensa de pena*, com expressão no Código Alemão, na hipótese específica do § 60 e de que o direito penal suíço conhece vários afloramentos avulsos — que mereceu a preferência do legislador português. Na verdade, para além de consagrada como regra geral no art. 75.º, a *dispensa de pena* conhece ainda alguns afloramentos na Parte Espacial, v. g., nos arts. 301.º, 2 (*Restituição*), 302.º, 1 (*Furto por necessidade e formigueiro*), 316.º, 2 (*Burla para obtenção de bebidas...*), 323.º (*Usura*) etc. O acerto desta inovação parece-nos irrecusável. Se alguma coisa se pode questionar é a sua suficiência para dar resposta às exigências político-criminais que a ditaram e se ela não deve ser complementada numa futura e reclamada revisão da lei processual, quebrando-se, por exemplo, a rigidez do *princípio da legalidade* e viabilizando-se soluções de *diversão* e de desjurisdicinalização.

9. Decididamente empenhado no ideal da ressocialização, importa ver em que medida as soluções adoptadas pelo Código re-

flectem e respondem à crise que a criminologia moderna levou ao campo da teoria e da praxis, da ressocialização. Este é, com efeito, um dos domínios mais parkinsonianos da criminologia e da política criminal das duas últimas décadas. Por ironia das coisas, os Estados Unidos e os Países Nórdicos, pioneiros das metas de tratamento e ressocialização, vieram a converter-se nos primeiros animadores do movimento de «*fuga ao tratamento*» a que hoje se assiste⁴³. De sorte que quando a segunda vaga de ordenamentos jurídico-penais (v. g., o alemão) aderiram aos valores da ressocialização, fizeram-no já num ambiente em que as críticas subiam de tom e se multiplicavam, minando os fundamentos éticos e espirituais do ideal de ressocialização. O que levou PETERS a questionar se o facto de a lei alemã de execução das penas se ter expressamente proposto promover a ressocialização do delincente não significa, afinal, «que se ganhou uma batalha mas se perdeu a guerra»⁴⁴.

A contestação do ideal de ressocialização é feita tanto em nome da inviabilidade prática⁴⁵, como e sobretudo da sua legitimidade política, filosófica e ética. No plano da legitimidade sobressaem, desde logo, os cultores da criminologia crítica, para os quais a ressocialização só terá sentido se referida à própria sociedade criminógena e não ao delincente. Quanto a este, pelo contrário, tudo haverá a ganhar com o reforço do seu sentimento de não pertença e de alienação, como meio de aumento da sua tensão revolucionária. «Falar da ressocialização do delincente só tem sentido — refere MUÑOZ CONDE — quando a sociedade em que vai integrar-se o delincente tem uma ordem social e jurídica que se considera correcta»⁴⁶.

Esta objecção é facilmente superável para quem, à semelhança de ROXIN, perspectiva a política de ressocialização como «imamente ao sistema» e, por isso, como um *posterius* em relação à definição da ordem jurídica⁴⁷. Só que não é apenas a criminologia radical, de *ethos* mais ou menos militante, que contesta o ideal de ressocialização. Para além das críticas de sinal oposto baseadas em concepções conservadoras, há que ter em conta as críticas feitas em nome das exigências do Estado de Direito e da denúncia dos perigos da *ideologia de tratamento*. Críticas que partem da evidência, explicitada, entre outros, por HAFFKE, de que a ressocialização implica sempre soluções de domínio à custa da *autonomia* do indi-

víduo⁴⁸. A elas se ficou a dever a profunda reelaboração doutrinária da ideia de ressocialização num esforço que, se não terá logrado uma fundamentação e construção positiva, terá ao menos permitido identificar com alguma segurança os seus limites dentro duma sociedade democrática.

A começar pelo limite decorrente da existência de áreas da criminalidade — *v. g.*, *white-collar crime*, *terrorismo*, ocasionalidade, etc. — em relação às quais não teria sentido falar de ressocialização, o que à partida imprime a este ideal um cunho de descontinuidade e selectividade⁴⁹. Igualmente adquirida parece ser a tese de que a ressocialização terá de fazer-se em relação à legalidade jurídico-penal e não em relação a qualquer moralidade ou modelos de respeitabilidade, perfeição ou felicidade mais ou menos dominantes. A ressocialização há-de fazer-se para obviar à prática de futuros crimes e não de condutas imorais ou associas. Isto não obstante ser historicamente verdade, como recorda STRATENWERTH que as primeiras e mais drásticas formas de reclusão «não se destinavam precisamente a criminosos mas a outros desviantes da sociedade, principalmente mendigos, vadios e prostitutas», tendo em vista a sua reeducação nos valores da moral e do trabalho honesto⁵⁰. Hoje, porém, à semelhança do que vimos acontecer em sede de criminalização, também a ressocialização terá de inscrever-se num horizonte de des-moralização. «O Estado secularizado do nosso tempo — escreve ainda STRATENWERTH — não pode ser legitimado a decidir qual o modo de vida mais apropriado para o indivíduo. Não pode decretar onde este deve procurar a sua felicidade. À comunidade apenas assiste o direito de exigir do indivíduo o respeito da lei»⁵¹. Mais delicado é o problema do grau de interiorização das normas e valores jurídico-penais a que a ressocialização pode e deve aspirar. Terá o Direito a legitimidade para promover a necessária metanoia do delinquente para assegurar a sua identificação interior com as normas jurídico-penais? E a não ser assim que consistência, eficácia e valor terá — como ESER se interroga — um conformismo exterior a que corresponde um vazio moral ou, mesmo, a interiorização de normas, cultura e moralidade conflitantes?⁵² Apesar de tudo, também aqui a resposta parece unívoca: deve recusar-se ao Estado a legitimidade de qualquer manipulação sobre a personalidade do delinquente

no sentido de a converter numa personalidade conforme ao direito. Neste sentido se pronunciou uma importante decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha Federal ao declarar inconstitucional as normas que previam o internamento compulsivo dos maiores de 18 anos que, por falta de estabilidade interior, não podiam levar uma vida ordenada em comunidade. Segundo o Tribunal tal internamento visava apenas promover o «*melhoramento*» do delinquente e não proteger a sociedade. Ora, refere a sentença, «O Estado não tem como missão *melhorar* os seus cidadãos e, por conseguinte, não está legitimado para os privar da sua liberdade com o único objectivo de melhorá-los, desde que, em liberdade, não ponham em perigo os outros ou a si próprios»⁵³. Também não parece que a saída deva encontrar-se no caminho sugerido por PETERS que advoga um *retour à la moralité*,⁵⁴ como forma capaz de emprestar alguma consistência à ressocialização. É que, como sublinha mais uma vez ESER, não sendo possível identificar uma moralidade comum numa sociedade plural, não será legítimo privilegiar qualquer moralidade particular para servir de suporte à ressocialização. Ao contrário do que porventura sucederá numa sociedade de monismo cultural e moral,⁵⁵ uma sociedade plural não poderá furtar-se ao preço dos riscos da impossibilidade de ressocializar sem o apoio duma moralidade.

Por último, a política de ressocialização deverá pautar-se sempre pelo respeito da dignidade humana. Não poderá ser coactivamente conseguida já que se ao Estado assiste o dever de propiciar e *oferecer* as condições de ressocialização — com razão fala ESER duma *pedagogia da autodeterminação* e HAFFKE numa *terapia social emancipadora* — não lhe assiste o direito de as impor. Excluídos ficam igualmente os meios que contendam com a integridade física ou moral do delinquente: tanto os meios que impliquem tratamento coactivo como os que se traduzem em lesões mais ou menos irreversíveis da sua integridade bio-psicológica⁵⁶.

É neste sentido e com estes limites, que a generalidade dos penalistas e criminólogos alemães — firmemente apegados ao ideal da ressocialização — procuram interpretar o respectivo Código Penal e a legislação complementar. Os autores alemães entendem, com efeito, que as já referidas profundas mudanças de *ethos* e sensibilidade não se baseiam em idênticas transformações a nível do conhe-

cimento, capazes de impor uma viragem de rumo com a amplitude do abandono puro e simples do ideal ressocializador⁵⁷. Crê-se, por outro lado, que a tão propalada falência deste ideal está, pelo menos na Alemanha, longe de se poder considerar consumada e comprovada⁵⁸. Para além disto, sustenta-se que a política de ressocialização vale para o Estado como uma obrigação decorrente da ideia de Estado de Direito Social,⁵⁹ tendo, por isso, uma verdadeira fundamentação constitucional.

10. Isto posto, convirá, numa maior aproximação do novo Código Penal, ensaiar responder a duas questões fundamentais: em primeiro lugar se, conhecido o seu empenho ressocializador, o Código soube manter-se nos limites de legitimidade acabados de elencar; em segundo lugar, se o sistema punitivo adoptado é, atentos os ensinamentos da criminologia moderna, adequado a levar à prática tão nobre ideal.

a) A resposta à primeira questão deverá, quanto a nós, ser, em geral, afirmativa. Para além de não ser fácil identificar qualquer solução de ressocialização para a moralidade ou normalidade e respeitabilidade, constata-se igualmente a preocupação de evitar, por princípio, as soluções de terapia coactiva. É o que um simples confronto entre algumas das soluções definitivamente consagradas e as soluções homólogas constantes de versões anteriores, *v. g.*, da Proposta de Lei n.º 117/1, de 1977, será suficiente para demonstrar. Assim, por exemplo, o art. 60.º (*Prestação de trabalho a favor da comunidade*) dispõe no n.º 4: «Esta sanção deve ser aplicada com a aceitação do réu considerado culpado». Inversamente, na Proposta de Lei de 1977 (art. 61.º, n.º 4) estabelecia-se: «Esta sanção deve sempre que possível ser aplicada com a aceitação do réu considerado culpado». A diferença é por de mais óbvia. Mais significativo ainda o facto de a versão definitiva ter deixado cair o Cap. II do Título V, *Delinquentes associiais* que dava corpo a um regime de punição e a um programa de ressocialização de discutível legitimidade à luz das considerações a seu tempo aduzidas. Aí se previa, *inter alia*, a punição com pena relativamente indeterminada dos condenados pelos crimes de vadiagem e mendicância «sempre que o crime resulte de uma *vida refractária ao trabalho, desordenada e instável*» (art. 87.º, n.º 1).

As dúvidas que poderiam suscitar-se em relação à *pena relativamente indeterminada*, não teriam, neste aspecto, fundamento. Contra ela não valem, desde logo, as críticas dirigidas à pena indeterminada sem mais. Depois, sobretudo porque o legislador rodeou o seu regime de cautelas tais que ele não oferece menos garantia do que as soluções homólogas, aventadas para fazer face ao mesmo problema no âmbito dum sistema geral de *dupla via*. Pelo contrário já se nos afiguram mais pertinentes as dúvidas eventualmente suscitadas por uma ou outra disposição do art. 54.º que versa sobre os *Elementos do regime de prova*, e que talvez possam fundadamente interpretar-se como relevando duma certa *ideologia de tratamento*. Temos sobretudo em vista o n.º 1 segundo o qual o *plano individual de readaptação social do delincente* deve (apenas) «sempre que possível» contar com a concordância do delincente.

b) O mais desprezioso exame do sistema punitivo será, por seu turno, suficiente para impor a impressão de que ele foi concebido para explorar todas as suas potencialidades de ressocialização. O Código toma à letra a lição da criminologia sobre o carácter criminógeno da experiência prisional, na linha de resto do pensamento de EDUARDO CORREIA que antecipara (*La Prison, les Mesures Non-Institutionnelles et le Project du Code Pénal Portugais*, 1966) uma interpretação coerente das teses centrais do *labeling*, então ainda em vias de fermentação e cristalização. Propôs-se, por isso, incrementar todo um programa destinado a fazer recuar a prisão até aos limites consentidos pela tutela de bens jurídicos. Como tópicos desta estratégia sobressaem: o abaixamento generalizado dos níveis das penas de prisão vigentes no direito anterior, conjugado com o alargamento do número de crimes puníveis exclusivamente, ou em alternativa, com multa; a negação de qualquer distinção qualitativa entre penas de prisão e de todo o efeito estigmatizante e automático; a procura sistemática de alternativas não detentivas para as penas curtas de prisão e a liberdade condicional.

1) O alcance do abaixamento geral dos limiares superior e inferior das penas de prisão é, dum ponto de vista criminológico moderno, óbvio. Ele pode, por um lado, obviar à incubação irreversível de tendências criminógenas (aprendizagem de técnicas,

interiorização de valores ou subculturas de apoio, adesão a novas lealdades...) e por outro lado, estreitar a distância social entre o ex-recluso e a sociedade respeitável com os seus ritmos acelerados de evolução, distância social que é justamente considerada como um dos factores mais decisivos da chamada delinquência *secundária* e das carreiras delinquentes. Enquanto isto, o art. 71.º consagra o princípio da subsidiariedade da prisão, querida como a *ultima ratio* nos casos em que o legislador oferece ao julgador alternativas de reacção criminal.

II) Do mesmo modo, deve interpretar-se a eliminação da distinção qualitativa entre as formas de prisão como mais uma tentativa de neutralizar os perigos de estigma. Também a proibição da atribuição às penas de efeitos civis, políticos ou profissionais automáticos poderá contribuir para romper o vínculo que, nos estereótipos colectivos, vem associando a pena com o estigma e a distância social.

III) Por outro lado, ao admitir, apenas a título excepcional, a aplicação efectiva de penas de prisão com duração inferior a seis meses, o Código adere abertamente ao movimento da luta contra as penas curtas de prisão, uma das pretensões mais generalizadas e consistentes numa política criminal de intenção ressocializadora. Isto por se ter quase unanimemente reconhecido que a eficácia preventiva das penas curtas de prisão é muito aleatória, enquanto os seus efeitos criminógenos são normalmente inevitáveis. Não se ignora que também aqui as coisas são hoje menos claras. Não escasseiam mesmo as vozes dos que, em nome das exigências de prevenção geral vêm advogando a conveniência deste recurso de *short sharp shock* em geral, ou pelo menos, como meio privilegiado de fazer face a certas manifestações da criminalidade, *v. g.*, *white-collar crime*, infracções no domínio do tráfego rodoviário, etc. «A pena curta privativa de liberdade pode — segundo JESCHECK — para os delinquentes do tráfego rodoviário e para os de carácter económico, ter uma eficácia curativa, dado o seu cariz intimidatório sobre pessoas socialmente estabelecidas»⁶⁰. Apesar de tudo — e sem ir tão longe quanto o preconizava o *Projecto Alternativo* alemão e como parece encaminhar-se o Anteprojecto espanhol,

ambos propondo a eliminação sistemática da prisão inferior a seis meses — o legislador consagrou (art. 43.º) um amplo princípio de *substituição por multa* das penas de prisão não superiores a seis meses, apenas condicionando a concessão deste benefício a razões de prevenção especial. Trata-se, assim, duma solução *hoc sensu* mais progressiva do que a preconizada na Proposta de Lei 117/1 ou do que a adoptada pela legislação alemã. A primeira (art. 44.º) fazia intervir também o critério da *gravidade de culpa*; a segunda porque apela cumulativamente para a chamada «defesa da ordem jurídica» (§ 47 do StGB)⁶¹.

IV) A pressão do tempo não permite uma referência explícita a institutos como a *Prisão por dias livres* (art. 44.º), o *Regime de prova* (art.º 53.º ss), a *Admoestação* (art. 59.º), a *Prestação de trabalho a favor da comunidade* (art. 60.º), a *Liberdade condicional* (art. 61.º ss), alguns deles importantes inovações do sistema punitivo, e que serão noutras sessões destas Jornadas objecto de tratamento privilegiado. Não será, porém, difícil identificar em todos eles o domínio da vertente ressocializadora mesmo quando se procuraram formas de equilíbrio com as exigências da prevenção geral e da retribuição em nome das quais se vem advogando um mais estrito *flat sentencing*. Como não será difícil concluir que, na disciplina destas figuras, o Código português não ficará a perder no cotejo com as últimas realizações no plano do direito comparado⁶².

Uma palavra apenas para sublinhar o relevo que o Código atribui à *pena de multa*, a mais importante alternativa à clássica pena de prisão. Isto na linha das sugestões da criminologia e da lição do direito comparado, com destaque mais uma vez para a experiência germânica. As cifras são particularmente expressivas do êxito da sanção patrimonial neste país, êxito cujo alcance TIEDEMANN compara ao da substituição dos castigos corporais pela pena de prisão alguns séculos atrás: actualmente, a percentagem das penas de multa ascende a 83. por cento de todas as condenações, sendo outrossim sabido que só em 3 por cento dos casos se torna necessário recorrer à prisão substitutiva. E isto sem se verificar qualquer quebra sensível na eficácia preventiva da lei penal alemã. Não se ignora, naturalmente, que este êxito se prende com factores

específicos da situação socio-económica alemã (JESCHECK), com que não é realista contar em Portugal. Para além disso, reconhece-se em tese geral, que, para se tornar eficaz, a pena de multa deve, simultaneamente, apresentar-se como *sensível, adequada* à situação patrimonial do delinquente e *susceptível de cobrança compulsiva*⁶³. É este tríplice objectivo que fundamentalmente se procura alcançar com o sistema do *dia-multa* correntemente apodado de escandinavo mas com antecedentes na legislação brasileira e portuguesa do século passado⁶⁴. Este foi também o sistema acertadamente escolhido pelo legislador português. Resta aguardar a lição da experiência para indagar em que medida os condicionalismos socio-económicos do nosso país e o próprio envolvimento jurídico-constitucional não irão, apesar de tudo, comprometer as expectativas que fundadamente se depositam nesta sanção e na evolução que ela simboliza.

11. Para terminar, e para refazer o caminho seguido na enunciação das principais correntes do que chamámos criminologia moderna, tentaremos ilustrar a projecção que sobre o Código Penal tiveram tanto a vitimologia como a criminologia do *white-collar crime*.

a) Uma das características do sistema penal português, e que, sobretudo no plano processual, o singulariza a nível comparístico, é o papel que apesar de tudo sempre concedeu à vítima. A nossa figura do *assistente* é, tanto do ponto de vista conceitual como teleológico, algo de diferente e de mais que a chamada *parte civil* do direito comparado. Resumidamente, a transpersonalização dos interesses ou valores jurídico-penais a que, depois da afirmação do Estado moderno, se assistiu um pouco por toda a parte, nunca atingiu no sistema penal português aquele grau de hipostasiação que o levasse a perder de vista que a criminalidade releva sempre duma conflitualidade real, normalmente protagonizada pelo delinquente e pela vítima. Havia, assim, uma certa predisposição favorável à vitimologia que, ao descobrir a vítima, vinha propor uma leitura triádica do drama criminal (Estado-Delinquente-Vítima) em vez do modelo diádico tradicional (Estado-Delinquente). Nestes termos, o Código, que logo no preâmbulo se dá expressamente conta disto, abunda em soluções de pendor vitimológico.

I) A começar pelo art. 129.º que estabelece um princípio de regime de indemnização estadual das vítimas nos casos em que não seja possível efectivar a responsabilidade do delinquente, avançando desde já com a afectação privilegiada a favor das vítimas dos objectos do crime, das vantagens dele derivadas ou, até, da importância das próprias multas. O Código propõe-se, assim, encurtar as distâncias que nos separam das ordens jurídicas da generalidade dos Estados europeus — pense-se, por exemplo, na França, Grã-Bretanha, Holanda, Alemanha Federal — que já puseram em vigor sistemas de reparação estadual. O próprio Conselho da Europa prepara uma convenção⁶⁵ destinada a obrigar todos os Estados membros a adoptar sistemas semelhantes, para, na medida do possível, se dar satisfação às exigências do princípio da reciprocidade. E isto, naturalmente, sem curar aqui de esclarecer — e muito menos de sobre ela tomar posição — a controvérsia sobre a sua matriz doutrinal: se a reparação estadual deve, na senda de FERRI e WOLFGANG ou, numa perspectiva crítica, de LACASSAGNE, fazer-se decorrer da responsabilidade do Estado que não previne o crime e duma sociedade intrinsecamente criminógena; ou se, pelo contrário, ela deve ancorar-se numa ideia de solidariedade social e socialização do risco.

II) O Código dá também guarida ao movimento que, retomando uma ideia que foi cara a MORUS, BENTHAM, SPENCER, FERRI, GAROFALO, etc., vem advogando a recuperação *penal* da ideia de reparação. Tanto em nome das exigências de *humanização* da justiça como do ideário da *ressocialização* do delinquente. Pois, se se reconhece que a humanização da justiça «será sempre inacabada enquanto se abandonar a vítima ao seu destino»⁶⁶, reconhece-se igualmente que a reparação do mal causado pode levar o delinquente a aceitar a pena e conseqüentemente a assumir e a transmitir de si próprio uma imagem de responsabilidade, decisiva para a evicção duma carreira delinvente. Não tendo embora ido tão longe quanto, por exemplo, se foi nos Estados Unidos — onde a reparação *penal* levou à institucionalização de programas de diversão pré-jurisdiccional — a verdade é que o Código a faz intervir como pressuposto ou condicionante da concessão de benefícios como a *Suspensão da execução da pena* (art. 49.º, 1), a *Admoestação* (art. 59.º, 2),

ou a *Atenuação especial da pena* (art. 73.º, 2.º c). Ao mesmo princípio obedecem também algumas soluções da Parte Especial como, v. g., a que consta do art. 301.º (*Restituição* — em caso de crime de furto).

III) A redescoberta da vítima fez-se também, já o vimos, pela revelação do seu papel na génese do crime. Um dos conceitos teóricos mais importantes neste plano é o de *victim-precipitated crime*, cunhado por WOLFGANG para o domínio específico do homicídio, mas logo estendido por AMIR à *violação (victim-precipitated forcible rape)*⁶⁷ e cuja fecundidade explicativa vem sendo ensaiada noutras áreas da criminalidade, sobretudo naquelas que implicam uma interacção directa e particularmente intensa entre o autor e a vítima. Não faltam no Código soluções que são outros tantos assomos da atenção do legislador a estes contributos da investigação vitimológica. Paradigmático, a nosso ver, o n.º 3 do art. 201.º (*Violação*) segundo o qual «se a vítima através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada». Igual inspiração vitimológica deveria atribuir-se ao que se propunha num n.º 2 do art. 204.º (*Estupro*) mas que não obteve consagração legal definitiva: «2. quando o agente tiver menos de 17 anos o juiz poderá isentá-lo de pena». Com este preceito temperar-se-iam de certa maneira os inconvenientes político-criminais resultantes da consagração (n.º 1) do princípio da criminalização generalizada das práticas sexuais com menores de uma certa idade, naturalmente superior à que delimita a violação. Como já noutra sede escrevemos, «ao sublinhar que muitas destas condutas podem configurar também *crimes sem vítima*, ou pelo menos autênticos casos de *victim-precipitation*, a vitimologia veio pôr em crise o estereótipo tradicional que poderia servir de suporte àquele princípio»⁶⁸, pondo a descoberto a irreduzível heterogeneidade a que obedecem as relações entre o delincente e a vítima no domínio dos crimes sexuais, mesmo com (ou entre) menores. Para além destes afloramentos concretos, o Código elevou a ideia de *victim-precipitation* à categoria de critério geral de atenuação especial da pena (art. 73.º, 2.º, al. b).

IV) Uma referência ainda ao número significativo de crimes cujo procedimento é feito depender de *queixa*. Tal expediente revela, para além dum louvável sentido pragmático, uma determinação de humanização da justiça e do direito pela via do sancionamento e reconhecimento formal dos interesses reais da vítima. Noutros termos, o legislador quis furtar-se ao risco de, a pretexto da tutela abstracta dos valores fundamentais da colectividade, desencadear agravos indesejáveis nos seus portadores concretos, os únicos vivos, afinal. E que podem legitimamente aspirar ser poupados à devassa — e à agressão — de um processamento formal. Em conformidade, e para além de soluções de descriminalização que são autênticas soluções de des-vitimização, o legislador fez depender de queixa o procedimento da generalidade dos crimes contra a honra, a *privacy* e os crimes sexuais. Como o fez nos casos em que as particulares relações de comunidade entre o delincente e a vítima fazem fundamentalmente supor uma proximidade existencial e uma solidariedade que não será legítimo, sem mais, violentar. Assim, por exemplo, no art. 303.º (*Furto familiar*).

b) À semelhança do que acontece na generalidade dos países ocidentais⁶⁹, o Código remeteu para legislação avulsa o tratamento sistemático dos crimes contra a economia bem como da generalidade das infracções pertencentes ao chamado *direito penal secundário*, infracções que se multiplicam ao ritmo da expansão do intervencionismo do Estado e da intensificação da sua coloração ética. Não deverá, por isso, esperar encontrar-se no Código um acolhimento profuso das sugestões político-criminais específicas da criminologia do *white-collar crime*. Sugestões que, como a doutrina tem demonstrado, contendem tanto com a construção dogmática da infracção e respectiva penologia como com o processo criminal, ditando todo um conjunto de especialidades jurídico-criminais. Especialidades a nível do princípio da legalidade e do problema conexo de sucessão das leis no tempo⁷⁰; da tipicidade, com a problemática das leis penais em branco; da culpa, com a punibilidade das pessoas colectivas e a problemática do erro; da pena, com o eventual privilégio concedido às penas curtas de prisão; do processo, tanto no plano da tramitação como no que concerne aos aspectos organizacionais, etc.

Tais sugestões não estão, apesar de tudo, inteiramente ausentes do Código. Permitimo-nos focar dois aspectos:

I) Em primeiro lugar, a inovação constante do art. 11.º que expressamente ressalva a possibilidade de punição das pessoas colectivas, quebrando a rigidez do princípio *societas delinquere non potest*. O que ficou a dever-se, em primeira linha, à pressão resultante da criminologia do *white-collar crime* que cedo se deu conta da ineficácia de qualquer política de repressão ou prevenção criminal que não atinja directamente as organizações burocráticas e impessoais que entretanto se converteram nos principais operadores no mundo dos negócios. Não se estranhará, por isso, se a criminalidade económica (ou análoga v. g., criminalidade ecológica) aparecer como o campo privilegiado da punição das pessoas colectivas. É o que a experiência confirma: quer a experiência dos países capitalistas quer a de países socialistas como a Jugoslávia⁷¹.

II) Iguamente significativo, em segundo lugar, é o regime previsto no n.º 2 do art. 333.º (*Administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo*), segundo o qual, «A punição não terá lugar se o dano se verificar contra o que o agente esperava». É um preceito claramente inspirado pelo § 169.º do Código Penal da República Democrática Alemã (*Wirtschafts- und Entwicklungsrisiko*)⁷² que introduz uma causa de justificação própria dos crimes contra a economia nacional e a propriedade socialista, com a finalidade de estimular a assunção razoável de riscos no plano económico e tecnológico sem o perigo de «ter permanentemente um pé na prisão».

12. É tempo de terminar. Fazemo-lo atentos ao aviso de MAX WEBER ao afirmar que «a ciência está encadeada no decurso do progresso; só as obras de arte, se são realizações genuínas, nunca podem ser ultrapassadas». Apesar de atentos a esta lição de relativismo, e após uma leitura que nem por ser descontínua deixou de afrontar problemas onde as coisas fazem crise, ousamos concluir que o Código Penal Português está, em geral, em sintonia

e simpatia com o ritmo das marés que, por detrás do ritmo das ondas, dá sentido à criminologia e política criminal na actualidade. Oxalá possamos todos viabilizar as sementes de futuro que nele se contêm.

* Reprodução sem alterações do texto da conferência proferida pelo A. em Coimbra (14-11-82) e Lisboa (19-11-82) integrada nas *Jornadas de Direito Criminal «O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar»*. Aditaram-se, em nota, algumas referências bibliográficas seleccionadas com vista a alargar a informação e facilitar o confronto de pontos de vista.

¹ Sobre a função crítica da Criminologia, J. PINATEL, «Le Rôle de la Criminologie dans les Démocraties Modernes», in *Actas del XXIX Curso Internacional de Criminología*, Pamplona: Fundación Bartolomé de Carranza, 1981, p. 39 e sg.

² Desenvolvidamente, sobre o significado e importância do problema do objecto da criminologia e algumas das mais relevantes respostas, cf. F. DIAS/C. ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra 1979, p. 97 e sg.; J. KÜRZINGER, «Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen», *ZStW* 1974, p. 216 e sg. Uma certa antecipação da problemática e a procura de um conceito crítico de crime pode já encontrar-se em AFONSO COSTA, *Comentário ao Código Penal Português I (Escolas e Princípios de Criminologia Moderna)*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895, p. 233 e sg.

³ Retomando a tese de MAX WEBER, da «absoluta heterogeneidade entre o problema científico e o problema político», escreve TH. SELLIN, um dos criminólogos mais empenhados na demonstração da autonomia «científica» da criminologia: «O termo criminologia deve ser apenas utilizado para designar o corpo de conhecimento científico e a deliberada prossecução de tal conhecimento». TH. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, Nova Iorque: Social Sciences Research Council, 1938, p. 3. No mesmo sentido, H. MANNHEIM, *Comparative Criminology*, I vol., Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965, p. 12 e sg.; H. LEFERENZ, «Kriminologie und Kriminalpolitik» in *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Heft 8 p. 14 e sg.; R. LANGE, *Das Rätsel Kriminalität*, Frankfurt: Alfred Metzner, 1970, p. 21 e sg.; H. J. SCHNEIDER, «Die gegenwärtige Lage der deutschsprachigen Kriminologie», *JZ* 1973, p. 569 e sg.; H. KAUFMANN, «Kriminologie zum Zwecke der Gesellschaftskritik?», *JZ* 1972, p. 78 e sg.

⁴ Sobre a sociologia do conhecimento em geral, P. BERGER/TH. LUCKMANN, *La Construcción Social de la Realidad*, Buenos Aires: Amorrortu, 1976, p. 15 e sg.; K. MANNHEIM/R. MERTON/C. WRIGHT MILLS, *Sociologia do Conhecimento*, Rio de Janeiro: Zahar, 1967. Para uma crítica da neutralidade da sociologia e das ciências sociais em geral, A. GOULDNER, *La Crisis de la Sociologia Occidental*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p. 31 e sg.; do mesmo autor «*Antiminotaur: The Myth of a Value-free Sociology*» e «*The Sociologist as a Partisan: Sociology and the Welfare State*», in *For Sociology: Reviewal and Critique in Sociology Today*, London: Penguin, 1973. Sobre a unidade entre a teoria e a praxis e o carácter «normativo»

do saber, J. HABERMAS, *Theorie et Pratique*, Paris: Payot, 1975 I vol.; U. BECK, *Objektivität und Normativität. Die Theorie-Praxis — Debate in der modernen deutschen und amerikanischen Soziologie*. Sobre a «normatividade» da criminologia, F. DIAS/C. ANDRADE, (n.º 2), p. 151 e sg.

⁵ Sobre a contraposição modelos de consenso *versus* modelos de conflito, tanto na sociologia como na criminologia, F. DIAS/C. ANDRADE (n. 2), p. 361 e sg. De recordar apenas que se trata de uma antinomia recorrente na história do pensamento. DAHRENDORF, por exemplo, crê poder identificá-la, já plenamente amadurecida, nas posições antagónicas de Sócrates e Trásmaco segundo *A República* de PLATÃO. Já mais próximo de nós ela voltou a ser assumida por MARX e DURKHEIM. Actualmente é sobretudo aos nomes de PARSONS e MERTON que de forma mais explícita se associa a ideia de consenso enquanto as teses do conflito são sustentadas, a par dos autores marxistas, por sociólogos como L. COSER ou R. DAHRENDORF. Este último afasta-se das teses do marxismo por, *inter alia*, acreditar na universalidade e essencialidade do conflito, encarado pelo marxismo como uma manifestação contingente da transitória sociedade capitalista, organizada sobre a apropriação privada dos meios de produção. Na criminologia, a ideia de conflito, já presente na obra de SUTHERLAND, viria a conhecer a primeira formulação sistemática na *Theoretical Criminology* de G. VOLD (1958) sendo posteriormente desenvolvida por autores como A. TURK (*Criminality and Legal Order*, 1968), J. LOFLAND (*Deviance and Identity*, 1969), CHAMBLISS, QUINNEY e, dum modo geral, todos os adeptos da criminologia radical ou crítica. Para uma ideia mais aproximada da problemática da sociologia do conflito, cf., dentre a extensa bibliografia, L. COSER, *Nuevos Aportes a la Teoría del Conflicto*, Buenos Aires: Amorrortu, 1970; R. DAHRENDORF, *Sociedad y Libertad*, Madrid: Tecnos, 1971; *Id.*, *Las Clases Sociales y su Conflicto en la Sociedad Industrial*, Madrid: Ediciones Rialp, 1974; *Id.*, *Ensaio de Teoria da Sociedade*, Rio de Janeiro: Zahar, 1974; H. J. KRYSMANSKY, *Soziologie des Konflikts*, Hamburgo: Reinbeck, 1977; D. BERRY, *Ideias Centrais em Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 140 e sg.; N. STRASSER, *A Estructura Normativa da Sociologia*, Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 167 e sg. Para a criminologia do conflito, cf., entre outros, A. BARATTA, «Conflitto Sociale e Criminalità. Per la Critica della Teoria del Conflicto in Criminologia», *La Questione Criminale* 1977, p. 1 e sg.; W. CHAMBLISS/M. MANKOFF (edit.), *Whose Law, What Order? A Conflict Approach in Criminology*, N. Iorque: John Wiley & Sons, 1976; S. DENISOFF/CH. McCAGHY, (edit.), *Deviance, Conflict and Criminology*, Chicago: Rand McNally & Company, 1973; F. STALLBERG/R. STALLBERG, «Kriminalisierung und Konflikt. Zur Analyse ihres Zusammenhangs» *MKrim* 1977, p. 16 e sg.; D. SZABO, *Criminologie et Politique Criminelle*, Paris: J. Vrin, 1978, p. 41 e sg.

⁶ Desenvolvidamente, A. SCHUTZ, *El Problema de la Realidad Social*, Buenos Aires: Amorrortu, 1974, p. 197 e sg.; P. BERGER, «The Problem of Multiple Realities: Alfred Schutz and Robert Musil», in TH. LUCKMANN (edit.), *Phenomenology and Sociology*: Penguin, 1978, p. 352 e sg.

⁷ Cf. KÜRZINGER, (n.º 2), p. 223 e sg. Deste novo entendimento globalizante da criminologia se dão conta os mais recentes manuais. SYKES, por exemplo, define a criminologia como o «estudo das origens sociais da lei criminal, da administração

da justiça penal, das causas do comportamento delincente, da prevenção e controlo do crime, incluindo a reabilitação individual e a transformação do ambiente social». G. SYKES, *Criminology*, Nova Iorque: Harcourt B. Jovanovich, 1978, p. 1. No mesmo sentido já antes SUTHERLAND definira a Criminologia como o estudo científico da infracção enquanto fenómeno social: «o seu campo engloba os processos de elaboração das leis, da infracção às leis e das reacções provocadas pela infracção às leis». E. SUTHERLAND/D. CRESSEY, *Principes de Criminologie*, Paris: Cujas, 1966, p. 11.

⁸ Sobre o conteúdo e alcance específicos deste conceito de *Strafbedürftigkeit*, cf. entre outros, W. SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege» in K. BETTHERMANN/H. NIPPERDY/U. SCHEUNER (Herausg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1959, Band 3, Teilband 2, p. 925; A. HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Neuwied: Luchterhand, 1963, p. 27 e sg.; H. U. GALLWAS, «Strafnormen als Grundrechtsproblem», *MDR* 1969, p. 894 e sg.; MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1973, p. 32 e sg.; *Id.*, «Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgesetze», in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1977, p. 108 e sg.; R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessung — und Strafaufhebungsgründe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 242 e sg.; H. OTTO, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?», *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Munique: C. H. Beck, 1978, p. 53 e sg.; H. L. GÜNTHER, «Die Genese eines Straftatbestandes», *JUS* 1978, p. 8 e sg.; C. ANDRADE, «Contributo para o Conceito de Contrarordenção. A Experiência Alemã», *RDE* 1980/81, p. 110 e sg. A sua autonomização face ao conceito de *Strafwürdigkeit* (dignidade penal) de referência preferencialmente axiológica, justifica-se pelo seu sentido predominantemente pragmático. Nesta medida, a *Strafbedürftigkeit* deve considerar-se excluída sempre que a intervenção do direito penal se mostre desnecessária ou ineficaz. Sobre o relevo da *eficácia*, cf. ainda C. ROXIN, «Sentido y Limites de la Pena Estatal», in C. ROXIN, *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid: Reus, 1976, p. 21 e sg.; *Id.*, «Franz von Liszt y la Concepción Politicocriminal del Proyecto Alternativo», *Ibidem*, p. 44. Para exprimir a mesma distinção HASSEMER contrapõe a um princípio de «tutela de bens jurídicos» (*Rechtsgüterschutz*) um princípio de «técnica de tutela» (*Schutztechnik*). Cf. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, p. 149 e sg.

⁹ W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburgo: Reinbeck, 1974, p. 68 e sg. e 155 e sg. Para uma ideia mais aproximada do novo entendimento das relações entre a criminologia e a doutrina jurídico-penal, TH. WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1970, p. 37 e sg.; H. MÜLLER-DIETZ (Herausg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin: Carl Heymanns, 1971, p. 105 e sg.; PRIESTER, «La 'Nuova Criminologia' e la Política Criminale in Germania Occidentale», *La Questione Criminale* 1975, p. 356 e sg.; A. BARATTA, «Criminologia e Dogmatica Penale. Passato e Futuro del Modello Integrato di Scienza Penalistica», *Ibid*, 1979, p. 155 e sg.; D. KRAUSS, «Kriminologie und Strafrecht», in D. GRIMM (Herausg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Munique: Beck, 1976, p. 233 e sg.; G. SCHEWE, «Strafrecht und Kriminologie», *Ibidem*, p. 267 e sg.; R. BARBERO, «Derecho Penal y Política Criminale»,

Doctrina Penal 1981, p. 479 e sg.; S. MIR PUIG, «Dogmática Creadora y Política Criminal», *RyntDP* 1978, p. 215 e sg.; F. DIAS/C. ANDRADE, (n. 2), p. 142 e sg. Parece, assim, definitivamente superado o período em que alguns autores, denunciando o «medo» da dogmática penal ante a «ameaça» da criminologia, se interrogavam sobre o que ficaria de pé do direito penal. Com o que se reeditava a perplexidade já expressa no princípio do século (1907) por K. BIRKMEYER ao escrever o seu *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*. Cf., por exemplo, E. BRAUNECK «Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?» *MKrim* 1963, p. 193 e sg.; H. KAUFMANN, «Qué deja en pie la Criminología del Derecho Penal?» *ADPCP* 1963, p. 263 e sg.

¹⁰ Cf., sobretudo C. ROXIN, (n. 8, «Franz von Liszt...»); e *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1972.

¹¹ C. ROXIN; (n. 10), p. 77.

¹² Desenvolvidamente, E. SCHUR, *Radical Non-Intervention. Rethinking The Delinquency Problem*, Nova Jersey: Englewood Cliffs 1973, p. 18 e sg. Dando à expressão «criminologia moderna» um sentido idêntico ao sustentado no texto, KÜRZINGER, (n. 2), p. 219 e sg.; K. SESSAR, «Moderne Tendenzen in der deutschen Kriminologie», *ÖJZ* 1975, p. 59 e sg.

¹³ D. MATZA, *Delinquency and Drift*, Londres: John Wiley & Sons, 1964, p. 17 e sg.

¹⁴ H. BECKER, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Nova Iorque: The Free Press, 1963, p. 9.

¹⁵ Nem está, aliás, demonstrado que tal seja socialmente desejável. Não faltam, pelo contrário, autores — v. g., LaFAVE, MERTON, SESSAR, POPITZ, etc. — a sustentar que o total *enforcement*, isto é, a aplicação sem lacunas da lei criminal, comprometeria insanavelmente a vida em sociedade. Haverá, assim, um «grau funcionalmente ótimo de visibilidade da conduta desviante», acima do qual a vida seria intolerável. «A total visibilidade da conduta — refere MERTON — e a execução irrestrita da letra da lei e dos costumes, converteria a sociedade numa selva». POPITZ, por seu turno, acredita que «uma sociedade que estivesse em condições de descobrir e sancionar toda a *deviance* destruiria simultaneamente o valor das suas normas (...). A função protectora da norma só actua eficazmente se circunscrita a uma reduzida expressão quantitativa». Desenvolvidamente, W. LaFAVE, *Arrest. The Decision to Take a Suspect into Custody*, Americ. Bar Found., 1974, p. 72 e sg.; R. MERTON, *Sociologia. Teoria e Estrutura*, S. Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 424 e sg.; H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968; K. LÜDERSEN, *Strafrecht und Dunkelziffer*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1972. MERTON e POPITZ recordam, neste contexto, as sugestivas formulações contidas no ensaio *On Being Found Out* («Se todos fossem descobertos») escrito pelo romancista inglês do século XIX, WILLIAM MAKEPEACE THACKERY. Nele pode, com efeito, ler-se: «Imaginaí que todas as pessoas que procedem mal eram descobertas e punidas de acordo com o seu erro. Imaginaí todos os rapazes das escolas serem chicoteados e, a seguir, os professores e o director(...). Imaginaí o comandante militar ser amarrado depois de ele ter dirigido o castigo de toda a tropa (...). Suponhamos que, mal acabado o padre de confessar os seus pecados, amarramos o bispo e lhe aplicamos umas dúzias de vergastadas! (...) A carnificina é demasiado

horrível. A mão cai impotente ante a quantidade de paus de marmeleiro que é preciso cortar e brandir. Como estou satisfeito por nem todos nós sermos descobertos». Cit. apud R. MERTON, *ob. cit.* p. 434.

¹⁶ Sobre as implicações político-criminais das *cifras negras*, H. SCHULTZ, «Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer», *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 239 e sg.; H. ZIPF, *Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg: Universit. Verlag, 1975, p. 9 e sg. Sobre o perigo dum retorno à vindicta privada, à margem das instâncias formais de controlo, G. KAISER, «Role and Reactions of the Victim and the Policy of Diversion in Criminal Justice Administration», in *Criminology Between the Rule of Law and the Outlaws*, Vol. in Hon. of W. Nagel, Deventer, 1976, p. 159 e sg. Trata-se, aliás, de um perigo cuja seriedade entre nós, alguns eventos recentes particularmente violentos se têm encarregado de revelar. Cf. C. ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 228.

¹⁷ E. GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p. 26. Para maior desenvolvimento, cf. ainda MUÑOZ CONDE, «La Resocialización del Delincuente. Analysis y Critica de un Mito», *Doctrina Penal* 1979, p. 625 e sg.; A. BARATTA, «Strafvollzugssystem und soziale Marginalisierung. Zur Ideologiekritik des Behandlungsstrafrechts», in *Kultur. Kriminalität. Strafrecht. Fest. für Thomas Würtenberger*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1977, p. 372 e sg. GOFFMAN define a *instituição total* como um «lugar de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos, isolados da sociedade por um período considerável de tempo, vivem em comum uma rotina diária, administrada formalmente». A par da proibição da interacção com o exterior, as instituições totais caracterizam-se pela manipulação burocrática das necessidades dos internados e consequentemente da sua identidade. *Ob. cit.*, p. 18 e sg. Para uma análise dos principais conceitos deste modelo de inspiração interaccionista — v. g., *interpretação retrospectiva, estigma, distância social, cerimónias degradantes, outros significantes, imagem real e imagem virtual, profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre, carreira delinquente*, etc. — cf. FIGUEIREDO DIAS/C. ANDRADE (n. 2), p. 502 e sg.; E. SCHUR, *Labeling Deviant Behavior. It's Sociological Implications*, N. Iorque: Harper & Row, 1971, p. 27 e sg.; H. GARFINKEL, «Conditions of Successful Degradation Ceremonies», *AJS* 1956, p. 420 e sg.; E. GOFFMAN, *Estigma. Notas sobre a Manipulação da Identidade Degradada*, Rio de Janeiro: Zahar, 1975; E. LEMERT, *Human Deviance. Social Problems and Social Control*, Nova Jersey: Prentice-Hall, 1972; FIGUEIREDO DIAS, «A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente», in *Estudos Hom. ao Prof. Teixeira Ribeiro*, III, Coimbra, 1981.

¹⁸ TH. SCHEFF, *El Rol del Enfermo Mental*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p. 33. Sobre a abordagem interaccionista — ou as perspectivas convergentes da etnometodologia e da psiquiatria existencial — da doença mental, cf. ainda, TH. SCHEFF, «The Labelling Theory of Mental Illness», *ASR* 1974, p. 444 e sg.; E. SCHUR (n. 17), p. 128 e sg.; R. LAING, *The Divided Self*, Middlesex: Penguin, 1976; A. BLUM, «The Sociology of Mental Illness», in J. DOUGLAS (edit.), *Deviance and Respectability. The Social Construction of Moral Meanings*, N. Iorque: Basic Books, p. 31 e sg. Para a crítica da *ideologia de tratamento* e do *Estado tera-*

pêutico, cf., sobretudo, TH. SZASZ, *Fabriquer la Folie*, Paris: Payot, 1979; N. KITTRIE, *The Right to Be Different. Deviance and Enforced Therapy*, Middlesex: Penguin, 1971.

¹⁹ Cit. apud R. BAYER, «Crime, Punishment and the Decline of Liberal Optimism», *Crime and Delinquency* 1981, p. 181 e sg., onde podem colher-se desenvolvidas referências às mudanças de horizonte político e científico referidas no texto.

²⁰ Desenvolvidamente, H.-H. JESCHECK, «La Crisis de la Política Criminal», *Doctrina Penal* 1980, p. 45 e sg.; E. DOLCINI, «La «Rieducazione del Condannato» tra Mito e Realtà», *Riv. Ital. di Dir. e Proc. Pen.* 1979, p. 469 e sg.

²¹ O medo do crime é um dos aspectos mais decisivamente condicionantes da vida nas sociedades modernas, reconhecidamente anômicas e desintegradas. Pode este medo ser em boa medida infundado — artificialmente amplificado por factores epidemiológicos e irracionais ou por meios de comunicação ao serviço de políticos ou de operadores económicos dum indústria e dum «mercado do medo» — a verdade é que ele não deixa de ser real nas suas indesejáveis consequências. Desenvolvidamente, C. ANDRADE (n. 16), p. 210 e sg.; G. ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen: Mohr, 1976; F. DIAS/C. ANDRADE, «Democracia y Criminologia: La Experiencia Portuguesa», in *Actas...* (n. 1), p. 170 e sg. Sobre a exploração política do medo do crime, que assumiria foros de paradigma nos E. U. em 1964 durante a campanha do candidato republicano Goldwater, J. FINCKENAUER, «Crime as a National Political Issue. From Law and Order to Domestic Tranquility», *Crime and Delinquency* 1978, p. 13 e sg.; sobre a sua exploração económica, W. HOFFMAN-RIEM, «Übergang der Polizeigewalt auf Privat? Überlegungen zur Entwicklung gewerblicher Sicherheitskräfte», *ZRP* 1977, p. 277 e sg.

²² Cf. R. BAYER (n. 19), p. 185.

²³ Cf. TH. VOGLER, «Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung», *ZStW* 1978, p. 163 e sg.; J. DRIENDL, «Wege zur Behandlung der Bagatelkriminalität in Österreich und in der Schweiz», *ZStW* 1978, p. 1050 e sg. Em sentido convergente e tendo como referência a alínea b) do n. 1 do § 42.º do Código Penal austríaco, sublinha ZIPF a importância da culpa da vítima no eventual alargamento dos danos resultantes de uma infracção como critério das «consequências insignificantes», ZIPF (n. 16), p. 28 e sg.

²⁴ Cf. C. ANDRADE (n. 16), p. 42 e sg.; W. KÜPER, «Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart», *GA* 1980, p. 203 e sg. e 213 e sg.; B. SCHÜNEMANN, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», in *Festschrift für Bockelmann*, Munique: C. H. Beck, 1979, p. 129 e sg. Para além disso, são cada vez mais as vozes dos autores que sublinham a necessidade de imprimir ao conteúdo material da ilicitude uma dimensão vitimológica. SCHÜNEMANN fala, a propósito, de um *principio vitimológico*, «isto é, uma máxima de interpretação segundo a qual só deverão subsumir-se no tipo legal de crime aquelas acções que transcendam a auto-tutela possível e exigível das vítimas potenciais», *Ob. cit.*, p. 130; cf. ainda, do mesmo autor, «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik», in H. J. SCHNEIDER, *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin: W. de Gruyter, 1982, p. 407 e sg.

²⁵ Cf. K. AMELUNG, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *GA*

1977, p. 1 e sg. Em sentido crítico, W. FRISCH, «Funktion und Inhalt des «Irrtums» im Betrugstatbestand — Zur dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263.º StGB», *Fest. für Bockelmann*, p. 647 e sg. Para uma interpretação vitimológica dos crimes contra a reserva da vida privada, análoga à de AMELUNG, B. SCHÜNEMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* 1978, p. 11 e sg., sobretudo, 30 e sg.

