

cialmente perigoso²⁰, a natureza jurídica da pena relativamente indeterminada foi sendo questionada, nomeadamente por CAVALEIRO DE FERREIRA e por FIGUEIREDO DIAS. Para o primeiro, a prorrogação da pena concreta imposta pelo regime do instituto tem fundamento directo na perigosidade, o que é revelador de que tal prorrogação é uma medida de segurança²¹; para o segundo, nomeadamente a circunstância de tal instituto ser aplicado apenas quando ainda persista, no momento da condenação, a *perigosidade do agente* e a possibilidade deste vir a cumprir uma sanção superior à que foi fixada em função da culpa, revelam que, nesta parte, a sanção constitui uma autêntica medida de segurança, o que faz da pena relativamente indeterminada uma sanção de natureza mista²².

É esta natureza mista que agora encontramos de forma clara na Reforma de 95, ao distinguir-se o regime do instituto por referência à pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido, caso não fosse aplicada a pena relativamente indeterminada: até ser atingido esse momento, trata-se, verdadeiramente, da execução de uma pena, remetendo o art. 90º, nº 1, do Código Penal para o regime da liberdade condicional; a partir dele trata-se, claramente, da execução de uma medida de segurança, remetendo o nº 2 do mesmo artigo para o regime desta medida — a situação do condenado em pena relativamente indeterminada é revista periodicamente, nos termos do art. 93º do Código Penal, sendo libertado definitivamente quando cessar a perigosi-

20 Sobre a introdução desta pena no direito português, cf. ANABELA RODRIGUES, *A Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso*, Jornadas de Direito Criminal, 1983, pp. 285 e ss.

21 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, II, Editorial Verbo, 1989, pp. 28 e ss. e 60 e s.

22 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), § 882. Já anteriormente o autor levantava dúvidas quanto à caracterização desta pena como uma verdadeira pena de culpa, *O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português, no Contexto dos Modelos da Política Criminal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, pp. 793 e s. e, especialmente, n. 21.

dade criminal que deu origem à medida; ou libertado para prova quando a finalidade desta reacção criminal puder ser alcançada em meio aberto²³.

Continua-se, assim, o caminho do *monismo prático* iniciado com a Reforma Prisional de BELEZA DOS SANTOS. Numa época em que as críticas às soluções dualistas são cada vez mais consistentes e extensas, chegando até a falar-se abertamente na *crise da dupla via*²⁴, temos para nós que é de aplaudir, por um lado, a manutenção do nosso sistema de reacções criminais e, por outro, as alterações ao regime da pena