²⁶ Sobre o impacto relativo das concepções de fundo que inspiravam os dois projectos na nova legislação penal alemã, C. ROXIN, «El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo», *Doctrina Penal* 1979, p. 507 e sg.; R. BARBERO, (n. 9), p. 483 e sg.; C. ROXIN (n. 8, «Franz von Liszt...») p. 42 e sg.; H. H. JESCHECK, «Metodi della Preparazione e della Attuazione della Riforma Penale Tedesca», *Indice Penale* 1980, p. 217 e sg.

²⁷ C. ROXIN, «Franz von Liszt...», p. 37 e sg. Sobre a influência de LISZT no Projecto EDUARDO CORREIA, cf. EDUARDO CORREIA, *A Influência de Franz v. Liszt Sobre a Reforma Penal Portuguesa*, Coimbra, 1971.

²⁸ Sobre a importância do conceito de crime no contexto da criminologia crítica, F. DIAS/C. ANDRADE (n. 2), p. 93 e sg. e 119 e sg. Dentre os cultores da criminologia crítica que mais se preocuparam com esta problemática, sobressaem os SCHWENDINGER; QUINNEY; GRABINER; PLATT, etc. Cf. H. and J. SCHWENDINGER, «Defenders of Order or Guardians of Human Rights?» in I. TAYLOR/P. WALTON/ J. YOUNG, (edit.), *Critical Criminology*, Londres: Routledge, 1975, p. 113 e sg.; Id, «The Continuing Debate on the Legalistic Approach to the Definition of Crime», *Issues in Criminology* 1972, p. 71 e sg.; Id, «Social Class and the Definition of Crime», *Crime and Social Justice* 1977, p. 4 e sg.; T. PLATT, «Prospects for a Radical Criminology in the USA», in TAYLOR/WALTON/YOUNG, p. 95 e sg.; R. QUINNEY, «Who is the Victim?», *Criminology* 1972, p. 314 e sg.; G. GRABINER, «The Limits of the three Perspectives on Crime: Value-free Science, Objective Law and State Morality», *Issues in Criminology* 1973, p. 35 e sg. Sobre o conceito material de crime em sentido dogmático, cf. Th. VOGLER, (n. 23), p. 137 e sg.; H. ZIPF, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1980, p. 106 e sg.; G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Munique: Carl Heymanns Verlag, 1976, p. 15 e sg.; MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1976, p. 53 e sg.; H. J. RUDOLPHI, «Vorbemerkungen vor § 1», in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I. Allgem. Teil, Frankfurt: Alfred Metzner, 1981, p. 1 e sg.; F. BRICOLA, «Teoria Generale del Reato», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turim 1973, p. 14 e sg. Relacionando o conceito «material» de crime com um conceito transcendente de «bem jurídico», W. HASSEMER (n. 8), p. 19 e sg., e ainda U. NEUMANN/U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1980, p. 42 e sg.; pondo em relevo as relações entre o direito penal e a criminologia, J. CUELLO CONTRERAS, «La Definición de Criminalidad. Competencia del Derecho Penal y de las Ciencias Sociales» in *Cuadernos de Política Criminal* 1981, p. 399 e sg.

²⁹ Cf. A. ARNDT, «Strafrecht in einer offene Gesellschaft», in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages*, Bd. II P. J. p. 5 e sg., Munique: C. B. Beck, 1969; LISTL, «Religion und Ethik in der Justiz», *Reinischer Merkur* 1969, p. 7 e sg.; ROXIN,

(n. 8, «Sentido y Limites...») p. 21 e sg.; U. NEUMANN/U. SCHROTT, (n. 28), p. 40 e sg.; MÜLLER-EMMERT, «Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit», *GA* 1976, p. 291 e sg.; H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart: Ferdinand Enke, 1957.

³⁰ MÜLLER-DIETZ, (n. 8, «Strafe und...»), p. 24. No mesmo sentido, expressivamente, N. MORRIS/G. HAWKINS, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago: Univ. Press, 1969, p. 2 e sg. Dignas de menção são ainda as conclusões do *Wolfenden Report* (1957) segundo o qual a função do direito criminal é apenas «preservar a ordem e a moral públicas, proteger os cidadãos contra actos ofensivos ou injuriosos e prevenir a exploração e corrupção dos outros, especialmente os mais vulneráveis em razão da idade, debilidade física e mental ou inesperienza».

³¹ As dificuldades surgem, desde logo, na identificação de um *dano social*. Nem sempre, com efeito, é fácil saber quando existe um *dano* nem, sobretudo, quando este atinge dimensão social-comunicativa não se esgotando no espaço de privacidade que deve ficar vedado ao direito. Sobre o problema, MÜLLER-EMMERT, (n. 29), p. 297 e sg.; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum, 1972, p. 322 e sg.; H. J. RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», in *Festschrift für Richard Honig*, Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p. 160 e sg. Acresce, como NEUMANN/SCHROTH (n. 28) acentuam, que nem sempre é fácil levar à prática, de forma directa e racional, os conceitos críticos ou transistemáticos de bem jurídico, dada a permeabilidade do legislador penal às mais diversificadas influências, historicamente condicionadas. Sobre a discricionariedade do legislador, neste plano, MÜLLER-EMMERT, *Ibidem*, p. 299. Como facilmente se compreende, é sobretudo em sede de *Strafbedürftigkeit*, segundo momento da legitimação da criminalização, que as margens de discricionariedade do legislador se tornam particularmente irredutíveis. Na verdade, a realidade está longe de exibir a transparência necessária a uma representação objectiva da sua fenomenologia. Como está longe de assumir a neutralidade capaz de viabilizar interpretações unívocas. Cf., por todos, MÜLLER-DIETZ, (n. 8, *Strafe und...*), p. 35 e sg.

³² Sobre este conceito, C. ANDRADE, (n. 8), p. 110.

³³ No conhecido ensaio *On Liberty*, S. MILL afasta expressamente do escopo do direito criminal qualquer finalidade moralista ou paternalista. Segundo o filósofo, «o único objectivo que poderá legitimar o exercício da força sobre qualquer membro duma comunidade civilizada contra a sua vontade é prevenir o prejuízo dos outros. O seu próprio bem físico ou moral não é suficiente. Ninguém pode ser legitimamente compelido ou proibido de fazer algo só porque tal seria melhor para ele, o tornaria mais feliz ou porque, na opinião dos outros, tal seria mais prudente ou acertado». A posição de S. MILL provocaria a resposta de J. FITZJAMES STEPHEN, autor de *Liberty, Fraternity and Equality* (1873) que proclamava como objectivos centrais do direito criminal *preventing vice e promoting virtue*. Por seu turno, a obra de LORD DEVLIN, *The Enforcement of Morals* (1959) que procura contestar as conclusões do *Wolfenden Committee*, provocaria a resposta de H. L. HART, *Law, Liberty and Morality* (1963). Para DEVLIN, «a supressão do vício é tema da competência do direito criminal ao mesmo título e pelas mesmas razões que a supressão das actividades subversivas». Importa, a propósito, reter duas observações. Em primeiro lugar,

não eram razões exclusivamente moralistas que levavam DEVLIN a preocupar-se com a integridade da moral mas também e, sobretudo, os seus reflexos na estabilidade da ordem social. Em segundo lugar, não foi apenas no plano filosófico que se registaram as mudanças de horizonte. Elas tiveram como pano de fundo a pluralização cultural e moral das sociedades modernas, onde se rompeu o consenso em torno da moral tradicional. Não pode, com efeito, esquecer-se que autores como STEPHEN partiam do postulado do consenso em torno da imoralidade das condutas a criminalizar. Sobre o tema, cf. H. L. HART, *Law, Morality and Liberty*, Oxford: Univ. Press, 1963; R. DWORKIN, «Lord Devlin and the Enforcement of Morals», *Yale L. Journal* 1966, p. 986 e sg.; J. SKOLNICK, «Coercion to Virtue. The Enforcement of Morals» *South. Calif. Law Review* 1968, p. 588 e sg.; R. SARTORIUS, «The Enforcement of Morality» *Yale L. Journal* 1971-72, p. 891 e sg.; C. PALIERO, «Probleme der Entkriminalisierung in Italien», *ZStW* 1982, p. 409 e sg.; R. LANGE, *Strafrechtsreform. Reform in Dilemma*, Munique: L. Müller 1972; sublinhando o contributo já anteriormente dado por jusnaturalistas como Thomasius para a distinção entre direito e moral, H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1974, p. 171 e sg. A propósito da desmoralização, desmitificação e humanização do direito penal, MÜLLER-DIETZ, (n. 8), p. 22 e sg.; J. BAUMANN, «Ethische Bindung des Bürgers durch das Strafrechts?» *MKrim* 1969, p. 158 e sg.

³⁴ Tanto os conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal como os princípios neles envolvidos ancoram directamente na Constituição de um Estado democrático, assumindo, por isso, a respectiva consistência. É o que ilustra a experiência da doutrina germânica que tem fundamentado aqueles conceitos e princípios nas normas da Lei Fundamental relativas à *dignidade, liberdade, igualdade, proporcionalidade* ou ao próprio *Estado-de-Direito*. Cf., por exemplo, MÜLLER-DIETZ, (n. 8), p. 34 e sg.; H. OTTO, (n. 8), p. 54; MÜLLER-EMMERT, (n. 29), p. 294 e sg.; S. MIR PUIG, «La Nueva Constitución Española y el Derecho Penal», *Doctrina Penal* 1979, p. 525 e sg. E isto em termos cuja procedência no contexto jurídico-constitucional português se afigura reforçada, dado designadamente o teor do n.º 2 do art 18.º introduzido pela lei de revisão constitucional: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias... devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Convirá ainda sublinhar que o sentido teleológico daqueles conceitos e princípios não joga exclusivamente contra a criminalização ou a favor da descriminalização. Pelo contrário pode também apontar para soluções de criminalização ou opor-se a soluções de descriminalização. No estado actual do pensamento político-criminal e jurídico-constitucional não será líquida a existência de imperativos absolutos de criminalização de raiz constitucional. Não se prova, com efeito, que a tutela constitucional de determinados valores vincule necessariamente à sua tutela jurídico-penal. Mas já não será arriscado sustentar que a *objektive Wertordnung* (SAX) constitucional implica imperativos relativos de criminalização. Parece, por exemplo, inquestionável a inconstitucionalidade de leis que descriminalizando infracções lesivas de valores pessoais, mantivessem ou reforçassem a criminalização de lesões dos valores patrimoniais. O mesmo se diga das leis que, pelo recorte da ilicitude ou pelo teor das sanções subvertessem claramente a hierarquia querida pela Constituição entre aquelas ordens de valores. Tudo leva outrossim a acreditar que assiste razão aos autores

como MÜLLER-DIETZ segundo os quais o ónus da prova implícito no próprio princípio da subsidiaridade joga em sentido inverso consoante se trate de descriminalizar ou antes de criminalizar *ex novo*. Desenvolvidamente, SAX, (n. 8), p. 930 e sg.; MÜLLER-DIETZ, (n. 8), p. 51 e sg.; C. ANDRADE, (n. 8), p. 119. Este entendimento das coisas revela-se prenhe de consequências. Tanto no plano *material* — a ilegitimidade constitucional de criminalizar/descriminalizar em contravenção dos princípios sumariamente expostos — como no plano *orgânico-formal*. Quanto a este último, importa, acima de tudo, salvaguardar o «primado político do legislador» (BACHOF) nos espaços de descriconaridade decorrentes do princípio da subsidiaridade. A subrogação de qualquer outro órgão neste domínio, designadamente do Tribunal Constitucional, representaria uma questionável transposição das fronteiras entre o jurídico e o político e uma violação do princípio da separação dos poderes. Como refere BACHOF, deve reservar-se ao legislador a competência para definir os *objectivos políticos* e os critérios de adequação, bem como assumir os riscos pelas expectativas ou prognósticos sobre cuja antecipação assentam as suas decisões normativas. Cf. O. BACHOF, «Estado de Direito e Poder Político. Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política», *BFDC* 1980, p. 9 e sg. Foi em nome deste entendimento das coisas que a generalidade da doutrina alemã criticou a decisão (de 25-2-1975) do Tribunal Constitucional Federal que declarou inconstitucional a 5.ª Lei de Reforma Penal que estabelecia a liberalização do aborto. Cf. BACHOF, *ob. loc. cit.*; MÜLLER-DIETZ, (n. 8, «Zur Problematik...»).

³⁵ K. POPPER, *La Société Ouverte et ses Ennemis*, Paris: Seuil 1979. Que não se trata apenas de denunciar fantasmas é o que a experiência mais recente do Irão demonstra. Sobre ela, G. NEWMANN, «Khomeini and Criminal Justice: Notes on Crime and Culture», *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1982, p. 561 e sg.

³⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, (n. 2), p. 122 e sg.

³⁷ Um programa que se analisa em dois objectivos fundamentais: privilegiar a liberdade e autenticidade de expressão sexual, como *bem jurídico* central dos crimes sexuais, e eliminar todas as formas de discriminação tanto entre os sexos como entre as formas de orientação sexual, sc., homossexualismo *versus* heterossexualismo. Para atingir o primeiro objectivo procedeu-se à descriminalização generalizada dos *crimes sem vítima*. A criminalização das práticas sexuais com menores de determinada(s) idade(s) assenta na tradicional recusa de eficácia do consentimento dos menores, o que empresta uma «vítima» a estas infracções. Não se desconhece que os mais recentes estudos de psicologia, psiquiatria e criminologia vêm pondo de certo modo em crise este princípio: tanto em nome da ilegitimidade do controlo da sexualidade dos menores pelos adultos como do carácter não demonstrado e aleatório dos prejuízos *reais* (isto é, não culturalmente induzidos) que as experiências sexuais não violentas podem trazer aos menores. Entendeu-se, contudo, e na linha das mais recentes reformas, que este *non liquet* não aconselhava o legislador a abrir mão, sem mais, desta forma de «tutela» dos menores. A solução, afinal, encontrada sempre poderá, de resto, louvar-se no facto de ter fixado as idades de consentimento em níveis particularmente baixos, mesmo num plano de direito comparado. De recomendar será ainda que a nível processual se adoptem as medidas capazes de obviar aos danos — esses sim irrecusáveis — decorrentes do processamento formal tradicional. Neste sentido e com profusa informação, H. HORSTKOTTE, *L'Age et les Condi-*

tions du Consentement dans le Domaine Sexuel, Relatório apresentado à XV Conferência de Investigações Criminológicas (Strasburg, 22-25 Nov. 1982), Pc-CRC (82)15; M. KILLIAS, *Jugend und Sexualstrafrecht*, Stuttgart: Paul Haupt, 1979. Sobre os aspectos processuais, C. ANDRADE; (n. 16), p. 241 e sg.; W. HAUPTMANN, «Zur Viktimologie gewaltloser Sexualkontakte zwischen Erwachsenen und Kindern» *MKrim* 1978, p. 213 e sg.; D. LIBAI, «The Protection of the Child Victim of a Sexual Offence in the Criminal Justice System», in L. G. SCHULTZ (edit.), *The Sexual Victimology of Youth*, Springfield, Ill. 1980, p. 187 e sg. O regime do *estupro* (Cf. *infra*) constitui um claro indicador do propósito assumido pelo legislador de eliminar as discriminações entre os sexos. Não cremos que assumam grande significado as discriminações apesar de tudo subsistentes como a que consta do art. 203.º (*Cópula mediante fraude*) e a que resulta da conjugação dos arts. 202.º e 204.º que aponta para um tratamento diferenciado da cópula ocorrida com menor de 12 a 14 anos consoante ele seja do sexo masculino ou feminino. Sobre a discriminação em matéria de violação, cf. *infra*, n. 38. Por seu turno, o art. 207.º (*Homossexualismo com menores*) fixa em 16 anos a idade do consentimento para práticas homossexuais, isto é, a mesma fixada (art. 204.º) para as relações heterossexuais. Também neste plano o Código se sintoniza com os ensinamentos da criminologia moderna, a tendência generalizada do direito comparado e com as recomendações dos organismos internacionais, designadamente a *Recomendação 924 (1981)* da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Não parece, com efeito, que a ligeira diferença a nível da punição prejudique a conclusão de que a lei criminal não privilegia qualquer forma de orientação sexual. De sublinhar ainda que não se estabelece qualquer discriminação entre o homossexualismo masculino e feminino, ao contrário do que sucede, por exemplo, no StGB alemão que apenas incrimina o homossexualismo entre homens (§ 175). Cf. *Rapport Sur La Discrimination à l'Égard des Homosexuels*, Conselho da Europa, Strasburg, 1981; D. J. WEST, *Homossexualité et Contrôle Social*, relatório apresentado à XV Conf. de Invest. Criminol. 1982; R. LAUTMANN (Herausg.), *Seminar: Gesellschaft und Homosexualität*, Frankfurt: Suhrkamp, 1977.

³⁸ O crime de violação persiste, contudo, circunscrito à cópula imposta (pelo homem) à mulher. Não se seguiram neste ponto as sugestões mais recentes da criminologia no sentido de alargar a factualidade típica do crime, nomeadamente, às práticas homossexuais impostas ao homem. Sugestões que já encontraram eco, por exemplo, no direito francês, onde a lei 80.1041 (de 23-12-1980) deu uma nova redacção ao art. 332.º do Código Penal. De acordo com ela: «Todo o acto de penetração sexual, qualquer que seja a sua natureza, cometido sobre a pessoa de outrem, por violência, coacção ou surpresa, constitui uma violação». Por outro lado, mantém-se a proibição e punição como violação de cópula com *mulher* «portadora de anomalia psíquica». Na medida em que este regime equivale a privar estas mulheres (e não os homens) de toda a expressão sexual e representa uma solução de controlo terapêutico, pode suscitar delicados problemas do foro psiquiátrico, ético e mesmo filosófico.

³⁹ Não calham, assim, à nova figura do estupro as críticas que vinham sendo movidas ao recorte do estupro tradicional. Sobre elas, desenvolvidamente, J. P. BELEZA, *O Princípio da Igualdade e a Lei Penal. O Crime de Estupro Voluntário Simples e a Discriminação em Razão do Sexo*, Coimbra, 1982.

⁴⁰ Desenvolvidamente, sobre a situação holandesa, L. HULSMAN, «Die Behandlung der Bagatelkriminalität in den Niederlanden», *ZStW* 1980, p. 566 e sg. Segundo HULSMAN, (p. 575), o Ministério Público renuncia à perseguição de mais de 60 por cento dos casos clarificados de crime patrimonial. «É sobretudo na fase pré-processual — conclui — que a pequena criminalidade é solucionada. A grande maioria dos casos são tratados sem qualquer processo jurisdicional. As contravenções são na maior parte dos casos resolvidas através de «transacção» promovida pela polícia ou pelo MP e, mais raramente, por via de arquivamento; as infracções criminais são, por via de regra, arquivadas». *Ob. cit.*, p. 574. Para uma ideia mais aproximada do significado jurídico e sociológico da *plea bargaining* americana, A. ROSETT, «The Negotiated Guilty Plea», *The An. of the Amer. Acad. of Pol. and Soc. Sci.* 1967, p. 71 e sg.; A. ROSETT/D. CRESSEY, *Justice by Consent. Plea Bargaining in the American Courthouse*, N. Iorque: Lippincott, 1976; K. SCHUMANN, *Der Handel mit Gerechtigkeit*, Frankfurt: Suhrkamp, 1977; W. McDONALD, (edit.), *The Prosecutor*, Londres: Sage, 1979; TH. WEIGEND, «Strafzumessung durch die Parteien. Das Verfahren des Plea Bargaining im amerikanischen Recht», *ZStW* 1982, p. 200 e sg.

⁴¹ Para uma ideia geral do sistema alemão, P. HÜNERFELD, «A Pequena Criminalidade e o Processo Penal», *RDE* 1978, p. 25 e sg.; K. SESSAR, «Ein bürokratischer Faktor im Prozess der Verbrechenskontrolle: der Staatsanwalt» *MKrim* 1979, p. 129 e sg.; ID, «Les Conditions d'Action du Ministère Public, Compte tenu des Facteurs Administratifs, Normatifs, Pragmatiques et Sociaux», in: *Le Fonctionnement de la Justice Pénale*, Paris: Editions du CNRS, 1979, p. 103 e sg.; ID «Prosecutorial Discretion in Germany», in McDONALD, (n. 40), p. 255 e sg. Sustentando a equiparação substancial entre o *Strafbefehlsverfahren* germânico e a *plea bargaining* americana, J. LANGBEIN, «Controlling Prosecutorial Discretion in Germany», *The Univ. of Chicago Law Review* 1974, p. 439 e sg.»

⁴² Desenvolvidamente, J. DRIENDL, (n. 23), p. 1046 e sg.; sobre o princípio das *bagatelas*, em geral, C. ROXIN, (n. 10), p. 53. Sobre a solução do § 42 do Código Penal austríaco, H. ZIPF, (n. 16); J. DRIENDL, «Empfehl es sich, die Bestimmung mangelnde Strafwürdigkeit der Tat» (öStGB § 42) in das schweizerische Strafgesetzbuch zu übernehmen?» *Rev. Pén. Suisse*, 1980, p. 1 e sg.; sobre o § 60 do Código Penal alemão, por todos, W. HASSEMER, «Das Absehen von Strafe als kriminalpolitisches Instrument», *Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag*, Berlin: W. de Gruyter, 1981, p. 65 e sg.; H. MÜLLER-DIETZ, «Absehen von Strafe (§ 60 StGB n. F.)», *Festschrift für Richard Lange*, Berlin: W. de Gruyter, 1976, p. 303 e sg.; A. ESER, «Absehen von Strafe — Schuldspruch unter Strafverzicht», *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1972, p. 257 e sg.

⁴³ Sobre ela, desenvolvidamente, G. KAISER, «Resozialisierung und Zeitgeist» in *Kultur. Kriminalität. Strafrecht. Fest. für Thomas Würtenberger*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 359 e sg.; G. STRATENWERTH, «Strafrecht und Sozialtherapie», in *Fest. für Bockelmann*, p. 901 e sg.; E. DOLCINI, (n. 20); D. FOGEL/J. CELIS, «Le Débat américain sur la politique de sentencing: dix années de combat», *RScCrim* 1982, p. 543 e sg.; A. HIRSCH, «Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre», *ZStW* 1982, p. 1047 e sg.; sobre o tema devem ainda consultar-se os desenvolvidos trabalhos dos seminários realizados em Siracusa (Ja-

neiro de 1981 e Maio de 1982) sobre «La Philosophie de la Justice Pénale et la Politique Criminelle Contemporaines», publicados na *RYniDP* 1982, p. 553 e sg.

⁴⁴ K. PETERS, «Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs», in *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 501 e sg.

⁴⁵ Desenvolvidamente, G. STRATENWERTH, (n. 43). O autor começa por citar a conhecida frase de MEAD — «é psicologicamente impossível odiar o pecado e amar o pecador» — através da qual o filósofo pretendia exprimir a contradição entre a punição e o tratamento. Cf. ainda LUZÓN PENA, «Antinomias Penales y Medición de la Pena», *Doctrina Penal* 1979, p. 587 e sg.

⁴⁶ MUÑOZ-CONDE, (n. 17), p. 628. Cf. ainda K. SESSAR, «Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft», *ZStW* 1969, p. 372 e sg.; J. GAROFALO, «Radical Criminology and Criminal Justice. Points of Divergence and Contact», *Crime and Social Justice* 1978, p. 18 e sg.

⁴⁷ C. ROXIN, (n. 26), p. 523. No mesmo sentido, H. ZIPF, (n. 28), p. 79 e sg.

⁴⁸ B. HAFFKE, «Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problem-skizze» in K. LÜDERSSEN / F. SACK (Herausg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten — III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt: Suhrkamp, 1977, p. 291 e sg.

⁴⁹ Cf., entre outros, STRATENWERTH, (n. 43), p. 910 e sg.

⁵⁰ STRATENWERTH, *Ibidem*, p. 903.

⁵¹ *Ibidem*, p. 907. Em sentido convergente escreve ROXIN que «não é lícito recorrer às sanções criminais para ressocializar as pessoas que não se fizeram responsáveis por agressões intoleráveis à ordenação dos bens jurídicos por mais degeneradas e inadaptadas que elas se revelem. Ignorar este ponto de vista é correr o risco de uma homogeneização colectivista que impede o livre desenvolvimento da personalidade». ROXIN, (n. 8, *Sentido y Límites*), p. 31. Cf. ainda A. ESER, «Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges», in *Seminar* (n. 48), p. 279 e sg.

⁵² ESER, *Ibidem*, p. 280 e sg.

⁵³ Cf. ESER, *Ibidem*, p. 279.

⁵⁴ PETERS, (n. 44), p. 516. Em sentido crítico, ESER, p. 281 e sg.

⁵⁵ Sobre a situação na DDR, ESER, p. 283 e sg.

⁵⁶ Desenvolvidamente, ROXIN, (n. 8), p. 31; G. STRATENWERTH, (n. 43), p. 914.

⁵⁷ Neste sentido, G. KAISER, (n. 43), p. 369 e sg.; H. H. JESCHECK, (n. 20) e ROXIN, (n. 26).

⁵⁸ Pelo contrário, uma análise mais cuidada dos resultados da experiência de estabelecimentos como o de Tegel (Berlim) ou Bergedorf (Hamburgo) parece legitimar uma atitude francamente optimista. Cf. JESCHECK, (n. 20), p. 61 e sg.

⁵⁹ Cf. TH. WÜRTEBERGER, «Aktuelle Hauptfragen der deutschen Kriminalpolitik», *Rheinischer Merkur* 1969, p. 11 e sg.

⁶⁰ H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil*, Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p. 620. No mesmo sentido, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Hamburgo; Reinbeck, I, 1976, p. 250. Em sentido crítico, ROXIN, (n. 26), p. 516.

⁶¹ Sobre este conceito (*Verteidigung der Rechtsordnung*) — que, de acordo com

a opinião dominante, assume uma dimensão essencialmente de prevenção geral — H. ZIPF, «Die Verteidigung der Rechtsordnung», in *Festschrift für Jürgen Bruns*, Colónia: Carl Heymanns, 1978, p. 205 e sg.

⁶² Bastará recordar que o regime da *Suspensão da Execução da Pena* é claramente mais generoso do que o seu homólogo alemão (§ 56 do StGB). O mesmo vale para a *Prestação de Trabalho a favor da Comunidade* que na legislação alemã (ao contrário do que propunha o *Projecto Alternativo*) figura apenas como uma das condições ou injunções possíveis da suspensão da execução (§ 56b).

⁶³ Cf. H. H. JESCHECK (n. 20), p. 66 e sg.; do mesmo autor, «Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in Rechtsvergleichender Sicht», in *Kultur. Kriminalität. Strafrecht. Fest. für Th. Würtenberger*, p. 257 e sg.

⁶⁴ Neste sentido, por exemplo, H. H. JESCHECK, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform», *Fest. für P. Bockelmann*, p. 151.

⁶⁵ Em cumprimento da Resolução (77) 27 do Comité de Ministros de 28 de Setembro de 1977. Cf. *Dédommagement des Victimes D'Infractions Pénales*, Strasbourg 1978.

⁶⁶ J. SCHÄTZLER, «Die Entschädigung des durch eine Straftat Verletzten» *ZStW* 1974, p. 473. Cf. ainda C. ANDRADE, (n. 16), p. 243 e sg.

⁶⁷ M. WOLFGANG, «Victim-precipitated Criminal Homicide», *JCrim* 1957, p. 1 e sg.; M. AMIR, «Victim-precipitated Forcible Rape», *JCrim* 1967, p. 493 e sg. Este conceito de *Crime-precipitado-pela-vítima* deu a J. BELEZA, (n. 59, p. 149-50) a oportunidade para uma citação e uma crítica de um texto por nós, a este propósito, publicado. Depois de referir que «o estudo dos comportamentos sexuais tem mostrado que, em muitos casos o sujeito passivo do crime é, ele próprio, o *sedutor* que desencadeia o processo de agressão», acrescenta J. BELEZA: «É incontestável a importância da perspectiva vitimológica na compreensão do crime (...) mas também não pode negar-se que ela oferece graves riscos, se a análise se limitar ao aspecto puramente mecânico — causal do processo do seu aparecimento (...). A compreensão do crime como puro efeito causal ou de uma situação anterior em que a mulher se encontra, ou da forma como ela se apresenta, entendidas como factos desencadeadores do processo de ataque do homem, pode ser a forma *científica* de negar às mulheres a (real) qualidade de vítimas sexuais. (...) Embora seja inegável que, muitas vezes, na violação a vítima *provoca* a agressão, só uma perspectiva vitimológica que se desligue dos interesses ou valores (aqui, de liberdade pessoal) que são postos em causa na situação criminosa, pode explicar, por exemplo, que se afirme como o faz COSTA ANDRADE que «difícilmente se concebe um caso de violação sem uma maior ou menor participação da vítima!» Muito embora os números e percentagens apontados por alguns estudos sejam menos *generosos* para os violadores (vejam-se por exemplo os resultados de investigações norte-americanas conduzidas em Filadélfia por M. AMIR ...). A terminar refere J. BELEZA: «Depois de a criminologia clássica ter *construído* uma *mulher-delinquente* (...) era bom que a vitimologia não viesse agora a reinventar essa imagem bíblica de uma *Eva-tentadora*». A crítica contida no texto de J. BELEZA suscita alguns reparos. Não tanto o reparo óbvio de se tratar de criticar a frase retirada do seu contexto e integrada em construção que lhe é estranha. Nem tanto o reparo de se tratar de crítica feita num momento em que já nós próprios havíamos entretanto publicado um texto mais

desenvolvido e esclarecedor e susceptível, a nosso ver, de frustrar aquela crítica. Nem tanto ainda o reparo de se tratar de uma crítica de difícil compreensão certo como é que o autor acaba, afinal, por explicitar os mesmos juízos de facto para que nós nos limitáramos a chamar a atenção. Concorde-se com o autor da crítica na parte em que, sublinhando a complexidade da problemática do crime e da responsabilidade criminal, se afasta qualquer tentativa reducionista de compreensão circunscrita ao plano etiológico — explicativo. Já se afigura contestável tomar uma posição feita exclusivamente neste plano e nele pretendendo apenas relevar, convertê-la, sem mais, em proposição de índole axiológica para, seguidamente, a agredir. É que se agride apenas uma ficção. Contestável se afigura outrossim o confronto estabelecido entre a nossa «generosidade» para com o violador e a mais contida complacência de um criminólogo como M. AMIR. Desde logo, porque os imperativos da lógica vedam todo o confronto entre coisas tão díspares: de um lado, a afirmação genérica da realidade, hoje completamente reconhecida pelas mais diversas teorias da acção social, de que agir é sempre de certo modo, interagir, que mais não seja em função das expectativas sobre a conduta dos outros significantes; do outro, inversamente, um conceito criminológico cujos contornos se procuram definir com algum rigor e cuja extensão há-de, por isso mesmo, revelar-se muito mais estreita. Por último: não se desconhecem os perigos da generalização da imagem bíblica da *Eva-tentadora*. Mas não se subvalorizem também os perigos da imagem bíblica da *Eva-antes-do-pecado*, dessa mulher retratada pelo autor do Apocalipse como «vestida de sol, coroada de estrelas e com os pés envoltos em luan». Perigos que, como é óbvio, atingirão em primeira linha e acima de tudo a própria mulher, pela facilidade com que neste campo o ser se converte em dever-ser. Sobre o tema, recentemente, S. BEN-DAVID, «Die Interaktion zwischen Täter und Opfer während der Vergewaltigung», in H. J. SCHNEIDER, (n. 24), p. 242 e sg.

⁶⁸ C. ANDRADE, (n. 16), p. 225. Tal preceito teria além do mais a vantagem duma certa contenção imposta às pretensões do controlo dos adultos sobre a sexualidade dos menores.

⁶⁹ Sobre os problemas da sistematização do *Direito Penal Económico*, FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Problemática Geral das Infrações Contra a Economia Nacional*, Lisboa, 1977, p. 19 e sg.; F. DIAS, «Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente», *RDE*, 1978, p. 11 e sg. De recordar que, entretanto, alguns projectos de reforma em curso — v. g., na Espanha, França, Bélgica, Finlândia, Suécia — se propõem integrar no Código Penal um Capítulo contendo os crimes contra a economia. Sobre a reforma espanhola, cf., por todos, M. BARBERO SANTOS, «Les Delitos Contra el Orden Socio-Economico: Presupuestos», in M. BARBERO SANTOS e OUTROS, *La Reforma Penal*, Madrid: Edissa 1982, p. 143 e sg. Também na R. F. da Alemanha, e no contexto da Reforma da Parte Especial, foi entretanto aprovada a *Primeira Lei sobre a Luta Contra a Criminalidade Económica* (1. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 29-7-1976) que *inter alia*, introduziu no Código Penal os crimes de burla em matéria de subvenções e de obtenção de créditos. Enquanto isto, espera-se para breve a aprovação da *Segunda Lei sobre a Luta Contra a Criminalidade Económica*, que, entre outras inovações, trará para o Código Penal a incriminação de infracções cometidas através de computadores.

Sobre este aspecto, F. DIAS/C. ANDRADE, «Problemas de Especulação e Sucessão de Leis no Contexto dos Regimes de Preços Controlados e Declarados» *RDE* 1980/81, p. 303 e sg.

⁷¹ Sobre a controversa questão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, F. DIAS, (n. 69), p. 12 e sg.; E. CORREIA, «Introdução ao Direito Penal Económico», *RDE* 1977, p. 3 e sg., sobretudo p. 19 e sg.; J. BELEZA, «Notas sobre o Direito Penal Especial das Sociedades Comerciais», *RDE* 1977, p. 257 e sg.; J. M. ZUGALDIA, «Conveniencia Politico-Criminal y Imposibilidad Dogmatica de Revisar la Formula Tradicional *Societas Delinquere non Protesb*», *Cuadernos de Politica Criminal*, 1980, p. 85 e sg.; BRICOLA, «Il Costo de *Societas Delinquere non Potest* nell'Attuale Dimensione del Fenomeno Societario» *Riv. Ital Dirit. e Proc. Pen.* 1970, p. 951 e sg.; A. HUSS, «Die Strafbarkeit der Juristischer Personen», *ZStW*, 1978, p. 237 e sg.; M. BAJO FERNANDEZ, «De Nuevo sobre la Responsabilidad Criminal de las Personas Juridicas» *An. Der. Pen. C. Pen.* 1981, p. 371 e sg. O direito comparado, embora oferecendo um mosaico extremamente diversificado de soluções, parece inculcar a tendência no sentido do alargamento da responsabilidade das pessoas colectivas, salvo no que respeita aos países socialistas, e ainda aqui com excepção da Jugoslávia. Para além dos sistemas anglossaxónicos, a responsabilidade penal das pessoas colectivas é reconhecida, em geral, em Israel e no Japão e, em áreas limitadas, na França, Bélgica, Holanda, Suíça, etc. Outros ordenamentos há que, excluindo a responsabilidade penal *stricto sensu*, admitem a punibilidade das pessoas colectivas no contexto de sistemas alternativos de redução da complexidade, v. g. no *direito das contra-ordenações* (v. g. R. F. A.) ou a título de «medidas de segurança», (v. g. *Espanha*).

⁷² Sobre o sentido desta causa de justificação, F. DIAS/C. ANDRADE (n. 69), p. 23 e sg.

ESCOLHA E MEDIDA DA PENA

PELO DR. ADELINO ROBALO CORDEIRO

Produzida a prova em audiência, realizadas as alegações das *partes* e a alegação final do réu, é chegado o momento de proferir a decisão.

A julgarem-se preenchidos os elementos constitutivos da ilicitude e da culpa e mantendo-se a instância regular, o julgador pode ter de enfrentar o problema da escolha da pena, se ao crime forem aplicáveis em alternativa pena privativa e pena não privativa de liberdade (art. 71.º).

Assim, afigurou-se preferível iniciar esta intervenção pelo tema fulcral da escolha da pena, a que se seguirão os da fixação da sua medida abstracta e concreta. Terminarei com o concurso de crimes, que pressupõe hoje (como no Cód. 86) a prévia aplicação das penas singulares aos crimes concorrentes.

Aqui e além aludirei a institutos que importa considerar, seja a propósito da pena abstracta (desde logo a dispensa de pena ou o adiamento da sentença, bem como o regime de prova e o regime jurídico dos *jovens adultos*), seja no âmbito da pena concretamente individualizada ou aplicada (*v. g.*, a admoestação, a prestação de trabalho a favor da comunidade e a pena relativamente indeterminada; ou a substituição da prisão por multa ou por prisão por dias livres e a suspensão da execução).

Tentarei, em suma, um esquema no essencial coincidente com o ordenamento lógico das operações que se impõem ao julgador.

I

A ESCOLHA DA PENA

No seu art. 71.º, como em tantas outras disposições legais, o novo Código depõe nas mãos do julgador melindrosíssimos poderes.

Com ele, o legislador deu corpo a um dos pensamentos fundamentais do novo sistema punitivo, subjacente a este e «particularmente grato» ao autor do projecto (BMJ-149,70): o da reacção contra as penas institucionalizadas ou detentivas, por sua própria natureza lesivas do sentido ressocializador que deve presidir à execução das reacções penais.

Na verdade, os objectivos de readaptação social do delinquente não se satisfariam com a simples enumeração das penas não institucionais ou reacções penais não detentivas que houvessem de funcionar como substitutivas da prisão (a multa, a suspensão da execução da pena, o regime de prova, a admoestação, a prestação de trabalho a favor da comunidade) ou com a mera consagração de medidas que visassem limitar os seus efeitos criminógenos (a substituição da prisão por multa, a prisão por dias livres, os regimes de semi-detenção e de liberdade condicional). Havia que estabelecer um critério geral orientador da escolha das penas. Foi o que o legislador fez através do art. 71.º, cujo texto regressa à ideia do projecto inicial — substancialmente prejudicada pelo projecto de 66 —, muito embora numa redacção próxima da sugerida na 1ª Comissão Revisora e mais feliz do que a constante da proposta de lei. Esta previa a hipótese de ao crime serem aplicáveis «pena privativa e pena não privativa de liberdade», não obstante se mostrar à evidência que pretendia abranger apenas os casos em que aquelas penas fossem cominadas em alternativa, já que nos de aplicação cumulativa não resta ao juiz qualquer faculdade de opção.

Escolha que, nos termos do artigo (cfr. art. 210.º, n.º 1, Const.), deve ser fundamentada e em princípio favorável às penas não privativas de liberdade: consagra-se deste modo por via legislativa o carácter excepcional ou subsidiário da prisão, isto é, a prevalência de formas de punição de carácter educativo sobre tipos de punição de natureza expiatória. Ponto é que se mostrem preenchidos os requisitos que se exigem, vale dizer, que as medidas não detentivas

sejam suficientes para promover a reintegração do delinquente na vida social e dar satisfação aos fins da retribuição e de prevenção das penas. Aceita-se a prisão como pena principal para os casos mais graves; porém, como «mal necessário» que é, deve reduzir-se ao indispensável a sua aplicação, apenas ganhando legitimidade quando não se mostrem adequadas as reacções penais não detentivas; e ainda então há-de ser executada sem perder de vista a readaptação do delinquente à vida social e com salvaguarda dos seus atributos pessoais e da sua dignidade (arts. 6.º e 7.º, D. L. 402/82, 23/Set.). A reinserção do delinquente na sociedade é hoje uma das traves mestras de todo o sistema punitivo; daí a preferência declarada do legislador por medidas não detentivas, do mesmo passo que os sistemas penais do passado assentavam na privação da liberdade.

Porém, determinar se as medidas não institucionais são «suficientes para promover a recuperação social do delinquente» e dar satisfação às «exigências de reprovação e de prevenção do crime» não é uma operação abstracta ou atitude puramente intelectual, mas fruto de uma avaliação das circunstâncias de cada situação concreta. Só caso a caso, processo a processo, mediante uma apreciação dos elementos de prova disponíveis, se legitimará uma escolha entre as penas detentivas e não detentivas. Pelo que competirá em última instância aos tribunais a selecção rigorosa dos delinquentes — que hão-de ser sujeitos a umas e outras. Selecção rigorosa e — repete-se — sempre fundamentada, não obstante o art. 71.º parecer sugerir esta fundamentação apenas nos casos em que a preferência do legislador se dirigir para as penas não detentivas.

II

MEDIDA ABSTRACTA DA PENA

Como circunstâncias modificativas da pena abstracta teremos presentes a reincidência, susceptível de agravar a sua medida (arts. 76.º e 77.º), e os casos de atenuação especial, por força dos quais os seus limites podem ser reduzidos (art. 74.º, n.º 1, *a*), *b*), *d*), 1.ª parte, I e *e*), a pena prevista substituída por outra (ib., *c*) e *d*), 1.ª parte, II), ou até deixar de aplicar-se, enquanto componente de uma pena mista (ib., *d*), 2.ª parte).

Não se desconhece que a reincidência representa como que um regime de transição em relação à pena relativamente indeterminada, cujas regras prevalecem sobre as daquela (art. 77.º, n.º 2) e podem até reflectir-se nos limites da pena abstracta. Porém, o instituto da pena relativamente indeterminada, na medida em que supõe já fixada a pena que concretamente caberia ao crime cometido, respeita essencialmente à pena concreta, o que a coloca fora do tema a tratar neste momento.

A nossa atenção não incidirá igualmente sobre o concurso de crimes, o qual — dando embora lugar à formação de uma moldura penal distinta das penas singulares — mantém características de regra de dosimetria final da pena. Aliás, já no domínio do Cód. 86 se punha em dúvida a qualificação de circunstância agravante que lhe era atribuída pelo n.º 34 do art. 34.º, que advinha do facto de no Cód. 52 a punição se fazer somente pela agravação da pena mais grave, nos termos do seu art. 87.º, correspondente ao n.º 2 do art. 102.º do Cód. 86. Assim, e levando em conta que o instituto pressupõe a prévia aplicação das penas parcelares aos crimes concorrentes, será no âmbito da medida concreta da pena que o abordaremos.

Finalmente, não serão consideradas as circunstâncias modificativas especiais, cujo estudo pertence à parte especial do Código, a propósito dos crimes que especialmente qualificam, muito embora possa defender-se que algumas das ali previstas merecessem eventualmente a qualificação de comuns, dada a extensão da sua incidência sobre certos crimes ou grupos de crimes. Só que nem o tempo sobra para apreciá-las, nem o seu funcionamento suscita dificuldades de maior.

A) CIRCUNSTÂNCIAS MODIFICATIVAS AGRAVANTES COMUNS

Reincidência

a) Pressupostos (art. 76.º)

1) A condenação prévia do agente é um pressuposto da reincidência comum a todos os sistemas jurídicos, que desde logo autonomiza o instituto relativamente à acumulação de crimes.

De acordo com o projecto inicial, a reincidência só funcionaria quando o delinquente tivesse sido objecto de duas condenações por crimes dolosos, pelo menos, por se entender que uma só não era necessariamente indiciadora do despeito pela sentença anterior que é agora o fundamento da agravação (seria, por exemplo, o caso citado pelo Prof. Eduardo Correia na 1.ª Comissão Revisora, de o crime ter sido cometido com excesso de legítima defesa).

Porém, na esteira da orientação defendida por alguns membros da comissão, posteriormente recolhida no projecto de 66, o novo Código, à semelhança do de 86 (art. 35.º), satisfaz-se com uma só condenação anterior, transitada em julgado (n.º 1).

Esta condenação, quando proferida por tribunais estrangeiros, contará para efeitos da reincidência se por crime também doloso segundo o direito português (n.º 3). Com esta regra, que se insere na orientação mais actual, põe-se cobro àquela que, oposta, tinha expressão no § 4.º do art. 35.º do Cód. 86, por razões ligadas à inexequibilidade daquelas sentenças.

No que respeita às condenações proferidas por tribunais militares, é sabido que o citado § 4.º do art. 35.º do Cód. 86 consignava a sua irrelevância para a reincidência quando tivessem por objecto crimes militares não previstos naquele código. Tratava-se duma disposição perfeitamente dispensável, considerando que o corpo do artigo já exigia a prática de crimes da mesma natureza. Como salienta o Prof. Eduardo Correia (Direito Criminal, II, 172), «a sua formulação parece mesmo tão-só explicável se a entendermos, não tanto com a intenção de reduzir, mas antes de fixar “a contrario” a doutrina de que, inversamente à tese de Chauveau e Hélie, as condenações militares são, em geral, de atender para efeitos de reincidência». Na linha desta doutrina, o silêncio do Código actual sobre a matéria, aliado à circunstância de a identidade de crimes não ser mais pressuposto necessário do instituto e de este encontrar o seu fundamento tão-só no desrespeito pela condenação anterior, parecem sugerir a conclusão de que as condenações referidas são hoje de computar para a reincidência. Esta conclusão sai reforçada face à primeira parte do art. 8.º do novo Código e tem-se por susceptível de sobreviver ao conceito de reincidência consagrado no art. 18.º do Cód. Just. Mil., não obstante a ressalva da parte final do referido art. 8.º

2) Outra característica do instituto é a de que não se exige que os crimes praticados sejam da mesma natureza. Não há que distinguir, para efeitos do art. 76.º, entre reincidência específica ou própria e genérica ou imprópria. A reincidência abrange agora no seu conceito a figura jurídica da sucessão de crimes, evitando-se as dificuldades de definir o que são crimes da mesma natureza e ultrapassando-se a discussão sobre o grau de perigosidade indiciado por uma criminalidade de tipo homótipo ou polítipo, sem que com isso pretenda negar-se a viabilidade criminológica da distinção.

Consequentemente, a agravação correspondente à reincidência não é mais uma reacção contra a perigosidade do delincente, que se encontra assegurada através da pena relativamente indeterminada, encontrando o seu fundamento, como atrás ficou dito, no desrespeito pela sentença anterior, no desprezo pela solene advertência contida nessa condenação e, em consequência, numa maior culpa referida ao facto. Esta será ainda a razão de ser da agravação quando a reiteração criminosa deva ser considerada dentro da moldura legal tão-só para a fixação da medida concreta da pena, por não ser caso de recurso ao instituto da reincidência.

3) Exige-se a reiteração por crimes dolosos (n.º 1), o que melhor se coaduna com a ideia de que a punição da negligência é sempre excepcional (art. 13.º), sendo por outro lado certo que o dolo é mais consentâneo com a razão de ser da agravação. Desta forma põe-se termo à discussão sobre a viabilidade da reincidência relativamente a crimes culposos, não excluída pelo art. 35.º do Cód. 86 e admitida implicitamente pelo Assento do STJ de 15/7/960 (BMJ-99, 570), ao fixar a doutrina de que os crimes culposos de homicídio e ofensas corporais não eram da mesma natureza para efeitos de reincidência.

4) As penas — seja a aplicada ao crime anterior, seja a correspondente ao segundo — devem ser de prisão (n.º 1), em atenção à gravidade que é de lhes exigir. Não se estabelecem limitações à duração da primeira, visto que na filosofia do Código uma pena de prisão é já por si indiciadora daquela gravidade.

Não se vê obstáculo a que a prisão em que o réu já foi condenado possa ter revestido a forma de prisão por dias livres.

5) Contrariamente à interpretação pacífica do instituto, na configuração que assumia no Cód. 86, o novo Código exige o cumprimento total ou parcial da pena de prisão em que o réu foi con-

denado (n.º 1). Com efeito, só em face dele poderá afirmar-se que «a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime»: quem não cumpriu a pena não chegou a sentir essa prevenção.

Abandonou-se, assim, a orientação tradicional, recolhida no projecto de 66, para retomar-se a que fora consagrada no projecto de 63.

6) Em relação ao Cód. 86, o prazo de prescrição do estado de reincidência foi encurtado de 8 para 5 anos (n.º 2), de acordo com a orientação legislativa e os estudos criminológicos mais recentes. Pretende-se que a reiteração constitua um índice real e não puramente formal de desrespeito pela sentença anterior.

O prazo conta-se desde a prática do primeiro crime — não já, como se entendia para o sistema anterior, a partir do trânsito da respectiva condenação — até ao cometimento do segundo, não se atendendo ao tempo por que o agente tenha cumprido uma medida privativa de liberdade pela razão evidente de que, durante ele, não podia praticar qualquer infracção.

7) Da mesma forma que no Cód. 86, também no novo Código a prescrição da pena (art. 121.º e segs.) não obsta à verificação da reincidência, na medida em que o n.º 4 do art. 76.º a equipara ao seu cumprimento; na verdade, aquele instituto respeita à execução da condenação e não à sua existência.

Não se lhe opõe igualmente a amnistia (cit. n.º 4), ao contrário do anterior diploma: quer o instituto incida sobre o crime ou os seus efeitos (incluindo a pena), apagando aquele ou estes (amnistia própria e imprópria ou perdão geral), não constitui obstáculo a que a infracção possa ser levada em conta para certos outros efeitos, designadamente a reincidência, como já ensinava o Prof. Beleza dos Santos.

8) É irrelevante para a verificação da reincidência que o agente cometa os crimes «por si só ou sob qualquer forma de participação» (n.º 1). Abrangem-se, com esta fórmula, a autoria em sentido lato (autoria singular, co-autoria, autoria mediata) e a cumplicidade (arts. 26.º e 27.º), tal como no Cód. 86 (art. 35.º, § 5.º); e exclui-se o encobrimento em qualquer das suas formas, como já se entendia para este diploma (v. g., Cavaleiro de Ferreira, «Lições», II, 151,

e Ac. STJ de 9/2/66, BMJ — 154, 157). O encobrimento aparece agora desdobrado em vários crimes autónomos tipificados na parte especial do Código (arts. 329.º a 331.º, 410.º, 411.º).

A instigação, por seu turno, é subsumível ao conceito da autoria mediata, não assumindo relevância autónoma, tal como no Cód. 86.

9) No Cód. 86, uma vez preenchidos os pressupostos da reincidência, a agravação respectiva funcionava «ope legis». Pelo contrário, reveste no novo Código a natureza de agravação «ope judicis»: compete ao juiz verificar, em face das «circunstâncias do caso», se «a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime» (n.º 1). Esta característica do instituto decorre logicamente do seu actual fundamento, já que, como atrás se disse, a prática do segundo crime não indicia necessariamente um desrespeito pela condenação anterior: a reiteração pode dever-se a causas fortuitas ou exógenas, hipótese em que aquele desrespeito não teve lugar nem pode, conseqüentemente, afirmar-se uma maior culpa referida ao facto. Excluem-se por esta forma do conceito de reincidência os casos de delinquência pluriocasional.

Neste domínio, houve quem preconizasse no seio da 1ª Comissão Revisora a inversão do ónus da prova: partindo-se da presunção «*juris tantum*» da falta de eficácia preventiva da condenação ou condenações anteriores, competiria ao delinquentes provar que essas condenações teriam constituído «suficiente prevenção contra o crime» e, portanto, que este se devia às causas acima referidas. Prevaleceu, porém, a solução de que aquela prova — não obstante a sua evidente e natural dificuldade — há-de sujeitar-se às regras gerais do processo penal.

b) Efeitos (arts. 77.º, 126.º, n.º 4, 127.º, n.º 3)

Como nota prévia, saliente-se que o novo Código não prevê a figura da segunda reincidência — mais rigorosamente, não prevê para ela regime especial — paralelamente ao que no Cód. 86 acontecia com as penas correcionais e ao invés do que no mesmo diploma se verificava relativamente às penas maiores (art. 100.º, n.º 1, 2ª parte, e n.º 2).

1) Prisão:

De acordo com o regime estabelecido, a agravação opera tão-só sobre o limite mínimo da pena aplicável ao novo crime. Na verdade, enquanto o seu limite superior se mantém, o limite inferior é elevado de um terço, sem prejuízo de a agravação baixar para a medida concreta da pena — ou da pena mais grave — aplicada nas condenações anteriores, se a exceder, e de a pena aplicável não poder ultrapassar o máximo previsto no tipo legal de crime.

Ao excluir do n.º 1 do art. 77.º o princípio de que a agravação não podia ser inferior a 1 ano, o Código marca um progresso relativamente à proposta de lei, evitando as dificuldades que se suscitavam na hipótese de a pena aplicável ao novo crime ser inferior àquela medida.

No entanto, as regras agora fixadas ainda são susceptíveis de levantar uma que outra dúvida ou dificuldade: por exemplo, quando a diferença entre os limites mínimo e máximo da pena aplicável ao novo crime for igual a um terço do limite mínimo (caso do art. 334.º, que prevê uma pena de prisão de 15 a 20 anos), a agravação prevista desencadeará uma pena de limites superior e inferior coincidentes, dificilmente conciliável, na sua fixidez, com a filosofia inspiradora do novo diploma.

2) Multa:

É por de mais conhecida a discussão travada à volta do art. 100.º do Cód. 86, no que respeita à sua aplicação à pena de multa, enquanto componente de uma pena mista.

Assim, a redacção do art. 76.º, formulada tão-só para penas de prisão com omissão de qualquer referência às de multa e, por outro lado, a análise dos tipos legais de crime puníveis na parte especial com penas mistas — em nenhuma das quais se encontra uma correspondência entre a prisão e a multa, nem se vislumbra qualquer proporcionalidade entre essas componentes da pena (desde logo, a prisão é cominada em anos ou meses e a multa em dias) — afigura-se virem dar cobertura à doutrina que já na vigência do Cód. 86 partia da ideia de ausência de proporcionalidade entre a prisão e a multa, desde a revogação da Lei de 1896, fora dos

casos em que a lei estabelecesse expressamente a correspondência, para concluir que só nestes casos a agravação da pena de prisão era extensiva à pena de multa.

A ser assim, a agravação do art. 77.º não abrangerá a pena de multa, sob pena de aplicação extensiva de efeitos agravantes modificativos à revelia e contra o espírito da lei. Sem esquecer que o automatismo da orientação oposta, eventualmente lesivo da justiça material das soluções — porque susceptível de prejudicar o ajustamento da multa às condições particulares do crime e do seu agente — se traduziria numa rigidez contrária à filosofia do novo Código.

3) Nos termos do n.º 2 do art. 77.º, «as disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras próprias da punição da reincidência».

Trata-se de uma orientação que vem na linha daquela que entendia que a agravação extraordinária das penas quanto aos delinquentes habituais, prevista no art. 93.º do Cód. 86, prevalecia sobre a da reincidência, face ao § único do art. 96.º, dada a prorrogabilidade da pena admitida pelo art. 67.º

4) Salvo disposição em contrário, a amnistia e o indulto não aproveitam aos reincidentes (arts. 126.º, n.º 4 e 127.º, n.º 3).

5) A reincidência nas contravenções.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, criou um direito de mera ordenação social distinto do direito criminal. As contra-ordenações eram sancionadas com coimas, de natureza puramente administrativa, não sendo admitida qualquer forma de prisão nem sequer de multa, ou qualquer outra sanção que ultrapassasse o quadro de uma advertência social dissuasora, dirigida ao infractor das normas de conduta que um Estado crescentemente intervencionista impõe aos cidadãos.

No n.º 3 do seu art. 1.º, o diploma equiparava às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas na lei que fossem passíveis de sanções pecuniárias: estas entravam, assim, no domínio do ilícito de mera ordenação social.

Porém, com o art. único do Decreto-Lei n.º 411/A/79, de 1 de

Agosto, foi revogado o n.º 3 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79; e aí temos as referidas contravenções em viagem de regresso ao ordenamento jurídico-criminal e a reposição do problema da reincidência quanto a elas — situação que se mantém com a publicação do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que revogou e substituiu o Decreto-Lei n.º 232/79.

O Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o Código Penal, dá no art. 7.º uma achega para a resolução do problema, ao manter em vigor as normas de direito substantivo (e processual) relativas a contravenções, sem embargo de mandar aplicar aos limites da multa e às prisões em alternativa as disposições do novo diploma.

Temos em consequência que sobreviveram à revogação do Cód. 86 a regra de que a responsabilidade criminal por contravenção só pode ser alterada em função da reincidência (art. 33), o conceito para esta formulado no art. 36.º e a conclusão — nem sempre aceite pacificamente pela jurisprudência, por via de uma certa interpretação do n.º 2 do art. 102.º do citado Código — de que a agravação é meramente geral, reflectindo-se tão-só na medida concreta da pena, (com ressalva dos casos especialmente previstos na lei, como o do § 3.º do art. 185.º).

B) CIRCUNSTÂNCIAS MODIFICATIVAS ATENUANTES COMUNS (Casos de atenuação especial da pena)

Os arts. 73.º e 74.º conferem ao julgador relevantes poderes modificativos da moldura penal abstracta.

Consagram, bem vistas as coisas, um sistema correspondente ao do art. 94.º do Cód. 86, na redacção introduzida pela Reforma de 54, do qual «não difere sensivelmente», como foi salientado na 1ª Comissão Revisora; devendo acentuar-se que o efeito atenuante especial, tal como naquele Código, não resulta do número mas do valor atenuante das circunstâncias que em cada caso concorram.

Suscita-se, no entanto, a seguinte questão:

O preceito correspondente no projecto inicial ao actual art. 74.º

(art. 88.º) previa a aplicação das suas regras aos casos de atenuação especial ou livre das penas («...quando uma disposição legal impõe ou admite que a pena seja livre ou especialmente atenuada...»).

Em resposta a um dos membros da Comissão Revisora, que se pronunciara a favor da eliminação do termo «livre», o autor do projecto sublinhou a conveniência de o manter, em virtude de outras disposições legais utilizarem a expressão «livremente atenuada»; com efeito, foi mantido pela comissão, «reconhecendo embora que em futura revisão devia unificar-se a terminologia e usar-se apenas a palavra «especialmente». Pressuponha-se, em consequência, a identidade dos respectivos regimes.

Porém, no projecto de 66, na proposta de lei e agora no Código foi eliminada do preceito qualquer referência à atenuação livre da pena, continuando esta no entanto a ser acolhida em vários artigos da parte especial (v. g., arts. 268.º, 269.º, n.º 5, 273.º, n.º 6, 275.º, n.º 5, 276.º, n.º 3, 277.º, n.º 8, 278.º, n.º 4, 279.º, n.º 5, 287.º, n.º 4, 303.º, n.º 5, 382.º, n.ºs 1 e 2, 403.º, n.º 2, 404.º, n.º 2, 423.º, n.º 2).

Mera inadvertência do legislador, sem prejuízo de se manter a unidade de regime para as duas atenuações?

Ou admissibilidade da atenuação livre, para certos tipos legais, como uma atenuação da pena, digamos, de forte pendor atenuativo mas dentro da moldura penal abstracta, ou podendo eventualmente dar lugar à descida do limite inferior daquela moldura, se especial, para o mínimo legal, independentemente das regras do art. 74.º?

A favor desta última hipótese poderá argumentar-se: na sua modalidade de atenuação conformada à medida abstracta da pena — que o legislador não previu na parte especial, para além destes possíveis, outros casos de atenuação geral das penas, ao invés da sua agravação (arts. 182.º, n.º 3 e 349.º, n.º 2); como atenuação para além do limite mínimo especial — que a atenuação limite mínimo prevista no art. 74.º comporta restrições que justificariam tal interpretação. Porém, estas razões não se afiguram decisivas e é inegável que a solução da identidade de regimes está mais próxima da história do preceito.

A atenuação especial da pena pode ter lugar nos casos expressamente previstos na lei, conforme o n.º 1, 1ª parte, do art. 73.º, ou quando se verificarem as circunstâncias referidas na segunda parte do mesmo número e no n.º 2 da citada disposição legal.

a) Circunstâncias previstas expressamente

São casos de atenuação especial expressamente previstos na lei (parte geral do novo Código) a comissão por omissão (art. 10.º, n.º 3), o erro censurável sobre a ilicitude (art. 17.º, n.º 2), o excesso de legítima defesa (art. 33.º, n.º 1) e o estado de necessidade desculpante (art. 35.º, n.º 2), todos de atenuação «ope judicis»; a tentativa (art. 23.º, n.º 2), a cumplicidade (art. 27.º, n.º 2) e o consentimento do titular do interesse não conhecido do agente (art. 38.º, n.º 4), em que a atenuação é «ope legis».

Além destas, o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, prevê como atenuante especial a qualidade ou estado jurídico de *jovem adulto* (art. 4.º).

A atenuação especial ou modificativa da pena tem ainda aplicação em duas hipóteses constantes da parte especial do novo Código: o incitamento ou ajuda ao suicídio de menor de 16 anos inimputável e com a resistência moral sensivelmente diminuída (art. 135.º, n.º 2), que faculta uma atenuação «ope judicis», e a violação para a qual a vítima contribuiu de modo sensível através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente (art. 201.º, n.º 3), que conduz a uma atenuação «ope legis».

Não obstante o novo Código não o exigir expressamente, flui da lógica do sistema que nos casos de atenuação especial facultativa o uso pelo juiz dos poderes modificativos da pena esteja condicionado pela diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente, nos termos do n.º 1, «in fine», do art. 73.º

Não será despropositado chamar muito rapidamente a atenção para um que outro traço mais impressivo destas atenuantes.

Comissão por omissão (art. 10.º, n.º 3)

O art. 10.º do novo Código toma posição em duas questões altamente controvertidas: a da imputação objectiva, ou seja, do nexó casual entre a conduta (acção em sentido lato) e o resultado, e a da equiparação da omissão à acção (em sentido estrito).

No que respeita ao problema da causalidade, apela para uma ideia de adequação (n.º 1) com o que posterga a teoria das condições equivalentes.

Quanto à equiparação da omissão à acção, consagra o princípio de que o comitente por omissão só é punível quando for pessoal e juridicamente garante pela não produção de um resultado, ou, na terminologia da lei, quando sobre ele «recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado» (n.º 2).

Dever que, segundo a doutrina alemã — que os projectos de 63 e 65, ao contrário do novo Código, expressamente acolham (arts. 7.º, § 1.º e 14.º, n.º 2, respectivamente) e à luz da qual é de ponderar se deve continuar a iluminar-se o preceito (cfr. art. 215.º) — pode resultar da lei (cfr., v. g., arts. 197.º e 199.º), de uma cláusula negocial ou de uma situação de facto criada anteriormente pelo próprio agente.

Porém, assente a existência de um dever jurídico que imponha certa conduta com vista a evitar a produção de um resultado, a imputação deste ao omitente não é feita sem mais mas recorrendo, como acima se disse, a uma ideia de causalidade adequada: o resultado apenas será imputável ao agente se a conduta deste tivesse sido adequada a evitá-lo (n.º 1). E só então, sendo a resposta afirmativa e o omitente punível, poderá funcionar a regra de atenuação especial do n.º 3.

Erro censurável sobre a ilicitude (art. 17.º, n.º 2)

Não cabe aqui fazer a exegese dos arts. 16.º e 17.º, aliás objecto de outra intervenção.

Assim, não colocarei a questão de saber se o legislador, abandonando a dicotomia erro de facto — erro de direito, terá querido consagrar a distinção entre erro sobre a factualidade típica e erro sobre a proibição; nem a de averiguar se a análise dos trabalhos preparatórios, nomeadamente o confronto entre o texto actual dos arts. 16.º e 17.º e o art. 13.º do projecto de 63 consentiriam a conclusão de que terá sido seu propósito adoptar no art. 16.º a teoria do dolo no domínio do erro sobre a proibição, acolhendo embora no art. 17.º as consequências práticas da teoria da culpa. Ainda na mesma perspectiva, muito menos importará apreciar a validade actual da distinção entre o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a proibição.

Releva, sim, reconhecer o notável progresso que as disposições do novo Código representam em relação ao Cód. 86, designadamente ao seu art. 29.º

E, no que concerne ao tema que me foi distribuído, sublinhar que a insuficiência ou deficiência de conhecimento acerca da ilicitude, quando censurável, conduz à punição do agente no quadro da moldura dolosa do facto praticado, podendo a pena ser especialmente atenuada (art. 17.º, n.º 2). Censurabilidade que há-de encontrar a sua razão de ser na culpa do agente pela formação da sua personalidade, ou, citando o Prof. Eduardo Correia, na «culpa por não se ter preparado para compreender as implicações da prática do facto ou para corresponder ao empenho da lei em que presente devidamente os enquadramentos dos factos que se projectam na (...) própria ordem jurídica. Tudo isto, evidentemente, para as hipóteses em que o erro (...) é censurável, pois quando é incensurável ele deve, por sua própria natureza, excluir a possibilidade de um qualquer juízo de censura» (BMJ-142, 167).

Excesso de legítima defesa (art. 33.º, n.º 1)

No que respeita a este caso de atenuação especial, também de carácter facultativo, talvez valha a pena recordar que o excesso dos meios a que alude o n.º 1 do art. 33.º é coisa diferente do excesso na defesa, isto é, da desproporcionalidade entre o bem jurídico agredido e o defendido, uma vez que a proporcionalidade entre eles não é exigida pelo conceito de legítima defesa e seria até susceptível de a dificultar na prática.

Com efeito, sendo requisito da legítima defesa a necessidade do meio empregado (art. 32.º), ela não depende da proporcionalidade entre os bens jurídicos em causa mas da natureza ou intensidade da agressão. Em consequência, se apenas um certo meio for susceptível de obstar àquela, a sua utilização será legítima ainda quando implique o sacrifício de um interesse mais importante do que o defendido. Pelo contrário, se o defendente tiver vários meios ao seu dispor, deverá valer-se do menos danoso para o atacante: só que não serão considerados para o efeito os meios desonrosos, como a fuga em certas condições.

O excesso (nos meios) de legítima defesa (excesso intensivo) justifica, por seu turno, a legítima defesa do primeiro agressor.

Esta, a orientação que já vinha sendo defendida pelo Prof. Eduardo Correia e corresponde à jurisprudência do STJ. Para o Prof. Cavaleiro de Ferreira, o excesso de legítima defesa abrangia ainda o excesso na causa; seria o caso de agressão motivada por provocação, ofensa ou qualquer crime praticado pelo deficiente (n.º 1 do art. 46.º do Cód. 86).

No Cód. 86, o excesso de legítima defesa dava lugar à isenção ou atenuação modificativa da pena (art. 378.º), ou à sua atenuação geral (art. 39.º, circ. 17.º). A atenuação revestiria a natureza de modificativa ou geral conforme a defesa se dirigisse a bens de natureza pessoal ou patrimonial, segundo o Prof. Beleza dos Santos; ou o excesso fosse culposo ou doloso, na tese do Prof. C. de Ferreira; ou tivesse na sua origem elementos asténicos (perturbação, medo, susto) ou estados esténicos (ódio, excitação, raiva), na lição do Prof. Eduardo Correia. A doutrina do n.º 2 do art. 337.º do Código Civil e do § único aditado posteriormente ao art. 46.º do Cód. 86 — confirmado pelo n.º 2 do art. 33.º do novo Código — aproximou a construção do excesso de legítima defesa das teses assentes na teoria da culpa, nomeadamente do pensamento do Prof. Eduardo Correia.

Estado de necessidade desculpante (art. 35.º, n.º 2)

Nos seus arts. 34.º e 35.º o novo Código resolve o problema do estado de necessidade através da consagração de um sistema diferenciado. O estado de necessidade (objectivo, ou direito de necessidade) é causa de exclusão da ilicitude (art. 34.º; cfr. art. 339.º, Cód. Civil) quando o agente salvaguarda interesses jurídicos sensivelmente superiores aos que sacrifica (hierarquizados de acordo com a própria lei, nomeadamente através da ordem por que os tutela no Código ou da natureza e gravidade das sanções); e causa da exclusão da culpa (estado de necessidade subjectivo ou desculpante, ou não exigibilidade) quando, sendo o bem jurídico salvaguardado de natureza eminentemente pessoal (vida, integridade física, liberdade, honra), não seja razoável exigir do agente um comportamento diferente, não obstante o assumido implicar o sa-

crifício de bens iguais ou superiores (mais correctamente, na terminologia da lei: muito embora o bem salvaguardado não seja sensivelmente superior ao sacrificado). A tutela dos bens jurídicos pessoais nos termos definidos no n.º 1 do art. 35.º — para além do puro direito de necessidade consagrado no art. 34.º — demonstra à evidência a importância que o legislador reconhece ao «carácter axiologicamente prioritário do homem» (relatório do Dec.-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o Código), em homenagem a valores constitucionalmente consagrados (Const., arts. 24.º e segs.) e coerentemente com a filosofia subjacente ao novo diploma, cuja parte especial abre precisamente pelos crimes contra as pessoas.

Admite, assim, o novo Código a não exigibilidade como causa de exclusão da culpa nas hipóteses previstas no n.º 1 do art. 35.º, não como causa excludente geral (sem prejuízo de outras soluções adoptadas se reconduzirem a uma ideia de não exigibilidade: art. 33.º, n.º 2). Exige-se a adequação dos meios aos fins e a indispensabilidade dos primeiros («adequado», «não removível de outro modo»). E requer-se que não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, um comportamento diferente.

No projecto de 63 (art. 45.º), a não exigibilidade de outro comportamento não era já aferida tão-só em abstracto, em função do tipo médio de homem suposto pela ordem jurídica, senão também em face do próprio agente («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»). Afastava-se com esta fórmula mista o perigo de reconhecer-se ao agente o *direito* de praticar crimes quando ao homem médio não fosse exigível um comportamento diferente (muito embora o pudesse ser ao próprio agente, concretamente considerado). A redacção adoptada pelo novo Código («... quando não seja razoável exigir dele (...) comportamento diferente) parece apontar agora para o tipo individual ou concreto de agente como pedra de toque da não exigibilidade (é exigível ao agente em concreto o que poderia não ser ao homem médio, atentas as suas qualidades pessoais ou deveres especiais que sobre ele impendem). Com esta fórmula, e bem assim com a expressão «segundo as circunstâncias do caso», a medida da exigibilidade — e com ela a da culpa — é aferida duplamente em concreto.

Reconhecida a não exigibilidade no n.º 1 do art. 35.º como causa de exclusão da culpa, impunha-se fixar uma regra de atenuação para situações em que, sendo os bens jurídicos salvaguardados diferentes dos referidos naquela norma mas também não sensivelmente superiores aos agredidos, contudo não fosse razoável exigir do agente outro comportamento; daí a razão de ser do n.º 2 do mesmo artigo, que admite nesses casos a atenuação especial da pena (bem como excepcionalmente a isenção da mesma). E aí temos o princípio da não exigibilidade como causa de atenuação especial ou circunstância modificativa da pena.

Tentativa (art. 23.º, n.º 2)

Ao passo que o Cód. 86 distinguia entre a tentativa e o delito frustrado (arts. 10.º e 11.º), o novo diploma formula um conceito amplo de tentativa, que abrange nos seus termos a figura da frustração (art. 22.º, n.º 1).

Com a expressão «que decidiu cometer» do n.º 1 do art. 22.º não terá sido propósito do legislador pôr o acento tónico na antecipação mental, por parte do agente, dos fins que este se propõe realizar com os actos que pratica, dessa forma manifestando a sua preferência pelas teses finalistas (o dolo como elemento da acção e não da culpa). Pelo contrário — e sem pretender embrenhar-me nesta matéria — pode entender-se que a expressão utilizada não difere substancialmente da «intenção» já exigida pelos arts. 10.º e 11.º do Cód. 86 e até do «empreendimento criminoso» referido no n.º 1 do art. 26.º do projecto de 66: trata-se tão-só de legitimar a punibilidade de certos actos nos casos em que o crime não chegue a consumar-se.

De qualquer forma, parece continuar aberto o caminho — que o projecto de 63 deliberadamente não fechou — para construir-se o conceito de tentativa numa perspectiva finalista ou como perigo de crime concreto (à luz do qual a intenção criminosa não integraria o elemento subjectivo mas constituiria tão-só uma condição adicional de punibilidade, justificável pelo carácter excepcional da punição de um crime não consumado) (BMJ-143, 51; Prof. E. Correia, «Direito Criminal», I, 238 e segs.).

Ao invés do Cód. 86, o legislador fornece agora uma definição de actos de execução (art. 22.º, n.º 2). Para a formulação do juízo de previsibilidade imposto pela alínea *c*) são de atender, sem dúvida, as circunstâncias objectivas. Em face do n.º 1 da mesma disposição («que decidiu cometer») afiguram-se igualmente atendíveis o plano do agente e até a sua personalidade, indissociável daquele plano.

A tentativa só é punível quando ao crime consumado corresponder pena superior a 2 anos de prisão (art. 23.º, n.º 1; cfr. art. 11.º, n.º 4, Cód. 86); e sê-lo-á na moldura daquele, especialmente atenuada (art. 23.º, n.º 2). Como se sabe, já no Cód. 86 revestia a natureza de uma atenuante modificativa (art. 105.º).

São excepções à regra do n.º 1 do art. 23.º, *v. g.*, as seguintes: 156.º, n.º 2, 220.º, n.º 3, 221.º, n.º 3, 222.º, n.º 2, 223.º, n.º 2, 225.º, n.º 2, 226.º, n.º 3, 227.º, n.º 2, 228.º, n.º 5, 230.º, n.º 3, 238.º, n.º 3, 240.º, n.º 2, 243.º, n.º 2, 248.º, n.º 2, 319.º, n.º 3, 332.º, n.º 2, 375.º, n.º 3, 392.º, n.º 7, 433.º, n.º 2. Nas hipóteses dos arts. 289.º, n.º 2 e 361.º, n.º 3, a tentativa é equiparada à consumação.

A atenuação especial determinada pela tentativa é obrigatória (nunca se sabe se quem cometeu um crime tentado o viria a consumir) e não meramente facultativa, como no projecto de 63 (que partia da possibilidade de haver tentativas tanto ou mais graves do que poderia vir a ser o crime consumado) (art. 23.º, n.º 2).

Cumplicidade (art. 27.º, n.º 2)

Nos termos do art. 27.º do projecto de 63, era punível como autor ou agente de um crime quem tivesse dado causa à sua realização. O artigo enunciava nos seus quatro números as formas por que podia dar-se causa a essa realização, ou seja, as formas de participação criminosa (n.º 1 — autoria singular; n.º 2 — co-autoria; n.º 3 — autoria mediata ou moral, simples ou conjunta; n.º 4 — cumplicidade).

Não se autonomizava o conceito de instigação, porque subsumível ao de autoria mediata, nem se previa o encobrimento, que se entendia dever ser regulado como crime autónomo na parte especial.

O projecto partia, assim, de um conceito extensivo de autoria (a imputação objectiva do facto ao seu agente feita segundo as regras da causalidade), sem contudo recusar dentro daquele lato conceito a autonomia possível aos diversos tipos de participação, em função das suas características próprias. À luz destas, a cumplicidade era reduzida ao auxílio «causam non dans», aliás já conhecido do Cód. 86 (art. 22.º, n.º 2): era cúmplice quem auxiliasse ou determinasse outrem à prática de um crime que teria sido na mesma realizado sem a sua intervenção, porém em condições (de tempo, modo, lugar, circunstâncias) diferentes (n.º 4, cit. art. 27.º).

O art. 32.º do projecto de 66, muito embora despedido de roupagens doutrinárias e de formulação mais sintética, não deixava de navegar nas águas do projecto inicial na descrição das formas de participação. E afigura-se que o mesmo poderá afirmar-se em relação ao novo Código.

É certo que este contempla em artigos distintos a autoria (art. 26.º) e a cumplicidade (art. 27.º). Porém, ao definir as formas de que a primeira pode revestir-se em termos não substancialmente diferentes dos do projecto de 63, parece continuar a reduzir a segunda ao auxílio «causam non dans», embora acentuando agora a distinção entre cumplicidade moral e material, conforme o auxílio é prestado por conselhos ou factos.

Contrariamente ao que por vezes se entendia para o sistema anterior, a cumplicidade só é punível a título de dolo (art. 27.º, n.º 1), cabendo ao cúmplice a pena do autor, especialmente atenuada (ib., n.º 2). Porém, na parte especial do Código encontram-se exemplos de equiparação da cumplicidade à autoria, como é o caso dos arts. 289.º, n.º 2 e 361.º, n.º 3.

No Cód. 86 a cumplicidade revestia igualmente a natureza de circunstância atenuante modificativa (art. 103.º).

Consentimento, não conhecido do agente, do titular do interesse jurídico ofendido (art. 38.º, n.º 4)

O art. 340.º do Cód. Civil terá encerrado com resposta afirmativa o debate travado à volta do art. 29.º, n.º 5, do Cód. 86, no sentido de saber se esta disposição consagrava ou não o consentimento do ofendido como causa geral de exclusão da ilicitude.

O princípio aparece agora genericamente reconhecido no art. 38.º do novo Código, aliás em termos semelhantes aos do citado art. 340.º: «o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se refira a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofenda os bons costumes».

A natureza disponível ou indisponível de um bem jurídico há-de resultar directa ou indirectamente da própria lei. Na verdade, ou esta dispõe a tal respeito (v. g., arts. 140.º, n.º 1, 149.º, 158.º, 207.º, 214.º), ou terá que recorrer-se a outros elementos de interpretação, como a natureza alienável ou inalienável dos bens, a exigência de queixa ou acusação particular como condição do procedimento criminal, etc.

Com a regra do n.º 4 do art. 38.º evita-se uma situação de impunidade socialmente chocante (consagrando-se, por outro lado, a punibilidade de um crime impossível).

O agente será, em consequência, punido na moldura do crime consumado, especialmente atenuada.

Estado jurídico de jovem adulto (art. 4.º, Dec.-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro)

O Dec.-Lei n.º 401/82, dando execução ao art. 9.º do novo Código, veio fixar normas especiais aplicáveis aos *jovens adultos* em termos de poder afirmar-se — na perspectiva que aqui importa considerar — que se está perante uma circunstância modificativa herdeira da atenuante da menoridade do Cód. 86 (arts. 107.º e 108.º), embora com diferente regime. Regime que, numa das suas facetas (arts. 5.º e 6.º) parte da confiança na capacidade de ressocialização daqueles agentes para a elaboração de um direito penal próprio, que se quis próximo dos princípios e normas do direito reeducador de menores, reconhecendo-se no entanto à lei geral o papel de direito subsidiário (art. 2.º).

De acordo com o art. 1.º do diploma citado, considera-se *jovem adulto* o agente imputável que na data da prática do crime tenha completado 16 anos sem atingir os 21. E, conforme o disposto no art. 4.º, se ao *jovem adulto* for aplicável pena de prisão, o juiz deve atenuar especialmente a pena nos termos dos arts. 73.º e 74.º

do Código Penal, «quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reintegração social do jovem condenado».

O funcionamento desta atenuante especial parece excluir a aplicabilidade aos *jovens adultos* do regime fixado nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 401/82, que prevêem medidas de correcção, tratamento e educação quando ao crime praticado corresponde prisão inferior a 2 anos (art. 5.º), ou até 2 anos (art. 6.º).

A ser assim:

Uma vez determinada a medida abstracta da pena sem levar em conta a atenuação especial prevista no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 401/82, o julgador deverá considerar, em face dos seus arts. 5.º e 6.º, a aplicabilidade ao *jovem adulto* das medidas neles referidas. Se não for caso de aplicá-las, procederá então à atenuação especial da pena nos termos do art. 4.º No caso contrário, a atenuação não funcionará e a questão há-de pôr-se nos seguintes termos:

Se o agente tiver menos de 18 anos, o tribunal, consideradas a sua personalidade e as circunstâncias do facto, pode aplicar-lhe isolada ou cumulativamente as medidas previstas no art. 18.º da Lei Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro): admoestação; entrega aos pais; tutor ou pessoa encarregada da sua guarda; imposição de certas condutas ou deveres; acompanhamento educativo; colocação em família idónea; colocação em estabelecimento oficial ou particular de educação; colocação em regime de aprendizagem de trabalho junto de entidade oficial ou particular; submissão a regime de assistência; colocação em lar de semi-internato; colocação em instituto médico-psicológico; internamento em estabelecimento de reeducação.

Se o agente for maior de 18 e menor de 21 anos, o tribunal pode decretar as seguintes medidas de correcção: admoestação, imposição de determinadas obrigações, multa (fixada de acordo com os princípios gerais — art. 9.º) e internamento em centros de detenção (arts. 6.º a 11.º e 13.º).

No caso de conduta irregular do *jovem adulto* internado em centro de detenção (ausência ilegítima da instituição, incumprimento voluntário e repetido de horários e regulamentos, indisciplina e mau comportamento em sociedade — D. L. n.º 401/82,

art. 11.º, n.º 1), a medida pode ser revogada, devendo o juiz aplicar a pena correspondente ao crime, na qual poderá descontar o tempo de internamento (ib., n.º 2).

b) Circunstâncias não previstas expressamente

São «circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto ou da culpa do agente» (art. 73.º, n.º 1, segunda parte).

A diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente constitui, portanto, a pedra-de-toque ou critério de aferição das circunstâncias não previstas expressamente, com valor atenuante especial ou efeito modificativo da pena; e verifica-se sempre que, por força delas, a ilicitude ou a culpa não atingem a gravidade pressuposta na norma incriminadora.

O n.º 2 do art. 73.º enuncia algumas dessas circunstâncias. Trata-se de uma enumeração meramente exemplificativa e em rigor dispensável. Poderia até⁶ dizer-se — como foi dito na 1.ª Comissão Revisora — que este número «se limita a repetir circunstâncias que, por outras palavras, se encontram já contidas no artigo anterior» e que teria sido suficiente salientar que, enquanto o art. 72.º se satisfaz com uma diminuição geral da ilicitude ou da culpa, o art. 73.º exige a sua diminuição acentuada ou essencial.

Porém, sublinhou o Prof. Eduardo Correia, a razão de ser da enumeração, tal como no Código Suíço, em vez da simples consagração de um critério geral de avaliação, à semelhança do então projecto alemão, foi a de fornecer critérios mais facilmente apreensíveis, «dar ao juiz melhor consciência daquilo que deve conduzir à atenuação especial». Procurou dar-se exemplo de circunstâncias — como, *v. g.*, a provocação, ou a conduta da vítima, nomeadamente nos crimes sexuais — que, pela sua particular importância, «têm uma especial aptidão para produzir o efeito requerido». «Mas o conferir valor atenuante especial a certa circunstância depende de uma mera faculdade do juiz».

Sintetizando o que fica dito, a interpretação conjugada do art. 72.º, que respeita à medida concreta da pena, e do art. 73.º, n.º 1, II e n.º 2, que se dirige à sua moldura abstracta, permite a formulação do seguinte sistema:

Quando determinada circunstância — enumerada ou não no art. 73.º, ou mesmo no art. 72.º — diminua a ilicitude do facto ou a culpa do agente de forma essencial ou acentuada, isto é, por forma que aquela ilicitude ou esta culpa não assumam a gravidade pressuposta pelo legislador no tipo legal de crime, o juiz pode atribuir-lhe valor atenuante especial, nos termos do art. 73.º, n.º 1, 2.ª parte e para efeitos do art. 74.º

Funcionará, então, como circunstância atenuante modificativa.

Se a diminuição é tão-só geral — não afectando essencialmente a ilicitude ou a culpa, tal como previstas na norma incriminadora — a circunstância valerá para efeito da medida concreta da pena, face ao art. 72.º

Terá, então, a natureza de atenuante geral.

A mesma circunstância será, pois, geral ou modificativa — repercutindo-se no art. 72.º ou no art. 73.º — consoante os seus efeitos sobre a ilicitude ou a culpa.

c) Efeitos (art. 74.º)

1) Quanto à pena de prisão:

O limite máximo da pena é reduzido de um terço (n.º 1).

Relativamente ao limite mínimo:

- a) Se for de 8 anos ou superior, é reduzido para 2 anos (alínea a);
- b) Quando superior a 2 mas inferior a 8 anos, desce para 1 ano (alínea b);
- c) Se consistir no mínimo legal, pode aplicar-se a prisão por dias livres (alínea c).

A regra contida nesta última alínea era susceptível de criar algumas dúvidas de interpretação em face da redacção que o art. 44.º apresentava na proposta de lei.

Na verdade, sendo de 3 meses a duração máxima da prisão contínua convertível em prisão por dias livres, de 15 o número de períodos admitido e equivalendo cada período a 6 dias de prisão con-

tínua, poderia ser-se levado a concluir que o legislador teria querido consagrar no art. 44.º um critério rígido de proporção aritmética (de 6:1) na substituição da prisão contínua por prisão intermitente (a 90 dias da primeira corresponderiam 15 períodos da segunda, a 60 dias 10 períodos, a 30 dias 5 períodos).

A ser assim, a alínea c) em apreço suscitaria dificuldades para os casos de prisão superior a três meses.

Porém, segundo o texto do Código, cada período de prisão por dias livres passou a equivaler a 4 dias de prisão contínua (n.º 2 do art. 44.º), com o que ficou definitivamente esclarecido que a razão de equivalência não tem que ver com a substituição da prisão contínua por prisão intermitente (tal como nos projectos de 63 e 66), sob pena de a prisão superior a 60 dias não ser passível daquela substituição, contra o disposto no n.º 1 do mesmo artigo. Ficaram deste modo superadas as dificuldades de interpretação atrás referidas, que a alínea em apreço poderia eventualmente levantar.

- d) Sendo de dois anos o limite superior da pena abstracta, admite-se a redução dessa pena — o que é o mesmo que dizer, do seu limite mínimo, se especial — para o mínimo geral; podendo ainda ter lugar (trata-se de faculdade de opção conferida ao tribunal, a usar de acordo com as circunstâncias) a sua substituição por multa «dentro dos limites legais desta», isto é, entre 10 e 300 dias (art. 46.º, n.º 1; cfr. art. 94.º, n.º 4, Cód. 86) ou até a aplicação isolada da multa quando a pena for mista (alínea d).

Cumpre salientar alguns pontos:

A redacção das alíneas c) e d) pode dar lugar a uma sobreposição de sistemas, quando a moldura abstracta do crime tenha por limite inferior o mínimo legal e por limite máximo 2 anos de prisão. Competirá nesses casos ao juiz escolher o mais adequado, como sublinhou na 1.ª Comissão Revisora o Prof. Eduardo Correia.

A substituição da prisão até 2 anos por multa, dentro dos limites legais desta (alínea d), 1.ª parte, «in fine») é algo de diferente da substituição por multa imposta pelo n.º 1 do art. 43.º Este, uma vez preenchido determinado requisito (que a execução da pri-

são não seja exigida por razões de prevenção) prevê a substituição obrigatória de uma pena concreta de prisão (até 6 meses) pelo número correspondente de dias de multa. Pelo contrário, na alínea *d*) a solução consagrada é a da substituição facultativa de uma pena abstracta de prisão (até 2 anos) por outra de multa, dentro dos limites gerais desta, portanto sem qualquer correspondência com um número prefixado de dias de prisão. No primeiro caso, estamos no domínio geral de aplicação das penas; no segundo, na área da sua atenuação especial. Ali, começa por aplicar-se uma pena concreta, que em seguida se substitui; aqui, substitui-se desde logo a pena abstracta.

Quando a atenuação especial da pena desencadear a aplicação de uma multa (em substituição da pena de prisão, dentro dos limites legais da pena de multa, ou aplicada singularmente, nos casos de pena mista — alínea *d*), 1.^a e 2.^a partes), a pena resultante fica sujeita aos princípios que regem a pena de multa (art. 74.º, n.º 2). Assim, haverá lugar à fixação de prisão em alternativa (art. 46.º, n.º 3), à aplicação de uma multa global única na hipótese do art. 43.º, n.º 2, etc. Outra questão, que se abordará mais adiante, é a de saber se a multa já resultante da atenuação especial pode, por seu turno, ser reduzida nos termos da alínea *e*).

2) Quanto à pena de multa:

A atenuação especial da pena de multa obedece ao critério fixado na alínea *e*) do n.º 1 do art. 74.º: o tribunal reduzi-la-á «na medida que for razoável». Trata-se de um aditamento do Código à proposta de lei, omissa a este respeito.

A ampla fórmula utilizada sugere três conclusões quanto ao seu funcionamento: a primeira, porventura menos líquida, é a de que o limite máximo da pena de multa não estará sujeito à rígida redução de um terço prevista no n.º 1 (tal como a alínea *c*) não lhe está subordinada, por via do seu próprio teor); a sua aparente subordinação a esse número explicar-se-ia pela conveniência de incluir a regra no texto do diploma sem o alterar substancialmente. Tem-se no entanto por razoável que tal redução não seja inferior àquele terço. A segunda conclusão, que se afigura incontroversa, é a de que o limite inferior pode ser reduzido ao mínimo legal, quando o ex-

ceda. A última, que igualmente se considera isenta de dúvidas, consiste em que com a fórmula utilizada ficou definitivamente excluído o princípio da rigorosa correlação ou proporcionalidade entre a prisão e a multa nas penas mistas, designadamente nos casos de atenuação especial (o que também já decorria da alínea *d*), 2.^a parte, por força da qual a atenuação especial da pena de prisão e multa se traduz na formação de uma penalidade nova, singular, de multa).

Âmbito de aplicação da alínea *e*):

Não parece sofrer dúvidas que a regra é aplicável quando o crime for punível apenas com multa ou quando, sendo punível com prisão ou multa, o tribunal der preferência fundamentada à segunda, nos termos do art. 71.º

Temos por pacífica idêntica solução para as hipóteses em que, sendo a pena mista (de prisão e multa), a primeira for objecto de atenuação especial ao abrigo das alíneas *a*), *b*), *c*) e *d*), 1.^a parte, I. Podemos até admitir que o legislador haja tido em vista estas hipóteses, consagrando por via legislativa doutrina paralela à do Assento do STJ de 23/2/960 (BMJ — 154, 134) para o art. 94.º do Cód. 86 (a de que a atenuação extraordinária da pena abrangia a multa complementar variável); só que, ao fazê-lo, teria sido intenção sua excluir o princípio da proporcionalidade entre as componentes da pena mista.

Já surgem sérias dúvidas quando a pena de multa resulte da substituição da prisão, nos termos da alínea *d*), 1.^a parte, «in fine», ou da sua aplicação isolada ou singular ao abrigo da segunda parte da mesma alínea. O problema põe-se em termos semelhantes àqueles em que se colocava para o art. 94.º do Cód. 86 e reside em saber se o uso da faculdade de atenuação especial conferida pelos preceitos citados é compatível com o da alínea *e*). Trata-se, afinal, de um problema de dupla atenuação. Resolveu-o afirmativamente, em relação aos n.ºs 2 e 4 do referido art. 94.º, o Assento do STJ de 23/7/957 (BMJ — 64, 486). A nova lei não fornece qualquer indicação expressa a este respeito, mas os termos em que é prevista a atenuação especial não parecem apontar para essa solução.

Finalmente, assinala-se que com a fórmula utilizada na alínea *e*), a atenuação especial abrange também as multas em quantia ainda subsistentes.

3) Ainda dentro dos efeitos da atenuação especial, cumpre salientar que o instituto não exclui a aplicação do regime de prova, nem tão-pouco — uma vez fixada a pena concreta — a possibilidade de decretar-se a suspensão da execução desta. Também não prejudica, como atrás se disse, a aplicação dos princípios que regem a pena de multa (art. 74.º, n.º 2).

C) CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS MODIFICATIVAS

Impõe-se agora fixar critérios para a determinação da medida abstracta da pena quando concorram, relativamente ao mesmo crime, circunstâncias modificativas agravantes, atenuantes, ou umas e outras.

a) Concurso de circunstâncias modificativas agravantes

Poderia pensar-se que em relação a estas o problema não se põe, por estar em causa apenas a reincidência (abrangendo a figura da sucessão de crimes) e apenas naqueles casos em que as suas regras não sejam afastadas pelas disposições referentes à pena relativamente indeterminada (art. 77.º, n.º 2).

Porém, não sendo este o momento adequado para analisar as agravantes modificativas especiais, cujo estudo deve ser feito na parte especial do Código, não podemos desconhecer que elas existem; refiro-me, naturalmente, àquelas que se limitam a modificar a pena sem modificarem o crime, ou seja, sem que dêem lugar à criação de tipos autónomos de incriminação ou delitos «sui generis»: quanto a estas, a questão não se coloca.

Ora, não obstante o novo Código não conter uma norma idêntica à do § único do art. 96.º do Cód. 86 — que, por seu turno, recolheu a doutrina do Assento do STJ de 6/2/945 — poderia eventualmente pretender-se que nele continuava a encontrar guarida o sistema de absorção agravada, de que seria afloramento o n.º 2 do art. 77.º, atrás citado.

Pensamos que não. Para além de a pena relativamente indeterminada encontrar a sua sede própria no domínio da medida concreta da pena, as regras de normalidade impõem que quando a lei

consagra um instituto seja para que ele funcione, ressalvada disposição em contrário ou outra razão impeditiva do seu funcionamento (v. g., a existência de um concurso aparente de circunstâncias).

Com tais preceitos — e bem assim com outros previstos na parte geral do Código (v. g., arts. 74.º, n.º 2 e 86.º, n.º 2) — a intenção do legislador foi antes a de compatibilizar harmoniosamente o funcionamento dos institutos que prevê.

Não se encontra, portanto, razão para não se adoptar agora o sistema da acumulação, salvo se outro resultar do tipo de crime para as agravantes especiais que preveja.

Assim, acumular-se-ão os efeitos das várias agravantes modificativas, por uma ordem que se afigura praticamente indiferente mas deve em rigor começar pelas circunstâncias especiais, seguindo-se as comuns, ou seja, a reincidência.

b) Concurso de circunstâncias modificativas atenuantes

Convém ter aqui presentes os casos de atenuação especial da pena, que se assumem como atenuantes modificativas comuns, e as atenuantes modificativas especiais.

Não há motivo — bem pelo contrário, na linha de orientação seguida quanto às agravantes — para que não se adira ao sistema da acumulação, aliás tradicional no nosso direito no que respeita às atenuantes modificativas; em consequência, somar-se-á o valor atenuante de todas elas, especiais e comuns, devendo começar-se igualmente pelas primeiras.

Com mais rigor: soma-se o seu efeito atenuante, na medida em que este lhes seja consentido. A acumulação é mitigada.

Na verdade, há penas desde logo insusceptíveis, *face à letra da lei*, de atenuação especial ou modificativa no limite mínimo (v. g., prisão de 3 meses a 3 anos; de 6 meses a 3, 4, 5 ou 6 anos; de 1 ano a 3, 4, 5, 6, 8 ou 10; de 2 anos a 4, 5, 6, 8, 10 ou 15), o que pode conduzir a esta situação: se o crime praticado for punível com uma destas penas, o seu limite mínimo nunca pode descer, quaisquer que sejam as atenuantes modificativas que no caso concorram, e o seu limite máximo só pode baixar, por força delas, até uma medida imediatamente superior à do limite mínimo, com prejuízo das atenuantes que não tenham ainda funcionado.

Por outro lado, ainda que se trate de penas à partida passíveis de atenuação no limite mínimo, quando este descer, por efeito de uma atenuante modificativa, para uma medida já insusceptível de atenuação especial — o que é possível, atenta a formulação das várias alíneas do n.º 1 do art. 74.º — também as restantes atenuantes verão excluído o seu efeito modificativo, umas vezes em relação ao mínimo, outras até relativamente ao mínimo e ao máximo. Sintetizando, afigura-se-nos que a atenuação especial estaria condicionada pelos seguintes limites — a não se recorrer à interpretação extensiva ou à solução facultada pelo art. 10.º, n.º 3, do Cód. Civil — :

1) As penas de prisão com um mínimo superior ao legal mas não superior a 2 anos e um máximo superior a esta última medida não consentem atenuação do limite mínimo;

2) No concurso de atenuantes modificativas, a atenuação do limite mínimo da prisão só pode ter lugar uma vez; por outras palavras, a faculdade de atenuação conferida por uma alínea não é compatível com a de qualquer outra;

3) Ainda no concurso de atenuantes, o limite máximo da pena é em princípio passível de mais do que uma atenuação, por força do n.º 1 do art. 74.º; porém, as restrições postas à atenuação do limite mínimo inviabilizam por vezes a atenuação daquele máximo.

c) Concurso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes

Decorre do que fica dito o critério a adoptar no concurso destas circunstâncias: determina-se em primeiro lugar a medida legal da pena em função do valor das agravantes e sobre ela incidirão as variações dessa medida resultantes da intervenção das atenuantes.

D) CRIME CONTINUADO, DISPENSA DE PENA E ADIAMENTO DA SENTENÇA, REGIME DE PROVA E REGIME JURÍDICO DOS JOVENS ADULTOS

As regras expostas valem para a determinação da pena aplicável ao crime continuado (art. 78.º, n.º 5).

Por outro lado — uma vez determinada a medida abstracta da pena — será este o momento adequado, quando menos à luz

de uma certa orientação, para ponderar a possibilidade de não aplicar a pena ou adiar a sentença para data posterior e para considerar a aplicabilidade do regime de prova (cfr., no entanto, art. 31.º, n.º 4, Dec.-Lei n.º 402/82).

E é a altura própria para intervir o regime jurídico dos *jovens adultos* previsto nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 401/82, suposto que não tenha funcionado a atenuação especial do art. 4.º do mesmo diploma.

Sem curar do regime de prova, que será objecto de outra intervenção, nem do regime dos *jovens adultos*, já abordado, convém fixar algumas ideias, necessariamente breves, acerca dos restantes institutos.

a) Crime continuado (arts. 30.º, n.º 2 e 78.º, n.º 5)

1) Conceito:

O legislador construiu no n.º 2 do art. 30.º o conceito de crime continuado — ou seja, a pluralidade de infracções reduzida juridicamente a uma só — a partir da ideia da diminuição «considerável» da culpa do agente; diminuição da culpa que decorre de a reiteração criminosa ser devida a uma disposição exterior das coisas para o facto (a «uma mesma situação exterior», na expressão do preceito legal) que torna cada vez menos exigível um comportamento diverso por parte do delinquente, suposto que este não seja dotado de uma personalidade especialmente sensível àquela situação exterior.

São ainda elementos do conceito a unidade ou coincidência fundamental do bem jurídico violado e a homogeneidade de actuação do agente. Mas já não se exige a conexão especial e temporal das suas actividades, que, como é sabido, só releva negativamente, na medida em que serve para recusar o nexo psicológico que deve existir entre as várias motivações.

Por outro lado, ao impor que os tipos legais de crime preenchidos protejam o «mesmo» bem jurídico, pode razoavelmente entender-se que o preceito excluiu da continuação criminosa a hipótese de plúrimas violações de bens jurídicos eminentemente pessoais mas encabeçados em titulares diferentes.

2) Punição

A pena aplicável ao crime continuado é a correspondente ao tipo legal de crime mais grave que integra a continuação. Esta gravidade só pode dar-se por estabelecida depois de aplicadas as regras que ajudam à determinação da medida abstracta da pena.

b) Dispensa de pena e adiamento da sentença (art. 75.º, n.ºs 1 e 2)

Com o art. 75.º do novo Código, o legislador deu corpo a uma resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa, já recebida no direito interno de outros países.

A dispensa de pena (n.º 1) é uma medida substitutiva das penas curtas de prisão, cujo efeito criminógeno se destina a combater. Ao apelar para o sentido de responsabilidade e a participação do delinquente na sua própria reinserção social pode outrossim ser encarada na perspectiva de autêntica medida de tratamento.

Tem como pressupostos:

1) Que o facto praticado constitua crime punível com pena de prisão não superior a 6 meses, com ou sem multa até ao mesmo limite.

A eliminação, relativamente à proposta de lei, da referência a crimes públicos, permite agora incluir nos crimes passíveis de dispensa de pena não só aqueles em que o procedimento criminal depende de queixa ou acusação particular, como ainda, seguramente, os que dependam de participação da autoridade pública que, uma vez apresentada, não pode ser objecto de renúncia nem retirada, assumindo assim a natureza de crimes quase-públicos (art. 115.º).

Por outro lado, a expressão agora introduzida «com ou sem multa até ao mesmo limite» clarificou as dúvidas que poderiam levantar-se perante a redacção da proposta, excluindo apenas — dessa forma purificando o instituto — os crimes puníveis só com multa.

O limite máximo de 6 meses estabelecido para a pena de prisão passível de dispensa resulta de o instituto, concretizando embora uma forma de reacção contra as penas detentivas, não ignorar a necessidade de prisão para os crimes mais graves.

2) Que a culpa do agente seja «diminuta», o dano tenha sido reparado e não se oponham à dispensa de pena «as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral».

São pressupostos de verificação cumulativa.

A exigência da reparação do dano encontra a sua razão de ser na circunstância de o agente revelar com o ressarcimento a inadequação da sua personalidade ao facto, o qual perde o valor de índice da perigosidade do seu autor; por outro lado, eliminando os efeitos do crime, a reparação como que afasta as razões de política criminal que aconselhariam a aplicação da pena, do mesmo passo que se reflecte positivamente na própria culpa do agente, também pressuposto da dispensa de pena.

O instituto não era desconhecido do Cód. 86, como se mostra do seu art. 369.º

O adiamento da sentença (n.º 2) corresponde ainda a uma resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Por via dele, nos casos em que os pressupostos da dispensa de pena não se encontrem ainda plenamente preenchidos, o juiz pode deixar de proferir sentença e adiá-la até ao limite temporal máximo de 1 ano, se os referidos pressupostos estiverem «em vias de se verificarem», ou seja — transcrevendo o relatório do decreto-lei que aprovou o Código —, «na esperança de que o comportamento do delinquente, a reparação próxima do dano ou a confirmação da falta de especiais exigências de prevenção venham a justificar a dispensa de pena».

Será o caso de no momento do julgamento a conduta do agente posterior ao crime suscitar ainda dúvidas sobre a necessidade da pena; de o agente pretender reparar o dano e estar prestes a conseguir uma situação que lho permita; de tudo apontar para um decréscimo de criminalidade na área invadida pelo agente com o facto; etc.

III — MEDIDA CONCRETA DA PENA

Determinada a medida legal ou moldura abstracta da pena sem que seja caso de dispensa desta, adiamento da sentença, sujeição do delinquente a regime de prova ou aplicação ao *jovem adulto*

de medidas reeducativas, coloca-se o problema da sua individualização em concreto. Uma breve análise do art. 72.º, com uma ainda mais sumária alusão ao art. 73.º, permitirá referenciar as linhas gerais do sistema a que obedece a fixação da medida concreta da pena.

O art. 20.º do projecto inicial consagrava destacadamente a culpa como fundamento da punição. Culpa então entendida em sentido ético-jurídico — como se afigura resultar da simples leitura dos trabalhos preparatórios —, encarada na dupla perspectiva de culpa pelo facto e pela personalidade — «o homem deve responder por aquilo que faz, na base daquilo que é» (Actas, BMJ — 140, 248) — sem que por isso o sistema punitivo deixasse de assentar naquele para fundamentar-se nesta. O facto continuava a ser o ponto de partida da punição, mas o facto praticado por um homem dotado de certa personalidade — não qualquer personalidade, mas a expressa no próprio facto.

Nem isto constituía novidade de maior no nosso direito: já o art. 84.º do Cód. 86 enunciava a personalidade do delinquente como elemento a ponderar na determinação da culpa e da pena.

Mas com o construir-se um sistema penal assente sobre aquela noção de culpa não eram postergadas as exigências de defesa da sociedade. A culpa não fornecia um «quantum» exacto de pena mas tão-só o seu limite máximo, a moldura dentro da qual o juiz haveria de atender aos fins de prevenção.

Muito embora, reconheça-se, sem grande significado prático — particularmente em face das disposições sobre a medida da pena, como foi sublinhado na 1ª Comissão Revisora —, esta manteve o artigo no texto do projecto. Mas terá sido esse reduzido alcance prático e as roupagens doutrinárias de que se revestia que levaram à sua eliminação no projecto de 66, sem embargo de continuar a reconhecer-se a culpa como fundamento da punição e determinante da moldura penal dentro da qual haveriam de realizar-se os fins de prevenção e, por outro lado, de aceitar-se a ideia de culpa na dupla faceta de culpa pelo facto e pela personalidade (arts. 83.º e 84.º).

Se o conceito de culpa vê hoje posta em causa a predominância da sua base ética tradicional assente na liberdade de determinação do agente, perdendo as estritas características de uma culpa ética

que não se esgota na pura relação subjectiva entre o agente e o facto, mas abrange ainda o juízo de censura de que aquele é passível quando se parta de um indeterminismo relativo; se surge agora mais com os contornos objectivos de uma culpa, digamos, social, ou ético-social, de raiz acentuadamente comunitária, alicerçada numa tábua de valores constitucionalmente consagrada pelo Estado democrático de direito, da qual fluem deveres sociais (ou ético-sociais) e emanam imperativos de prevenção geral e razões de política criminal que lhe servem de suporte; se as duas concepções não são incompatíveis, quando se refira a eticização do direito à culpa, precisamente à liberdade de determinação do agente, compatível com as exigências de formação da personalidade em função de valores não só morais mas ainda de diversa natureza, cuja realização ao direito criminal compete impulsionar: eis uma questão sobre a qual a doutrina se debruçará mas não me cabe abordar e transcende o âmbito da minha intervenção.

Pelo que me toca, apenas importa sublinhar que, sem imposições evidentes de tipo doutrinário, o n.º 1 do art. 72.º consagra a culpa do agente — a sua culpa concreta — como suporte da pena («nulla poena sine culpa»), cuja medida, porém, dependerá outrossim das «exigências de prevenção de futuros crimes»; e que o novo sistema mantém referências à ideia de culpa na formação da personalidade, seja como afloramentos ou soluções pontuais, seja como emanção de um pensamento geral que lhe esteja subjacente (v. g., arts. 17.º, n.º 2, 72.º, n.º 2 f), 78.º, n.º 1).

Escreveu-se que a culpa do agente fixa a moldura da punição, cuja medida concreta será ainda ajustada às exigências dos fins de prevenção.

Porém, como «quantificar» — passe a expressão — o grau de culpa de que depende aquela moldura: por outras palavras, como graduar concretamente a pena em função da culpa?

A resposta só pode naturalmente ser uma: ponderando todos os elementos que na culpa se reflectem. É o critério formulado pelo legislador no n.º 2 do art. 7.º: «... o tribunal atenderá a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele...». Critério que concretiza nas várias

alíneas do preceito, através da enumeração — exemplificativa — de circunstâncias que, perspectivando-se na culpa, hão-de ser consideradas na medida concreta da pena.

A exigência de que as circunstâncias referidas, favoráveis ou desfavoráveis ao agente (atenuantes ou agravantes), não integrem o tipo legal de crime decorre de que, no caso contrário, já teriam sido levadas em conta pelo legislador na determinação da moldura legal, com o que sairia maltratado o princípio «ne bis in idem» (razão que está igualmente na base do art. 40.º do Cód. 86, nomeadamente do seu n.º 1, embora apenas quanto às agravantes).

A esta luz, circunstâncias que não façam parte do tipo de crime são, em primeira linha, aquelas que o legislador não considerou ao tipificar a infracção. Hão-de, naturalmente, estar de algum modo relacionadas com ela, directamente ou através do seu agente. Como exemplifica Eduardo Correia («Direito Criminal», II, 329), a infidelidade ou os maus tratos do ladrão para com a sua mulher, se bem que integrando a sua conduta anterior ao facto (alínea *e*), são em princípio irrelevantes para a medida da punição do furto.

Porém, não fazem igualmente parte do tipo de crime aquelas circunstâncias que, embora consideradas pelo legislador na fixação da medida abstracta da pena, o foram numa intensidade inferior à concretamente revelada na infracção. O tribunal poderá, em consequência, atender a elas quando a sua intensidade exceda a prevista pelo legislador ao configurar a moldura penal (e já se disse que, se este excesso for acentuado ou essencial, as circunstâncias favoráveis ao agente podem assumir a natureza de atenuantes modificativas, nos termos do art. 73.º, n.º 1, II).

Correspondem, no sistema do Cód. 86, às circunstâncias agravantes e atenuantes gerais enumeradas nos arts. 34.º e 39.º

Não sobra o tempo disponível para uma análise cuidada das circunstâncias enunciadas no n.º 2 do art. 72.º, e até das indicadas no n.º 2 do art. 73.º, as quais — como se disse — são susceptíveis de reconduzir-se às primeiras quando não diminuam por forma acentuada mas tão-só geral a ilicitude do facto ou a culpa do agente.

O esquema adoptado reflecte claramente a lição do Prof. Eduardo Correia («Direito Criminal», II, 315 e segs.).

Porém, seguindo esse pensamento (cfr. ainda Prof. C. Ferreira, Direito penal, 1961, II, 278 e segs.), não deixará de evidenciar-se que se reportam a três núcleos essenciais: a gravidade da ilicitude (art. 72.º, n.º 2, alínea *a*), a culpa do agente (ib., alíneas *b*, *c*, *d*, *e*, *f*) e a influência da pena sobre o delinquente (ib., alínea *g*).

A gravidade da ilicitude (alínea *a*) surge indiciada pelo número e grau de violação dos interesses ofendidos, suas consequências e eficácia dos meios de execução utilizados (v. g., a extensão do crime continuado, o valor do furto ou do dano, a maior ou menor possibilidade do resultado nos crimes de perigo, o uso de arma pelo agressor, etc.).

Como elementos relativos à culpa podem referir-se:

As formas de imputação subjectiva: o dolo e a negligência, nas suas várias conformações (dolo directo, necessário, eventual; negligência consciente e inconsciente) e graus de intensidade (correspondentes ao grau de intensidade do dever de o agente representar o resultado ou a sua produção, na negligência, e à maior ou menor clareza com que representou o significado ilícito do facto, no dolo) (alínea *b*);

Os fins ou motivos (inferiores ou elevados) determinantes da conduta do agente, a que há-de corresponder a maior ou menor exigibilidade de uma conduta diferente, e os sentimentos revelados no facto, no sentido de atitude interna ou moral do delinquente, de posição que assume perante a ordem jurídica (que não cabe no dolo nem nos motivos ou fins) — fins, motivos e sentimentos tanto menos desculpáveis quanto mais revéis aos valores sociais dominantes (alínea *c*);

O passado do delinquente (v. g., o seu comportamento profissional e familiar) e o comportamento posterior ao crime (v. g., o arrependimento, a confissão relevante e, particularmente, a reparação do dano ou o propósito de o reparar (alínea *c*);

A culpa pela personalidade manifestada no facto — que há-de complementar a culpa pelo próprio facto —, capaz de impedir a atenuação correspondente à menor liberdade de determinação do agente em face da pressão das circunstâncias exteriores, quando essa menor liberdade resulte de uma personalidade particularmente sensível àquelas circunstâncias, para cuja formação ele haja contri-

buído; mas susceptível, em contrapartida, de ser afastada pela ideia de não exigibilidade, quando naquelas circunstâncias se contenha um valor igual ou maior que o violado (alínea f).

As condições pessoais (incluindo as familiares) e económicas do agente (alínea d) são elementos ainda a ponderar, nomeadamente quando se tenha em atenção o fim retributivo das penas, por forma a adequar o sofrimento que estas implicam ao grau de susceptibilidade do agente a esse sofrimento. Neste aspecto, a abolição pelo novo Código das multas em quantia e a consequente adopção exclusiva das multas em tempo, permite agora a individualização dos dois juízos sobre que deve assentar a medida concreta das penas pecuniárias: o relativo à culpabilidade do delinquente, que há-de repercutir-se no número de dias de multa, e o concernente à sua situação económica, que incidirá sobre a taxa diária a fixar.

Por seu turno, as próprias circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 73.º são passíveis de equiparar-se ou serem reconduzidas às referidas no n.º 2 do art. 72.º. Trata-se de circunstâncias que se reflectem na culpa do agente e, na medida em que a diminuem de forma tão-só geral (não «acentuada») assumem a natureza de atenuantes gerais, a ponderar na determinação da pena concreta.

O novo Código não propõe expressamente critérios relativos ao funcionamento das circunstâncias a que venho aludindo: aí se define, em boa verdade, a «arte de julgar» do juiz. Mas algumas regras podem inferir-se do texto legal, aliás idênticas às que já se apontavam para o sistema penal anterior (Prof. E. Correia, *ib.*, 344).

Com efeito:

Da consagração da culpa como fundamento e medida da punição (art. 72.º) decorre que o funcionamento daquelas circunstâncias deve subordinar-se às regras sobre a culpa e as suas formas: não há lugar, também neste domínio, a uma responsabilidade objectiva (art. 91.º, Cód. 86: «... segundo a maior ou menor influência na culpabilidade do criminoso ...»).

Ao excluir-se da determinação da pena as circunstâncias que já fazem parte do tipo de crime (n.º 2 do art. 72.º) consagra-se o princípio «ne bis in idem»: um facto que é fundamento da punição não pode funcionar depois como agravante ou atenuante, ou, na terminologia da lei, «a favor do agente ou contra ele» (no mesmo

sentido, quanto às agravantes, art. 40.º do Cód. 86, designadamente o seu n.º 1).

Na medida em que manda atender-se «a todas as circunstâncias que (...) deponham a favor do agente ou contra ele» (n.º 2 do art. 72.º) sugere-se um critério que há-de pô-las em confronto, atenuando-se ou agravando-se em correspondência a pena: trata-se, afinal, do princípio da prevalência ou equivalência consagrado no art. 95.º do Cód. 86.

Na moldura penal assim delineada «em função da culpa do agente» levar-se-ão em conta as «exigências de prevenção de futuros crimes» (art. 72.º, n.º 1), ou seja, os fins de prevenção das penas.

É o momento de ponderar a frequência com que, na época, determinado tipo de infracções é praticado, o perigo da sua imitação, a necessidade de afastar o delinquente da criminalidade e, em consequência, a sua capacidade de ressocialização. Aspectos todos eles com reflexos na medida concreta da pena.

Os fundamentos da medida concreta da pena devem constar expressamente da sentença (art. 72.º, n.º 3; art. 210.º, n.º 1, Const.). A 1ª Comissão Revisora aprovava por maioria a eliminação desta norma, por conter matéria processual. Trata-se, no entanto, de uma regra que, para além das suas «evidentes implicações substantivas», na expressão do Prof. E. Correia, permite que a medida da pena seja apreciada pelos tribunais de recurso.

A determinação da pena concreta abre a porta à aplicação de certos institutos, a mostrarem-se preenchidos os respectivos pressupostos.

Para o efeito, devem distinguir-se as hipóteses em que aquela medida tenha sido apenas fixada sem aplicação de pena, daquelas em que a pena haja sido efectivamente aplicada, ou seja, em que houve condenação em pena concreta.

Na primeira hipótese:

Se a pena concretamente correspondente ao crime for de prisão não superior a 3 meses, com ou sem multa, ou só de multa até ao mesmo limite, o tribunal pode limitar-se a proferir uma admoestação (art. 59.º) ou condenar o réu à prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 60.º).

Se a pena concretamente correspondente a um crime doloso for de prisão por mais de 2 anos e o réu tiver anteriormente cometido 2 ou mais crimes dolosos a cada um dos quais tenha sido também aplicada prisão por mais de 2 anos; ou a de prisão, e o réu tiver sido anteriormente condenado por 4 crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido igualmente aplicada pena de prisão — será aplicada uma pena relativamente indeterminada (arts. 83.º a 85.º). (Esta será igualmente aplicada aos alcoólicos e toxicófilos que pratiquem, em determinadas condições, um crime a que devesse concretamente aplicar-se prisão, se não forem condenados em pena suspensa ou sujeitos ao regime de prova (arts. 86.º a 88.º).)

Na segunda hipótese:

A pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses será em princípio substituída pelo número correspondente de dias de multa (art. 43.º).

A pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 meses, que não deve ser substituída por multa, pode ser substituída por prisão por dias livres (art. 44.º).

A pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos, com ou sem multa, ou a pena de multa que o condenado não tenha possibilidade de pagar, podem ser suspensas na sua execução (art. 48.º).

Se o delinquento cometeu vários crimes em concurso, após a aplicação das penas parcelares concretas deve ser condenado numa pena única (arts. 78.º e 79.º).

Somos, assim, remetidos para o problema do concurso de crimes.

IV) O CONCURSO DE CRIMES (arts. 78.º e 79.º)

a) Conceito

O sistema punitivo dos arts. 78.º e 79.º tem como pressuposto o concurso ou acumulação de crimes, ou seja, a prática de vários crimes pelo mesmo agente antes de condenado por qualquer deles por sentença transitada em julgado (art. 78.º, n.º 1).

O legislador distinguiu entre unidade e pluralidade de infracções, com base num critério jurídico-normativo — partindo da acção como

conceito do valor (negação de valores pelo homem) — e não meramente naturalístico (art. 30.º, n.º 1). Pelo número de valores ofendidos se determina o número de crimes praticados; tendo aqueles valores por suporte os tipos legais de crime, a um certo número de tipos preenchido corresponde igual número de infracções.

Esta afirmação carece ainda de ser temperada ou corrigida, quer pela consideração da ideia de culpa, quer em atenção às relações de hierarquia que possam existir entre os preceitos violados. Pode ter sido preenchido um só tipo legal de crime — negado, em consequência, um só valor jurídico-criminal — e dever afirmar-se uma pluralidade de crimes, por às actividades do agente corresponderem diversas resoluções e serem, por isso, passíveis de outros tantos juízos de censura; como podem ter sido violadas várias normas mas, por força das relações da hierarquia existentes entre elas (de especialidade e consunção, para alguns autores ainda de alternatividade e subsidiariedade), o concurso de infracções ser apenas aparente.

Estas, em síntese, as ideias agora consagradas no n.º 1 do art. 30.º do novo Código, que por via dele equiparou os chamados concurso real e ideal, do mesmo passo que excluiu do seu âmbito as hipóteses de concurso aparente ao utilizar no preceito o advérbio «efectivamente» («o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime cometidos...»).

b) Regime

Expõem-se a seguir os aspectos mais relevantes do sistema consagrado no art. 78.º:

Cada um dos crimes concorrentes deve ser previamente objecto de condenação em pena concreta.

A fixação ou discriminação das penas não se encontrava prevista no projecto inicial, não só porque mais em consonância com o sistema perfilhado, mas ainda por se entender que as dificuldades a que dá lugar são manifestamente superiores às vantagens que proporciona.

Resulta agora implicitamente do n.º 2 do art. 78.º («... penas concretamente aplicadas aos vários crimes...»), tal como constava do Cód. 86 (art. 102.º, § 2.º).

O concurso é punido com uma pena única (n.º 1), com a seguinte moldura:

O limite máximo é igual à soma das penas parcelares concretas, sem que possa ultrapassar o máximo legal da espécie de pena respectiva — no caso de prisão, o seu limite máximo normal ou aquele que, excedendo-o, corresponda a algum dos crimes em concurso (n.º 2; arts. 40.º e 46.º). No projecto de 63, a pena única tinha como limite superior a soma jurídica das penas em abstracto correspondentes aos vários crimes (art. 91.º).

No que respeita ao limite mínimo, não se lhe referia o projecto inicial. A discussão travada no seio da 1ª Comissão Revisora levou à aprovação de uma fórmula cuja ideia foi acolhida pelo projecto de 66: a de que esse limite corresponderia ao da pena com mínimo mais elevado. Continuava-se ainda no domínio das penas abstractas (art. 91.º, n.º 2).

O novo Código é igualmente omissivo sobre a matéria. Porém, tendo em atenção que recorre agora às penas concretas para a fixação do limite superior da pena única, orientação idêntica há-de naturalmente ser adoptada na determinação do seu limite inferior, por coerência lógica e até exigência prática: esse limite coincidirá com a medida concreta da pena parcelar mais grave, aliás de acordo com a solução geralmente aceite para o sistema do Cód. 86.

Dentro da moldura penal assim definida, a graduação da medida concreta da pena obedecerá à regra do n.º 1, «in fine», do art. 78.º, ou seja, é feita mediante uma apreciação conjunta dos factos e da personalidade do agente. Trata-se de uma visão global ou unitária, de acordo com o carácter também unitário da personalidade do agente, que é o elemento aglutinador ou unificador das várias condutas e, em consequência, das correspondentes penas concretas.

Numa rápida apreciação, poderá dizer-se que o projecto de 63 consagrava, em toda a sua pureza, a punição do concurso com uma pena unitária dentro do sistema da acumulação: a soma jurídica das penas abstractas correspondentes aos vários crimes — dessa forma reduzidas juridicamente a uma unidade — constituía a moldura na qual o concurso era punido com uma pena concreta, fixada mediante uma apreciação global dos factos e da personalidade do agente.

Ao pressupor a prévia aplicação aos crimes concorrentes das penas singulares concretas, cuja soma define o limite superior da pena aplicável, o novo Código desviou-se da pureza do sistema inicialmente traçado, porventura em atenção às vantagens práticas da solução que perfilhou (em matéria de recursos, prescrição, amnistia, etc.) e à tradição do nosso direito (art. 102.º, § 2.º, «in fine», Cód. 86), temperando no entanto esse pecado com a sua fidelidade ao essencial da pena unitária: a determinação da medida concreta da pena única através de uma avaliação unitária dos factos e da personalidade do agente.

c) Âmbito de aplicação

1) A primeira questão a colocar é a de saber se o sistema punitivo do concurso deve ou não ser aplicado contra sentenças com força de caso julgado. O tema foi intensamente debatido no seio da 1ª Comissão Revisora a propósito do conhecimento superveniente do concurso, isto é, quando depois da condenação por um crime se toma conhecimento de que o réu já praticou anteriormente outro ou outros.

De acordo com a orientação do projecto de 63 (art. 92.º, correspondente ao actual art. 79.º) e contrariamente à posição defendida por alguns membros da Comissão Revisora, pronunciou-se então pela negativa o Prof. Eduardo Correia, louvando-se em que o conhecimento superveniente do concurso, tal como configurado, implicava já o afrontamento de um caso julgado (ou até mais, quando se desconheça a existência de outras sentenças anteriores), não sendo de bom critério erigir em regra uma situação, digamos, anómala.

A Comissão viria a aprovar por maioria que o citado art. 92.º do projecto se aplicasse aos crimes praticados pelo agente anteriormente à condenação, mesmo que por eles já tivesse sido julgado; navegando nestas águas, o projecto de 1966 aderiu à prática jurisprudencial corrente de aplicar o sistema a todos os crimes em concurso (isto é, praticados antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles), ainda que no momento dessa aplicação já tenham sido entretanto julgados com trânsito. Esta prática encontrava o seu alicerce doutrinário na ideia de que «as regras do concurso já actuam sobre penas judicialmente individualizadas», motivo

por que «a formação do cúmulo jurídico não implica o julgamento das infracções, que eventualmente podem até já ter sido julgadas com decisão transitada», importando apenas «a sua unificação numa só pena», «com base — repete-se — nas penas já individualizadas» (Prof. C. Ferreira, Direito Criminal, 1961, II, 321).

O novo Código não resolve «expressis verbis» o problema.

Poderá daqui inferir-se que foi seu propósito não tomar partido, relegando a solução para a doutrina e a jurisprudência.

Porém, ao referir-se no n.º 1 do art. 79.º tão-só a crimes praticados anteriormente pelo agente, sem aludir à sua condenação, poderá igualmente defender-se que abre caminho a uma interpretação favorável à tese do autor do projecto — tanto para o efeito daquele artigo como do art. 78.º. E não só por essa razão textual: o legislador teria sido apenas coerente com a filosofia da pena unitária, isto é, com a exigência expressa da avaliação conjunta dos factos e da personalidade do agente como pressuposto da aplicação daquela pena. Na verdade, essa apreciação — a não se excluírem dela os crimes já objecto de condenação transitada — importaria a reabertura de processos anteriormente decididos, em rigor um novo julgamento, com ofensa do caso julgado respectivo. A aceitar-se esta interpretação, o regime seria somente aplicável aos crimes que ainda não tivessem sido condenados por sentença transitada em julgado (com a evidente excepção dos abrangidos pela última condenação, no caso de conhecimento superveniente do concurso, mas ainda então desde que a pena respectiva não esteja cumprida, prescrita ou extinta — art. 79.º, n.º 1).

2) De acordo com os trabalhos preparatórios, o sistema punitivo do concurso consagrado no projecto de 63 seria o mesmo, para as penas de prisão como para as de multa. Esta foi a intenção expressa pelo seu autor na 1ª Comissão Revisora, como foi igualmente o sentido maioritário do voto na referida comissão, não obstante o problema ter sido ali suscitado e haver-se mesmo preconizado um sistema puro e simples de acumulação material para as penas de multa. E para que dúvidas não restassem quanto à solução que fez vencimento, a comissão aprovou por unanimidade que o § 2.º do art. 91.º do projecto («As penas de multa serão sempre acumuladas com as de prisão...») passasse a ter a sua formulação no singular: a pena de multa referida no preceito seria, assim, a pena final.

Já o projecto de 66, resultante da primeira revisão ministerial, perfilhou claramente — a meu ver —, no n.º 3 do seu art. 91.º, o sistema da acumulação material para as penas referidas («As penas de multa, porém, são sempre acumuladas entre si... e com a pena de prisão»); a redacção adoptada correspondia sensivelmente à que na comissão havia sido proposta para adopção daquele sistema.

A renovar no n.º 3 do seu art. 78.º a formulação do preceito no singular, no que se refere às multas, e ao eliminar dele a advertativa «porém» e a expressão «entre si» do projecto de 66, a proposta de lei regressou, a toda a evidência quanto a nós, à orientação do projecto inicial («A pena de multa e a prisão por condenação em alternativa (...) são sempre acumuladas com a pena de prisão»).

Orientação que não temos por significativamente contrariada pela redacção adoptada no Código, não obstante este haver repositado a expressão «entre si» do projecto de 66 («A pena de multa e a prisão por condenação em alternativa são sempre acumuladas *entre si* e com a pena de prisão»).

Na verdade, mantendo a formulação do preceito no singular, pode entender-se que a expressão agora reintroduzida funciona como mero elemento intercalar de ligação entre a pena de multa (a pena final de multa) e a prisão em alternativa, por um lado, e entre aquelas e a pena de prisão (a pena única de prisão), por outro, não relevando o preceito para a sua formação.

Nem esta solução apresenta dificuldades de maior, uma vez que as multas criminais são agora fixadas por dias.

Dir-se-á que a formulação actual do preceito o aproxima do § 1.º do art. 102.º do Cód. 86, desde sempre unanimemente interpretado como consagrando o cúmulo material das multas; pode responder-se que não se afasta da redacção do projecto de 63 e, mais ainda, da que foi aprovada na 1ª Comissão Revisora, que consagrava iniludivelmente o princípio da pena unitária de multa.

Uma questão a ponderar pela doutrina e pela jurisprudência.

3) As penas acessórias e as medidas de segurança podem ser sempre aplicadas (imposição facultativa), ainda que previstas apenas para um dos crimes concorrentes, em atenção aos fins específicos de política criminal que visam (n.º 4, art. 78.º). Segundo o autor

do projecto, a regra deve prevalecer mesmo na hipótese de concurso aparente, já que este e o princípio «ne bis in idem» em que assenta «só devem valer quanto ao núcleo central da punição».

No caso de conhecimento superveniente do concurso, as penas acessórias e as medidas de segurança aplicadas pela sentença anterior serão mantidas (imposição obrigatória), salvo quando desnecessárias em face da nova decisão; mas as aplicáveis ao crime supervenientemente conhecido só serão decretadas se necessárias perante a decisão anterior (art. 79.º, n.º 2).

4) O princípio da acumulação deve valer ainda, pelas mesmas razões — ou seja, dados os fins particulares que prosseguem —, para os efeitos não penais da condenação (apreensão e perda de coisas ou direitos — arts. 107.º e segs.; indemnização de perdas e danos — arts. 128.º e 129.º; etc.).

5) Concurso de contravenções, ou de crimes e contravenções.

Como já ficou dito, ao revogar o n.º 3 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 — que equiparava às contra-ordenações as contravenções e transgressões previstas na lei que fossem passíveis de sanções pecuniárias — o art. único do Decreto-Lei n.º 411-A/79 fez regressar estas últimas ao ordenamento jurídico-criminal, onde se mantêm após a publicação do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que revogou e substituiu o Decreto-Lei n.º 232/79.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o novo Código, manteve em vigor no art. 7.º as normas de direito substantivo (e processual) relativas a contravenções (cfr. ainda o art. 6.º, n.º 1, 1ª parte).

Ora, o Cód. 86 não regulava expressamente o concurso de contravenções, para o qual o Prof. Eduardo Correia defendia a regra da acumulação material, por via de uma interpretação conjugada dos arts. 33.º, 34.º, n.º 34, e 36.º (Direito criminal-II, 223), e o Prof. Cavaleiro de Ferreira a aplicabilidade daquela regra ou do cúmulo jurídico, conforme se tratasse de penas de multa ou de outra espécie (Direito penal, 1961, II, 332). Para o concurso de crimes e contravenções, em que a pena daqueles fosse mais grave, entendia o primeiro dos autores citados que nada impedia a agravação da pena do crime (não abrangido pelo art. 33.º), por aplicação analógica do sistema do Código.

O Decreto-Lei n.º 232/79 e o Decreto-Lei n.º 433/82 previam

regras para o concurso de contra-ordenações (arts. 18.º e 19.º, respectivamente), porém agora insusceptíveis de aplicação. O recurso à analogia está-nos expressamente vedado nos termos e por força do n.º 3 do art. 1.º do novo Código. O art. 78.º deste dirige-se ao concurso de crimes, que pune com uma pena única, determinada na sua medida concreta através de uma apreciação unitária dos factos e da personalidade, perspectiva que dificilmente se ajusta à natureza das contravenções.

Afigura-se, em consequência, que tudo aponta, em qualquer das hipóteses postas, para o princípio da acumulação.

6) Concurso de crimes e contra-ordenações e concurso de contra-ordenações.

O primeiro tem lugar quando o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, art. 20.º).

No que respeita ao seu regime, «será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação» (art. cit.; cfr. art. 21.º).

Se, em recurso, os tribunais houverem de conhecer de um concurso de contra-ordenações (ib., art. 61.º; art. 646.º, 6.º, Código de Processo Penal, na redacção do Decreto-Lei n.º 402/82), deverão ter-se presentes as respectivas regras de punição: será de aplicar uma só coima — a mais elevada, se forem violadas várias leis —, sem prejuízo de poderem ser aplicadas as sanções acessórias previstas nas restantes leis (ib., art. 19.º).

A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA
NA PERSPECTIVA DA REINserÇÃO SOCIAL
DO RECLUSO

PELA DRA. ANABELA MIRANDA RODRIGUES

I. Da *garantia penal (nulla poena sine lege)* implícita no princípio da legalidade derivam importantes consequências, entre as quais se pode destacar exactamente o facto de não poderem impor-se penas *absolutamente* indeterminadas na sua duração, o que inelutavelmente faria supor um retorno às penas arbitrárias.

Compatível com aquele princípio será só a pena absoluta ou relativamente determinada.

Dogma fundamental da Escola Clássica, a predeterminação da pena era consequência, por um lado, do seu espírito expiatório e, por outro, do sentido político da garantia dos direitos do indivíduo.

Por seu turno, a chamada «sentença indeterminada»¹ — que JIMÉNEZ DE ASSÚA denominou «sistema de penas determinadas *a posteriori*»² — impõe ao delinquente uma privação de liberdade cuja duração não é fixada de forma precisa na decisão condenatória, ficando dependente de uma ulterior apreciação da autoridade a quem, por lei, compete pronunciar a libertação do recluso.

Apontando-se embora a falta de rigor terminológico da expressão «sentença indeterminada»³ — a sentença judicial que condena o delinquente não é, nem poderia sê-lo, indeterminada, antes com propriedade cabendo à própria pena privativa de liberdade o qualificativo —, interessa tão-só aqui deixar expresso, de forma clara, que sempre nos estamos a reportar à sua modalidade de indeterminação *relativa*.

Significa isto que, embora não seja fixado o *quantum* exacto da privação de liberdade, fica a competência da autoridade encarregada de pronunciar a cessação do internamento temporalmente limitada por um mínimo e um máximo *fixados na sentença*.

II. Não podemos, contudo, deixar de admitir que é numa ideia de indeterminação absoluta que logramos encontrar os antecedentes mais remotos da actual pena relativamente indeterminada.

Desde as sentenças eclesiásticas antiqüíssimas⁴, passando pelas penas indeterminadas previstas na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 e, dois séculos mais tarde, na *Constitutio Criminalis Theresiana*, até às «*indeterminate sentence*» postas em prática nos Estados Unidos, no Reformatório de Elmira⁵, tudo mostra como aquele pensamento nasceu e se expandiu.

Na Europa de oitocentos — temerosa defensora da sua liberdade —, entretanto, a pena indeterminada sobreviveu com pouco vigor. Não obstante a difusão das ideias correcionalistas⁶ e a campanha preconizada pela Escola Penitenciária que animam CHARLES LUCAS, em França, e DUCPÉTIAUX, na Bélgica, a doutrina dominante — e, com ela, o legislador — mantinha uma forte resistência à admissibilidade de qualquer forma de sanção por tempo indeterminado.

É preciso esperar pela lição positivista para que a ideia de uma detenção por tempo indeterminado ganhe na Europa uma importância decisiva nos quadros de um programa legislativo ideal de defesa da sociedade contra o crime. Não sendo, por isso, de surpreender que o princípio da detenção indeterminada tivesse conhecido a máxima expansão com a obra de FERRI e de outros penalistas da escola italiana⁷.

A relativização que sofreu o ideário do positivismo italiano com a proposta reformista da Escola Moderna não deixou, entretanto, de franquear a entrada ao princípio da indeterminação, através do instituto das *medidas de segurança*.

A insuficiência da pena e o carácter complementar da «medida de segurança» constituíram precisamente o postulado doutrinário inspirador da maior parte das legislações europeias, entre as duas guerras, de que é claro exemplo, entre nós, o Decreto-Lei n.º 26 643, de 28 de Maio de 1936.

O caminho⁸ para o tratamento especial dos delinquentes particularmente perigosos fora, entretanto, aberto pela reforma francesa de 1885; o legislador vai depois, porém, mais longe e, inspirando-se na lição positivista, ultrapassa a pouco e pouco a clássica noção de «*reincidência*» para lhe contrapor outra, a de «*habitualidade*», onde se reconhecem já os primeiros contributos da criminologia.

Muito embora as reformas as não designem como tal, surgem consagradas a nível legislativo as medidas de segurança privativas de liberdade, a que se reserva, de princípio, um âmbito muito limitado e que são encaradas como métodos substancialmente defensivos e protectores da sociedade.

Nem outro era já, também, o pensamento de STOSS, autor do Anteprojecto de 1893 para o Código Penal da Suíça — orientação retomada pelos Anteprojectos alemão e austríaco de 1909 —, ao incorporar as medidas de segurança no próprio Código Penal, ao lado das penas, como um processo subsidiário de reacção criminal contra certas classes de delinquentes.

Na esteira de STOSS, o Código Penal da Noruega de 1902 é a primeira legislação positiva a consagrar um verdadeiro sistema de medidas de segurança, revelando uma particular atenção pelo pensamento preventivo.

Com a influência das correntes de prevenção especial é significativa a evolução no domínio das medidas de segurança e, dentro destas, no internamento por tempo indeterminado.

Utilizadas, de início, com dois sentidos predominantes — neutralização social dos delinquentes especialmente perigosos (multirreincidentes e habituais) e tratamento curativo dos delinquentes inimputáveis —, as medidas de segurança vêm consideravelmente aumentado o seu campo de aplicação à medida que a personalidade do delincente e, em especial, a noção de perigosidade penetram mais profundamente na estrutura do sistema punitivo.

Comprovada a insuficiência da pena tradicional para proteger a sociedade do crime, o legislador isola certas categorias de delinquentes do vasto campo da criminalidade e propõe — de uma forma generalizada, tanto na Europa como na América — a aplicação de medidas de segurança.

Não se julgue, porém, que a Europa alcançava, pelo caminho das medidas de segurança, o sentido da «*indeterminate sentence*»

norte-americana. Na verdade, enquanto esta representava uma pena de *reforma* do condenado, de preferência a uma pena de segurança, a «indeterminação», na Europa, conservava um sentido *marcadamente defensivo* já que não se pretendia, em primeira linha, corrigir o delinquente, mas sobretudo torná-lo inócuo — como acontecia aos delinquentes habituais ou multirreincidentes perigosos — ou, então, curá-lo — caso, nomeadamente, dos alienados ou dos alcoólicos e toxicómanos.

Terminado o segundo conflito mundial, o tema da «pena indeterminada» ainda não ganhara autonomia embora, é certo, uma viva reacção de repúdio se manifestasse contra a solução de compromisso que norteara, até então, o legislador.

De facto, um dos sinais mais evidentes da nova política criminal reside na aberta condenação do regime de aplicação cumulativa da pena e da medida de segurança, duramente cunhado pela doutrina alemã como «Etikettenschwindel»⁹ que, sem embargo, o utiliza desde 1934 (cfr. art. 66.º do Código Penal). Do mesmo modo, em Itália, como «assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro» (art. 216.º do Código Penal) ou em França, como «tutelle pénale» (art. 58-1 do Código Penal). Sentido idêntico estando, no fundo, implícito nas «extended sentences» inglesas ou nas penas agravadas de países como a República Democrática Alemã ou a Polónia.

É neste espírito que me proponho introduzir o tema da pena relativamente indeterminada. Das considerações anteriores resulta já, com suficiente clareza — e esse sentido teve a resenha histórica, porventura longa, que nos atrevemos a traçar —, que a ideia da pena relativamente indeterminada é a *única alternativa* a um sistema de medidas de segurança ou de penas agravadas cujos graves inconvenientes e prejuízos são de todos bem conhecidos.

A ideia de indeterminação chegou, assim, aos nossos dias, ganhando cada vez maior número de adeptos, não sem que deva, entretanto, rodear-se o seu acolhimento das mais sérias garantias e afastando-nos nós, inequivocamente, da ingénua tentação de, por seu intermédio, cedermos à consideração do delinquente como um ser anormal ou doente, carecido de tratamento. Uma tal posição se é, por um lado, contrária aos postulados de que partimos para uma compreensão da pena relativamente indeterminada e que de seguida abordaremos, desconhece, por outro lado, algo que GOETHE¹⁰

expressou com uma simplicidade meridiana: toda a pessoa é capaz de cometer um crime.

A realidade jurídica portuguesa, de resto, mostrou-se, desde cedo, a par do movimento operado. Alguns escritores estrangeiros apontam mesmo o nome de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA como um dos precursores da pena indeterminada, no que nenhuma injustiça parece haver.

No Projecto de Código Penal de 1861 — fruto da influência que, entre nós, teve o pensamento correcionalista —, para além de se procurar conferir às penas «todo o alcance que devem ter como elemento de correcção»¹¹ propõe-se já a consagração do instituto da liberdade condicional e da detenção suplementar, deste modo justificados: «assim como o alarme desaparece com o melhoramento do criminoso, e subsiste enquanto esse melhoramento se não realiza, do mesmo modo a pena deverá *cessar* logo que ele exista, e deverá *prolongar-se* enquanto se não demonstrar»¹².

Já no presente século, entre as primeiras obras da nossa literatura jurídica dedicadas ao tema da indeterminação da pena, merecem referência dois estudos de JOÃO BACELAR, cabendo, no entanto, a SIMÕES PEREIRA o mérito de, com o seu ensaio *Em Defesa das Sentenças Indeterminadas*, publicado em 1927, ter levado a cabo a primeira tentativa inteiramente consagrada à defesa do sistema.

Outras abordagens da problemática se lhe seguiram — basta pensar nos nomes de PALMA CARLOS, FERREIRA DE ALMEIDA, BELEZA DOS SANTOS ou CAVALEIRO DE FERREIRA —, culminando na de EDUARDO CORREIA. Partindo da ideia de que a retribuição se pode compreender não só como retribuição do facto mas ainda como retribuição de uma certa personalidade não conforme às exigências do direito e de que, por isso mesmo, a censura e a reprovação referidas à falta de preparação dessa personalidade podem, porventura, não caber na moldura punitiva pensada para o tipo legal de crime cometido, advoga a legitimidade da privação de liberdade por tempo relativamente indeterminado no domínio das penas¹³.

Esta posição aparece posteriormente definida com toda a clareza na *Exposição de Motivos* que antecede, em 1963, o *Projecto da Parte Geral do Código Penal*, onde se consagra, pela primeira

vez, a pena relativamente indeterminada (art. 94.º s.), que, mantendo-se nas sucessivas reformas, consta hoje, do mesmo modo, do novo Código Penal (art. 83.º s.).

III. Mantém o Código, em meu juízo, ao consagrar o regime da pena relativamente indeterminada, fidelidade integral à sua concepção básica sobre o homem e o sentido da sua culpa, respondendo do mesmo passo às mais recentes solicitações político-criminais no sentido de se evitar a aplicação, ao mesmo delinquente e pelo mesmo facto, de uma pena e de uma medida de segurança¹⁴.

Por outro lado, também, assim, se rejeita a solução de uma falsa eticização de um pensamento puramente pragmático contido na *pena de segurança*.

O instituto da pena relativamente indeterminada — com um mínimo e um máximo de duração invioláveis e abstractamente fixados, em que se relega para o momento da execução a determinação do *quantum* exacto a cumprir pelo delinquente —, arranca, entretanto, de fundamentos absolutamente distintos daqueles que levaram JIMÉNEZ DE ASÚA a considerar que se está perante um instrumento «por el cual se somete una persona al régimen penal exactamente como un enfermo es enviado a un hospital hasta que su curación sea absolutamente completa»¹⁵.

Tendo o problema destas categorias de delinquentes agora passíveis de aplicação de uma pena indeterminada constituído, desde sempre, o campo preferencial de luta entre adeptos de um direito penal de prevenção especial e de retribuição ou de expiação, vem então dizer-se que é, de facto, possível construir um sistema penal monista na base de uma certa acepção de culpa da personalidade.

Na verdade, a perigosidade, como tal, enquanto qualidade puramente naturalística do carácter do delinquente que não se funda em uma qualidade eticamente censurável da personalidade, não poderá nunca releva directamente para o juízo de culpa, devendo considerar-se sempre, de um ponto de vista ético, simplesmente *irrelevante*. Tudo o que seja considerar a perigosidade como elemento da culpa envolve sempre a aceitação de um complexo de ideias *incompatíveis* com a natureza ética da culpa.

Mas, nem por isso a culpa da personalidade de um delinquente especialmente perigoso deixará de ser, de um ponto de vista ético-

-jurídico, relativamente mais pesada do que a de um ocasional: o delinquente tem, na verdade, de responder pela total personalidade ética que no facto exprimiu e a sua repetida queda no mundo do crime, do ético-socialmente desvalioso — numa atitude que poderíamos chamar de «inimizade» para com o direito e os valores que este protege —, revela uma mais acentuada desconformidade entre a sua personalidade e a suposta pela ordem jurídica.

Deste modo se justificando um agravamento da pena aplicável e, por aí, uma atenção — se bem que só reflexa ou indirecta — à sua especial perigosidade.

Esta pena não será — repetimos — uma pena de segurança, mas uma pena de culpa que terá de possuir um *máximo* de duração inultrapassável, correspondente ao máximo de pena suportado pela culpa (agravada) do delinquente.

Varia este limite máximo de duração segundo o grupo de delinquentes a que é aplicada a pena: mais *dois*, *quatro* ou *seis* anos do que a pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido, consoante o legislador entendeu ser mais acentuada a inclinação para o crime (cfr. arts. 83.º, 84.º, 85.º e 86.º). Se, expiada a culpa, persistir ainda a perigosidade naturalística, nada pode justificar a prorrogação da pena ou a aplicação de uma adicional medida de segurança.

Creemos que assim se dará satisfação às irrenunciáveis exigências de defesa (ética) da sociedade em relação a estes delinquentes especialmente perigosos até onde a justiça o permite e, ao mesmo tempo, a utilidade social o impõe, sem pôr em perigo o próprio homem no respeito que lhe é devido pela consideração da sua liberdade e dignidade.

Mas, a pena indeterminada, tal como o Código a consagra, serve, segundo as palavras do seu Autor, «unicamente ou prevalentemente fins de recuperação social»¹⁶, podendo suceder que o delinquente se corrija antes de expiado o máximo da pena.

Esta ordem de considerações, se nos conduz, inevitavelmente, ao problema da individualização da pena, não na sentença mas na fase de execução, permite, ao mesmo tempo, a fixação pelo juiz do limite *mínimo* da moldura penal abaixo do limite fornecido pela culpa e sem que a sua legitimidade seja posta em causa. Para os *delinquentes por tendência* esse limite tem um mínimo correspon-

dente a *dois terços* da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido (art. 83.º, n.º 2 e art. 84.º, n.º 2) e para os *alcoólicos ou equiparados* tem um mínimo correspondente a *metade* da pena de prisão que, da mesma forma, caberia ao crime cometido (art. 86.º, n.º 3).

Ora, o que se vem dizer — justificando que assim aconteça — é que não se aceita que um comportamento culposo exija sempre a aplicação de uma pena, antes só deve ser passível da sua aplicação quando a função do Estado de assegurar a convivência em paz e liberdade a tornam indispensável.

Não estamos, no entanto — anote-se —, a fundamentar a pena em razões de pura prevenção, nem de tal questão nos vamos ocupar aqui.

O que se assinala, tão-só, é que — e não esqueçamos que a via da reinserção social é a única que podemos, com legitimidade¹⁷, propor para assegurar a protecção da sociedade — a pena poderá ser *inferior* à correspondente ao grau de culpa¹⁸.

Nem nos parece que possa de alguma forma ser chocante o facto de se fixar um *mínimo* de pena indeterminada *inferior* à pena determinada que caberia ao delincente.

Esse facto não deixa de ser uma pura aparência já que, no caso da pena determinada, a liberdade condicional pode sempre ser concedida uma vez cumprida metade da pena (art. 61.º, n.º 1), enquanto no caso da pena indeterminada a liberdade (condicional, por definição) só pode ter lugar passados *dois terços* do tempo da pena determinada (cfr. arts. 83.º, n.º 2, e 84.º, n.º 2) ou, em casos especiais (o dos alcoólicos e equiparados), iguala aquela metade.

Com a aplicação de uma pena relativamente indeterminada, cujos limites máximos e mínimos sejam com estes fundamentos entendidos, consegue assim alcançar-se um *máximo de eficácia* de um ponto de vista político-criminal combinada com um *máximo de liberdade individual*.

De FRANZ von LISZT procede a famosa asserção de que «o direito penal é a barreira intransponível da política criminal». Isto é totalmente acertado enquanto se deve impedir que as necessidades preventivas, gerais ou especiais, possam vir a determinar a imposição de uma pena maior do que a que corresponde ao conteúdo do ilícito e da culpa.

Entretanto — e talvez de acordo com o seu sentido originário — a frase de LISZT foi utilizada para alicerçar uma oposição generalizada à consideração de finalidades político-criminais na aplicação do direito penal que não cremos acertada: se o direito penal é a barreira intransponível da política criminal — e o princípio da culpa mantém aqui a sua importância decisiva —, também a política criminal se deve converter no limite do direito penal, que já não pode impor a aplicação de uma pena exclusivamente com base na culpa (v. arts. 72.º, n.º 1, e 75.º, n.º 1 do novo Código Penal).

Penso que a missão do direito penal deve consistir na realização, *em todos os domínios*, desta meta de limitação recíproca, assim se alcançando a concretização de um pensamento mais vasto e ambicioso de reconciliação entre um princípio de Estado de direito e social.

Quanto às *categorias* de delinquentes que podem ficar sujeitos a este regime segue-se, por um lado, a tradição de longa data, não só europeia como portuguesa — recordem-se os clássicos conceitos de delinquentes «habituais», «profissionais» ou «multirreincidentes», que o novo Código já não consagra, preferindo a designação genérica de «delinquentes por tendência» (Capítulo I do Título V) —, de submeter a um regime legal específico aqueles indivíduos que, pela reiterada prática de infracções de certo tipo ou de certa gravidade, demonstram uma acentuada inclinação para o crime (cfr. arts. 83.º, n.º 1, 84.º, n.º 1, e 85.º, n.º 1).

Na base deste regime está, pois, a legítima convicção — que a experiência só corrobora — de que esses indivíduos continuarão, na falta de tratamento especial, a cometer novas infracções.

Salientem-se, entretanto, as condições previstas para a aplicação desta pena a menores de 25 anos — efectivo cumprimento de prisão num mínimo de seis meses, abaixamento do prazo que intercede entre o cometimento dos crimes (art. 85.º, n.ºs 1 e 3) — reveladoras de um regime de favor com que entendeu o legislador beneficiar estes jovens delinquentes já especialmente perigosos, carecidos, tanto quanto possível, de um tratamento penal especializado.

A aplicação de pena indeterminada justifica-se ainda pela necessidade de submeter a um tratamento *especial e distinto* do que é estabelecido para os delinquentes em geral aqueles indivíduos que sofrem de um processo de intoxicação (cfr. arts. 86.º, n.º 1, e 88.º). Tal objectivo é posto em relevo no art. 87.º, ao esclarecer que

«a execução deve ser orientada no sentido de eliminar o alcoolismo do agente ou combater a sua tendência para abusar de bebidas alcoólicas».

Em relação às condições — *formais* — necessárias à pronúncia de uma pena indeterminada — cujo enunciado resulta já da descrição das diversas categorias enumeradas —, importa acrescentar que, para efeitos dos arts. 83.º, n.º 1, e 84.º, n.º 1, não pode um crime anterior ser tomado em conta quando entre a sua *prática* e a do seguinte tenham decorrido *mais de cinco anos*, não sendo porém computado o período durante o qual o delinquente cumpriu qualquer pena de prisão ou qualquer medida de segurança privativa de liberdade.

A fixação daquele prazo (cinco anos) compreende-se, de resto, já que só nesse lapso de tempo — é a moderna criminologia que o ensina — se pode dizer que a reiteração criminosa tem a ver com o desrespeito pela condenação anterior o que, por sua vez, revela um *particular* desrespeito pela ordem jurídica.

Igualmente discutido foi já o problema de saber se são necessárias *várias condenações* — isto é, a plurirreincidência — ou se basta uma única condenação por vários crimes a que correspondam as penas indicadas.

Mantendo-se, embora, a doutrina italiana favorável a esta última orientação¹⁹, parece-nos — dada a redacção da nova lei — que sempre será de exigir uma pluralidade de condenações anteriores.

Nem se argumente — contra esta solução — que assim se pode eventualmente favorecer aquele delinquente que escapa à acção da justiça. Tal nem sempre acontecerá, bastando para isso que entre a prática dos crimes interceda um prazo superior a cinco anos: em ambos os casos o delinquente não ficaria sujeito à aplicação de uma pena relativamente indeterminada.

Resta apenas referir, neste contexto, que, segundo o n.º 4 do art. 83.º, são para o mesmo efeito tomados em conta os actos julgados em país estrangeiro, desde que constituam crimes a que devesse concretamente aplicar-se prisão por mais de dois anos segundo o direito português.

A consagração de um regime de penas indeterminadas confronta-nos, entretanto, inevitavelmente, com a problemática que rodeia a aplicação de penas privativas de liberdade.

Desde há muito se vêm acumulando as objecções à *prisão* e se prevê o seu progressivo declínio como processo normal de actuação punitiva.

Se, de início, o que se punha em causa eram as vantagens e desvantagens dos sistemas²⁰, progressivamente as críticas foram ganhando um carácter mais incisivo até culminar na ideia, muito difundida, de que o erro está na própria prisão²¹ — «Des erreurs monumentales figées dans la pierre», na expressão especialmente conhecida de EBERHARD SCHMIDT²².

Já hoje mal haverá quem duvide do carácter criminogéneo²³ da prisão, única forma, entretanto, de efectivar a pena: enquanto não se encontre uma solução capaz de recolher o aplauso unânime, «dada a gravidade de certos crimes (...), a exteriorização da reprovação pública e da desaprovação jurídico-social»²⁴ continua a suscitar a aplicação de uma pena que envolve a privação de liberdade física²⁵.

Um sistema penal assim figurando a prisão como *ultima ratio* — directriz que perpassa em todo o sistema punitivo do novo Código Penal²⁶ — insere-se, aliás, numa concepção própria do Estado de direito social atribuindo ao direito penal uma natureza «subsidiária» ou «fragmentária»²⁷. Fala-se, a este propósito, do *princípio de intervenção mínima* — traduzindo a ideia, justamente expressa por MAIHOFER²⁸, de um direito penal como *ultima ratio* da política social —, verdadeira exigência ética para o legislador a funcionar num duplo sentido: quanto aos factos a punir e quanto às penas a aplicar.

Dizer que a prisão é um «mal necessário» equivale a contar em duas palavras toda uma filosofia quanto à sua actual concepção. Mau grado o esforço para deter o seu crescimento²⁹ e sem desprezar o valor dos novos métodos de tratamento tem, contudo, de admitir-se que eles representam apenas uma franja da repressão penal sendo sobre a prisão que tem de recair o nosso esforço renovador.

Creemos que ainda não chegou o momento de «esvaziar as prisões». Entretanto, a lúcida e objectiva consideração das realidades só nos pode conduzir a uma reflexão mais profunda e atenta dos defeitos e inconvenientes do sistema, tentando combatê-los.

Ora, tudo isto é particularmente verdadeiro pelo que diz respeito à execução da pena relativamente indeterminada. Reconhe-

cido o princípio de que a sua aplicação se deve limitar àquelas categorias de delinquentes cuja possibilidade de voltarem a cometer crimes só pode ser suficientemente prevenida nos quadros da prisão, há que reconhecer, de igual forma, que esse objectivo só pode pretender alcançar-se desde que se encare e compreenda essa privação de liberdade como meio particularmente apto a promover a sua reinserção social.

E, só cabe aqui *acentuar* uma exigência reformista, enquanto no domínio da pena indeterminada surgem circunstâncias e factores — a que não são alheios a própria finalidade ressocializadora ou o carácter mais gravoso que pode assumir — que tornam especialmente desejável essa reforma do regime de execução. De resto, tão nítida e claramente se afirma esta exigência que, poderemos mesmo dizer — o que envolve, do mesmo passo, uma salvaguarda da correcta utilização dessa pena — que a pena indeterminada não tem sentido se não se propiciarem os meios eficazes para a reforma do delincente. Se tal não for assegurado, corre-se o risco de rotular com um sentido uma medida punitiva que, no fundo, não é mais do que um processo repressivo de prevenção do crime.

Necessário é, todavia, não esquecer que a realização do objectivo prevalentemente ressocializador da pena indeterminada não está só dependente do conjunto de diferentes condições materiais que compete ao Estado, *maxime* à administração penitenciária, assegurar, nomeadamente, estabelecimentos prisionais apropriados às diversas categorias de delinquentes, pessoal especializado, adequado apetrechamento técnico, etc. Igualmente importante é a consciência que a própria administração penitenciária tenha da função activa que lhe cabe na preparação do delincente para que não volte a cometer crimes.

Assim, não admira o especial destaque que mereceu a elaboração de um *plano individual de readaptação, obrigação* que a lei (art. 90.º) faz impender sobre a administração penitenciária, a cumprir com a maior brevidade possível (no prazo de trinta dias após a entrada no estabelecimento prisional: cfr. art. 19.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro).

Sendo certo que também em relação aos delinquentes condenados a uma pena de prisão determinada, *maxime* nos casos em que esta assume uma certa duração, se justifica amplamente, e cada vez

com mais acuidade, a elaboração de um plano individual de readaptação (cfr. art. 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei de Execução), é todavia no domínio da pena indeterminada que essa exigência assume um particular relevo — por mais prementes serem aí as preocupações ressocializadoras —, de acordo, aliás, com as modernas concepções dos cultores da ciência penitenciária.

Melhor se garantirá, assim, a finalidade específica que (num certo sentido) legitima a aplicação de uma pena indeterminada — acentuando o cariz reeducador que deve orientar toda a fase de execução e evitando que se converta num mero processo de custódia preventiva, que não corresponde, de todo em todo, à intenção que o legislador teve em mente ao consagrar tal reacção criminal — mas também, e sobretudo, repetimos mais uma vez, a efectiva responsabilização *positiva* da administração penitenciária³⁰.

Ainda neste contexto, como momento de especial relevo — dado o espírito que preside a este regime — surge-nos o instituto da *liberdade condicional*, objecto de tratamento específico no Código.

Assim, aí se determina que a libertação do recluso é *sempre condicional* (art. 89.º, n.º 2): e necessário se torna dizê-lo, não porque por esse modo se queira referir a libertação, cumprido que seja o máximo da pena, mas porque, cabendo ao órgão competente determinar o momento da cessação do internamento, tal poderia ser entendido como a concessão da libertação definitiva.

Entretanto, a regulação de problemas concretos atinentes à concessão da liberdade condicional é, tanto quanto possível, minuciosa. Assim se determina, desde logo, que até dois meses antes de se completar o tempo mínimo da pena deve o Instituto de Reinserção Social enviar ao tribunal competente parecer fundamentado sobre a sua concessão (art. 89.º, n.º 4, e art. 20.º, n.º 1, este último do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro); e, se esta não for concedida, novo parecer será remetido decorrido um ano; prazo que também vale para o caso de revogação da liberdade condicional, e depois de decorrido o prazo de *dois anos* exigido na parte final do n.º 5 do art. 89.º

De qualquer modo — importa salientá-lo — o limite máximo de duração da pena não pode ser ultrapassado, sob pena de se cometer uma grave violação constitucional do princípio da culpa.

Assim, e para se evitarem situações intoleráveis, entende-se

— aliás de acordo com o texto legal que manda aplicar ao delinquente condenado a pena relativamente indeterminada as disposições gerais referentes à liberdade condicional (art. 89.º, n.º 1) — que a obrigação de a conceder logo que se hajam cumprido cinco sextos da pena é válida, não só para os casos de pena determinada de prisão (superior a seis anos), como para *todos* os casos de pena relativamente indeterminada (cfr. art. 61.º, n.º 2, fazendo valer, no nosso caso, o seu limite máximo).

De facto, nada obsta a esta interpretação por analogia — que, repetimos, a própria lei determina — conformando a pena relativamente indeterminada exactamente o caso de liberdade condicional obrigatória³¹.

Entretanto, realizar com eficácia o pensamento de reinserção social destes delinquentes pressupõe uma vasta série de condições — das quais já enumerámos algumas — que, sem serem privativas do domínio da execução da pena indeterminada, se revestem aqui de uma particular acuidade.

Estamos a referir-nos, entre outras questões, à boa organização, aqui particularmente exigível, dos *serviços especiais de observação* do delinquente e, no domínio já do tratamento, à criação de condições materiais e psicológicas tendentes a reduzir, tanto quanto possível, as diferenças que separam a vida da prisão da vida em sociedade³².

Boa parte do êxito do plano de readaptação reside ainda na eficiente e inteligente actuação do *peçoal penitenciário*. É sabido quanto hoje é indispensável, mais do que nunca — dada a tendência marcadamente ressocializadora da execução das medidas privativas de liberdade —, que a actividade do peçoal, inserindo-se nesta linha de política criminal, se torne responsável. Mesmo a nível de peçoal de vigilância — a quem cabem, sobretudo, funções de guarda e manutenção da ordem e segurança do estabelecimento — se fomenta uma actuação que contribua positivamente para o processo de reinserção social do delinquente.

Entretanto, e do mesmo passo, reforça-se a necessidade de o Estado criar as condições necessárias, não só à criteriosa selecção dos funcionários mas também, e sobretudo, à sua cuidadosa preparação técnica.

Interessa acrescentar, também, nesta breve referência a alguns

aspectos mais salientes do regime de execução da pena relativamente indeterminada, que a execução do plano individual de readaptação deve caracterizar-se pelo contínuo ajustamento dos métodos de tratamento às necessidades actuais de cada recluso. E isto porque o plano de readaptação, traçado no início do cumprimento da pena, não pode constituir um programa fixo e pormenorizado de tratamento, antes um esquema destinado a ser integrado, a cada momento, de acordo com a evolução do delinquente.

Ressalta ainda a importância de um particular aspecto da execução, conexionado com a averiguação daquele estado de evolução no tratamento.

Assim, e desde logo, deve aqui reflectir-se a preocupação — sempre presente, aliás —, de rodear o internamento de garantias que protejam o delinquente contra possíveis decisões arbitrárias.

Ora, o mais indicado para evitar que tal aconteça é impor à autoridade competente (o Instituto de Reinserção Social, no nosso caso: art. 20.º do Decreto-Lei n.º 402) a obrigatoriedade de examinar, em certos momentos (semestralmente — art. 20.º, n.º 2) a evolução da execução.

IV. Entretanto, seria escamotear o problema se não nos detivéssemos, ao dar-mos conta da actual interrogação crítica que parece pairar ameaçadoramente sobre o instituto da pena relativamente indeterminada³³.

Prende-se aqui a questão, afinal, com o tema mais vasto da actual crise da política criminal, que não pode deixar de merecer da nossa parte uma ainda que breve reflexão, já que só assim se logrará um correcto enfoque da problemática que directamente diz respeito à pena relativamente indeterminada.

De facto, os problemas fundamentais de política criminal centram-se na conformação do sistema punitivo, dada a crítica generalizada a um direito penal clássico baseado na aplicação de penas privativas de liberdade. E, pode mesmo dizer-se que o que desencadeou a actual crise da política criminal foi a mudança radical quanto à crença nas possibilidades ressocializadoras daquela pena.

Na verdade, questão central de toda a política criminal e, a um tempo, da aplicação de medidas privativas de liberdade — que, adiante-se desde já, se bem que lhe caibam os problemas mais com-

plexos, não devem ser entendidas como o «pivot» dos sistemas punitivos da actualidade — é a de saber se o Estado e a sociedade podem impor uma pena sem se preocupar com o retorno do delinquente à sociedade e se se está disposto a reconhecer a sua personalidade, para o ajudar a conduzir a sua vida, no futuro, sem cometer crimes.

Parto aqui da base evidente de que um retorno ao princípio da «retribuição» no seu sentido clássico — acentuando na pena *somente* a tarefa de infligir um castigo — é impensável, sendo, desde logo, incompatível com a nossa Constituição. Um tal princípio, orientando a finalidade da execução da pena privativa de liberdade, para além de não conter em si virtualidades para fornecer um critério a seguir na modelação da execução, sempre se analisaria, do ponto de vista do recluso, num prejuízo do seu estatuto jurídico justificado apenas na perspectiva da mera punição, sem lhe estar ligada *qualquer função* de política criminal.

Ora, mesmo quando o direito penal parte «do reconhecimento da ideia de culpa» e a pena cobra um sentido retributivo, ela não pode, como tal, ver-se como finalidade em si mesma, antes ganha sentido no contexto social em que se insere³⁴.

O que se quer salientar é que a pena tem uma *significação funcional* para a comunidade em que se insere que só é legitimada se o prejuízo jurídico que encerra para quem a sofre for exigido pela protecção de bens jurídicos essenciais a uma vida em convivência social.

O fundamento da política criminal deve estar, assim, na possibilidade de conferir eficácia a uma actuação positiva e activa sobre o delinquente.

E aqui cremos que deve encontrar-se o pressuposto indispensável de toda a administração da justiça penal, já que — com total independência da questão acerca do êxito que pode ser obtido com os distintos programas de reinserção social, com ou sem privação de liberdade — juízes e elementos da administração penitenciária só podem, em último termo, exercer uma actividade que seja determinada pelo sentido de *ajuda* face ao delinquente.

Aqui reside, do mesmo passo, a negação de um direito penal liberal que, no seu mais estrito sentido, teria que respeitar a liberdade do indivíduo como um bem jurídico que incondicionalmente

preexiste ao Estado e que, por isso, devia reconhecer como único sentido para a pena a retribuição, já que só ela lhe asseguraria a protecção das garantias do delinquente face ao poder estatal.

Ora, o que se vem afirmar — e desta base me proponho partir — é que a administração da justiça penal só pode hoje entender-se como *função social*. A própria protecção da liberdade que actualmente se pretende não pressupõe unicamente uma solução em termos de direito penal «liberal ou não liberal» — ou, se preferirmos, protecção e agressão da esfera privada do indivíduo, ou, ainda, retribuição no sentido clássico, e prevenção geral ou especial.

A alternativa, se se pretender tomar seriamente em consideração o delinquente — enquanto ser humano, dotado de autonomia, que se quer proteger — só pode consistir em *ajudá-lo*, através da pena, tornando-o capaz de não voltar a cometer crimes.

Com o que já vai implícita nesta finalidade atribuída à pena, uma *ampliação* dos critérios do Estado liberal de direito, segundo os quais uma ideia, ainda que apenas de ajuda, seria sempre vista à luz do liberalismo individualista como uma intromissão na personalidade do delinquente totalmente alheia à função exclusiva de árbitro que competia ao Estado.

O que se aflora é então um pensamento social, não já de tipo meramente defensivo contra o criminoso, mas *protectivo*, em que precisamente se acentua a protecção devida ao próprio homem delinquente. Como escreveu MARC ANCEL: «a protecção da ordem social implica, antes de tudo, a protecção do homem».

Ora, não é por acaso que a crise da política criminal foi tanto maior quanto com maior vigor se acreditou, em certos países — por exemplo, nos Estados Unidos e na Suécia —, na equiparação entre direito penal e medicina social, e se esqueceu, do mesmo passo, aquela protecção devida ao homem.

Não nos impressionando, portanto, que as teses da actual política criminal, naqueles países, passem pelo movimento do «*law and order*», se preconize o retorno a uma pura retribuição referida ao facto (*flat sentencing*), se considere morto o ideal de reinserção social e se dirija a crítica, ao mesmo tempo, para a pena indeterminada, enquanto repousa, também ela, naquela ideologia de tratamento.

Neste contexto — e aqui nos defrontamos exactamente com

o cerne de toda a problemática — a principal questão que se levanta é a de saber se a duração de uma pena privativa de liberdade aplicada a certos delinquentes considerados perigosos pode exceder a medida merecida segundo a culpa³⁴ por razões de segurança da comunidade ou de correcção do indivíduo.

Afastado este último aspecto — o limite que deriva da aplicação de penas somente para os que violam bens jurídico-criminais nunca podendo deixar de intervir — sempre ficará a questão de saber *se se pode* cumprir a irrecusável necessidade de segurança, em casos determinados, através da aplicação de penas relativamente indeterminadas.

Já vimos que o sistema não terá que abrir brecha no princípio da culpa e de recorrer a critérios de pura prevenção para resolver o problema daqueles delinquentes.

Cabe agora analisar, por outro lado, se o sistema resiste às críticas que de alguns lados lhe advêm.

É este ponto que nos propomos abordar de seguida.

V. Apontam-se, na realidade, alguns riscos decorrentes da indeterminação temporal da pena, quer no que se refere à ofensa ou ao perigo de ofensa dos direitos fundamentais do delinquente, quer no domínio do próprio objectivo de reinserção social que se pretende alcançar na sua execução³⁵.

Parece, de facto, que podemos partir destes dois grupos de considerações para tentarmos aferir, numa primeira abordagem, as possibilidades de êxito do sistema.

Quanto ao primeiro problema equacionado diz ele respeito, sobretudo, ao receio de ofensa dos direitos de *igualdade* e de liberdade individuais, dada a limitação operada no quadro dos tradicionais poderes do juiz em favor da extensão — diz-se — dos poderes da administração em domínios da justiça penal.

Alegava-se, assim, com a limitação dos poderes que tradicionalmente competem à instância judicial condenatória — «pauvre juge, son rôle est amoindri, son prestige est entamé, sa dignité même compromise», afirmava TARDE³⁶ — e com a decorrente diminuição das garantias de liberdade individual, eventualmente agravada pela possibilidade de a pena indeterminada se poder transformar num verdadeiro acto de justiça administrativa, ao conferir-se à administração a faculdade de decidir sobre a sua cessação.

Esqueceu-se, assim, e em primeiro lugar, que a aplicação da pena indeterminada não comporta, só por si, possíveis riscos que não decorram, de forma semelhante, da aplicação de medidas de segurança. O que significa, afinal, que a pena indeterminada não representa qualquer realidade nova — tendo em atenção a existência dos sistemas dualistas ou de pena agravada —, cujas consequências, porventura nefastas, não representem indiscutivelmente muito menor perigo para o cidadão — sobretudo tal como a propomos, isto é, limitada por dois termos de duração — do que o vulgar internamento de segurança da legislação europeia.

Aquela, de facto, enquanto não deixa de pressupor a liberdade do delinquente, sempre estará ligada a uma vivificação do sentido pedagógico e reeducador da execução da pena privativa de liberdade, na medida em que pressupõe e estimula o sentimento de auto-responsabilidade do delinquente.

Nem é verdade que a aplicação do regime de pena indeterminada importe necessariamente, ou a *limitação* nefasta dos poderes da instância judicial condenatória, ou a *extensão* ilimitada dos poderes da administração penitenciária.

Tal como aparece proposta — inequivocamente valendo, quer para a pronúncia, quer para a cessação do regime de internamento o princípio da *competência judicial* — não parece que aquelas objecções sejam procedentes.

Na verdade, e quanto àquele primeiro aspecto, o que se vem afinal a reconhecer é a impossibilidade em que o juiz se encontra — por força das especiais características da personalidade de certos delinquentes e, sobretudo, do objectivo de reinserção social conferido à execução da pena — de se pronunciar, no momento da decisão condenatória, sobre a medida exacta da pena, o que não significa, de todo em todo, comprometer a sua dignidade.

Poder-se-ia porventura objectar — e o argumento aponta agora num sentido inteiramente diverso, qual seja o da necessidade de reformar e limitar os poderes e as responsabilidades das instâncias criminais condenatórias — com a inegável necessidade e utilidade da observação científica da personalidade do delinquente e dos inquéritos sociais.

De facto, para a aplicação de uma pena indeterminada há-de exigir-se, a par de certos pressupostos formais fixados genericamente,

mente na lei (v. g., natureza e número de infracções cometidas, lapso de tempo que medeia entre a prática de dois ou mais crimes, etc.); a efectiva constatação de um modo de ser perigoso que habilita a autoridade condenatória a razoavelmente concluir pela «acentuada inclinação para o crime» (art. 83.º, n.º 1) e, portanto, a séria probabilidade de reiteração criminosa.

Acrescida seria ainda aquela necessidade de o tribunal conhecer efectivamente o réu nos casos em que a aplicação da pena indeterminada não fica confinada a hipóteses de efectiva reincidência criminosa — o que já constitui, decerto, um índice valioso para se aferir da especial perigosidade do réu — mas se estende a hipóteses de delinquentes primários, em relação aos quais o juiz disporá normalmente de muito menos elementos de informação.

Não temos dúvidas, efectivamente, em afirmar que, em relação às categorias de delinquentes previstas na lei como passíveis de pena indeterminada, o conhecimento da personalidade do arguido é um elemento de importância primordial.

O que não afirmamos, de todo em todo, é que tal constatação tenha de implicar a devolução da pronúncia da pena para organismos especiais³⁷ ou, eventualmente, a divisão jurídica do processo³⁸.

Afastada esta última hipótese — de que de resto aqui não curamos —, parece seguro e unanimemente se afirma, que só uma entidade de carácter judiciário pode assegurar, neste caso, o respeito pelos direitos dos cidadãos, envolvendo a privação de liberdade uma intromissão tão profunda na vida do indivíduo.

E nem cremos, de resto, que a decisão do juiz resulte por este lado menos rodeada de garantias. A objecção que há pouco assinalámos, como eventualmente prejudicial para os poderes que tradicionalmente competem à instância judicial condenatória, reverte agora a seu favor.

Não se esqueça, de facto, que a pronúncia de uma pena indeterminada pelo juiz não representa uma definição precisa e imutável de todos os seus elementos³⁹. A decisão do juiz reveste-se aqui de um carácter *praticamente* aproximativo, já que só define os *limites* em que há-de processar-se a reinserção social do delinquente, cabendo às autoridades da administração penitenciária definir gradualmente aqueles *elementos* através da prova de recuperação do delinquente.

Estas considerações conduzem-nos inevitavelmente à consideração daquele segundo aspecto referido, que nos propomos agora apreciar e que se prende com o problema da autoridade competente para determinar a cessação do internamento e libertação condicional do delinquente.

Desde logo, regime de pena indeterminada não significa forçosamente regime da *indeterminate sentence* norte-americana: tudo depende da regulação por que o legislador opte.

E, entre nós, ele mostrou-se desde o início partidário, nesta matéria, da competência de um órgão judicial.

Momento decisivo do processo de reeducação, a transição do meio fechado para o meio livre não pode, entretanto, encarar-se como um problema isolado, antes qualquer decisão tomada nesse domínio não deve ignorar toda a modelação da execução da pena.

Assim, com a problematização da autoridade competente para a libertação condicional do recluso, surgem naturalmente conectadas outras questões, assumindo relevância muito particular essa premente preocupação que consiste em garantir o delinquente contra a defeituosa ou irregular condução do programa da reinserção social, potegendo-o de decisões que arbitrária e injustamente possam prolongar o seu internamento prisional.

Acresce ainda que, se a libertação condicional constitui um passo fundamental no processo de reinserção social de qualquer recluso, reveste-se de uma particular importância — já o salientámos — no domínio da pena relativamente indeterminada, uma vez que se está então a lidar com delinquentes de maior perigosidade.

A ideia de que a presença do juiz é sempre vantajosa — nomeadamente no que se refere à protecção do recluso contra as decisões injustas ou ilegais que a seu respeito podem ser tomadas no decurso da execução — merece todo o nosso acolhimento.

A lei portuguesa conferiu, assim, uma larga competência ao Tribunal de Execução de Penas. E a razão parece estar nesta solução, sabido como é que a decisão sobre a cessação do internamento, implicando naturalmente com a liberdade do delinquente, nunca deve situar-se num plano de mero proceder administrativo.

Que a autoridade judicial tome aqui em conta as informações prestadas pelas autoridades penitenciárias que acompanham o de-

envolvimento dos planos individuais de readaptação, é circunstância que não invalida o que atrás se disse: na figura do juiz continua presente a mais séria garantia do cidadão contra o indesejável arbítrio da autoridade administrativa.

Haverá ainda quem ponha em causa esta solução pela eventual falta de preparação daquela entidade judicial para decidir, em boas condições, sobre uma situação importante como é a concessão da liberdade.

Todos estaremos de acordo em que é de todo em todo conveniente que essas graves tomadas de posição sejam assumidas com conhecimento directo das situações locais e da personalidade do recluso. Ora, naturalmente que, defendendo as visitas periódicas e frequentes do juiz aos estabelecimentos penitenciários e ao concluir pela conveniência daquele em assistir e presidir ao Conselho Técnico — soluções que também a lei defende (art. 23.º, n.ºs 1 e 6 do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro) — estamos a afastar aquela objecção.

Sendo o Conselho Técnico um órgão colegial em que têm assento funcionários que directamente privam com os reclusos, procurando conhecê-los o melhor possível e resolver os problemas que os afectam, é evidente que o juiz, assistindo às reuniões daqueles Conselhos, pode tomar uma decisão mais segura, auscultando a diversidade de opiniões carreadas de diversas maneiras, conforme o estilo, a formação e a responsabilidade específica de cada interveniente⁴⁰.

Passando agora a encarar o segundo grupo de considerações referidas — atinentes ao domínio do próprio objectivo da reinserção social — uma primeira objecção levantada resulta da dificuldade em constatar a efectiva correcção do delinquente, tanto mais quanto é certo que uma boa conduta prisional pode não significar uma real reinserção social⁴¹. Acresce que — pode ainda dizer-se —, desta forma se favorece a hipocrisia e a dissimulação por parte do recluso, fomentando-se um conformismo de comportamento manifestado numa submissão passiva a um estado de coisas suportado com carácter de inevitabilidade e sem que tal forma de actuação corresponda a uma real intenção de respeito, no futuro, pelas normas jurídico-criminais, mas que, por outro lado, pode representar, aos olhos de uma administração penitenciária tradicional, o mais

importante índice de reforma⁴². O perigo de erradas informações prestadas pelo pessoal penitenciário, surgindo, também ele, assim, acrescido.

O que pode adiantar-se desde já, é que estas observações críticas não condenam, em absoluto, a aplicação de penas indeterminadas, antes devem compreender-se como inconvenientes ou dificuldades a ter em conta na estruturação adequada do seu regime⁴³.

De facto, só uma administração «positivamente responsabilizada e tornada consciente da função activa que lhe cabe na regeneração do delinquente» pode ultrapassar estes escolhos.

Por outro lado, na base do conceito de reinserção social e do processo de correcção com o alcance que lhe é inerente está o pressuposto — necessário em qualquer sistema educativo correctamente entendido⁴⁴ — de que a ajuda que se oferece — *maxime*, o tratamento que se propõe — só é frutífera mediante a *colaboração activa e voluntária* de quem o recebe⁴⁵. O tratamento ressocializador que queira estar de acordo com as exigências de um Estado de direito social — sobretudo evitando que o «social» se converta numa nova forma de tirania — não deve impor-se sem entrar em linha de conta com a participação do recluso, devendo constituir um ininterrupto diálogo entre este e a administração⁴⁶.

Trata-se, pois, de uma verdadeira necessidade de participação que cabe à autoridade penitenciária fomentar, e, em certos casos, despertar. Se nesta base de confiança e de diálogo se estruturar e cumprir o plano de readaptação, diminuem consideravelmente aqueles possíveis inconvenientes da pena indeterminada, que só teriam algum valor real se considerássemos o delinquente numa posição de pura passividade perante a administração penitenciária.

Assim concebido e obedecendo a estas linhas de força, nada haverá no cumprimento da pena relativamente indeterminada que implique ser maior o risco — também possível no domínio da pena determinada — de sair comprometido o objectivo de reinserção social.

O que se reforça é antes a exigência à administração penitenciária — mais do que nunca chamada a intervir activamente na preparação do delinquente para que não volte a cometer crimes — de assegurar, neste domínio, um particular *dever de auxílio* em relação a esta categoria de delinquentes.

¹ Assim, CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, I, 1958, p. 51 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas «a posteriori»*, 1948, 2. edição, Buenos Aires.

² JIMÉNEZ DE ASÚA, (n. 1), p. 123.

³ A questão terminológica escondia, de resto, um problema mais profundo, qual fosse o de saber se se estava perante uma verdadeira pena ou uma simples medida de segurança. Assim, por exemplo, o relatório publicado em 1953 pela O.N.U. com o título *La Sentence Indeterminée* abordava o tema da privação de liberdade por tempo indeterminado, tanto na modalidade de pena como na de medida de segurança.

Optaremos, neste estudo, pela expressão «pena relativamente indeterminada» que, estando de acordo com o sentido que lhe conferimos e exporemos em texto, é a adoptada no Título V do novo Código Penal.

⁴ Segue-se CUELLO CALÓN, cit., (n. 1), p. 52 s.

⁵ A opinião mais divulgada considera BROCKWAY, o primeiro director do famoso Reformatório de Elmira (1876), como o promotor do sistema de indeterminação, base do regime aplicado naquele estabelecimento. De início, BROCKWAY propôs um regime absolutamente indeterminado mas, tendo o projecto sido acolhido com alguma hostilidade, substituiu-o por um regime indeterminado limitado por um prazo máximo fixado pelo tribunal. O êxito alcançado com a experiência de Elmira determinou, na época, a criação de outros estabelecimentos onde o sistema foi posto também em execução: assim, por exemplo, Massachusetts, em 1884; Pensilvânia, em 1887; Minnnesota, em 1889; etc.

Sobre isto, vide HOWARD WINES, *The Elmira System*, in *Punishment and Reformation*, 1910, p. 192 s.

⁶ Recorde-se que foi ROEDER, sem dúvida, um dos mais importantes defensores da pena indeterminada.

⁷ Sobre isto, cfr., nomeadamente, P. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*, 1911, p. 84 s.; FLORIAN, *Tratatto di Diritto Penale*, II, 1934, p. 859 s.; MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, 1980, p. 81 s.

⁸ Segue-se PIZARRO BELEZA, *Pena Indeterminada*, Coimbra, 1968, p. 86 s.

⁹ Vide H.-H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1979, Heft 4, p. 330.

¹⁰ GOETHE, *Maximen und Reflexion*, n. 240, cit in. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. General, 1976, p. 782, n. 5.

¹¹ Vide Relatório da Comissão, in Código Penal Português, Lisboa, 1861, p. 89.

¹² Relatório, cit., (n. 11), p. 89.

¹³ Esta posição aparece já defendida num estudo publicado em 1956, *Assistência Prisional e Post-Prisional*, in Suplemento XV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 366. Posteriormente, reaparece esta tese in *Direito Criminal*, I, p. 328 e no Relatório que, em 1963, antecede o *Projecto da Parte Geral do Código Penal*, p. 56 s.

¹⁴ Segue-se, no que a seguir se expõe, FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma do Direito Penal Português — Princípios e Orientações Fundamentais*, 1972, p. 27 s.; id., *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 1976, p. 252 s.

Sobre este ponto, cfr. também EDUARDO CORREIA, *A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 46 (1970), p. 54 s.; ANTON ONECA, *La Prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (1924), p. 105 s. e CUELLO CALÓN, (n. 1), p. 99 s.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, (n. 1), p. 123.

¹⁶ Cfr. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, II, 1966, p. 191.

¹⁷ A via da reinserção social é a única que permite conciliar as exigências de protecção da sociedade com as de protecção do próprio indivíduo delincente. Constitui, aliás, uma verdadeira exigência de um princípio do Estado de direito e social — que a nossa actual Constituição acolhe, sem dúvida — e é, ao mesmo tempo, postulado de um verdadeiro direito penal da culpa. Mostrando que assim é, pelo que a este último ponto se refere, cfr. EDUARDO CORREIA e a sua concepção de *pena como instituição*, in *A influência de von Liszt*, (n. 14), p. 21 s. De resto, a possibilidade de superação da antinomia entre as ideias da culpa e de reinserção social da pena tem ganho, recentemente, larga audiência. Cfr., neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa*, cit., (n. 14), p. 201 s.

¹⁸ Esta explicação baseia-se em uma concepção unilateral do princípio da culpa que, em todo o caso, sempre pressupõe que o grau de culpa fornece o *limite máximo* da pena.

Neste sentido, cfr. CLAUS ROXIN, *Concepcion bilateral y unilateral del principio da culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 187 s.

¹⁹ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II (1961), p. 50 s., mostrando-se favorável à tese italiana. Em sentido contrário, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, 1971, p. 269, nota (1).

²⁰ Sobre o assunto, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 85 s.; ID., *La Prison. Les Mesures Non-Institutionnelles et le Projet du Code Pénal Portugais de 1963*, in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Estudos «In Memoriam» do Prof. Beleza dos Santos, p. 17 s.

²¹ Apontando este aspecto, EDUARDO CORREIA, *Assistência Prisional*, (n. 13), p. 117.

Esta é, de resto, uma opinião, na actualidade, defendida, onde em larga medida radica a conhecida «tese revolucionária» sobre a prisão. Vide, nomeadamente, BUFFARD, *Le Froid Penitentiaire. L'Impossible Reforme des Prisons*, 1963, considerando a execução da prisão uma «tarefa inútil e esforço estéril»; L. ORLANDO, *Prisons — houses of darkness*, 1975; R. SOMMER, *The End of Imprisonment*, 1976, que afirma: «Imprisonment is a humane innovation that failed»; G. HAWKINS, *The Ideology of Imprisonment*, in *Progress in Penal Reform*, ed. L. Blom-Cooper, p. 101 s., onde se afirma, sobre o sistema penitenciário: «a monumental mistake», (p. 115); ID., *The Prison-Policy and Practice*, 1976; A. BARATTA, *Marginalidad Social y Justicia — Informe general sobre los aspectos jurídicos*, IX Congresso Internacional de Defesa Social, Caracas, 3 a 7 de Agosto de 1976.

²² Citação de P. AEBERSOLD, *Le Projet Alternatif Allemand d'une Loi sur l'Exécution des Peines*, trad. de D. CHAST, in *Révue International de Droit Penal*, 1975, n. 3, p. 286.

²³ É este um aspecto largamente tratado que, entre nós, EDUARDO CORREIA põe amplamente em relevo: cfr. *Assistência Prisional*, (n. 13), p. 118 s.; ID., *Le Prison*, (n. 20), p. 9 s.

²⁴ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Exposição de Motivos*, Parte Geral de 1963, (n. 13), p. 47 s.; no mesmo sentido, H.-H. JESCHECK, *La Pena Pecuniária, moderno mezzo di politica criminale i problemi ad essa connessi*, in *L'Indice Pénale*, 1977, n.º 3, p. 368: «nostro senso di giustizia non permette sanzioni piú miti».

Restringir a aplicação de medidas privativas de liberdade ao *mínimo indispensável* é afinal o ponto de partida da «tese reformista». Para uma breve análise do chamado «programa mínimo de reforma penab» (cfr. SYKES, *Criminology*, 1980), onde cabem medidas institucionais e não-institucionais, cfr. A. LITTLE, *Penal Theory, Penal Reform and Borstal Practice — an example of prescience*, in *The British Journal of Criminology*, 1963, vol. 3, p. 257 s.

²⁵ Se bem que, nesta sede, se dê conta de um movimento para encontrar novos métodos de reacção contra o crime. Cfr., por exemplo, S. CANTERO, *La Substitución de la pena de privación de libertad*, in *Estudios Penales*, II, 1978, p. 232 s.; NEUMAN, *Prisión Abierta*, Buenos Aires, 1962; F. MANTOVANI, *Pene e Misure Alternative*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, p. 77 s.; F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pene nel quadro di una «nuova» politica criminale*, ibidem, p. 13 s.; F. C. PALAZZO, *Le Interdizione nella Prospettiva delle Misure Alternative alla Pena*, ibidem, p. 190 s.; H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, 1939, p. 219.

Para uma correcta visão de conjunto do problema, cfr., ainda, Resolução (76) «Sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté», adoptada pelo Comité de Ministros da ONU (9 de Março de 1976) e a introdução ao relatório do Comité Europeu para os Problemas Criminais sobre certas medidas de substituição das penas privativas de liberdade (elaborado pelo sub-comité n.º XXVII).

²⁶ Vide art. 71.º do novo Código Penal.

²⁷ Visão aceite e sustentada, entre outros, por H.-H. JESCHECK, *La Pena Pecuniaria*, (n. 24), p. 368; ID., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1978, p. 35; C. ROXIN, *El desarrollo de la política criminal*, in *Doctrina Penal*, n.º 7, 1979, p. 510 s.; ID., *Sentido y límites de la pena estatal*, in *Problemas basicos del derecho penal* (trad., D.-M. LUZÓN PENA), 1976, pp. 21 e 22.

²⁸ Citação in FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma*, (n. 14), p. 39.

²⁹ Cfr. o sugestivo artigo de A. NORMANDEAU, *Halte à la croissance des prisons*, in *Révue de Droit Pénal et Criminologie*, 1977, n.º 10, p. 831 s.

³⁰ Neste sentido, cfr. *Exposição de Motivos — Projecto da Parte Geral*, (n. 13), p. 58.

³¹ Nem contra ela vale o argumento da consagração, na Parte Especial do Código, do art. 393.º prevendo a punição de quem violar obrigações impostas por sentença criminal, nada constando, neste artigo, que faça pensar que se pretendiam atingir os casos em que o máximo da pena já fora cumprido. Diferentemente, Actas da Comissão Revisora, II, (n. 16), p. 187 s.

³² Estamos a referir-nos ao problema da «normalização» da vida do recluso. Cfr. PAL CORNIL, *La Peine de Prison*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXX, p. 186.

³³ Existe uma vasta literatura sobre a actual crise que atravessa o sistema da pena relativamente indeterminada. Mostrando que, nos diversos países, o sistema não corresponde, na grande maioria dos casos, ao proposto entre nós, caberá destacar, entre outros, os estudos de WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 90 (1978), p. 1118; JESCHECK, *Der Einfluss der neuren schwedische Kriminalpolitik auf die deutsche Strafrechtsreform*, in *Zeitschrift ...*, 90 (1978), p. 799 s.; SIMSON, *Neue Entwicklungslinien in Schwedischen Kriminalrecht*, in *Festschrift für Dreher*, 1977, p. 755 s.

³⁴ Cfr. EDUARDO CORREIA, *A Influência*, (n. 14), p. 21 s.; FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma*, (n. 14), p. 29 s.; *Liberdade*, (n. 14), p. 14 s. Ainda sobre isto, SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92 (1980).

³⁵ Desta forma agrupando as objecções levantadas contra a pena relativamente indeterminada, cfr. PIZARRO BELEZA, (n. 8), p. 316 s.

³⁶ Apud FREUDENTHAL, *Unbestimmte Verurteilung*, in *Vergleichend Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*; III (1908), p. 316.

³⁷ Uma crítica a esta solução pode ver-se em JIMÉNEZ de ASÚA, (n. 1), pp. 86 a 93 e SIMÕES PEREIRA, *Em Defesa das Sentenças Indeterminadas*, passim. Cfr., ainda, Actas da Câmara Corporativa, parecer n.º 54/X, de 23 de Outubro de 1973, p. 2671 s.

³⁸ Sobre o assunto — que excede manifestamente o âmbito deste estudo —, cfr. PIZARRO BELEZA, (n. 8), p. 358 s.

³⁹ Cfr., neste sentido, THOMAS WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970, p. 78 s.

⁴⁰ Assim, ASSIS TEIXEIRA, *Tribunal de Execução das Penas — Breves considerações sobre o Decreto-Lei n.º 783/76*, in *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, n.º 33, 1978, p. 66.

⁴¹ Vide, por exemplo, SUTHERLAND, *Principles of Criminology*, p. 560.

⁴² Já a isso se referia ALIMENA, *Principii di diritto penale*, II, 1912, p. 97. Também MARC ANCEL, (n. 7), p. 263.

⁴³ À crítica tradicional que vê naqueles possíveis inconvenientes uma forte razão contra a admissibilidade da pena relativamente indeterminada, observa CALDWELL que o mesmo se pode passar quanto à liberdade condicional, no sistema de penas determinadas, acrescentando que a solução estará numa «melhor administração prisional», in *Criminology*, p. 645.

⁴⁴ Sobre o assunto, cfr. K. PETERS, *La rééducation et les droits des détenus*, in *Révue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 17 — 1962, pp. 486 e 187.

⁴⁵ Sobre isto, cfr. CALLIESS, *Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, 1974, p. 173 s., para quem a participação activa do recluso, que deixa de ser considerado como puro objecto sobre o qual recai a actividade de prestação (reformadora) do Estado, supõe exactamente a passagem de um direito penal «sociab» para um direito penal que pretende, para além disso, ser «democrático».

Sendo certo que a ajuda exterior favorece um processo de educação, necessita este, para ser totalmente conseguido, da aceitação voluntária e da colaboração do interessado.

⁴⁶ Ainda segundo CALLIESS, (n. 45), p. 209 s., este é o caminho para tentar lançar uma ponte entre os princípios antinômicos do Estado liberal e do Estado social: essa dualidade, expressão de posições antinômicas, poderia ser superada por uma concepção unitária que pressupõe diferentes modos de realização do *diálogo* Estado-sujeito.

O MOVIMENTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO E O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

PELO PROF. DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

I

O título que me foi sugerido para a minha intervenção de hoje — «O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social» — poderia ser entendido como convidando ao tratamento de duas matérias: a descriminalização e o ilícito de mera ordenação, se bem que não esquecendo a íntima ligação que entre elas intercede. Mas não será este o entendimento que darei ao tema. Não deve tratar-se nele — se vejo correctamente a situação das coisas — da aposição ou adição de duas matérias, a considerar por igual e no mesmo plano. Trata-se antes de cuidar do tema do ilícito de mera ordenação no contexto do movimento da descriminalização. Por outras palavras, o movimento da descriminalização não deve ser aqui objecto *autónomo* de tratamento — nos seus fundamentos, nas suas manifestações, nas suas causas e nos seus efeitos: em suma, no seu *tempo* e no seu *modo* —, mas deve surgir apenas como o pano de fundo, direi melhor: como o horizonte de compreensão dentro do qual se projecta e ganha exacta dimensão a problemática do ilícito de mera ordenação social.

Julgo com esta interpretação prestar justiça às intenções reais dos programadores deste ciclo de conferências e a ela devo oferecer a minha plena concordância. Se para os meus ouvintes é decisivo o ponto de vista da *aplicação* dos novos textos legais — o Código

Penal e a sua legislação complementar —, então não será o movimento da descriminalização em si mesmo, como orientação político-criminal, que mais os poderá interessar; pois um tal movimento, na perspectiva da concreta aplicação da lei penal, exprime-se apenas pela negativa e não suscita problemas especiais. Acresce que a descriminalização constitui um tema que tem sido, na literatura jurídico-penal portuguesa, objecto de ampla e profunda atenção. Mesmo no presente ciclo de conferências já foi ele tratado — e possivelmente sê-lo-á ainda em exposições posteriores — com um cuidado que não poderia ser igualado se eu o elegesse também para tema autónomo de consideração. Eis pois, Senhoras e Senhores, as razões de fundo e de oportunidade conducentes a que o movimento da descriminalização me sirva apenas para introduzir e situar os problemas mais importantes que julgo suscitados pela nossa nova lei sobre o «ilícito de mera ordenação». Este sim, é o que verdadeiramente constitui o meu tema de hoje.

Singularmente, aliás, é ele também — estreitamente aparentado com os temas do ilícito contravencional e do ilícito penal administrativo — um dos *enfants-chéris* da literatura jurídico-penal portuguesa: de HENRIQUES DA SILVA a CAVALEIRO DE FERREIRA, de BELEZA DOS SANTOS a EDUARDO CORREIA, ninguém escapou — nem eu próprio! — ao fascínio desta matéria, assim recorrente na história da nossa especulação doutrinária. Circunstância esta que revela não se tratar de os estudiosos se sacrificarem a uma «moda», mas de tentarem vencer as múltiplas resistências oferecidas por um nóculo problemático forte; tão forte que nele se jogam questões como a da função do direito penal e dos seus limites, e a das relações entre o direito penal e o direito administrativo (eu acrescentaria ainda: e o direito constitucional). Torna-se assim, por outro lado, claro o alto grau em que as considerações seguintes são tributárias dos estudos dos penalistas portugueses que nesta senda me antecederam e dos quais me permitirei destacar — não só pelo seu valor intrínseco, como por terem sido já pensados em termos da nossa reforma penal — os estudos do Prof. Dr. EDUARDO CORREIA no relatório do seu *Código Penal — Projecto da Parte Geral*, de 1963, bem como no seu artigo de 1972 sobre «Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social». E dito isto, começarei.

II

É sabido que a complexa tessitura da ordem jurídica dos Estados contemporâneos ultrapassa em muito o âmbito das normas directamente respeitantes aos fundamentos ético-sociais da vida em comunidade. Para tal contribuiu com significado crescente a ordem administrativa.

Foi no tempo do Estado de Polícia iluminista que surgiu uma ampla esfera da Administração e um profuso ordenamento policial, que todavia se moviam ainda sem subordinação a preceitos jurídicos e não pertenciam em rigor à Ordem Jurídica. Com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal, a Administração juridifica-se e sujeita-se à limitação da legalidade, ao mesmo tempo que a sua actividade policial se concentra na *protecção antecipada de perigos* para a consistência dos direitos subjectivos dos particulares; direitos subjectivos estes por sobre cujo âmbito essencialmente se demarcava a função protectiva do direito penal. De sorte que, quando foi necessário procurar um enquadramento jurídico para as ofensas ao exercício da referida actividade policial da Administração, ele foi encontrado no conceito de *contravenção* e, assim, ainda *dentro* do direito penal e das suas formas de infracção.

A situação altera-se — por razões económicas, sociais, políticas e culturais bem conhecidas e que estiveram na base das duas Grandes Guerras — com a transformação da Administração numa *gestaltende Verwaltung*, numa «Administração conformadora», que assume funções pertencentes a círculos progressivamente mais amplos da chamada *Daseinsvorsorge*, do «cuidado com a existência» dos cidadãos. Num Estado Social e de Bem-Estar, que tome sobre si as tarefas crescentes e cada vez mais complexas da *Daseinsvorsorge*, o interesse de uma Administração racional reside em cumpri-las, na medida do possível, sem estorvos e de forma dinâmica. Apresentando-se as penas como medidas coactivas dotadas de particular efectividade, inscreveu-se um pouco por toda a parte a tendência para ameaçar com elas a violação de zonas cada vez mais alargadas da ordem jurídica e para as fazer intervir onde e sempre que se julgava necessário revestir os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de uma particular força de vigência.

Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social — e deu assim ênfase ao fenómeno da *hiper criminalização*. Como fruto desta inflação incriminatória surge uma legislação penal extravagante, de carácter administrativo e de conteúdo económico-social, cada vez mais abundante e a breve trecho indominável, tanto do ponto de vista político-criminal como do dogmático.

A primeira reacção sistemática contra este estado de coisas surgiu na República Federal Alemã, logo após a II Grande Guerra, com a promulgação, em 1949, da *Wirtschaftsstrafgesetz*, e, em 1952, da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. Dando expressão legislativa aos estudos e recomendações de EBERHARD SCHMIDT, criaram estas leis a figura jurídica da *Ordnungswidrigkeit*, procurando dar deste modo satisfação a três ordens diferentes de razões: primeiro, à exigência de que se retirasse dos quadros do direito penal um larguíssimo número de infracções de nula ou duvidosa relevância ética; segundo, à necessidade de guardar o conteúdo ético que vive nas sanções penais — mesmo quando se aceite serem estas impostas em nome de exigências primariamente preventivas —, de guardar esse conteúdo ético para comportamentos também eles eticamente relevantes, e de distinguir estes das infracções que não deveriam ser ameaçadas com penas criminais, mas com meras advertências sociais, coimas ou sanções ordenativas (*Geldbüsse*, na expressão alemã) — sanções onde ganhasse preponderância ou exclusividade o carácter dissuasor próprio das sanções unicamente pecuniárias; terceiro, à conveniência de revestir o processamento destas infracções de especificidades que permitissem, sobretudo, a aplicação das sanções pelos agentes administrativos encarregados da fiscalização e controlo das respectivas actividades.

Deste modo se operou, pela primeira vez, a completa autonomização do direito das contra-ordenações e do correspondente ilícito — o ilícito de mera ordenação social —, face ao direito e ao ilícito penais. E foi este, pode asseverar-se com plena segurança, o modelo tido ante os olhos pelo Prof. Dr. EDUARDO CORREIA quando procedeu à elaboração dos *Projectos* de reforma do nosso direito penal. Para além de correr já nessa via o seu ensino e a sua orientação doutrinal, fala em tal sentido a circunstância de o rela-

tório do *Projecto da Parte Geral* expressamente se louvar da solução alemã e da fundamentação desta no pensamento de EBERHARD SCHMIDT; bem como a de no articulado se ignorar por inteiro a categoria das contravenções e de a parte especial procurar uma restrição de princípio aos tipos legais de crime de indiscutível relevo ético, assentes em bens jurídicos claramente individualizados e como tal reconhecíveis.

2. Antes porém que prossiga na via aberta por esta última consideração, gostaria que me fosse permitido pôr em relevo ainda uma circunstância que verdadeiramente liga o tema do ilícito de mera ordenação social ao movimento da descriminalização.

Pode dizer-se que o modelo das contra-ordenações, que a traço grosso acabei de descrever — criado pela ordem jurídica alemã-ocidental e logo seguido no essencial, se bem que com características próprias, pela alemã-oriental —, não conseguiu durante muito tempo obter eco sensível a nível internacional. A ponto que a monumental investigação dedicada ao tema por HEINS MATTES, em base histórica e comparatista, pôde concluir (no essencial com razão, pese às críticas de pormenor que lhe possam ser dirigidas) que, até 1972, a criação de um ilícito de mera ordenação social continuava a constituir uma decisão legislativa de carácter germânico exclusivo. Mas a situação modificou-se durante os últimos anos. Assim, a lei federal suíça sobre o direito penal administrativo, de 23-3-1974, aproxima-se em muitos pontos — sobretudo no que toca ao processamento das infracções — de um verdadeiro direito das contra-ordenações. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, institui um autêntico ilícito de mera ordenação social. Em Itália, a lei n.º 689, de 24-11-1981, introduz modificações no sistema penal que se traduzem, no seu conjunto, na transformação de uma larga quantidade de ilícitos penais em ilícitos não penais, para os quais são cominadas sanções exclusivamente pecuniárias, de carácter não criminal. Como se explica, Senhoras e Senhores, uma tal mudança na situação e a consequente irradiação da ideia central do ilícito de mera ordenação?

A resposta à pergunta feita, creio, só pode ser uma. Tal foi uma consequência do *movimento da descriminalização*, que entretanto se impôs como uma das aquisições mais seguras dos novíssimos

rumos trilhados pela política criminal. Trata-se aqui, como é óbvio, da descriminalização *em sentido estrito e técnico*, como desqualificação de uma conduta enquanto crime, como redução formal da competência do sistema penal em relação a determinadas condutas. Descriminalização que assim facilmente se distingue da descriminalização de facto, da despenalização em sentido próprio, da diversão e mesmo da chamada não-intervenção radical, quando esta se toma no sentido originário com que EDWIN SCHUR a propôs à discussão. E descriminalização que vai, num meu entendimento já antigo, buscar a sua justificação primária e a razão da sua força a uma proposição básica da política criminal. Proposição segundo a qual a política criminal própria de um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Por aqui somos conduzidos mesmo ao cerne da problemática do ilícito de mera ordenação social.

Com efeito, aquela proposição político-criminal corresponde à introdução, no tema da definição do comportamento criminal, de um ponto de vista puramente racional: à sua luz, função do direito penal só pode ser a protecção de *bens jurídicos*, não a decisão de controvérsias morais ou a tutela de qualquer moral. Mas isto assente, falta ainda decidir se o «bem jurídico» surge como noção imanente ao sistema, ou antes como noção transcendente àquele e, portanto, como seu padrão crítico. Se se quer tornar a noção político-criminalmente útil, só este último caminho é possível. Mas como há-de ela ganhar então a indispensável materialidade e concreção, de modo a tornar-se em linha delimitadora da dignidade punitiva de um facto e, assim, em *fronteira* do direito penal?

A minha resposta — que já na exposição que fiz sobre «presupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa» avancei — é a seguinte: se, num Estado de Direito material, toda a actividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica *como aquela que preside à Constituição*. Entre as duas ordenações há-de pois verificar-se uma relação, que não é por certo de identidade ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia

substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido. Relação esta — e é o que aqui verdadeiramente nos importa — a permitir afirmar que a ordem axiológica jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo e delimitativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado.

Daqui derivam consequências da mais alta relevância para a exacta compreensão do nosso tema de hoje. Em primeiro lugar, a de que não devem constituir crimes, nem caber no objecto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis — e por mais pecaminosas, a-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem. Em segundo lugar, a de que o mesmo deve suceder a condutas que, violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a «necessidade social» se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social. Em terceiro lugar, a de que bens jurídicos há que, sendo concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem *como tal*, formando o corpo daquilo que com razão se designará por «direito penal clássico ou de justiça». Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização económica, se relacionam com a actuação da personalidade do homem *como fenómeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de carácter secundário, especial, extravagante ou económico-social. Pelo direito penal já não deverão ser abrangidas, porém, as condutas que, dada a sua neutralidade ético-social, não mais permitem uma referência à ordem axiológica constitucional; mas se se entender que, apesar disso, elas devem ser contrariadas com sanções exclusivamente pecuniárias, de carácter ordenativo, é isso sinal seguro que estamos perante contra-ordenações, constitutivas de um ilícito de mera ordenação social.

Assim pois, Senhoras e Senhores, se liga a criação deste ilícito ao movimento da descriminalização no seu sentido mais autêntico;

e ganha a partir dele uma justificação político-criminal que de muito ultrapassa a simples finalidade pragmática de lograr um «alívio do trabalho judicial» que, inicialmente, se intentou pôr como razão primordial e decisiva da sua consagração legislativa.

III

O ilícito de mera ordenação social, como disse, foi entre nós pela primeira vez legalmente consagrado no Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, ainda aqui por directa actuação do Prof. Dr. EDUARDO CORREIA como Ministro da Justiça. Diploma este, acentue-se, que ia inclusivamente mais além do que o que fora a legislação da Alemanha Ocidental entre 1952 e 1975 (data em que aí começou a vigorar o novo Código Penal). Pois enquanto esta, ao lado da categoria extra-penal das *Ordnungswidrigkeiten*, manteve até 1975 a categoria especificamente penal das *Übertretungen*, o Decreto-Lei n.º 232/79 eliminou sem resto a categoria das contravenções puníveis com pena de multa, ao estabelecer no art. 1.º-3 que «são equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias». Logo, porém, o Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, revogou o citado art. 1.º-3 do Decreto-Lei n.º 232/79, impedindo deste modo que se consumasse a preconizada transformação, em bloco e automática, das contravenções vigentes e puníveis só com multa em contra-ordenações.

O Decreto-Lei n.º 232/79 foi agora revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que institui o novo regime do ilícito de mera ordenação social e do respectivo processo. Diploma, aliás, que de «novo» tem pouco, pois que quase se limita a acrescentar, ao articulado do Decreto-Lei n.º 232/79, o regime substantivo e processual do *concurso* entre crime e contra-ordenação — matéria que o legislador governamental de 1979 se não teria sentido com legitimidade constitucional para regular, na medida em que o seu diploma (ao contrário do de 1982) não pudera contar com prévia *autorização* da Assembleia da República.

Mas, no presente enquadramento, o que mais me interessa pôr em relevo é que também o legislador de 1982 se guardou de decre-

tar uma transformação global e automática das contravenções existentes em contra-ordenações. Por um lado, no articulado do Decreto-Lei n.º 433/82 não existe qualquer cláusula geral de transformação, análoga à que constava do art. 1.º-3 do diploma de 1979. Por outro lado, o art. 6.º-1 do Decreto-Lei n.º 400/82, que aprovou o novo Código Penal, revoga o Código Penal de 1886, «com excepção das normas relativas a contravenções». Assim se mantém a situação criada pelo citado Decreto-Lei n.º 411-A/79 e em tudo análoga à que ocorreu na Alemanha Federal entre 1952 e 1975. Que dizer dela?

O Prof. Dr. EDUARDO CORREIA, na parte final da conferência com que inaugurou este ciclo, salientou o seu desacordo com a solução encontrada e os riscos que ela comporta para uma coerente evolução futura do direito penal português. De um ponto de vista dogmático-sistemático, não vejo como possa deixar de concordar-se com ele. A persistência, no futuro, de uma categoria penal de contravenções, a par de um ilícito de mera ordenação social legalmente institucionalizado, é — como já se deduzirá também da minha exposição anterior — contraditória e sem sentido: ou um comportamento possui dignidade penal e deve constituir um crime, inscreva-se ele no corpo do direito penal clássico ou no do direito penal económico-social; ou ele não possui dignidade penal e deve ser descriminalizado, passando eventualmente a constituir uma contra-ordenação ameaçada com uma coima. E além de contraditória e sem sentido, pode uma tal solução conduzir ao aniquilamento prático da categoria das contra-ordenações, se o legislador continuar no futuro a deixar-se seduzir pelo vício da hiper criminalização, criando novas contravenções.

No entanto, a solução encontrada pelo legislador poderá ser, de um ponto de vista político-criminal e político-legislativo, temporariamente tolerável e em certa medida compreensível. O legislador terá receado os efeitos práticos nocivos que poderiam ligar-se a uma global e automática transformação das contravenções vigentes em contra-ordenações; tanto mais, pode acrescentar-se, quanto essa transformação não poderia ser total, pois que na nossa ordem jurídica existem ainda inúmeras contravenções puníveis só, ou também, com penas de prisão e que, por conseguinte, em caso algum poderiam ser convertidas em contra-ordenações.

«Temporariamente tolerável», disse eu da solução legislativa encontrada. Sim, mas só se subordinada a uma *dupla condição*, que o legislador futuro tem de realizar rapidamente e sem desfalecimento. A primeira e essencial condição é esta: o legislador futuro não deverá criar *nem mais uma* contravenção; qualquer infracção a criar no futuro deverá ser qualificada como verdadeiro crime (e sujeita ao regime jurídico-penal), ou como contra-ordenação (e sujeita ao regime jurídico das contra-ordenações). A segunda condição, não menos importante se bem que de execução mais difícil, é esta: o legislador deve, *desde já*, empreender um estudo sistemático de *todas* as contravenções vigentes e decidir quais delas pode desde logo revogar, quais delas deve transformar em contra-ordenações, e quais delas deve converter em crimes, publicando no mais curto lapso de tempo possível os respectivos diplomas legislativos. Se o fizer — e a tarefa não será porventura tão gigantesca quanto possa parecer, só deparando com dificuldades sensíveis em alguns domínios específicos, como, *v. g.*, o do direito da circulação rodoviária, o das infracções contra a economia, o ambiente e a saúde pública —, se o fizer, não virá longe o dia em que, como na Alemanha Federal de 1975, o legislador poderá com plena tranquilidade revogar em definitivo as normas relativas a contravenções. Se o não fizer, se não realizar na íntegra as duas condições acima expostas, então bem poderá dizer-se que foi posto em causa, porventura irremediavelmente, um dos pilares em que assenta a nossa reforma penal e uma das manifestações praticamente mais relevantes do mandamento político-criminal da descriminalização.

IV

Deverei agora, Senhoras e Senhores, tentar esclarecer, em palavras breves, a essência da definição da contra-ordenação e a sua contraposição à definição do crime. Do meu ponto de vista, muitos dos materiais mais importantes para a consecução de tal tarefa foram já carreados nas considerações anteriores, pelo que espero seja permitido exprimir-me com extrema concisão.

Conforme o art. 1.º-1 do novo Decreto-lei n.º 433/82, «constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preen-

cha um tipo legal no qual se comine uma coima»: é, pois, através de um *índice conceitual-formal* que o legislador decidiu operar praticamente a distinção entre crimes e contra-ordenações. Uma tal decisão é incondicionalmente de aplaudir. Dada a natureza altamente questionável, no plano doutrinal, dos critérios substanciais avançados para a distinção, bem como a patente dificuldade que sempre representaria a aplicação de tais critérios a um concreto caso da vida, pode mesmo dizer-se que aquela solução é a única praticamente exequível. Ela não significa porém que *atrás* da decisão legislativa não estejam (e devam estar) razões de ordem substancial que a comandam e que ela tem de respeitar. Que razões são essas?

Já se viu como, logo no pensamento de EBERHARD SCHMIDT, a autonomia material do direito das contra-ordenações assentaria em razões relacionadas com a neutralidade ética do ilícito de mera ordenação, com a ausência de uma dimensão de censura ética da respectiva sanção (a coima) e com a especificidade — digamos: processual — da aplicação daquela sanção pela própria autoridade administrativa. Mas não custa perceber que é no tratamento do primeiro destes temas — o da delimitabilidade entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação — que se ganhará ou perderá em definitivo a causa da autonomia.

Já se pensou — e continua a pensar-se, na Alemanha até predominantemente — em negar a possibilidade de delimitação material dos dois ilícitos, na base de não poder reconhecer-se a existência de um ilícito eticamente indiferente, mesmo que ele seja de «mera» ordenação social. Quem sustentar esta impossibilidade tem, do meu ponto de vista, inteira razão. Mas já a não tem quando daqui pretenda concluir pela impossibilidade de delimitação material entre ilícito penal e ilícito de ordenação, ou pela possibilidade de entre eles interceder apenas uma diferença «quantitativa», que levaria à identificação do ilícito de ordenação com um ilícito de «bagatelas». Necessário é sim que a perspectiva da «indiferença ética» se dirija, não imediatamente aos *ilícitos* — que supõem já realizada a valorização legal —, mas às *condutas* que os integram. Nada tolhe o passo à distinção entre condutas a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal,

é no primeiro caso axiologicamente relevante, no segundo caso axiologicamente neutra. O que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal — sem prejuízo de, uma vez conexiada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social.

A este critério, que defendi já em 1969, julgo poder manter-me fiel, erigindo-o em princípio normativo fundamentador da distinção — material e, *hoc sensu*, «qualitativa» — entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação e conservando-me deste modo no mesmo campo que autores como EBERHARD SCHMIDT e EDUARDO CORREIA. Isto não obsta, naturalmente, a que em certos casos o legislador aceite critérios adicionais de distinção; e mesmo critérios de pura «quantidade» — quando esta se converte em qualidade, isto é, quando seja condição da relevância axiológica de uma conduta o facto de que ela não constitua uma pura bagatela do ponto de vista quantitativo, antes assuma um mínimo de gravidade.

E tanto mais me confirmo nesta via de distinção quanto é ela que vejo mais próxima da necessária ligação de todo o direito penal — diferentemente do que sucede com o direito de mera ordenação — aos bens jurídicos e, por aí, à ordem axiológica constitucional. Condutas em si mesmas axiologicamente neutras não podem ofender bens jurídicos no entendimento que deles hoje fazemos (como entidades mistas de aspectos ônticos e axiológicos, que à comunidade jurídica se apresentam como *valiosas*), nem tão-pouco ser referenciadas a uma ordem axiológica constitucional. Decerto, não é — como alguém com infundado sarcasmo criticou a BRICOLA —, não é à Constituição que se pode pedir que decida em todos os casos e em cada caso, de forma imediata, se uma certa conduta deve constituir um crime ou antes uma contra-ordenação. Mas não tenho dúvida que é a ela que importa recorrer quando se suscite a questão de saber se foi ou não respeitado o princípio material que há-de estar na base da decisão de qualificação legislativa e comandá-la.

Tanto mais — e será esta a minha última consideração nesta matéria — quanto uma tal qualificação releva de um ponto de vista jurídico-constitucional positivo e pode, em certos casos, ser objecto de fiscalização da constitucionalidade. São diferentes, com efeito,

os princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contra-ordenações. Por isso, através de uma qualificação de todo o ponto injustificada, o legislador ordinário poderia subtrair-se à incidência dos preceitos constitucionais que ao caso devessem caber. Ora, não duvido, nem por um momento, que a tradução prática da distinção constitua essencialmente e em larga medida uma questão discricionária para o legislador ordinário. Mas também não hesito, como disse, em considerar que sempre ele terá de respeitar o critério fundamental de distinção substantiva entre os dois ilícitos. De tal modo que — como aliás revela a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão-federal e mesmo da Comissão Constitucional portuguesa — é possível individualizar, a partir da ordem axiológica constitucional, condutas que indiscutivelmente pertencem ou ao direito penal ou ao direito das contra-ordenações, e sindicarem consequentemente uma decisão em contrário do legislador ordinário.

V

Passo então agora, Senhoras e Senhores, à referência sumária das traves-mestras do novo regime do ilícito de mera ordenação social, em cada um dos planos em que releva: o dogmático, o sancionatório e o processual.

A referida autonomia do ilícito de mera ordenação face ao ilícito penal é antes de tudo, na verdade, e até certo ponto, uma autonomia *dogmática* — como se revela nos 16 primeiros artigos do Decreto-Lei n.º 433/82. Antes, porém, que refira *per summa capita* as especialidades mais relevantes, chamarei a atenção para dois pontos. O primeiro é o de que, como dispõe o artigo 32.º do citado decreto-lei, as normas do Código Penal — do novo Código Penal, entende-se — constituem direito subsidiário relativamente ao direito substantivo das contra-ordenações; o que bem se compreende, aliás, considerando que o direito das contra-ordenações, se não é direito penal, é em todo o caso direito sancionatório de carácter punitivo (tal como o é, *v. g.*, o direito disciplinar). O segundo ponto é o de que a parte substantiva do Decreto-Lei n.º 433/82, dado o referido preceito de aplicação subsidiária do Código

Penal, contém várias normas que em rigor se poderão dizer desnecessárias; o que é decerto consequência de o Decreto-Lei n.º 433/82 ser apenas, como sublinhei já, uma versão reformulada e alargada do Decreto-Lei n.º 232/79 e de a publicação deste ter antecedido de três anos a do novo Código Penal.

No que toca concretamente ao âmbito de vigência da lei das contra-ordenações, deverá sublinhar-se — dado que em alguns lados, v. g. numa parte da doutrina italiana, se acusa a substituição da categoria penal das contravenções pela categoria extra-penal das contra-ordenações de representar um inconveniente encurtamento dos direitos e garantias dos cidadãos —, deverá sublinhar-se que se transportam para o direito das contra-ordenações as garantias constitucionalmente atribuídas ao direito penal, nomeadamente as resultantes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável. Daqui decorre que — contra o que em certos sectores doutrinários se chegou a pensar e a preconizar — também no direito das contra-ordenações vale a proibição de aplicação analógica *in malam partem* e a exigência de tipicidade e consequente determinabilidade dos tipos.

No que respeita aos pressupostos de imputação da contra-ordenação, pouco haverá a assinalar relativamente ao requisito da *ilicitude*, aliás expressamente exigido na definição constante do artigo 1.º-1 e já referida. Agente de uma contra-ordenação — tal como, de resto, de um crime — pode ser, nos termos do artigo 7.º, tanto uma pessoa individual como colectiva (nesta última incluída a associação sem personalidade jurídica); só que no direito das contra-ordenações, como bem se compreende, a responsabilidade das pessoas colectivas será decerto muito mais frequente do que em direito penal, abrangendo em princípio, nos termos do artigo 7.º-2, também as contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções. Problema só poderá ser o de saber se, não existindo no Decreto-Lei n.º 433/82 uma norma paralela à do artigo 12.º do Código Penal e relativa à extensão da punibilidade à actuação em nome de outrem, ainda poderá haver lugar à aplicação desta como direito subsidiário. Já como direito subsidiário terá seguramente lugar a aplicação das normas penais em ma-

téria de causas de exclusão da ilicitude — quando se não deva antes considerar a sua aplicação como directa e imediata, por força do princípio da unidade e da totalidade da ordem jurídica que, como é sabido, se espelha no artigo 31.º-1 do Código Penal.

Já, porém, no que toca aos pressupostos de imputação da contra-ordenação respeitantes à *culpa*, haverá especialidades de monta a assinalar. Pode mesmo questionar-se se, face à aludida neutralidade ética das condutas nas contra-ordenações, deverá em rigor falar-se de *culpa*; e em reforço da dúvida pode assinalar-se que na definição do artigo 1.º-1 se não refere a culpa, mas só o carácter *censurável* do facto constitutivo de contra-ordenação. A minha opinião vai no sentido de que pode e deve aqui falar-se de culpa — aliás expressamente referida, v. g., nos artigos 9.º-1, 16.º-2, 18.º-1, 22.º-1, etc. Só que (como bem notou, em algumas decisões, o Tribunal Constitucional alemão) não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura *ética*, dirigida à *pessoa* do agente e à sua *atitude interna*, mas apenas de uma imputação do facto à responsabilidade social do seu autor; dito de outra forma, da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima.

Por isso mesmo, o artigo 1.º-2 admite a possibilidade de contra-ordenações em que a imputação se faça «independentemente do carácter censurável do facto», sem que daqui possa concluir-se — como acertadamente notou a Comissão Constitucional, a propósito de norma idêntica do Decreto-Lei n.º 232/79 — por uma violação inconstitucional do princípio da culpa. Este é, em minha opinião, constitucionalmente imposto, face ao que dispõem os artigos 1.º, 13.º-1 e 25.º-1 da Constituição; mas só para o domínio do direito penal, não também para o direito das contra-ordenações. Resta saber se, nos casos em que a imputação se faça independentemente de culpa, ainda aí se exigirá que o facto possa, em todo o caso, ser qualificado como doloso ou negligente. Face ao disposto no artigo 8.º-1 — sobretudo quando comparado com o correspondente preceito do Decreto-Lei n.º 232/79 e com a ressalva que nele se continha e agora desapareceu —, uma resposta afirmativa im-

põe-se. E sem que nesta haja nada de chocante, pois bem se sabe que dolo e negligência relevam também como simples formas de realização do tipo-de-ilícito.

Ainda dentro do tema da culpa, quem compare os artigos 8.º-2 e 3 e 9.º com os artigos 16.º e 17.º do Código Penal poderia ser levado a pensar que existiria uma regulamentação específica do erro sobre a proibição e da falta de consciência do ilícito no direito das contra-ordenações — e, na verdade, no sentido de que neste valeria uma «estrita teoria do dolo». Esta impressão não seria exacta: a regulamentação da matéria no direito penal e no das contra-ordenações é *unitária*. Só que o Decreto-Lei n.º 433/82 considerou — e muito bem — que no domínio do ilícito de mera ordenação o conhecimento da proibição é sempre «razoavelmente indispensável» à orientação do agente para o problema da ilicitude, pelo que o erro que sobre aquela proibição recaia exclui sempre o dolo. Isto não retira espaço, porém, à existência de casos em que, apesar do conhecimento da proibição legal, o agente incorra num verdadeiro erro sobre a ilicitude: este erro, tal como no direito penal, não exclui o dolo, ou pelo menos a punição a esse título, mas exclui a culpa quando não seja censurável.

No que respeita, finalmente, às *formas de aparecimento* da contra-ordenação, a especialidade mais notável reside na introdução de uma concepção lata e unitária de *autoria* pelo artigo 16.º-1 — seguindo, também nesta parte, a solução da lei alemã-federal, apesar da generalizada contestação doutrinária de que tal solução tem sido alvo. Face ao Decreto-Lei n.º 232/79 ainda se poderia pôr em dúvida a intenção legislativa de aceitar um tal conceito extensivo de autor, pois que logo o n.º 3 do artigo 15.º pressupunha um conceito restritivo e entrava em conflito com o n.º 1; aquele n.º 3, porém, não encontra agora paralelo no Decreto-Lei n.º 433/82. A extensão, que assim se logra, da punibilidade do autor ao simples cúmplice poderá porventura justificar-se, mais do que por razões teóricas de conexão da teoria da comparticipação com a essência das contra-ordenações, por razões pragmáticas conducentes a uma mais fácil aplicação do preceito.

Quanto finalmente à *tentativa*, é inquestionavelmente de saudar a restrição, contida no artigo 13.º, da sua punibilidade aos casos

em que a lei expressamente a preveja; como igualmente é de saudar o ter-se transposto para o direito das contra-ordenações a concepção ampla de desistência relevante, consagrada no novo Código Penal.

VI

Já atrás ficou dito, Senhoras e Senhores, o essencial sobre a natureza da reacção social à contra-ordenação. A *coima*, sanção exclusivamente patrimonial (que pode, nos termos do artigo 17.º, oscilar entre 200\$ e 200 000\$ para as pessoas individuais e ser elevada até 3 000 000\$ para as pessoas colectivas), representa um mal que de nenhum modo se liga à personalidade ética do agente e à sua atitude interna, antes serve como mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas. Deste ponto de vista se compreende que não seja co-natural a uma tal sanção uma dimensão de retribuição ou expiação de uma culpa ética, como o não será também a da ressocialização do agente. Com razão acentuou EBERHARD SCHMIDT que falta à coima o «*pathos* ético» que à pena criminal sempre cabe. E daí justamente — entre outras consequências — que o efeito da falta de pagamento da coima só possa ser a execução da soma devida, nos termos do artigo 89.º, e nunca a conversão daquela numa pena criminal. Como daí também que se não façam sentir quaisquer dificuldades no tocante à aplicação directa e plena das coimas às pessoas colectivas.

Juntamente com a coima pode a lei determinar, como sanção acessória, a *apreensão* de objectos, do agente ou de terceiro, ou mesmo — quando o agente frustre dolosamente a apreensão — de quantia não superior ao valor do objecto. Dando o instituto da apreensão origem, mesmo em direito penal, às maiores dificuldades, devo aqui limitar-me a sublinhar só um ou outro aspecto mais saliente. Por um lado, a lei restringe cuidadosamente os casos de apreensão de objectos alienados ou onerados a terceiro, só a permitindo quando este conhecesse ou devesse razoavelmente conhecer as circunstâncias determinantes da possibilidade da sua apreensão; ou então quando tais objectos representem um perigo social, caso em que, porém, o terceiro que não esteja de má fé tem, nos

termos do art. 26.º, direito a indemnização por parte do Estado ou da entidade pública para quem os objectos foram transferidos. Por outro lado, a lei não parece prever a hipótese de a apreensão poder ser feita — *maxime*, nos casos referidos de perigo social e contidos na al. b) do n.º 2 do art. 21.º — com base na prática ilícita, mas não censurável ou culposa, de uma contra-ordenação. E sem que possa dizer-se que tal é permitido nos casos do art. 25.º — casos em que se torna possível a apreensão independentemente de aplicação efectiva da coima —, uma vez que ainda aí se exige «que se verifiquem os pressupostos da apreensão total ou parcial». Se é esta a melhor solução e se, em caso de resposta negativa, a ela se pode obviar, são questões que tenho de deixar em aberto.

Menção merece ainda a circunstância de o Decreto-Lei n.º 433/82 — diferentemente do que sucedia com o Decreto-Lei n.º 232/79 — prever, no art. 28.º-3, a possibilidade de outras sanções acessórias além da apreensão, como a interdição de profissão e a privação do direito a subsídio público ou a participar em feiras e mercados, por prazo que pode ir até dois anos. A bondade de uma tal solução parece-me altamente contestável, por isso que a natureza destas sanções se aproxima sensivelmente da das sanções criminais, quando com ela se não confunda. Com a agravante de a aplicação de tais sanções acessórias se não encontrar — ao contrário do que, muito correctamente, sucede com a apreensão, por força do art. 22.º — subordinada ao *princípio da subsidiaridade*. Não me parece em todo o caso impossível defender a validade deste princípio também relativamente à aplicação daquelas sanções, tanto mais quanto, de um certo ponto de vista, se trata nele da mera tradução de um mandamento jurídico-constitucional, contido na segunda parte do n.º 2 do art. 18.º da nossa Lei Fundamental.

VII

A finalizar, Senhoras e Senhores, algumas palavras brevíssimas sobre o *processo da contra-ordenação*.

Que, da diferença essencial existente entre crimes e contra-ordenações, bem como mesmo do processo histórico de formação destas últimas, hão-de resultar diferenças sensíveis também ao

nível processual, é coisa que, por certo, ninguém deixará de admitir.

Assim, desde logo, sendo a coima uma sanção dirigida a advertir o cumprimento de deveres e obrigações que relevam apenas da preservação de uma certa «ordenação social», torna-se imediatamente compreensível que o seu processamento e a sua aplicação devam caber, como estipula o art. 33.º, «às autoridades administrativas». O que corresponde, de resto, ao sentido e à finalidade pragmáticos do movimento da descriminalização, ao procurar libertar a função judicial de todas as tarefas relativas à averiguação e sancionamento de condutas que não têm a ver com os fundamentos éticos da comunidade, mas apenas com razões — estratégicas e utilitárias — de ordenação social. Com isto — e o ponto é muito importante na perspectiva jurídico-constitucional — não se penetra ainda verdadeiramente na «administração da justiça» ou na «função materialmente judicial», que a Constituição atribui em exclusivo aos tribunais.

Ao que a Constituição vincula — no art. 20.º-2, ao assegurar a todos o acesso aos tribunais, para defesa dos seus direitos — é, isso sim, a que a decisão da autoridade administrativa seja susceptível de impugnação judicial e portanto de «recurso» a um tribunal (usada aqui a expressão «recurso» em sentido não técnico, pois que antes dele não existe qualquer apreciação judicial). É uma exigência constitucional do Estado de Direito que mesmo uma matéria como a das contra-ordenações e das coimas seja susceptível de *controlo judicial* e de que sobre ela caiba a um tribunal, não como vimos *a primeira*, mas em todo o caso e sempre *a última palavra*. Daí as normas dos arts. 59.º e seguintes, que admitem o arguido ou o seu defensor a impugnarem a decisão administrativa para o juiz da comarca competente. O processo correrá em termos simples e rápidos — em geral próximos dos do processo de transgressões — e da decisão judicial poderá nos casos mais graves haver recurso (agora sim, em sentido técnico) para a Relação.

Os princípios que ficam sumariamente expostos não devem no entanto obstar ao reconhecimento da dificuldade prática — que em certos casos será mesmo impossibilidade — de manter uma estrita e completa separação entre processo de contra-ordenação e processo penal. Não raramente sucederá, desde logo, que só no decurso do processo se possa determinar se a conduta do arguido

integra um crime, uma contra-ordenação, ou até uma e outro. A regulamentação dos arts. 76.º e seguintes visa justamente obviar a tais eventualidades, possibilitando uma conversão do processo de contra-ordenação em processo penal e inversamente; como também a perseguição e decisão unitárias, no mesmo processo, de crimes e contra-ordenações entre si conexions.

A panorâmica apressada que acabo, Senhoras e Senhores, de perante vós esboçar só pôde evidenciar as traves-mestras do novo regime do ilícito de mera ordenação social, como uma das mais importantes manifestações do movimento da descriminalização. Mas se tiverdes a bondade de colmatar *in mente* as mais sensíveis lacunas da minha exposição, quero crer que daí resultará um quadro razoavelmente nítido sobre o que é e o que se propõe o direito das contra-ordenações. Uma manifestação jurídica com a extensão e o significado prático desta não se faz decerto sem uma qualquer sensação de receio e de insegurança. O meu propósito foi o de mostrar não haver qualquer razão para que uma tal sensação, tão natural e compreensível, se transforme num injustificável sentimento de desconfiança e cepticismo. Se disso se puder guardar também o próprio legislador — o legislador que, no futuro, criará novas contra-ordenações e transformará nestas as contravenções existentes —, então ganharemos a certeza de que com a institucionalização do ilícito de mera ordenação se deu um passo efectivo no sentido da viabilização do novo Código Penal e do aperfeiçoamento e progresso das nossas instituições jurídicas de controlo social.

A PARTE ESPECIAL DO NOVO CÓDIGO PENAL — ALGUNS ASPECTOS INOVADORES

PELO DR. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA

1. Lê-se no preâmbulo do novo Código Penal português, entre outras coisas, que «a dimensão dogmática da ilicitude, segundo alguns autores, só ganha verdadeira ressonância e acuidade na *parte especial* dos códigos penais, pois é aí que ela se confronta com as reais tensões impostas pela natureza do bem jurídico-penal que se quer proteger». E acrescenta-se:

«Mas não só nesse aspecto. Com efeito, é na rigorosa definição dos elementos do tipo que em verdadeiro rigor se concretiza o *princípio da tipicidade*.

É este trabalho, tantas vezes árduo e difícil, o melhor garante da liberdade dos cidadãos, que não pode deixar de ser apoiado de forma clara e inequívoca, pelo *princípio da legalidade* — extensivo às próprias medidas de segurança. Por isso, a ilicitude, numa certa visão das coisas, tem de estar informada pela determinação típica e evitar a utilização de *cláusulas gerais e tipos abertos*».

Diz-se ainda no mesmo preâmbulo que «a Parte Especial é a que maior impacto tem na *opinião pública*. É através dela que a comunidade politicamente organizada eleva determinados valores à categoria de *bens jurídico-penais*.

Nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que fundadamente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal».

«Os juízos sobre a dignidade punitiva e a necessidade de puni-

ção de determinada acção ou omissão — continua a dizer-se nesse preâmbulo — estão longe de ser neutros de um ponto de vista ético-político.

Não sem fundamento reconhece-se que no discurso punitivo fazem crise todos os grandes problemas da legitimação do próprio poder. É, sobretudo, na Parte Especial que, de forma mais impressiva, se espelham as linhas de força das condições político-ideológicas historicamente triunfantes.

Daí que a Parte Especial do Código Penal de uma sociedade plural, aberta e democrática, divirja sensivelmente da Parte Especial do Código Penal de uma sociedade fechada sob o peso de dogmatismos morais e monolitismos culturais e políticos».

O novo Código, ainda segundo o seu preâmbulo, «tanto pela sistematização seguida como pelo conteúdo da ilicitude concretamente tipicizada, assume-se deliberadamente como ordenamento jurídico-penal de uma sociedade aberta e de um Estado democraticamente legitimado. Optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, relevando de particulares mundividências morais e culturais, não põem directamente em causa os bens jurídicos-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais. Noutros termos, o Código circunscreve o âmbito do criminalmente punido a um *mínimo tendencialmente coincidente* com o espaço de consenso ínsito em toda a sociedade democrática».

2. Em Setembro de 1981, num encontro com membros da Comissão de Revisão do Código Penal Suíço, tivemos oportunidade de confirmar que estas ideias são largamente partilhadas por essa Comissão.

A experiência da revisão dos Códigos penais aconselharia, mesmo, a sua aprovação por fases.

Com efeito, a Parte Geral não suscita, normalmente, grandes dificuldades de aprovação, na medida em que a opinião pública não se mostra particularmente sensível às grandes linhas de política criminal traduzidas nas respectivas normas.

O seu interesse pelas soluções aí consagradas — princípios gerais, aplicação no tempo e no espaço, formas de participação, causas de exclusão da ilicitude e da culpa, elenco e natureza das penas

(salvo, quanto a estas, dentro de certos limites, como por exemplo, em tudo o que se refere à sua duração e ao modo do seu cumprimento) — é geralmente diminuto.

A Parte Especial, pelo contrário, revela-se sempre susceptível de gerar controvérsias. Aí é que o legislador tem verdadeiramente de definir a sua política criminal: aquilo que se criminaliza e como.

São conhecidas as reacções da opinião pública, reflectidas na actuação dos parlamentos, quanto a determinadas questões concretas: criminalização ou descriminalização do aborto e do adultério, medidas contra a criminalidade económica e contra a criminalidade violenta (v. g., o terrorismo), crimes contra a moral e os costumes, etc.

Paradoxalmente, sublinharam os membros daquela Comissão de Revisão, a experiência mostra que é muito difícil encontrar consensos em períodos de estabilidade política, que são a regra nos regimes democráticos, pois tudo se discute largamente não só a nível de trabalhos preparatórios como, e principalmente, no seio das assembleias legislativas, onde se confrontam diversos pontos de vista, não raro inconciliáveis, dada a sua estrutura politicamente compósita.

Acresce que o legislador não pode deixar de atentar em que a formulação dos diversos tipos de crime não obedece a um critério uniforme nem às mesmas técnicas.

Certas infracções podem e devem ser descritas em termos sintéticos e nem sempre é possível evitar de todo o emprego de cláusulas gerais. Outras, ao invés, obedecem necessariamente a uma técnica de descrição minuciosa dos factos, por vezes a roçar o *casuismo*.

Por outro lado, as perspectivas em que se colocam as Comissões Revisoras e os Governos ou as Assembleias Legislativas nem sempre coincidem. Aquelas actuam como grupos de peritos, com tendência para elaborar os seus projectos à luz de critérios científicos, estes determinam-se por preocupações de ordem política, como representantes, que são, das correntes de opinião pública.

Nada tem de estranho, por isso mesmo, que as soluções propostas pelos primeiros não venham a ser adoptadas, no todo ou em parte, pelos segundos.

A eventual rejeição das soluções preconizadas pelas Comissões Revisoras não pode, assim, interpretar-se como uma apreciação

negativa do valor técnico ou científico dos seus projectos nem os seus membros devem considerar malogrados os seus esforços só pelo facto de os legisladores não perfilharem os seus pontos de vista.

Trata-se de diferentes perspectivas de aproximação dos problemas, e é tudo. Acontece com frequência.

3. São, certamente, razões desta índole que, mostra-o a experiência, originam a lentidão com que se processam as revisões dos Códigos penais um pouco por toda a parte.

E, para complicar as coisas, a década que vivemos, por motivos largamente conhecidos, suscita não poucas dificuldades de adaptação da justiça penal a uma realidade criminológica em mutação acelerada.

Em anos recentes desenharam-se significativos movimentos de *descriminalização* e de *despenalização*¹ em áreas tradicionalmente compreendidas na repressão penal — crimes sexuais, pequena criminalidade contra o património e contra a propriedade, certas manifestações de delinquência no seio da família, simples uso de drogas e de estupefacientes, etc. — traduzindo um sensível alargamento do nível ou grau de tolerância social relativamente a esses comportamentos, a par da convicção da inutilidade ou da ineficácia da sua repressão e da ponderação dos respectivos custos sociais².

Em contrapartida, têm-se assinalado movimentos de *criminalização* e de *penalização* noutras áreas, respondendo a problemas agudos de criminalidade florescente na generalidade dos países, como a criminalidade violenta organizada, a criminalidade económica e contra o ambiente, enfim, o tráfico de drogas e o abuso do álcool.

O que levou alguém a perguntar, não sem uma certa ironia, se o facto de «podar os ramos mortos da árvore da repressão não terá por efeito vivificar os ramos novos».

Assiste-se, por outro lado, pelo menos a partir de 1978, a um certo retorno à severidade e ao correcionalismo no domínio da execução das penas, em determinados casos, em detrimento dos meios de prevenção e de ressocialização que vinham sendo reclamados com a maior insistência por não poucos penalistas e criminólogos³.

Apesar dos esforços empreendidos no plano da prevenção, o facto é que um número crescente de processos penais inunda os tribunais.

Face a estes problemas, os Estados viram-se perante a necessidade de encarar de frente a reforma das suas justiças penais à luz das exigências do tempo.

E aí é possível destacar algumas *tendências*:

- a revisão da legislação com o fim de subtrair à justiça penal os casos que podem ser resolvidos por outros meios;
- a simplificação e a aceleração do processo penal;
- o tratamento fora das instituições penitenciárias da maior parte dos delinquentes;
- o reforço da repressão em certos domínios;
- a revisão das modalidades de tratamento dos delinquentes condenados a penas privativas de liberdade.

Neste mesmo quadro intensifica-se também um movimento, cada vez mais acentuado, no sentido de resolver problemas até aqui um tanto afastados das preocupações dos juristas e dos legisladores: os da protecção das *vítimas*.

Um estudo baseado nas estatísticas criminais de alguns países europeus, relativas ao período que vai de 1960 a 1970, permitiu concluir:

- a) que os roubos aumentaram em todos os países;
- b) que também aumentaram as ofensas corporais (menos na Áustria e na Itália do que na Inglaterra, no País de Gales e na Suécia);
- c) que o número de homicídios variou ligeiramente na Itália, na Áustria e na França e aumentou fortemente na Inglaterra, no País de Gales e na Suécia;
- d) que as violências contra os agentes da autoridade pareceram aumentar na Inglaterra e no País de Gales e estabilizar, ou mesmo diminuir ligeiramente, na Áustria e na Suécia;
- e) que as agressões sexuais parecem manter-se estáveis e marcar uma tendência para descer em França;
- f) que o aumento de violências contra as pessoas parece ter caracterizado a tendência da criminalidade em Inglaterra, no País de Gales e na Suécia.

No período de dificuldades económicas que nos espera é provável que se agravem as perturbações e os conflitos sociais e que as violências comunitárias e políticas, bem como os atentados contra a propriedade, se multipliquem. Ao mesmo tempo, e precisamente por causa dessas dificuldades, será difícil dispor dos fundos necessários para enfrentar necessidades como a acção social e psicológica de prevenção da delinquência juvenil ou melhorar a capacidade penitenciária frequentemente sobrecarregada⁴.

Não dispomos, entre nós, de estatísticas seguras para confirmar uma arreigada convicção de que a um período de recessão económica e consequentes dificuldades de toda a ordem, se segue um aumento inevitável da criminalidade, designadamente da criminalidade violenta⁵.

Mas está generalizada a ideia de que o desemprego, a penúria de recursos e outros problemas sociais criam uma atmosfera susceptível de encorajar comportamentos criminais e violentos.

Daí que qualquer política criminal deva situar-se preferencialmente na procura de uma certa justiça social, como há pouco foi sublinhado num Congresso das Nações Unidas realizado em Caracas.

Os governos não devem basear a sua política nos sintomas mas, e sobretudo, sobre um estudo multidisciplinar e aprofundado dos problemas sociais. Mesmo perante uma criminalidade *irracional*, a política criminal deve ser *racional* e não deve desviar-se das concepções humanitárias e do respeito dos direitos do Homem⁶.

É neste quadro, um tanto sombrio, que surge o novo Código Penal português e é natural que as pessoas se interroguem sobre se as soluções nele consagradas estão à altura daquela política criminal *racional* que se reclama.

Vamos, pois, reflectir um pouco sobre a sua Parte Especial, sem esquecer, por um só momento, que esta nunca poderá ser apreciada em separado dos princípios e institutos consagrados na sua Parte Geral, constituindo um conjunto que só a experiência de tempos futuros poderá testar na sua valia e na sua eficácia.

Assinala o preâmbulo do Código que podem surpreender-se nela duas grandes tendências: por um lado, um forte sentido de *descriminalização*, por outro, uma vocação para a chamada *neocriminalização*, sendo esta quase exclusivamente restrita aos *crimes de perigo comum*.

Também aí se acentua que nos crimes contra o património, ainda na linha da descriminalização, *rectius*, da despenalização, se tipificou o furto formigueiro, figura que contempla uma zona de pequena criminalidade de grande incidência prática nos tempos modernos.

Veremos isto, em pormenor, mais adiante.

O que importa, desde já, comentar, é a afirmação de que não se incluíram no Código os delitos antieconómicos, de carácter mais mutável, melhor enquadráveis em lei especial, seguindo-se, nesta parte, a tradição jurídica portuguesa e a ideia de que o direito penal tem uma natureza pragmática.

Afirma-se ainda, no mesmo preâmbulo, que o direito penal deve sempre actuar como *ultima ratio* e quando, nos casos evidentemente menos graves, as partes em conflito se compõem, é natural e saudável não dever o direito penal intervir. A concretização desta ideia atingiu-se através da necessidade, nos casos especificados na lei, de o procedimento criminal depender de *queixa*. Isto é, sempre que uma sã política criminal o aconselhava (para salvaguarda de outros bens de natureza institucional, v. g., a família), retirou-se a certas infracções a qualificação de *crimes públicos*. O que sem ser a mesma coisa, pode compreender-se como parte do movimento de descriminalização que já foi aflorado.

6. Não é inteiramente exacta a afirmação de que no Código se não incluíram as infracções antieconómicas e contra o ambiente.

É geralmente conhecida a dificuldade de conseguir uma definição formal e precisa da criminalidade económica, tendo falhado todas as tentativas até hoje empreendidas com esse objectivo⁷.

É por isso que um Comité de peritos do Conselho da Europa, precisamente constituído para estudar e propor soluções nesse domínio, trabalhou sobre um conceito limitado e na base de uma *lista de infracções* geralmente tidas como pertinentes àquele domínio, algumas das quais, no entanto, não foram tomadas em conta senão na medida em que provocassem ou pudessem causar prejuízos importantes, requeressem, nos seus autores, conhecimentos particulares nos domínios económicos e fossem praticadas por homens de negócios no exercício das suas profissões ou das suas funções⁸.

Ora, o Código inclui na Parte Especial alguns tipos de crimes que, sem qualquer esforço especial, cabem na referida *lista de infracções*.

Assim, e por exemplo, a burla relativa a seguros (art. 315.º), a frustração de créditos (art. 324.º), a falência dolosa e por negligência (arts. 325.º e 326.º), o favorecimento de credores (art. 327.º), a administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo (art. 333.º).

É o caso, também, de grande parte dos crimes de perigo comum (arts. 253.º e segs.), com particular relevo para os que atentam contra a protecção do ambiente e protecção dos consumidores.

É o caso, enfim, de vários tipos de crime de falsificação de moeda, pesos e medidas (arts. 228.º e segs.).

Pode dizer-se, por isso, que alguns crimes pertencentes ao círculo, um tanto indefinido, da criminalidade económica, já perderam o seu carácter pontual e adquiriram a determinação suficiente para figurarem num corpo de leis com tendência para a estabilidade, independentemente da evolução das estruturas económico-políticas.

As hesitações nesta matéria são, aliás, comuns a outras ordens jurídicas, como o prova o facto de em 1981 a Comissão Revisora do Código Penal Suíço ainda não ter chegado à conclusão sobre se deveria ou não incluir no Código pelo menos algumas infracções antieconómicas.

É que a perseguição e punição destas comporta algumas especialidades, designadamente no campo das disposições da Parte Geral, admitindo-se que pertencem àquele grupo de infracções em que se justificam desvios ao princípio do carácter pessoal da responsabilidade, por elas podendo e devendo responder também as pessoas colectivas.

Aliás, o Código prevê a hipótese no art. 11.º (cf. preâmbulo, 15 parte final) e já abriu caminho, através da punição da actuação em nome de outrem (art. 12.º), no sentido de colocar sob a alçada da lei penal grande parte da criminalidade, talvez a qualitativamente mais perigosa, que se alberga e se serve das pessoas colectivas (cit. preâmbulo, *idem*).

7. O problema da sistemática ou do critério geral de ordenação de tipos legais de crime foi resolvido pelo *sistema clássico da distribuição dos tipos de crime segundo os bens jurídicos protegidos*, depois de a primeira Comissão Revisora ter acordado, com o autor do projecto, Prof. Eduardo Correia, que nenhum dos restantes critérios conhecidos (o que distribui os tipos legais segundo a gravidade da pena, o da distribuição dos tipos legais segundo o meio utilizado pelo criminoso, o da repartição dos tipos segundo os motivos do criminoso) era aconselhável⁹.

Verifica-se, porém, uma inovação importante em relação ao Código vigente, quanto à ordenação dos tipos de crime, que agora começa pela descrição de *crimes contra as pessoas*.

O preâmbulo dá as razões desta inovação, começando por recordar que a própria sistemática não pode ser vista como axiologicamente neutra — ela é reveladora, entre outras coisas, do lugar que concede ao homem no mundo normativo, princípio que já obteve clara consagração constitucional.

Tal compreensão leva a remeter os crimes contra o Estado para o último lugar. No entanto, vista pelo seu lado positivo, não significa menoscabo dos interesses e valores do mesmo Estado, antes representa a afirmação da dignidade da pessoa (preâmbulo, 19, *in fine*).

O critério foi bem explicado no seio da Comissão Revisora pelo próprio autor do projecto, quando sublinhou que as razões que levam os legisladores modernos a colocar o ponto de partida na protecção penal de pessoas são de vária ordem e vão desde as filosóficas e culturais até às pragmáticas e pedagógicas, apontando a lógica inerente a esta opção sistemática: é que nem o Estado nem a Comunidade são pensáveis sem o homem, daí que este seja o ponto de *partida*.

Daí, também, que a Parte Especial comece pela descrição dos crimes contra as pessoas e, neste sector, os bens pessoais devam ter a precedência sobre os bens patrimoniais. O Prof. Eduardo Correia salientou ainda que era de repudiar, por excessivo materialismo, a solução do Código Suíço que, à protecção da vida, faz seguir imediatamente a protecção do património, só depois estabelecendo a protecção da liberdade e da honra. A protecção destes bens sociais deverá ter a preferência sobre a protecção do património.

Mas, como o homem é um ser-com-os-outros, vive em sociedade, à protecção da pessoa deve seguir-se a protecção dos valores da comunidade social ou da vida em sociedade. Por sua vez, a comunidade social adquire uma expressão jurídica específica no Estado, o qual existe para servir a comunidade e, portanto, o Homem: assim surge a descrição dos crimes contra o Estado.

E acrescentou: «Outras razões, nomeadamente de política criminal, militam a favor desta ordenação. Por um lado, com ela consegue-se uma maior popularidade para a lei penal, pois que a protecção jurídica inicia-se com aqueles bens jurídicos que mais directamente ferem as pessoas. Por outro lado, não pode esquecer-se que esta ordem corresponde a uma *ordem de preferência*, já que os crimes contra as pessoas e o património são de longe os mais frequentes. E além disso, este tipo de crimes é o que está mais elaborado e pensado pela doutrina e pela jurisprudência».

«Naturalmente, prossegue o autor, que estamos no plano de uma *prática de preferência*. Assim, da ordenação adoptada não se poderão tirar conclusões para a ponderação de bens jurídicos a realizar em sede de conflito de deveres ou de estado de necessidade. Na protecção de pessoas incluem-se bens jurídicos que podem ser considerados menos valiosos que outros bens jurídicos da comunidade ou do Estado»¹⁰.

8. O critério da ordenação sistemática adoptado no novo Código é, com algumas diferenças, o do Código Penal Suíço de 21 de Dezembro de 1937, actualmente em curso de revisão¹¹.

A parte especial deste Código tem 19 títulos que tratam, sucessivamente, das infracções contra a vida, das infracções contra o património, das infracções contra a honra e contra o domínio secreto ou o domínio privado, dos crimes ou delitos contra a liberdade, das infracções contra os costumes, dos crimes ou delitos contra a família, dos crimes ou delitos que criam um perigo colectivo, dos crimes ou delitos contra a saúde pública, de crimes ou delitos contra as comunicações públicas, da moeda falsa, falsificação de selos e marcas oficiais, de pesos e medidas, da falsificação de títulos, dos crimes ou delitos contra o Estado e a defesa nacional, dos crimes contra a vontade popular, das infracções contra a autoridade pública, dos crimes ou delitos que comprometem as relações com

o estrangeiro, dos crimes ou delitos contra a administração da justiça, das infracções contra os deveres da função e dos deveres profissionais e das contravenções às disposições do direito federal¹².

Já o Código Penal da República Federal da Alemanha, que em 1 de Janeiro de 1975 veio substituir o Código Penal de 1871 (e objecto de várias alterações posteriores), segue, na sua Parte Especial, uma ordenação diferente, mais próxima do tradicional. Os seus vinte e nove títulos iniciam-se com os crimes de traição contra a paz, de alta traição e de perigo para o Estado de direito democrático e terminam com as infracções cometidas no exercício de funções.

As infracções contra a liberdade sexual, as ofensas à honra e reputação, os atentados à esfera da vida pessoal e privada, as infracções contra a vida e as ofensas corporais, incluem-se, sucessivamente, nos títulos 13, 14, 15, 16 e 17.

Os crimes patrimoniais começam a partir do título 19. As infracções de perigo comum e as infracções contra o ambiente estão agrupadas nos títulos 27 e 28.

A Comissão Revisora do Código Penal francês aderiu à ordem sistemática que coloca os crimes contra as pessoas em primeiro lugar e os crimes contra a segurança e a autoridade do Estado em último lugar.

Assim, os dois títulos já publicados tratam dos crimes *contra as pessoas* e dos crimes *contra os bens*. O segundo e o terceiro, ainda não publicados, tratarão, respectivamente, dos crimes *contra a ordem económica e social* e dos referidos *crimes contra o Estado*.

A Comissão entendeu, dessa maneira, manifestar o interesse primordial que atribui à protecção das pessoas.

Todas as formas de agressão à pessoa estão aí previstas (crimes contra a vida e integridade física, contra a integridade moral, contra as liberdades e direitos individuais, contra a família e a criança)¹³.

9. Apesar de a distribuição dos tipos legais de crime segundo os bens jurídicos protegidos ser um sistema que reúne notórias vantagens em relação aos outros possíveis, não escapou nem ao autor do projecto nem à Comissão que ela, sendo menos artificial e facilitando a interpretação teleológica, não resolve todas as dificuldades.

Por um lado, como disse o Prof. Eduardo Correia, encontram-se alguns tipos de crime que se referem a uma pluralidade determinada de bens jurídicos, uns de índole pessoal, outros de índole patrimonial. Neste caso é preciso proceder à averiguação, por vezes difícil, de uma relação de predominância entre os bens jurídicos protegidos. Mais problemática é, ainda, a aplicação deste sistema nos chamados «delitos vagabundos», ou seja, a crimes — de que são exemplo típico os crimes de perigo comum — que se dirigem a uma pluralidade indeterminada de bens jurídicos. Daí que a colocação sistemática destes crimes sofra sempre de uma parcela maior ou menor de arbitrariedade. Ter-se-á de optar pela solução que represente o mínimo possível desse arbítrio¹⁴.

Quer isto dizer que não há um critério rigoroso de colocação sistemática e que a ordenação de alguns tipos pode suscitar críticas. Mas isso é o resultado de não ser possível comprimir em fórmulas abstractas e compartimentadas a imensa variedade e riqueza de comportamentos que a vida oferece e que devem integrar infracções penalmente reprimidas.

10. Quanto às molduras penais, a Parte Especial do Código reflecte o sensível abaixamento das penas que a Parte Geral já consagra (cf. arts. 40.º e 46.º). Não tanto, porém, como nos Projectos de 1963 e 1966.

Sendo este um dos aspectos que mais controvérsia têm suscitado compete dar, mais uma vez, a palavra ao Prof. Eduardo Correia, para sua justificação: «O significado antropológico da medição do tempo alterou-se radicalmente nos nossos dias. A vida adquiriu um ritmo tão rápido que não suporta penas tão pesadas como as praticadas anteriormente.

O limite a partir do qual a pena prejudica ou inutiliza a recuperação social do delinquentes tende a diminuir. Além do mais essa recuperação deve ser feita na medida do possível fora das prisões, daí que a orientação geral desta reforma legislativa seja a de colocar ao lado das penas de prisão outras medidas não institucionais. No projecto da Parte Geral propõe-se dez anos como limite máximo normal da pena de prisão (art. 47.º, n.º 1).

Há excepções. A Comissão Revisora limitou a vinte anos o máximo excepcional. Note-se, até, que a Comissão Revisora, ao esta-

belecer no n.º 2 do art. 47.º que esse limite em caso algum pode ser ultrapassado, fez incluir nessa limitação, contra o que deveria ser, a pena indeterminada¹⁵.

Quando, no seio da primeira Comissão Revisora da Parte Geral, se discutiu este problema do máximo da pena de prisão, o Prof. Eduardo Correia já chamara a atenção para o facto de a moderna penologia ter provado que, para além de 10 anos, a pena perde toda a sua eficácia recuperadora. Abandonar esse limite seria o mesmo que abandonar o princípio de que os delinquentes devem, na medida do possível, ser recuperados para a sociedade.

Além disso, conviria ter presente que tal limite era corrigido pela possibilidade da pena indeterminada e da liberdade condicional.

Por último, lembrou que o nosso sistema penal já conhece como máximo normal a pena de doze anos. Para que fixar então o máximo especial, o máximo dos máximos? Para intimidar?

Só se for intimidar com a mentira¹⁶.

Na Proposta de Lei n.º 117/I (Revisão do Código Penal — Parte Geral) apresentada em 1977 à Assembleia da República, aquele máximo já havia passado para 20 anos, sem prejuízo do estabelecido para a pena relativamente indeterminada e para a prisão por dias livres¹⁷.

O Código, finalmente, fixa-lhe a duração mínima de um mês e a máxima de 20 anos, mas exceptua desta regra os casos de prisão por dias livres, da pena relativamente indeterminada e os dos arts. 189.º, n.º 1 (genocídio), 190.º, n.º 2 (agravamento em casos de crime de guerra sobre membros da Cruz Vermelha ou de outras instituições humanitárias) e 289.º (terrorismo); e dispõe que em caso algum o limite poderá exceder 25 anos (art. 40.º).

O máximo da pena de prisão de 20 anos é, também, o dos Códigos Penais austríaco e suíço (arts. 35.º e 18.º, respectivamente) mas qualquer um destes Códigos admite a prisão perpétua. O Código Penal da República Federal da Alemanha, que também admite a prisão perpétua, prevê o máximo de 15 anos para a pena de prisão temporária.

Mais severo se mostra o critério punitivo do Anteprojecto do Código Penal francês (disposições gerais) que continua a prever a pena de morte e a prisão no máximo de 30 anos para os de segunda categoria, o máximo de 20, para os de terceira categoria e o máximo de 10 anos para os de quarta categoria¹⁸.

É provável, no entanto, que este critério não venha a vingar, na prática, depois das recentes mutações políticas operadas em França.

Vê-se, do exposto, que a nova lei penal portuguesa não pode classificar-se entre as menos severas no que toca ao máximo geral da pena de prisão, embora este, como é evidente, fique abaixo do máximo geral previsto no Código ainda em vigor.

Como dizem Roger Merle e André Vitu, as doutrinas contemporâneas manifestam séria repugnância pelas penas privativas de liberdade. A prisão não está na moda. Pensa-se, actualmente, que não é necessariamente bom segregar os delinquentes do mundo das pessoas honestas para os mergulhar durante alguns meses ou alguns anos num universo artificial povoado de crápulas. Pensa-se que a aprendizagem da vida em liberdade só pode racionalmente fazer-se em liberdade. Assim se explica o favoritismo de que gozam, modernamente, o regime de prova, a liberdade vigiada, a liberdade condicional, os regimes de semiliberdade e os meios de substituição das penas de prisão.

Mas a supressão das prisões não é já para amanhã, uma vez que, de momento, as experiências de reeducação em meio aberto, infelizmente, só convêm a uma minoria de condenados. Daí que, para a maior parte dos delinquentes, seja necessário recorrer à prisão¹⁹.

Se atentarmos nos casos em que o novo Código prevê a possibilidade de o limite máximo da pena exceder os 20 anos, por uma infracção isolada ou para um concurso de infracções, logo veremos que se trata de crimes particularmente repugnantes ou de delinquentes particularmente perigosos.

Os fins de prevenção geral e especial são aí notórios.

O critério punitivo está em sintonia com a tendência que actualmente se nota nas modernas legislações para o reforço da repressão quanto a esses crimes e esses delinquentes²⁰.

O que não significa, forçosamente, um efeito dissuasor garantido. Como tantas vezes se tem repetido, sobretudo nos últimos tempos, o que releva é a pronta descoberta dos agentes e a pronta aplicação da pena. Dissuade mais a certeza ou a grande probabilidade de se ser descoberto e punido do que a severidade abstracta da pena.

11. Outra particularidade que oferece a Parte Especial do novo Código, na formulação dos tipos, é que a descrição imputativa do tipo legal não começa por «aquele que» ou «o que», como é tradição entre nós, mas por «quem». A invocação foi justificada no seio da Comissão Revisora por se tratar de uma formulação mais perfeita. Além de que não se pode considerar um neologismo legislativo²¹.

12. Para além do que fica ponderado, a tarefa de pôr em relevo os aspectos inovadores da Parte Especial do novo Código representa tremendas dificuldades.

Um método possível, mas não exequível nos razoáveis limites temporais de uma conferência, seria fazer um comentário a cada uma das suas disposições, comparando-as com as da lei ainda vigente.

Outro, seria limitar a análise a meia dúzia de disposições, escolhidas um tanto arbitrariamente.

Outro, ainda, tecer algumas considerações gerais, com grave risco de omissão de aspectos específicos de grande relevo teórico e prático.

Compreende-se perfeitamente que as pessoas fiquem decepcionadas, seja qual for o método que se adopte nesta circunstância.

As interrogações são muitas e variadas e o escasso tempo que resta até à entrada em vigor do Código não facilita a resposta ou o esclarecimento.

Mas isso é o preço que tem de pagar-se pelo facto de não ser aconselhável, por óbvias razões, uma «vacatio legis» prolongada de um novo Código Penal.

Com a consciência das dificuldades apontadas e tendo presente os riscos que o empreendimento envolve, tentaremos, ainda assim, cumprir o mandato que nos foi conferido.

13. Começaremos, então, pelos *crimes contra a vida*.

Aqui, como na generalidade dos tipos de crime da Parte Especial, salta logo à vista que as penas cominadas têm limites mais baixos do que as do Código vigente.

As razões gerais da política de penalização já foram anteriormente referidas e nelas não vamos insistir.

Dir-se-á, no entanto, que os limites foram elevados relativamente aos que constavam no Projecto da Parte Especial apreciado em 1966 pela respectiva Comissão Revisora e o da Proposta de Lei aprovado pelo IV Governo Constitucional em 11 de Julho de 1979²².

Várias razões podem surpreender-se na origem da opção tomada pelo legislador, em que avulta a consciência da impopularidade de um distanciamento muito grande entre o critério punitivo do novo Código e o do ainda vigente, num domínio tão sensível à opinião pública e suas compreensíveis preocupações de segurança frente a comportamentos que lesam valores tão importantes.

Trata-se de um exemplo significativo da conhecida dialéctica entre a lei, a justiça e a opinião, de que fala S. C. Versele. É esta última que impõe a criminalização daquilo que a colectividade não tolera.

Só que a opinião, na pressão que exerce neste domínio, não se submete a análises racionais. É preciso, simultaneamente, ouvi-la e esclarecê-la. Esquece-se, frequentemente, de ouvir ou consultar os próprios delinquentes²³.

Um ponto de equilíbrio tornou-se, por isso, necessário. O futuro dirá se o legislador português conseguiu encontrar esse equilíbrio.

O art. 132.º, que tipiciza o homicídio qualificado, reúne uma série de casos que o Código vigente trata autonomamente, como o paricídio, o infanticídio, a premeditação e o envenenamento.

O n.º 2, como se ponderou no seio da Primeira Comissão Revisora, corresponde à intenção de colocar nas mãos dos juízes alguns critérios com base nos quais possa dar aplicação ao estatuído no n.º 1. A enunciação é, por isso, meramente enunciativa e exemplificativa, e não taxativa.

A solução foi criticada, por perigosa, e por permitir o arbítrio do juiz, se não mesmo por contrariar certos princípios gerais como o do «nullum crimen sine lege» e o da proibição da analogia.

Foi, no entanto, respondido que o n.º 2 não pretende alargar o tipo, representado no n.º 1 com a máxima amplitude, e que as circunstâncias daquele número deveriam ser tidas como *elementos da culpa* e não do tipo.

Sendo assim, já não há lugar a arbítrio quando se segue uma enumeração não taxativa.

Relativamente ao *homicídio privilegiado* (art. 133.º), o tipo agrupa dois subtipos que constavam do Anteprojecto discutido no

seio da primeira Comissão Revisora (o homicídio por provocação e o homicídio praticado por compaixão, desespero ou outro motivo de relevante valor social ou moral, que, num caso e noutro, diminuem sensivelmente a culpa do agente).

De notar que a *provocação* de que se fala no artigo é mais ampla do que a prevista, em termos gerais, no art. 73.º, 2, alínea b). É, no entanto, limitada por duas circunstâncias, a de a emoção ser *violenta* e ser ela que diminui a culpa.

O tipo de crime abrange a chamada *eutanásia activa*. O Prof. Eduardo Correia, no seio da Comissão Revisora, explicou que, em relação a esta, se seguiu uma solução intermédia: nem se pune como homicídio nem se deixa de punir, acrescentando: «Aliás, este crime privilegiado tem também por função impedir que os tribunais deixem de punir a eutanásia activa por meio do recurso ao princípio da não exigibilidade. Pretende-se a sua punição mas só dentro dos limites do artigo. Aliás este artigo pode abranger porventura o duelo na medida em que nele pode haver um motivo relevante de ordem social ou moral como por exemplo a desafronta da honra. De qualquer maneira, entende-se não se dever autonomizar a punição do duelo»²⁴.

A atenuação especial da pena no homicídio a pedido da vítima (art. 134.º) assenta numa sensível diminuição da culpa.

O art. 135.º, que trata do incitamento ou ajuda ao suicídio, não reproduz a frase «por motivos egoístas» que constava tanto do anteprojecto como da proposta de lei.

Já na Primeira Comissão Revisora se tinham levantado dúvidas sobre o exacto alcance da frase agora eliminada.

Nessa altura, o autor do anteprojecto disse que levar a punição até aos «motivos nobres» seria ir longe de mais, recordando que, no Código vigente, o incitamento nem sequer é punido, só o sendo a prestação de auxílio. E que a expressão «motivos egoístas» tinha em vista abranger sobretudo aqueles casos em que o agente recebe um benefício concreto, material, com a morte da vítima (p. ex., uma herança, a sucessão num cargo público)²⁵.

O legislador entendeu que a distinção não se justificava, dada a importância do valor em causa.

Seguiu, neste caso, a solução do Código Penal austríaco (art. 78.º) e não a do Código Penal suíço (art. 115.º), onde o «móbil egoísta» é elemento do tipo de crime.

O que não quer dizer que a diferente censurabilidade dos motivos não se repercuta na valoração da culpa.

A condição da vítima é, por seu turno, causa de agravação da pena, como se vê no n.º 2 do art. 135.º, mas o preceito prevê a possibilidade de ser especialmente atenuada, o que significa, neste caso, a verificação das condições gerais da atenuação especial.

O novo Código não regula expressamente o caso de o agente, com o fim de prestar ajuda, chegar ele mesmo a executar a morte, como no § único do art. 354.º do Código vigente porquanto esse comportamento já se considera subsumível nos tipos previstos nos arts. 133.º e 134.º

O infanticídio privilegiado que o art. 137.º tipiciza, assenta na imputabilidade diminuída da mãe, decorrente da influência perturbadora do parto. Diferentemente do Código ainda em vigor, a atenuação especial respeita apenas à mãe. Considerou-se excessivamente ampla a concessão de igual atenuação especial relativa aos avós maternos. A novidade principal do preceito consiste em equiparar à «ocultação da desonra», como causa de atenuação especial, qualquer outra influência perturbadora durante ou logo após o parto — a influência perturbadora do estado puerperal, a que o autor do anteprojecto se referiu no seio da Comissão Revisora, para que a medicina chama a atenção.

A punição da exposição ou abandono de outrem, em condições de fazer perigar a sua vida, aparece no art. 138, contrariamente ao que acontecia no anteprojecto, em que se repartia por duas disposições, solução que já havia sido abandonada na Proposta de Lei de 1979.

O autor do anteprojecto notou que a imputação do resultado, a que se referem os n.ºs 2 e 4, só deve ser feita quando este tenha sido representado como consequência necessária ou como consequência «muito provável» ou verosímil.

Também a referência ao «lugar» que se contém na alínea a) do n.º 1 tem em vista o «lugar espacial-físico», estando excluída deste número a mera exposição moral²⁶.

A «exposição» pressupõe uma acção positiva (um *facere*) enquanto no «abandono» se prevê uma omissão²⁷.

Na punição do crime de aborto (arts. 139.º e 141.º) a primeira novidade consiste na diminuição das penas relativamente ao Código

em vigor, e na falta de referência expressa à agravação, nos termos gerais, no caso de o crime ser executado por médico, cirurgião ou farmacêutico, com abuso da sua profissão.

Em contrapartida, prevê-se, no artigo seguinte, a agravação do crime quando dos meios empregados resulta a morte ou uma grave lesão para o corpo ou para a saúde da mulher grávida, ou para o agente que se dedicar habitualmente à prática do aborto ou o realizar com intenção lucrativa.

O legislador não aceitou a não punibilidade do aborto por indicação médica, também conhecida por *terapêutica*, contrariamente ao que vinha proposto no anteprojecto e se admitia na Proposta de Lei de 1979.

Como são demasiado conhecidas as razões de política criminal que estão na base de uma ou de outra destas soluções, dispensamo-nos, aqui, de quaisquer outras considerações.

14. Relativamente ao crime de *ofensas corporais*, a novidade consiste no abandono do actual sistema, em que a qualificação assenta na imputação objectiva da agravação pelo resultado, solução tida por chocante.

O Código distingue entre ofensas corporais simples e ofensas corporais qualificadas e neste último caso exige o *dolo de dano*.

No seio da primeira Comissão Revisora chegou a ser aprovada uma agravação especial nos casos que revelassem especial censurabilidade ou perversidade do agente, p. ex., quando a ofensa é feita contra o pai ou contra a mãe, através do acrescentamento de um novo número ao artigo que descrevia e punia as ofensas corporais agravadas pelo resultado, correspondente ao actual art. 145.º Tanto a Proposta de Lei como o novo Código não reproduziram essa agravação especial, pelo que o crime, naqueles casos, é agravado nos termos gerais²⁸.

Novidade, é, também, a expressa punição de ofensas corporais com *dolo de perigo* (art. 144.º). O agente representa as consequências da sua conduta como prováveis mas afasta-as.

Outra novidade é a da punição autónoma da conduta que consiste em punir quem administrar substâncias venenosas ou outras de natureza análoga com intenção de prejudicar a saúde física ou psíquica do ofendido (art. 146.º).

A pena varia, porém, em função do elemento subjectivo e do resultado.

Este preceito não figurava nem no anteprojecto nem na Proposta de Lei e foi introduzido por sugestão da última Comissão Revisora, que o legislador acolheu, agravando, porém, as penas.

Não se confunde com o *envenenamento*, previsto no art. 353.º do Código vigente. Por outro lado, o homicídio provocado com a utilização de veneno ou de qualquer meio insidioso é, na técnica do Código, um *homicídio privilegiado*, punido nos termos do art. 132.º, 2, alínea f)²⁹.

Importante inovação é o tratamento das ofensas corporais por negligência quando o agressor for médico e as praticar no exercício da sua função ou da agressão não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias (art. 148.º), em que o juiz pode *isentá-lo de pena* quando a culpa se revelar sensivelmente diminuída.

O anteprojecto não previa a hipótese que, todavia, já estava prevista na Proposta de Lei.

As ofensas corporais por *negligência*, quando delas resultar ofensa corporal grave ou a criação de um perigo para a vida são punidas com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

Contrariamente ao regime do Código em vigor, o procedimento criminal por ofensas corporais por negligência depende sempre de queixa (art. 148.º, n.º 4) como acontece nas ofensas corporais simples.

Nem a Proposta de Lei nem o Código novo seguiram a solução do anteprojecto, que consistia em prever a instauração de procedimento criminal pelo Ministério Público, independentemente da participação do ofendido, quando particulares razões de interesse público a impusessem, e que a primeira Comissão Revisora aceitou com uma pequena correcção, relativa às condições em que o Ministério Público deveria actuar officiosamente.

Aquela solução fora justificada por, tanto num caso como noutros, poderem estar em causa ofensas corporais de gravidade considerável e por se pensar que, desse modo, se daria uma aplicação limitada ao *princípio da oportunidade*, o qual corresponde às modernas tendências na matéria. E também porque tal solução poderia ser a única possibilidade de reprimir com êxito a celebração de negócios ilícitos entre ofendidos e ofensores³⁰.

Disposição inovadora é, ainda, a do art. 149.º relativa aos efeitos do consentimento dos titulares dos bens jurídicos violados por ofensa no corpo ou na saúde, que se consideram disponíveis quando o facto não ofenda os bons costumes.

No seio da primeira Comissão Revisora foi confirmado o carácter objectivo da *previsibilidade* de que se fala no n.º 2 do preceito.

O autor do anteprojecto recordou que a maioria das legislações considera disponíveis os bens jurídicos do corpo e da saúde salvo se essa disposição contrariar os bons costumes³¹.

Sobre este assunto, já específica e proficientemente tratado na conferência do Prof. Figueiredo Dias, «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», não vamos, aqui, alongar-nos.

Mereceram tratamento autónomo as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e as consequências da violação das *leges artis* (art. 150.º).

Em todo o caso, o Código, na esteira da Proposta de Lei, não seguiu aqui a minuciosa regulamentação que caracterizava o anteprojecto.

Também esta matéria já foi abordada na conferência do Prof. Figueiredo Dias, para o qual remetemos.

Tendo como fonte o art. 133.º do Código Penal suíço³², o novo Código introduz um novo tipo, a *participação em rixa* (art. 151.º) a que especialmente se refere o preâmbulo, quando aí se sublinha a sua particular importância. A autónoma configuração deste tipo procura responder a graves problemas que se levantam na problemática da comparticipação, sendo, além disso, um elemento fortemente dissuasor da prática, quantas vezes leviana e irreflectida, de disputas e de desforços que nascem pequenos mas cujos efeitos podem ser altamente danosos.

Notoriamente inspirado pelos Códigos Penais suíço e da República Federal da Alemanha³³, o art. 153.º tipiciza os maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges. Embora distribuída por dois artigos, a matéria já constava do anteprojecto, cujo autor considerou que o seu tratamento penal correspondia à necessidade de punir com dignidade penal os casos mais chocantes de maus tratos a crianças e de sobrecarga de menores e de subordinados, acrescentando que esta protecção não entra em pormenores que se deixam às leis de trabalho ou tutelar de menores.

Foram, aí, levantadas dúvidas quanto à necessidade da «malvadez e egoísmo» como motivos da conduta, porque a redacção inculcava uma carga ética suficiente.

O autor do anteprojecto respondeu reafirmando a necessidade da referência a esses elementos, uma vez que a incriminação não se basta com o *dolo geral*, antes exigindo um *dolo específico*.

Aquele que obriga outro a um trabalho superior às suas forças não é, sem mais, abrangido pela incriminação, podendo, inclusive, essa conduta ser determinada pelo desejo de conferir vantagens económicas para o menor ou subordinado.

O n.º 3 do artigo (inflicção ao seu cônjuge do tratamento descrito na alínea *a*) do n.º 1) já foi acrescentado posteriormente ao projecto da última Comissão Revisora, que seguiu em anexo à Proposta de Lei de autorização legislativa n.º 100/II (*Diário da Assembleia da República*, II série, de 22 de Maio de 1982).

15. No capítulo dos *crimes contra a liberdade* das pessoas, o crime de ameaças (art. 155.º) diverge do correspondente tipo do art. 379.º do Código vigente. Aqui, as ameaças são concebidas como crime de mera actividade, ali como crime de resultado.

Esta concepção foi criticada no seio da Comissão Revisora, mas não vingou o entendimento de que deveria considerar-se como um crime de perigo. Assim, exige-se um resultado, ou seja, que se produza medo ou inquietação ou prejuízo para a liberdade de determinação, considerado como o critério mais idóneo para averiguar da seriedade da ameaça. E, contrariamente ao decidido pela primeira Comissão Revisora, deixou de prever-se a punibilidade da tentativa³⁴.

Os crimes de *coacção* e de *coacção grave*, dos arts. 156.º e 157.º reflectem as dificuldades que foram sentidas pelas Comissões revisoras em matéria de tratamento penal tão difícil, divergindo das formulações adoptadas pela primeira.

De qualquer modo, restringe-se a amplitude do § 1.º do art. 379.º do Código vigente: a fórmula «por qualquer meio» é substituída pela indicação concreta dos meios empregados e a coacção só será punível quando for censurável a utilização do meio para atingir o fim visado, inicialmente prevista apenas para a ameaça de participação

criminal ou da revelação de um facto atentatório da honra e da consideração.

O perigo de tornar punível toda ou quase toda a actividade social do homem obrigou a uma formulação mais apertada do que a da lei vigente.

A inserção da coacção praticada por funcionários públicos correspondeu à orientação geral do Código de, em relação aos funcionários públicos, reservar um capítulo à parte apenas para os *crimes específicos* das suas funções.

O disposto no n.º 4 do art. 156.º, segundo o qual a *punição* pela coacção *não consome* aquele que corresponder aos *meios* empregados para a executar, explica-se pela natureza de *crime complexo* que tem a infracção em causa³⁵.

A punição da intervenção e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários que, no anteprojecto, fora incluída no capítulo dos crimes contra a integridade física, aparece agora tratada no capítulo dos crimes contra a liberdade das pessoas, como já acontecia com a Proposta de Lei de 1979.

Efectivamente, o elemento que distingue este tipo do do art. 150.º é a *falta de consentimento do paciente*. Ali, pune-se um comportamento em que, havendo intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental, se violaram, não obstante, as *leges artis*, resultando perigo para o corpo, a saúde ou a vida do paciente; aqui, protege-se a *liberdade* deste em querer ou não sujeitar-se às intervenções ou tratamentos.

O crime de *sequestro* não constitui, propriamente, uma inovação, uma vez que a Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto já se antecipara ao novo Código, remodelando e actualizando as disposições do Código vigente que puniam o cárcere privado (arts. 330.º e 331.º).

Reuniu-se a matéria num só artigo e as penas foram também alteradas em função dos critérios gerais de punição do novo Código.

A realidade criminológica actual esteve presente no espírito do legislador, pois os comportamentos aí descritos assumiram notável expansão e frequência nas sociedades modernas, constituindo fenómenos ligados a formas de criminalidade violenta e, mais concretamente, da chamada criminalidade organizada.

O mesmo se diga quanto ao crime de *raptio*, descrito no art. 162.º

O que distingue este crime do anterior é o motivo que determina o agente, ou seja a intenção de obter um resgate ou de coagir a autoridade pública de um terceiro a praticar o facto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique.

O crime de *escravidão* (art. 161.º) corresponde à necessidade de punir expressamente um comportamento que repugna particularmente à consciência universal, a ponto de ser objecto de Convenções Internacionais, como a Convenção de Genebra sobre a escravatura.

16. Nos crimes *contra a honra*, o novo Código consagra o critério, que já fora adoptado no anteprojecto, e que consiste em distinguir a difamação da injúria conforme as imputações são feitas perante terceiro e sem a presença do ofendido ou perante o próprio ofendido.

Os tipos de crime apresentam, no entanto, algumas diferenças relativamente às formulações adoptadas no anteprojecto, na Proposta de Lei de 1979 e na Proposta de Lei n.º 100/II.

A principal consiste em que toda e qualquer imputação difamatória ou injuriosa de factos exclui a punição quando for feita para realizar um interesse legítimo ou por qualquer outra justa causa e o agente prove a verdade da mesma imputação ou tenha fundamento sério para, em boa fé, a reputar como verdadeira. Trata-se, por conseguinte, de requisitos cumulativos. E não se restringe aos casos de afirmações feitas ou divulgadas relativamente à vida privada ou familiar de outrem, em assembleias públicas ou por meio de escrita, gravações, representações ou qualquer outro meio técnico que facilite a sua divulgação.

A questão de saber quando existe um interesse público legítimo ou qualquer outra justa causa depende de cada caso concreto e a decisão compete, naturalmente, à jurisprudência.

Trata-se de uma solução que representa um compromisso entre a liberdade de expressão e a liberdade de opinião, por um lado, e a protecção dos interesses legítimos do difamado ou injuriado, por outro, cuja ofensa só deve considerar-se justificada precisamente quando houver um interesse público legítimo ou uma causa justa na base da imputação, o que vale dizer, sensível superioridade do interesse da imputação sobre o interesse sacrificado do ofendido.

O Código também não reproduz a fórmula «o processo criminal regulará a prejudicialidade e a suspensão do processo», constante das formulações anteriores, disso se ocupando o Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, através da alteração do art. 590.º do Código de Processo Penal.

No crime de ofensa à *memória de pessoa falecida* (art. 169.º), não se admite a prova das imputações feitas (*mors omnia solvit*), mas nenhuma pena é imposta se tiverem decorrido mais de 50 anos depois da morte da pessoa difamada³⁶.

17. Os crimes *contra a reserva da vida privada* (arts. 176.º a 185.º) merecem referência especial no preâmbulo do novo Código, onde se sublinha a necessidade de reforçar a protecção das pessoas perante os riscos que resultam da massificação no acesso a meios e instrumentos electrónicos na esfera da vida privada. Este bem jurídico carecia de adequada protecção penal, através da definição de específicos tipos legais de crime.

É invocada, a propósito, a garantia constitucional do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Alguns dos tipos de crime incluídos neste capítulo já eram conhecidos da legislação portuguesa (cf. a Lei n.º 3/73, de 5 de Abril).

Saliente-se que o Código consagra uma cláusula de exclusão de ilicitude relativamente ao crime de violação do segredo profissional, no art. 185.º

18. Os crimes *contra a paz e a humanidade* são outra inovação do Código e correspondem à necessidade de proteger interesses e valores a que a comunidade internacional atribui a maior importância.

De notar que o crime de *genocídio* (art. 189.º) e *certos crimes de guerra* (art. 190.º, n.º 2) são dos mais severamente punidos, podendo a pena ultrapassar o máximo geral de 20 anos.

Alguns comportamentos determinados pelo ódio e violência raciais encontram-se tipicizados nos números 2 e 3 do art. 189.º, e representam a concretização do compromisso assumido por Portugal ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de Dezembro de 1965, pela Lei n.º 7/82, de 29 de Abril³⁷.

Inovadores são, ainda, os arts. 191.º (subtração às garantias Estado de direito português) e 192.º (destruição de monumentos históricos e culturais).

O primeiro foi incluído pela última Comissão Revisora e não figurava, por isso, nem no anteprojecto nem na Proposta de Lei de 1979. Teve como fontes os Códigos Penais austríaco e da República Federal da Alemanha.

19. O capítulo dos crimes *contra os fundamentos ético-sociais da vida social* inicia-se com os crimes *contra a família*.

Diferentemente do Código ainda em vigor, a *bigamia* é qualificada como um crime contra a família e não contra o estado civil das pessoas.

O art. 193.º distingue a situação daquele que, estando casado, volta a casar e a situação do solteiro que casa com alguém ligado por anterior casamento, no primeiro caso punindo-o mais gravemente mas com pena bastante inferior à do art. 337.º do actual Código¹⁴.

A fórmula «com valor ou eficácia civil» foi adoptada por razões de ordem sistemática, por também ser a adoptada no Código Civil.

Todavia, enquanto no direito civil se exige cumulativamente o «valor e eficácia», o direito criminal deve bastar-se com a verificação alternativa de qualquer destes dois tipos de relevância jurídica¹⁵.

20. Aspectos inovadores dos mais significativos encontram-se na regulamentação dos *crimes sexuais*.

Destaquemos, em primeiro lugar, a sujeição destes crimes ao regime geral do *direito da queixa* (arts. 111.º a 115.º), com ressalva dos casos em que a vítima é menor de 12 anos, o facto for cometido por meio de outro crime que não dependa de acusação ou de queixa, quando o agente seja qualquer das pessoas que tenham legitimidade para requerer procedimento criminal ou ainda quando do crime resulta ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima (art. 211.º).

A *violação* é punida independentemente de ser praticada *fora do casamento*, como ainda se exigia na Proposta de Lei de 1979. Considerou-se que a mulher casada não deve ser obrigada a supor-

tar contactos sexuais contra a sua vontade livre, tendo meros efeitos cíveis a recusa, quando não justificada.

O constrangimento *à cópula com terceiro* ou o *favorecimento* de cópula ou actos análogos com terceiro é equiparado à violação praticada pelo próprio agente, como no direito penal alemão (art. 177.º do respectivo Código Penal), assim se evitando quaisquer dúvidas sobre o funcionamento, neste caso, das regras gerais relativas à autoria.

Prevê-se a agravação especial dos crimes de violação, atentado ao pudor como violência e atentado ao pudor com pessoa inconsciente, quando resultar gravidez, ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima.

Ainda aqui, a fonte foi o Código Penal alemão (arts. 177.º e 178.º) e também o Código Penal austríaco (arts. 201.º e 204.º).

A *cópula mediante fraude* (art. 203.º) é menos gravemente punida que a violação (art. 201.º).

No crime de *estupro*, a idade do ofendido baixa para os 16 anos (art. 204.º).

No crime de *atentado ao pudor* (art. 205.º) agravou-se a pena, relativamente ao mesmo tipo de crime do Código vigente (art. 391.º), sendo este um dos raros casos em que o Código novo penaliza mais severamente um comportamento criminoso. A mesma pena é aplicável a quem, independentemente dos meios empregados, praticar atentado ao pudor contra menor de 14 anos; e definiu-se, em termos precisos, o atentado ao pudor (n.º 3 do referido art. 205.º).

Ainda no *estupro*, deixou de se exigir o requisito da virgindade da vítima e é elemento de crime o abuso de inexperiência desta ou a promessa séria de casamento.

Incriminou-se a *homossexualidade com menores*, praticada por maior que desencaminha menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo.

Atribui-se relevância atenuativa ao erro sobre a idade quando o tipo legal de crime supuser uma certa idade da vítima e o agente, censuravelmente, a ignorar (art. 210.º).

O *ultraje público ao pudor* é mais gravemente punido que no Código actual (arts. 212.º e 390.º, respectivamente) e incrimina-se autonomamente o ultraje ao pudor de outrem (art. 213.º).

Criou-se um novo tipo de crime, a *inseminação artificial*, mas é elemento do crime a falta de consentimento da vítima (art. 214.º).

O legislador entendeu não dever criminalizar a inseminação artificial praticada em si mesma pela mulher casada ou com o seu consentimento mas sem o consentimento do outro cônjuge, que ainda figurava na Proposta de Lei de 1979.

O *lenocínio* deixa de ser um crime próprio e de exigir o dolo específico (para satisfazer os desejos desonestos de outrem), passando a ter como sujeito passivo qualquer menor ou pessoa portadora de anomalia psíquica, ou qualquer pessoa quando se encontre em situação de abandono ou de extrema necessidade económica, explorando o agente essa situação (art. 215.º).

É-lhe equiparada a exploração do ganho imoral de prostituta, vivendo o agente, total ou parcialmente, as expensas suas (*idem*, n.º 2).

Os particulares laços de parentesco entre o agente e a vítima, ou a situação desta como tutelada do primeiro ou entregue a este para fins de educação, assistência, direcção, guarda ou cuidado, constituem elementos de lenocídio agravado (art. 216.º).

Por fim, o Código criou um novo tipo de crime destinado a punir o tráfico de pessoas para a prática, em outro país, de prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual (art. 217.º), criminalizando uma actividade repugnante que, a nível internacional, tem reclamado severa punição⁴⁰.

21. O crime de *omissão de auxílio* (art. 219.º) é outra das novidades mais salientes do novo Código e tem como fonte o art. 323.º, c, do Código Penal da República Federal da Alemanha.

Na primeira Comissão logo se reconheceu que esta figura poderia levantar «complexos e insanáveis problemas»⁴¹.

Por isso mereceu discussão relativamente longa e sofreu modificações sensíveis até à actual redacção, que difere, inclusivamente, da do articulado que acompanhou a Proposta de Lei n.º 100/II.

A última alteração consistiu essencialmente na substituição da frase «ou sem violação de outros deveres importantes», do texto alemão homólogo, pela frase «quando por outro motivo relevante», numa tentativa de remover as dificuldades que a interpretação daquela, na prática, poderia suscitar.

Relativamente à primeira versão, a do anteprojecto, que, como

na versão da Proposta de Lei de 1979, ainda abrangia a protecção dos «interesses patrimoniais» de outrem, o texto do Código optou pela restrição do dever de auxílio ao caso de perigo para «interesses pessoais» e especificou estes: vida, saúde, integridade física ou liberdade.

Na versão original havia um n.º 3 que previa a omissão de auxílio em caso de «prática de crime», mas foi eliminado⁴².

Deve considerar-se a hipótese englobada no texto do n.º 1, que fala em «caso de grave necessidade», fórmula ampla que pode abranger outros casos além dos de desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, aí indicados a título exemplificativo, como resulta do advérbio «nomeadamente».

O autor do anteprojecto explicou, na altura, que o preceito consagra um dever jurídico de solidariedade social e que sendo o amor do próximo um dever moral tão altamente valorado pela civilização cristã, não podia constituir surpresa a sua relevância no direito criminal desde que se respeitassem os limites devidos⁴³.

22. O *Capítulo* respeitante à *falsificação* de documentos, moeda, pesos e medidas apresenta algumas inovações de relevo, a começar pela condensação em fórmulas mais simples das minuciosas descrições dos tipos do actual Código.

O autor do anteprojecto informou, aliás, que no texto correspondente ao actual art. 228.º se previam «todos os tipos de falsificações em todos os tipos de documentos», salientando que o n.º 3, que corresponde ao actual n.º 4, previa uma modificação na moldura penal de forma a abranger os casos de menor gravidade.

O Código contém, no entanto, um conceito de documento (art. 229.º), cuja inclusão foi justificada pela impossibilidade de utilizar no domínio do direito penal o conceito de documento consagrado no então Projecto de Código Civil (actual art. 262.º: «diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto»).

Com o art. 230.º (fabrico ou falsificação de notação técnica), visivelmente inspirado no Código Penal da RFA (art. 268.º) pretende-se abranger a falsificação de meios de prova modernos.

Tendo-se suscitado a questão das relações entre os textos correspondentes ao actual n.º 2 do art. 229.º e ao actual 230.º, o autor

do anteprojecto precisou que a primeira disposição abrange os meios de prova em que a participação directa do homem é ainda o elemento dominante, ao passo que o n.º 2 do art. 230.º se refere a meios de prova predominantemente ou mesmo totalmente automáticos⁴¹.

O crime do art. 234.º (atestados falsos), de algum modo uma disposição especial em relação ao tipo-base da falsificação de documentos, corresponde à necessidade de punir autonomamente os casos nele abrangidos dada a frequência da sua prática. E, dada a multiplicidade de situações abrangidas no tipo, a punição consagrada foi-o em termos suficientemente elásticos de modo a tomar em consideração as especialidades de cada caso⁴².

No crime de contrafacção de moeda (art. 236.º), que prevê a chamada falsificação completa, realça-se a sua fundamental diferença em relação ao correspondente crime do actual Código (art. 206.º). Tal diferença — explicou o autor do anteprojecto — consiste em incluir-se como elemento do tipo a intenção de pôr em circulação a moeda fabricada. A conduta do agente deixa assim de ser punível pelo seu mero perigo abstracto⁴³.

O que distingue o art. 240.º do art. 241.º é que, no segundo, não se exige como elemento específico o *concerto* com o falsificador.

A propósito do regime atenuativo do art. 242.º (conhecimento da falsidade só após o recebimento da moeda pelo agente), foi chamada a atenção no seio da primeira Comissão revisora, para a possibilidade de criação de uma pena fixa, na medida em que o montante da multa excedesse o valor máximo da multa por dias.

O autor do anteprojecto justificou a excepção ao princípio geral da determinação concreta da pena pela necessidade de evitar negócios rendosos por parte de quem é abrangido pela disposição.

Na determinação do montante da multa será sempre decisivo o montante do valor representado pela moeda passada ou posta em circulação pelo agente⁴⁴.

Importante inovação é constituída pelo art. 244.º (equiparação a moeda dos títulos de crédito nacionais e estrangeiros).

Tão importante que o próprio autor do anteprojecto chamou a atenção da Comissão Revisora para as dúvidas que a construção deste tipo poderia suscitar, nomeadamente pelo perigo de lacunas entre a matéria nele abrangida e a descrita no artigo correspondente ao art. 228.º do novo Código.

Com efeito, estes artigos, ao nível das respectivas descrições típicas, estão numa relação de reciprocidade de tal forma que, no domínio da falsificação, tudo o que não couber num deles deve caber no outro.

Recordada a classificação tripartida do Código vigente, em matéria de falsificação de títulos de crédito, obedecendo a inclusão deles, segundo a interpretação dominante, nos ramos daquela classificação, ao critério da força predominante de pagamento ou probatória atribuída ao título, o autor do anteprojecto disse que foi esse o critério seguido, ainda que a classificação tenha sido reduzida a dois pólos: equiparação a documento no art. 278.º, n.º 2 (correspondente ao art. 228.º, n.º 2 do novo Código); equiparação a moeda (art. 294.º, primeira versão do art. 244.º, também este do novo Código).

Foi recordado, também, que a falsificação do cheque prevista no vigente Código Penal não se referia às declarações mas antes ao *substrato material do título*. É que os cheques são selados na Casa da Moeda, constam de um tipo de papel e de impressão com o fim específico de os garantir contra o perigo de imitação. Na medida em que os títulos de crédito são rodeados desta garantia especial é que eles se assemelham à moeda, pois as notas de banco são precisamente caracterizadas pelo tipo de papel e de impressão que não só permite a sua identificação imediata como as garante contra o perigo de imitações. Portanto — acrescentou — também só na medida em que a falsificação destes títulos de crédito se dirige aos elementos que compõem esta garantia especial é que ela pode ser considerada não como falsificação de documento mas como falsificação de moeda⁴⁵.

A enumeração taxativa, então adoptada, pareceu àquele autor susceptível de gerar grandes dificuldades de interpretação e até lacunas. Por outro lado, obedecia a um critério inseguro de aplicação pois nem sempre era fácil saber se determinado título de crédito tem uma função predominantemente de pagamento ou probatória. Sugeriu, por isso, uma nova redacção, obedecendo à referida interpretação do Código Penal. À moeda deveriam ser só equiparados os títulos de crédito que constem de um tipo de papel e de impressão especialmente destinado pelo emitente a defender o título de contrafacções.

Por outro lado, só seria equiparada à moeda falsa a falsificação especialmente dirigida à garantia referida. Em contrapartida cairiam no art. 278.º (correspondente ao 228.º do novo Código) a falsificação de títulos que não sejam portadores de tal garantia especial e imposta pela lei e a falsificação dos títulos portadores de tal garantia sempre que essa falsificação não se dirija aos elementos que compõem a garantia.

A comissão discutiu longamente a questão de qual o critério preferível: equiparar à moeda os títulos de crédito em função das especiais garantias contra falsificações ou segundo a força de pagamento.

Acabou por ser adoptada uma redacção que partia do critério da garantia do tipo de papel e da impressão, juntando-se-lhe uma enumeração taxativa dos títulos equiparados a moeda com base nesse critério⁴⁹.

O novo Código, na esteira da Proposta de Lei de 1979, não consagrou a solução da enumeração taxativa, mas manteve o critério de equiparação fundado no tipo de papel e de impressão, especialmente destinados a garantir os títulos contra os perigos de imitações e que, pela sua natureza e finalidade, não possam, só por si, deixar de incorporar um valor patrimonial. E equiparou, especificamente, os bilhetes ou fracções da lotaria nacional.

Todos os títulos não compreendidos no art. 244.º estão abrangidos no n.º 2 do art. 228.º.

No art. 251.º dá-se grande amplitude à *desistência* no âmbito destes crimes, o que se explica não só por serem puníveis os actos preparatórios como porque se considerou necessário estimular todas as actividades susceptíveis de defender eficazmente a sociedade contra tais crimes.

No seio da primeira Comissão Revisora foi dito que o artigo se aplica tanto aos actos preparatórios como aos actos de execução sendo razoável que, neste domínio, se limitasse o princípio geral em matéria de desistência⁵⁰.

23. Os *crimes de perigo comum*⁵¹ representam significativamente a vertente neocriminalizadora num Código que quis alinhar, dentro de certos limites, com os modernos movimentos de descriminalização.

O preâmbulo dedica-lhe especiais considerações, vincando, a propósito, a necessidade de intromissão do direito penal para salvaguarda de certos bens jurídicos que a sociedade tecnológica põe em perigo.

Mas precisamente por isso é que as figuras de crimes de perigo comum levantam graves problemas em matéria de critérios punitivos.

Não estando primordialmente em causa o *dano*, mas sim o *perigo*, é difícil justificar uma punição muito severa, aliás o desvalor da acção é, em geral, de pequena monta. Mas o desvalor do resultado é de efeitos não raro catastróficos, o que leva a pender o prato da balança para o sentido oposto. É na confluência destes aspectos que, em termos quase dilemáticos, o legislador tem de basear os critérios punitivos.

O recuo da protecção penal para momentos anteriores, ou seja quando o perigo se manifesta, atira para plano secundário a ponderação do dano, nessa fase dificilmente comensurável, por aleatório.

Mas, por outro lado, a perspectiva da produção futura de danos gravíssimos não deixa de exercer pressão sobre o «quantum» abstracto da pena. Difícil se torna, pois, encontrar o ponto de equilíbrio entre estes aspectos referenciadores, na falta de um critério seguro que permita estabelecer equivalências entre a gravidade de acções ou omissões que põem em perigo valores altamente carecidos de protecção e a prática incomensurabilidade da extensão dos graves efeitos que não tendo interesse dogmático imediato constituem, não obstante, a razão de ser da punição do simples colocar em perigo.

Não é de estranhar, por isso, que venha a ser um dos pontos mais polémicos do novo Código a relativa debilidade das penas previstas.

A complexidade das situações possíveis levou o legislador a encarar diferentes critérios punitivos, prevendo, sucessivamente, a hipótese de conduta intencional com perigo também intencional, a imputação do perigo a título de negligência no caso de o facto ser intencional e a imputação do facto a título de negligência sem que se possa falar em perigo intencional.

Daí a escalada degressiva da punição.

Uma nota a propósito do regime da desistência, constante do art. 268.º: inserindo-se na orientação geral do Código de privilegiar

a desistência, considerou-se que se trata de um meio eficaz de realizar a defesa da sociedade na medida em que constitui um incentivo forte ao arrependimento activo. O objectivo fundamental é evitar a produção de dano, daí que ela não releve quando *um dano considerável* já foi provocado pelo crime⁵².

A especial protecção que devem merecer a vida e a integridade corporal levou a considerar a necessidade de agravação de pena, quando dos crimes resultar ofensa para esses valores (art. 267.º).

Referência especial merece também o crime do art. 276.º (recusa de facultativo), correspondente ao do art. 250.º, do actual Código, porque se trata de outro dos raros casos em que o novo Código consagra pena mais grave do que o anterior. O autor do anteprojecto, no seio da Comissão Revisora, esclareceu que este tipo de alguma forma significa uma agravação especial da violação do dever de auxílio previsto no art. 219.º⁵³.

24. Em matéria de crimes *contra a segurança das comunicações*, o anteprojecto não previa alguns dos crimes que habitualmente lesam aquele interesse, o que foi justificado pelo autor por ser largamente debatida a sua tipificação e por serem mesmo objecto de sucessivas Convenções Internacionais, o que impedia a sua inclusão no diploma fundamental, acrescentando que era, sobretudo, o caso dos crimes emergentes do transporte rodoviário, os quais deverão ser previstos em legislação especial (Código da Estrada). E no que respeita ao crime que actualmente corresponde ao art. 277.º (perturbação dos serviços de transporte por ar, água e caminho de ferro), acrescentou que o tipo está sobretudo limitado pela tipificação da actividade do agente (dificultar ou impedir) e pela criação de perigo para a vida, saúde e integridade física⁵⁴.

O Código não seguiu, porém, tal orientação e veio a incluir alguns comportamentos que constituem crimes contra a segurança da aviação civil ou das embarcações, na linha de compromissos assumidos com a ratificação de Convenções Internacionais como a Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, concluída na Haia em 16 de Dezembro de 1970 (aprovada pelo Decreto n.º 386/72, de 12 de Outubro) e a Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, concluída em Montreal em 23 de Setembro de 1971 (aprovada pelo Decreto

n.º 451/72, de 14 de Novembro), na sequência das alterações introduzidas ao Código Penal vigente pela Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto, e à semelhança do que fez, por exemplo, o legislador alemão (Código Penal da RFA, art. 316.º, c).

25. Passando, agora, *aos crimes contra a ordem e tranquilidade pública*, convém destacar o art. 282.º, que prevê o crime praticado em estado de embriaguez, o qual, no dizer do autor do anteprojecto, visa substituir o complicado sistema do Código vigente, com as suas distinções, que nem sempre conduzem às soluções mais justas.

São numerosos e complexos os problemas doutrinários que se levantam neste domínio: se, por um lado, a ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias tóxicas pode criar, em muitos casos, um verdadeiro estado de inimputabilidade, por outro, as necessidades de política criminal não consentem na impunidade do delincente. A moderna tendência legislativa (Códigos alemão e suíço) é no sentido de conseguir um plano de equilíbrio entre estes dois pólos através da criação de um tipo de crime autónomo.

Daí que o art. 282.º preveja este tipo de crime para o caso de o agente se colocar em estado de completa inimputabilidade e nesse estado praticar um acto criminalmente ilícito (não é necessária a prática de *um crime*).

Assim se pretendeu colmatar uma lacuna do nosso sistema vigente⁵⁵.

Respondendo a uma objecção, o autor do anteprojecto, no seio da Comissão Revisora, esclareceu que, no seu entender, o colocar-se intencionalmente em estado de completa inimputabilidade é já uma *actio libera in causa*, e que a voluntariedade tem de referir-se à ingestão de bebidas.

Se a ingestão for negligente, por exemplo, por engano na dose total, o agente deverá também ser punido, embora mais levemente. O tipo tem suficiente elasticidade para abranger todas estas hipóteses⁵⁶.

26. O legislador, contra o que ainda constava do articulado da Proposta de Lei de 1979, eliminou os tipos de crime de *vadiagem* e de *mendicidade*. Terão pesado nesta opção os inconvenientes que resultariam de ferir condutas nem sempre justamente imputáveis

aos agentes, considerando as especiais obrigações da própria sociedade que nem sempre dará aos mesmos agentes a possibilidade de viverem decentemente.

A decisão está, aliás, na linha do movimento descriminalizador que recomenda o tratamento destas situações por meios extra-penais⁵⁷.

Em todo o caso, aparece tipificada a conduta que consiste em explorar menor de 16 anos, ou inimputável, utilizando-o para mendigar (art. 284.º).

Aí já não concorrem as razões de política criminal que levaram a não punir os vadios e os mendigos, parecendo evidente a justificação, com o seu particular acento no elemento «exploração».

27. Nos crimes contra a paz pública incluem-se, agora, os crimes de organizações terroristas e de terrorismo, a cuja tipificação já se antecipara a Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto.

É discutível a mudança de colocação sistemática relativamente ao anteprojecto e ao articulado da Proposta de Lei de 1979 (Crimes contra o Estado).

O preâmbulo dá as razões do critério perfilhado pelo legislador.

Trata-se daquela espécie de «crimes vagabundos» que se dirigem a uma certa pluralidade de bens jurídicos, mas, neste caso, relativamente determinados, em que a sua colocação sistemática releva sempre de uma parcela, maior ou menor, de arbitrariedade.

Apesar da complexidade dos tipos, nomeadamente o do art. 288.º (organizações terroristas), em que é difícil sintetizar em fórmulas sintéticas a não menos real complexidade dos comportamentos que os preenchem, houve o particular cuidado de precisar os bens ou interesses jurídicos protegidos, os meios utilizados pelo agente e o elemento subjectivo.

Na construção do tipo e no que se refere aos meios («a prática de quaisquer crimes» ...) a técnica seguida consiste numa referência directa ou aos valores ou interesses protegidos em variados tipos de crime ou às qualificações que o Código adopta para outros destes tipos ou ainda aos objectos empregados.

Não se trata, por isso, de uma enunciação vaga ou imprecisa desses meios, mas sim de uma concreta referência a elementos típicos facilmente apreensíveis pelo intérprete e pelo legislador.

A técnica seguida omitiu a referência específica aos artigos que prevêem as infracções que as organizações se propõem cometer, como no Código Penal alemão (art. 129.º, a), incluído no Título 7, *Das infracções contra a ordem pública*), mas nem por isso deixa de ficar devidamente delimitada a matéria, através da precisa referência, nos termos indicados, às infracções ou aos instrumentos. Aproxima-se, em todo o caso, da técnica seguida pelo Código Penal austríaco para o crime de «constituição de bandos» (art. 278.º).

28. Na punição do crime de furto surge uma das principais novidades do Código, previsivelmente destinada a gerar controvérsia durante algum tempo.

Com efeito, a medida de punição deixa de estar ligada ao valor da coisa subtraída.

O tipo de crime de furto contém um elemento específico que o faz distinguir do crime de dano, a intenção de apropriação.

No seio da primeira Comissão Revisora, uma proposta de alteração no sentido de o tipo referir «dinheiro ou coisa móvel» não vingou por poder conduzir a uma interpretação restritiva de coisa, em termos a excluir dela as coisas incorporais (electricidade, ondas hertzianas, etc.), o que manifestamente contrariaria as intenções do anteprojecto.

Também uma proposta no sentido de que se criasse uma nova figura de «furto de coisa comum» não vingou, objectando-lhe o autor do anteprojecto que verdadeiramente o único problema, neste caso, era o de saber se é punível quem furta a sua parte no quinhão e que devia deixar-se à jurisprudência a resolução do problema⁵⁸.

Relativamente ao furto qualificado, o autor do anteprojecto notou então o facto de as agravantes modificativas previstas não serem de funcionamento automático. Cada uma delas só se constituiria em agravante na medida em que dela resultasse — no caso concreto — a especial gravidade do furto ou a especial perigosidade dos seus agentes.

Assim se conferiria melhor elasticidade na aplicação da lei e mais seriamente se tomariam em conta as especialidades do caso concreto, o que constituiria a garantia da justiça das decisões judiciais.

Já nessa ocasião foi notado que a frase «valor particularmente considerável» iria levantar questões e permitir juízos de índole subjectiva.

Sublinhado foi, também, que a enumeração das circunstâncias era *taxativa*.

O autor do anteprojecto mostrou a dificuldade em se estabelecer um *valor* fixo dada, até, a sua paulatina desvalorização. A interpretação do que seja «valor particularmente considerável» estaria sempre sujeita à necessidade de verificação da *especial gravidade* do furto ou da *especial perigosidade* do agente⁵⁹.

O art. 297.º do Código não reproduz a parte final do texto do anteprojecto, que ainda se lia no correspondente texto da Proposta de Lei de 1979, e que fazia depender a qualificação do furto não só das circunstâncias modificativas, mas também de delas resultar a *especial gravidade* do furto ou a *especial perigosidade* do agente.

Terá entendido o legislador que tais circunstâncias, só por si, revelam *essa* especial gravidade ou *essa* especial perigosidade. E terá considerado, ainda, que o *peso relativo* das mesmas, no caso concreto, não deixaria de influir na determinação do «quantum» da pena, cuja grande elasticidade é manifesta. Para os casos mais chocantes, isto é, de *franca desproporção* entre a pequena ou diminuta gravidade do furto e a pena, apesar de tudo, com um mínimo relativamente elevado, funcionaria o n.º 2 do artigo, que exclui a qualificação quando a coisa é de insignificante valor.

Com efeito, «insignificante» quer dizer o mesmo que «de muito pouco ou de nenhum valor»⁶⁰.

No Código Penal alemão, o art. 243.º, com a epígrafe «Caso particularmente grave de furto» começa desta maneira:

«Em casos particularmente graves, o furto é punido com uma pena privativa de liberdade de três meses a dez anos. *Regra geral* um caso é particularmente grave quando o autor»: (segue a enunciação de várias circunstâncias).

No Código Penal austríaco (art. 128.º, com a epígrafe «Furto com circunstâncias agravantes») não se faz depender a qualificação de resultar das agravantes indicadas a especial gravidade do furto, porque está implícita nelas.

Pelo contrário, no Código Penal suíço (art. 137.º) o furto é qualificado em função de circunstâncias aí indicadas «ou se por qualquer outra circunstância o furto denotar que o seu autor é particularmente perigoso», o mesmo sucedendo com o crime de «brigandage», do art. 139.º, *grosso modo* equivalente ao nosso *roubo*.

Aqui, porém, não há uma enumeração *taxativa* das circunstâncias modificativas.

A expressão «valor consideravelmente elevado», contra o que possa parecer, tem uma certa carga de maior objectividade ou, se se quiser, de menor relatividade, do que as fórmulas «valor particularmente considerável» (do anteprojecto) e «valor particularmente importante» (da Proposta de Lei de 1979).

«Consideravelmente» significa «de modo considerável», «muito» e «considerável» equivale, entre outras coisas, a «muito grande», «importante»⁶¹, ou seja o oposto de «insignificante».

Exprime, por isso, em melhores termos, a ideia que parece ter presidido à intenção da lei, de qualificar o furto em função da *importância* e do *valor elevado* da coisa, sugerindo que esta e este *podem* determinar-se por critérios objectivos, o que seria dificultado pelo termo «particularmente», permitindo um mais fácil resvalar para simples juízos de índole subjectiva.

A alteração da fórmula ganha relevo se se tiver em conta que o Código não inclui a cláusula geral da necessidade de verificar a especial gravidade do furto ou a especial gravidade do agente *para além* das circunstâncias taxativamente indicadas no tipo ou como *resultado problemático* das mesmas.

E, em boa técnica, talvez se possa dizer que não tinha de a incluir.

A *especial perigosidade* do agente e a *especial gravidade* do furto devem ser captadas pelo juiz em cada caso concreto, pesando não apenas as circunstâncias que rodeiam a infracção mas também os demais elementos que, nos termos gerais (art. 72.º do Código), depõem contra ou a favor do agente, determinando a medida da pena dentro dos limites definidos pelo tipo de crime, aliás no caso concreto, fixados com bastante elasticidade.

Deste modo, a *especial perigosidade* do agente e a *especial gravidade* do furto não funcionam, propriamente, como elemento do tipo mas como critérios da determinação concreta da pena, como em relação a todo e a qualquer tipo de crime.

Acrescente-se que, no correspondente preceito do Código Penal alemão, já referido (art. 243.º), a qualificação de «particularmente grave», do furto, é ligada a determinadas circunstâncias, mas estas não são enunciadas de *forma taxativa*, como resulta do emprego

da frase «in der Regel vor». Quer isto dizer que a lei fornece *um critério* ao julgador para a qualificação do furto, mas daí não resulta necessariamente essa qualificação e esta pode depender de outras circunstâncias que eventualmente concorram no caso concreto, naturalmente quando funcionem em sentido desfavorável ao autor, nos termos gerais.

E aqui reside a principal diferença relativamente ao preceito do novo Código Penal Português, porquanto, neste, as circunstâncias são *taxativas*, isto é, o furto não é qualificado sem elas mas também o não é para além delas ou independentemente delas.

Residirá, aí, a razão por que o legislador entendeu não exigir a verificação da *especial gravidade* do furto ou da *especial perigosidade* do agente como elementos do tipo.

Isso equivaleria a introduzir um elemento aleatório, com todos os riscos para a *certeza* e a *segurança* jurídicas e, bem vistas as coisas, a conferir, indirecta e contraditoriamente, valor meramente exemplificativo às circunstâncias enumeradas⁶².

A especial importância do interesse protegido no art. 299.º (furto de coisa pertencente ao sector público ou corporativo) justifica a agravação prevista nesse artigo.

No *abuso de confiança*, o agravamento da pena, no n.º 2 do art. 300.º, assenta quer no carácter consideravelmente elevado da coisa, quando a restituição ou reparação integral do prejuízo se não façam sem dano ilegítimo de terceiro até ao momento de ser instaurado o procedimento criminal, quer na natureza do acto jurídico que determinou a entrega da coisa ou da qualidade do agente.

A não restituição ou a não reparação funcionam, aqui, como requisito da agravação da pena, enquanto que no artigo seguinte, comum ao crime de furto e ao abuso de confiança, a restituição ou a reparação caracterizam no fundo, como disse, ao tempo, o autor do anteprojecto, um crime privilegiado, instituído com o objectivo de estimular a restituição do objecto e a extinção do dano⁶³.

Com a novidade em que consiste o furto por *necessidade e formigueiro* (art. 302.º), quis-se abranger aquelas situações em que se não verificam os pressupostos do estado de necessidade mas em que se deve, se não mesmo isentar de pena o agente, pelo menos atenuar muito a sua punição, atendendo não só à necessidade como ao valor da coisa apropriada⁶⁴.

Novo é o crime do art. 307.º, que prevê a punição dos que utilizarem os meios descritos no tipo de roubo para, quando encontrados em flagrante delito de furto, conservarem ou não restituírem as coisas subtraídas ou para se eximirem, a si ou a qualquer um dos seus participantes, à acção da justiça.

Tem correspondência nos Códigos penais alemão (art. 252.º) e austríaco (art. 131.º).

29. O tipo de crime de *dano* do art. 308.º obedece a uma formulação destinada a abranger todas as hipóteses de *dano*. A elasticidade da pena é o correlato das variações do valor da coisa⁶⁵.

O art. 310.º contém um *tipo novo*, criado, segundo o autor do anteprojecto, para prever a hipótese em que não houve nem uma danificação efectiva nem uma intenção de apropriação, mas apenas a intenção de causar prejuízo a outrem⁶⁶.

Parece inspirado no art. 143.º do Código Penal suíço.

30. No crime de *burla* (art. 313.º) renunciou-se à punição da chamada «burla por omissão», que o autor do anteprojecto ainda defendera no seio da primeira Comissão Revisora, através do *aproveitamento* astucioso do erro ou do engano do lesado. Mas o Código consagra uma forma agravada deste crime, concorrendo determinadas circunstâncias, também aqui taxativamente enumeradas e segundo um critério semelhante ao adoptado para a agravação do furto e do abuso de confiança (art. 314.º).

Inteiramente *novo* é o tipo de crime de *burla relativa a seguros* (art. 315.º), cuja frequência exigiu lhe fosse atribuída dignidade penal em tipo autónomo⁶⁷.

Tem correspondência nos Códigos penais austríaco e alemão (arts. 151.º e 265.º, respectivamente).

O Código, porém, não incluiu algumas formas modernas de burla, como a *burla de créditos* ou a *burla para obtenção de subvenções*, na linha de política legislativa referida no preâmbulo, de deixar o tratamento destes casos para o direito penal económico.

Tratamento semelhante ao adoptado para o *furto formigueiro* contém-se no art. 316.º (burla para a obtenção de bebidas, alimentos, alojamento, ou acesso a recintos e meios de transporte).

31. Com o crime de *extorsão* (art. 317.º) quiseram-se abranger os casos que não cabem no tipo de roubo. Ao contrário do que se passa neste, a ameaça não tem de ser para a vida ou integridade física, bastando que seja uma *ameaça para a honra*.

Aliás, a extorsão distingue-se ainda do roubo por ser mais um crime contra o património em geral enquanto que este é um crime contra a propriedade.

Em face da redacção dada ao *crime de extorsão* tudo o que não for roubo nem furto caberá na sua punição⁶⁸.

Com o crime do art. 318.º (extorsão de documentos) pretende-se punir quem, abusando da necessidade de outrem, deste recebe documento que o põe à mercê de um procedimento criminal⁶⁹.

Poder-se-á discutir a colocação sistemática deste tipo, mas o *elemento intencional* (garantia de dívida) aparenta-o com a extorsão em geral, em termos de poder dizer-se que sobreleva o atentado à livre determinação, ou seja, à liberdade, do lesado.

32. A inclusão de um novo tipo de crime, a *infidelidade*, no art. 319.º, merece algumas referências especiais, porquanto representa uma opção de política legislativa não tomada sem algumas hesitações.

O crime visa punir a *gestão desleal*, e distingue-se do *abuso de confiança* porque nele o agente não actua com intenção de enriquecimento nem de apropriação, antes, quando muito, com intenção de prejudicar. Abrange, por exemplo, o comportamento do administrador que intencionalmente prejudica os interesses patrimoniais de pessoa cujos bens administra.

As apontadas hesitações prenderam-se com o receio de as pessoas se furtarem a ocupar cargos de representação voluntária, ante a eventualidade de uma sanção penal. Apesar disso, logo a primeira Comissão Revisora se decidiu pela necessidade da sua inclusão, passando a discutir se se devia adoptar uma formulação genérica, como no Código suíço, ou uma tipificação taxativa das situações, como no Código alemão (arts. 159.º e 266.º, respectivamente), optando pela primeira, mas limitando suficientemente o tipo, de forma a não se cair em exageros.

O autor do anteprojecto teve, então, a oportunidade de chamar

a atenção para o facto de o tipo exigir uma *relação de confiança* e a actuação do agente *ter de ser intencional*, com o que se afasta o dolo eventual e o dolo necessário⁷⁰.

33. O tratamento que o novo Código confere ao *crime de usura* responde à intenção de rever as soluções da lei vigente, tidas por benévolas e limitativas, relativamente aos meios relevantes da comissão do crime (taxas de juro e cláusulas penais).

Alarga-se, consideravelmente, o âmbito deste crime, e distinguem-se diversas situações, quer em função do tipo de negócio através do qual a usura se comete, quer em função da especial protecção que merecem os lesados, quer em função da personalidade do agente ou da gravidade do dano patrimonial.

As causas de isenção de pena estabelecidas no art. 323.º visam estimular o agente a restituir o lesado à situação em que estaria se não fora o negócio ou a prática usurária, por evidentes razões de política criminal, em que avulta a frequente dificuldade de investigação e prova deste crime, com as consabidas inibições da própria vítima em denunciar e colaborar, franca e abertamente, na acção da justiça.

34. O título dos *crimes contra o património* fecha com os crimes dos arts. 324.º a 331.º, onde os aspectos inovadores mais importantes consistem na tipificação de comportamentos que actualmente constituem formas de participação criminosa por *encobrimento*.

No seio da primeira Comissão Revisora foi chamada a atenção para o facto de o emprego da frase «mediante facto criminalmente ilícito» no crime de *receptação* do art. 329.º pretender significar que a obtenção da coisa pode ter sido conseguida por meio de conduta ilícita ainda que não culposa (p. e., acção de inimputável).

Também se discutiu a *gravidade* da pena, tida, por alguns, por excessiva, tendo o autor do anteprojecto ponderado que os receptadores são os grandes fautores dos crimes contra o património⁷¹.

Pretende-se, por isso, reagir contra comportamentos que facilitam, quando não fomentam, a delinquência contra o património, daí não se afigurar estranho que o tratamento penal dos agentes possa desprender-se do concreto desvalor do acto daquele que furta, rouba, burla ou abusa da confiança de outrem, para assumir rele-

vância justificadora de um tratamento penal que, em certos casos concretos, pode representar pena mais grave.

Aliás, a grande elasticidade da medida da pena permite os necessários ajustamentos, em matéria de justiça relativa.

Por fim, atente-se em que o simples *auxílio material* (art. 330.º) de menor censura ético-jurídica beneficia de tratamento mais favorável, expresso na aplicação das disposições sobre *restituição*, (art. 301.º), *furto formigueiro* (art. 302.º) e *furto familiar* (art. 303.º).

35. Importante novidade no elenco dos crimes contra o património, é a consagração, no último capítulo do título IV, dos *crimes contra o sector público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente* (arts. 332.º e 333.º).

O preâmbulo do Código dedica-lhe referência especial: pretende-se, com eles, proteger penalmente um vasto sector da economia nacional mas não tolher os movimentos dos responsáveis.

Não é punível o acto decisório que, pelo jogo combinado de circunstâncias aleatórias, provoca prejuízos, mas só são puníveis aquelas condutas *intencionais* que levam à produção de resultados desastrosos.

Aliás, o crime do art. 332.º não difere de outros tipos de crime através dos quais e pela forma nele descrita se lesam valores patrimoniais, apenas os agrava pela qualidade do agente e pela pertinência dos bens aos sectores público e cooperativo.

36. Nos *crimes contra o Estado* não houve intenção de alterar profundamente o sistema penal em vigor mas apenas sistematizar e adaptar adequadamente as disposições a fim de evitar certas desconexões que hoje se verificam, como explicou, oportunamente, o autor do anteprojecto⁷².

Alguns aspectos inovadores podem, todavia, assinalar-se embora em termos muito sucintos para não alongarmos desmedidamente a presente exposição. Assim, e por exemplo, nos n.ºs 2 e 3 do art. 335.º (serviço militar em forças consideradas inimigas) o tratamento mais favorável aí consagrado para os respectivos agentes, aconselhado pelas mais elementares regras da razoabilidade e do bom senso⁷³; a punição dos actos preparatórios deixa de referir-se a todos os crimes contra a segurança interior ou exterior do

Estado, mas só aos que se consideram *mais graves* (art. 380.º); a punição por *negligência* do crime de violação de segredos de Estado (art. 343.º, n.º 4); a limitação da *conjura* (art. 381.º) através da especificação dos crimes em relação aos quais é punida e a exigência de que a conspiração se destine à perpetração de *um determinado facto*, não bastando, por conseguinte, os simples projectos abstractos e genéricos; o *carácter não automático das penas acessórias* previstas no art. 383.º

37. No Capítulo dos *crimes contra a realização da justiça*, podem apontar-se, igualmente, alguns aspectos inovadores sem pretensão de esgotar o elenco: assim, e por exemplo, no art. 403.º, a *atenuação* e, até, a possibilidade de *isenção de pena* quando o depoimento, o falso testemunho, falsas declarações, perícia, interpretação ou tradução digam respeito a circunstâncias que *não sejam essenciais*; o tratamento da *retractação*, no art. 404.º, que modifica sensivelmente o sistema actualmente em vigor, no qual não existe qualquer incentivo a que uma falsa declaração prestada na fase de instrução preparatória seja depois desta retractada pelo seu autor, pois que se ele a não mantiver, será do mesmo modo punido, o que significa um sistema injusto que não fomenta a verdade material no processo⁷⁴; a *autonomização* do *suborno* (art. 406.º), isto é, para o caso a que ao suborno se não segue o efeito por ele visado⁷⁵; a *incriminação* da *extorsão de depoimento* (art. 412.º); a *autonomização* do crime de *não promoção* (art. 414.º), com a qual se prevê a punição da violação do dever dos funcionários de promoverem o procedimento criminal e que se justifica pela intenção de evitar que o agente que pratique a acção nele descrita seja sempre punido com a grave punição prevista para o crime de *favorecimento pessoal* (art. 411.º), sem embargo de ser punido mais gravemente se tiver havido participação no crime; a punição da prisão ilegal a título de *grave negligência* (art. 417.º, n.º 3); a *isenção de pena* para o agente da corrupção activa nos casos em que o cometimento do crime tiver resultado de solicitação ou exigência de funcionário como condição para a prática de acto de respectiva competência e o primeiro participa o facto às autoridades, o que remove um notório obstáculo à não descoberta destes crimes; a *incriminação* do *peculato de uso* (art. 425.º) e a do *peculato por erro de outrem*

(art. 426.º); a punição, em termos genéricos, do *abuso de poderes* ou da *violação dos deveres inerentes às funções* (art. 432.º), em ordem a colmatar eventuais lacunas entre os artigos anteriores, tratando-se de uma formulação típica mais ampla com a qual se trata de punir um abuso de funções para obter benefícios ou causar prejuízos⁷⁶; enfim, o estabelecimento, no art. 433.º, de uma regra geral sobre a *violação do segredo* por parte de funcionários⁷⁷.

38. Na exposição precedente seguimos a sistematização adoptada no Código e, como oportunamente se disse, não tivemos a pretensão de esgotar a matéria.

O escasso tempo concedido pela clepsidra, esse mágico instrumento que sempre advoga em favor das limitações dos oradores e da paciência dos ouvintes, não permitiu ir mais longe.

Muitos aspectos inovadores e sumamente interessantes ficaram por tratar.

Também não é menos certo que não pode fugir-se ao arbítrio quando o subtítulo desta conferência aponta para «alguns» aspectos inovadores e não para «todos» esses aspectos. Será difícil, aliás, descobrir alguma coisa no novo Código, que por uma razão ou por outra não seja inovadora ...

Só um paciente e prolongado trabalho de análise poderia dar-nos a ideia da extensão e da profundidade das inovações.

Conste, por isso, que tudo quanto fica dito mais não é do que o produto de algumas reflexões de quem colaborou na fase final de um processo legislativo longo e sucessivamente influenciado por conhecidas mutações de ordem social e política.

Subsiste, porém, um núcleo essencial de soluções que representam o labor de eminentes juristas portugueses, encabeçados pelo Professor Eduardo Correia, para quem vão todos os méritos de que a obra final possa reclamar-se. A última Comissão Revisora teve, aliás, instruções muito claras no sentido de alterar, no mínimo, os articulados que foram sucessivamente publicados, quer em forma de anteprojecto quer em forma de Proposta de Lei.

E seja-nos consentido terminar com uma palavra de singular homenagem à memória de dois grandes juristas que já não pertencem ao número dos vivos, que integraram a primeira Comissão Revisora

da Parte Especial: o Senhor Conselheiro Bernardes de Miranda e o insigne advogado que foi o Senhor Dr. Fernando Lopes.

O novo Código deve-lhes muito.

Basta ler as actas da Comissão Revisora a que pertenceram para se ter uma ideia do muito que, na Parte Especial, é contributo da elevada craveira intelectual e científica desses grandes vultos que saudosamente aqui recordo.

¹ Sobre estes conceitos, de algum modo analisados na nossa conferência intitulada «O novo Código Penal Português — algumas questões de política criminal», proferida em 29 de Outubro findo na Procuradoria-Geral da República e a publicar, brevemente, no *Boletim do Ministério da Justiça*, ver *Rapport sur la décriminalisation*, do «Comité europeu para os problemas criminais» do Conselho da Europa, Estrasburgo, 1982.

² Cfr. a citada conferência e S. C. Versele, in «La perception de la déviance et de la criminalité», nos «Études relatives à la recherche criminologique», Vol. IX, do *Comité européen pour les problèmes criminels*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1972.

³ Cfr. o *Relatório* sumário da *Conferência de Política Criminal*, realizada em Estrasburgo em Outubro de 1980, publicada pelo Conselho da Europa, pp. 13 e segts.

⁴ Citado *Relatório*, p. 38.

⁵ Não falta quem admita, no entanto, que as profundas mutações sociais e políticas decorrentes do 25 de Abril de 1974 teriam sido acompanhadas de um aumento da criminalidade, por vezes «espectacular». Sobre o assunto, ver a conferência do Prof. Figueiredo Dias intitulada «Lei criminal e controlo da criminalidade», publicada em separata da *Revista da Ordem dos Advogados*.

Uma análise das *Estatísticas da Justiça* relativas ao período de 1970-1980, que incidiu sobre o movimento de condenações em domínios tradicionalmente sensíveis em tempo de crise económica — crimes contra a propriedade, criminalidade nos negócios, falências, burlas e outras fraudes, etc. — não permite, no entanto, extrair conclusões seguras.

Com as cautelas necessárias que sempre se impõem neste tipo de análise (as consabidas deficiências na recolha, tratamento e exposição dos dados, as «cifras negras», etc. são factores que aconselham uma atitude de reserva perante os elementos disponíveis), parece poder admitir-se uma certa tendência para o aumento desse tipo de criminalidade ao longo dos anos 70, através de uma correlação entre o número de condenações e as categorias dos condenados (pessoas que, aparentemente, não têm profissão ou ocupação conhecidas).

Tal correlação poderá, em certa medida, ser consequência do aumento do desemprego, mas faltam estudos fidedignos para firmar conclusões válidas.

A referida análise demonstra que é difícil adoptar as estatísticas existentes como ponto de partida para confirmar a teoria da existência de correlações entre a *crise económica*, tal como ela é revelada pelos indicadores em uso (taxa de desemprego,

taxa de crescimento real dos elementos da despesa, índices da produção industrial, taxa de inflação, etc.) e a *criminalidade*, consideração que se aplica, nomeadamente, à delinquência juvenil, à criminalidade económica e à criminalidade dos desocupados.

Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, pode ver-se a nossa comunicação «Le mouvement de la décriminalisation en temps de crise économique», apresentada às III Jornadas Latinas de Defesa Social, em Aix-en-Provence, Setembro-Outubro de 1982 e a publicar brevemente.

⁶ Cfr. *Relatório* cit., p. 43.

⁷ Cf., sobre o assunto, o artigo do Prof. Eduardo Correia, *Introdução ao Direito Penal Económico*, na «Revista de Direito e Economia», Ano III, n.º 1, Janeiro-Junho de 1977, pp. 3 e segts.

⁸ Cf. *La criminalité des affaires*, do Comité Europeu para os Problemas Criminais, Estrasburgo, 1981, pp. 11 e 12.

⁹ Cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979, pp. 9 e segts.

¹⁰ *Actas* cit., pp. 12 e 13.

¹¹ Sobre o assunto, ver a nossa conferência, referida na nota 1 e a conferência do Prof. Pierre-Henri Balle, no âmbito das «Jornadas de Direito Criminab», organizadas pelo C. E. J., a publicar brevemente.

¹² O Código Penal austríaco, de 20 de Janeiro de 1974 (actualizado em 11 de Junho do mesmo ano) adopta, através dos seus vinte e cinco títulos da parte especial, uma sistemática semelhante à do novo Código português. Começa com os crimes contra a integridade física e contra a vida, segue com os crimes contra a liberdade, contra a honra, contra a vida privada das pessoas, contra a propriedade, com os crimes que implicam perigo para a colectividade, contra a família, contra os costumes, contra a autenticidade de documentos e marcas, etc., passa aos crimes contra a segurança do Estado, crimes eleitorais, crimes contra a autoridade pública e contra a paz pública, contra a administração da justiça, crimes praticados por funcionários, perturbações nas relações com o estrangeiro e termina com o genocídio.

¹³ Cf. *Avant-project de Code Penal, Titres I e II (partie speciale)*, Julho de 1980, publicação do Ministério da Justiça. É interessante notar que o título III do anteprojecto será mais inovador, na medida em que terá por objecto reprimir, com as dificuldades que se conhecem, os atentados contra a ordem económica e social, de primordial importância nos tempos que correm: infracções em matéria fiscal e financeira, económica, organização fraudulenta de insolvência económica por um dirigente societário, infracções à livre concorrência, violação de segredos de fabrico, corrupção de empregados, fraude e falsificação, publicidade criminosa, atentados ao direito de trabalho, contra o ambiente e contra a qualidade de vida.

A Comissão, deste modo, tencionaria incluir no Código a maior parte das infracções que pertencem ao círculo da chamada criminalidade económica. Cf. a lista anteriormente referida e a cit. *publicação*, pp. 13 e 14.

¹⁴ *Actas* ref., p. 11.

¹⁵ *Actas*, cit., p. 17.

¹⁶ Cf. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código penal*, Parte Geral, I Volume, Lisboa, 1965, pp. 271 e 272.

¹⁷ No «Projecto de Código Penal (Parte Geral), 1.^a Revisão Ministerial», separata do *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 157, o limite máximo é já de 20 anos.

¹⁸ Na técnica deste anteprojecto, os *crimes*, os *delitos* e as *contravenções* são agrupados em diversas *categorias*, a que correspondem sanções de gravidade decrescente (arts. 47.º e seguintes); de modo que, no direito penal especial bastará indicar, para cada infracção, a *categoria* em que se considere dever inseri-la. Cf., sobre o assunto, o cit. *Avant-project*, p. 55.

¹⁹ *Traité de Droit Criminel*, Vol. 1, p. 820 (Editions Cujas).

²⁰ P. ex. Código Penal da República Federal da Alemanha, arts. 129, a, 220, a, 316, a, etc.; Código Penal austríaco, art. 321; e a recente reforma penal suíça em matéria de actos de violência criminal, designadamente as modificações relativas aos crimes de *sequestro*, *raptó* e *tomada de reféns*. Quanto a esta última, e para as devidas justificações, ver «Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (actes de violence criminels)», de 10 de Dezembro de 1979, documento publicado pelo Office Fédéral de la Justice, Berne.

²¹ *Actas*, pp. 16 e 17.

²² Cfr., respectivamente, as *Actas da Comissão Revisora do Código Penal* (Parte Especial), separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1979, e *Código Penal — Parte Especial*, separata do mesmo *Boletim*, Lisboa, 1979.

²³ Estudo citado, ob. cit., p. 171.

²⁴ *Actas*, pp. 28 e 30.

²⁵ *Actas*, pp. 35 e 36.

²⁶ *Actas*, p. 40.

²⁷ *Actas*, p. 43.

²⁸ *Actas*, pp. 60 e 64.

²⁹ Cf. o art. 229.º do Código Penal da República Federal da Alemanha:

«1. Aquele que para prejudicar a saúde de outrem, lhe administrar venenos ou outras substâncias adequadas a destruir-lhe a saúde, será punido com pena privativa de liberdade de 1 a 10 anos.

2. Se o acto provocar um ferimento grave será aplicada uma pena privativa de liberdade mínima de 5 anos e se provocar a morte, uma pena privativa de liberdade perpétua ou uma pena privativa de liberdade mínima de 10 anos».

³⁰ *Actas*, pp. 66 e 67.

O Código Penal suíço (art. 125.º) prevê o procedimento criminal oficioso, quando a lesão for grave. Ver, também, o art. 232.º do Código Penal da RFA.

³¹ *Actas*, p. 69.

Cf., neste sentido, o art. 226.º, a, do Código Penal da RFA.

³² Aquele que tomar parte numa rixa de que resultou a morte de um dos participantes ou causou a um deles uma lesão corporal será, apenas por tal facto, punido com prisão ou multa, a menos que se tenha limitado a repelir um ataque, a defender outrem ou a separar os agressores.

Ver também o art. 227.º do Código Penal da RFA.

³³ Arts. 134.º e 135.º e 223.º, b, respectivamente.

³⁴ *Actas*, pp. 81 e 83.

No Código Penal suíço, o tipo de crime de ameaça (art. 180.º) é assim descrito: «Aquele que, através de ameaça grave, assustar ou alarmar uma pessoa será, mediante queixa, punido com prisão ou multa».

³⁵ *Actas*, pp. 83 a 88.

³⁶ *Actas*, p. 99.

³⁷ Cfr. arts. 1.º e 4.º da referida Convenção.

³⁸ Eliminou-se, assim, a discussão que se levantou, no domínio do actual Código, em torno do art. 338.º (cumplicidade na bigamia). Ver, sobre a mesma, a anotação ao referido artigo no «Código Penal português na doutrina e na jurisprudência», de Maia Gonçalves, 6.ª edição, p. 531.

³⁹ *Actas*, pp. 176 e 177.

⁴⁰ *Actas*, p. 216.

Cfr., entre outras, a «Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças», assinada em Genebra em 30 de Setembro de 1921.

⁴¹ *Actas*, p. 219.

⁴² *Actas*, pp. 218 a 224.

⁴³ *Actas*, p. 219.

⁴⁴ *Actas*, pp. 238 e 239.

⁴⁵ *Actas*, p. 246.

⁴⁶ *Actas*, p. 249.

⁴⁷ *Actas*, p. 256.

⁴⁸ *Actas*, pp. 260 e 261. Nesta altura, o autor do anteprojecto recordou que era essa a solução seguida no Projecto alemão.

Cfr., hoje, os arts. 148.º a 151.º do Código Penal da RFA.

⁴⁹ *Actas*, pp. 287 a 290.

⁵⁰ *Actas*, p. 270.

⁵¹ Os crimes de perigo comum estão largamente representados nos Códigos Penais da República Federal da Alemanha (Título 27, *Infracções representando um perigo para a comunidade*, arts. 306.º a 323.º c), da Áustria, (Título 7, *Infracções implicando um perigo para a colectividade*, arts. 169.º a 187.º) e da Suíça (Título 7, *Crimes ou delitos que criam um perigo colectivo*, arts. 221.º a 230.º), os quais, em maior ou menor medida, influenciaram, nesta parte, como noutras, o novo Código Penal Português.

⁵² *Actas*, p. 297.

⁵³ *Actas*, p. 309.

⁵⁴ *Actas*, p. 311.

⁵⁵ *Actas*, pp. 320 e 321.

⁵⁶ *Actas*, pp. 321 e 322.

⁵⁷ Cfr. a citada conferência sobre «O novo Código Penal Português — algumas questões de política criminal» e o cit. *Rapport sur la décriminalisation*, do Conselho da Europa. Cfr., ainda, a conferência do Prof. Figueiredo Dias, citada na nota 5.

⁵⁸ *Actas*, pp. 116 e 117.

⁵⁹ *Actas*, pp. 118 e 119.

⁶⁰ Cfr., entre outros, *Dicionário de Morais e Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, de Cândido de Figueiredo.

⁶¹ Citados Dicionários, entre outros.

⁶² É interessante notar que a comissão de peritos para a revisão do Código Penal suíço propôs a substituição da cláusula geral do «carácter particularmente perigoso do autor», que figurava no art. 137.º daquele Código, pela cláusula do «caso grave»; os casos qualificados do furto cometido na qualidade de membro de bando ou do furto por profissão manter-se-iam a título de «exemplos» e seriam completados pela nova qualificação do facto, «de se ter munido de uma arma de fogo»; procedendo do mesmo modo quanto ao crime de «brigandage qualifié» (art. 139.º).

Das autoridades e meios consultados resultou, porém, uma forte maioria que temia que a cláusula «do caso grave» destinada a substituir a cláusula geral fundada no carácter particularmente perigoso do agente não seria suficientemente eficaz; os exemplos dados para ilustrar o «caso grave» não permitiriam ter em conta o carácter perigoso do agente quando tal carácter se manifestasse *por qualquer outro modo*; por isso, a cláusula geral do carácter particularmente perigoso deveria ser mantida e eventualmente precisada.

A modificação proposta pela Comissão baseava-se no facto de a jurisprudência se ter desenvolvido num sentido que o legislador não havia tido em vista ao consagrar a cláusula geral «ou se em qualquer outra circunstância o furto denotar que o seu autor é particularmente perigoso». Essa jurisprudência não deduzia o carácter perigoso do agente da forma particularmente perigosa, quer dizer particularmente audaciosa, temerária, pérfida ou destituída de escrúpulos *através da qual* teria actuado, mas sim do facto de o seu comportamento fazer temer uma reincidência. O texto em questão poderia proporcionar o abandono, pela jurisprudência, do princípio «nenhuma pena sem culpabilidade» (*Schuldstrafrecht*), orientando-se para um direito penal fundado sobre a *personalidade* do delincente (*Täterstrafrecht*). O perigo de reincidência não é um critério adequado, porquanto repousa sobre *uma probabilidade*, em nenhum caso justificável para agravar a pena. *A qualificação deveria depender unicamente da particular gravidade que ao acto confere a sua ilicitude e a culpabilidade de quem o comete*. Eis porque a Comissão entendeu dever renunciar à cláusula geral do «carácter perigoso» e substituí-la pela forma anteriormente referida.

Face às oposições manifestadas, a dita cláusula acabou por manter-se e os tipos foram modificados na parte que interessa, para além da inclusão da nova circunstância «s'il s'est muni d'une arme à feu ou d'une autre arme dangereuse», com a nova fórmula «ou si de toute autre manière la façon dont il a commis le vol (ou le brigandage, respectivamente), démontre qu'il est particulièrement dangereux».

Os sublinhados são nossos.

Para maiores desenvolvimentos ver a citada «Message ...» (nota 20).

⁶³ *Actas*, p. 125.

⁶⁴ *Actas*, p. 126.

⁶⁵ *Actas*, p. 135.

⁶⁶ *Actas*, p. 136.

⁶⁷ *Actas*, p. 141.

⁶⁸ *Actas*, pp. 132 e 146.

⁶⁹ *Actas*, p. 149.

⁷⁰ *Actas*, pp. 155 e 163.

⁷¹ *Actas*, pp. 171 e 172.

⁷² *Actas*, p. 347.

⁷³ *Actas*, p. 348.

⁷⁴ *Actas*, p. 457.

⁷⁵ *Actas*, p. 458.

⁷⁶ *Actas*, p. 488.

⁷⁷ *Actas*, p. 489.

ÍNDICE

1. AS GRANDES LINHAS DA REFORMA PENAL	17
PELO PROF. DOUTOR EDUARDO CORREIA	
2. PRESSUPOSTOS DA PUNIÇÃO E CAUSAS QUE EXCLUEM A ILICITUDE E A CULPA	39
PELO PROF. DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	
3. APLICAÇÃO DA LEI CRIMINAL NO TEMPO E NO ESPAÇO	85
PELO DR. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA	
4. FORMAS DO CRIME	153
PELO DR. JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA	
5. O NOVO CÓDIGO PENAL E A MODERNA CRIMINOLOGIA	185
PELO DR. MANUEL DA COSTA ANDRADE	
6. ESCOLHA E MEDIDA DA PENA	235
PELO DR. ADELINO ROBALO CORDEIRO	
7. A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA NA PERSPECTIVA DA REINserÇÃO SOCIAL DO RECLUSO	285
PELA DRA. ANABELA MIRANDA RODRIGUES	
8. O MOVIMENTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO E O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL	315
PELO PROF. DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	
9. A PARTE ESPECIAL DO NOVO CÓDIGO PENAL — ALGUNS ASPECTOS INOVADORES	337
PELO DR. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA	

ERRATA

NA PÁG.	LINHA	ONDE SE LÊ	DEVE LER-SE
11	14	sansões penais	sanções penais
19	19	não visse	não viesse
30	7	sue	sua
30	14	esteriotipar	estereotipar
30	32	encontrar	encontrar
33	30	tranformar	transformar
35	21	Parte-se, antes do furto	Parte-se, antes, do furto
37	2	os da contra-ordenações	o das contra-ordenações
48	10	valores jurídico-constitucional	valores jurídico-constitucionais
52	3	punibilidade	punibilidade
62	34	à natureza o ao valor	à natureza ou ao valor
63	10	espeialização	especialização
63	16	inextrincável	inextricável
75	18	«bio-psicológico»	«biopsicológico»
76	8	ulápassa	ultrapassa
91	6	devêm	devém
92	15	influenciáveis	influenciáveis
93	8	infuências	influências
94	26	Esta	Este
96	38	ante projecto	anteprojecto
97	5	abroga	ab-roga
98	36	Dverá	Deverá
99	14	poique	por que
100	26	ante projecto	anteprojecto
103	15	uma lai	uma lei
105	14	aplicáve	aplicável
105	37	distingir	distinguir
106	4	permanentes	permanentes
115	1	o Estado e delinquente	o Estado e o delinquente
115	15	adjectivos	objectivos
119	21	estrageiras,	estrangeiras,
125	2	ante-projecto	anteprojecto
131	1	disfruta	desfruta
131	25	Às disposições que as Par- tes	Às disposições que prevêem que as Partes

132	11	tato	tanto
133	16	ao efeito <i>ne bis idem</i> ;	ao efeito <i>ne bis in idem</i> ;
134	37	erritório	território
135	33	Se onsiderar	Se considerar
136	36	anteriormente	anteriormente
137	5	infligida	infligida
140	19	palo	pelo
145	Nota 15	sonctions prononcées ... en viguer	sanctions prononcées ... en vigueur
145	Nota 17	perpretado	perpetrado
148	Nota 49	prononcée ... executée em l'étranger ... la reste	prononcée ... executée en ... l'étranger ... le reste
149	37	embriaguês	embriaguez
157	6	se não prendem	se não prende
159	33	sobressaem	sobressaem
163	24	circuntâncias	circunstâncias
165	19	proibe	proíbe
167	34	injunção	injunção
168	10	a sua impunibilidade tem	a sua impunibilidade; tem
172	7	compacticantes	compacticantes
174	1	do instigadoo	do instigador
175	26/27	— um dos que norteia	— um dos que norteiam
175	29/30	acessoriedade	acessoriedade
176	25	oconsumem	o consumam
181	10	queima roupa	queima-roupa
183	19	comportaum	comporta um
183	24	Leautréamont	Lautréamont
190	31	<i>Orrizonti</i>	<i>Orizzonti</i>
193	8, 9, 10, 27	<i>deviance</i>	<i>déviance</i>
194	30	divertindo	divergindo
194	34	assistino-se	assistindo-se
194	36	Linche	Lynche
195	9	intrinsecamente	intrinsecamente
195	36	índole	índole
199	10	reflete-se	reflecte-se
199	12	gratuidade	gratuidade
199	14	ciminologia	criminologia
199	37	previligiado	privilegiado
204	10	transhistórica	trans-histórica
206	17	<i>strito sensu</i>	<i>stricto sensu</i>
206	27	Parte Especial	Parte Especial
214	29	hipostasiação	hipostasiação

222	40	THACKERY	THACKERAY
234	18	anglossaxónico	anglo-saxónico
240	13	circuntância	circunstância
271	36	a fazer do agente	a favor do agente
287	13	Jiménez de Assúa	Jiménez de Asúa
293	20	perigosidade	perigosidade
307	20	potegendo-o	protegendo-o
307	31	competença	competência
309	16	de quem o recebe	de quem a recebe
364	2	Estado	do Estado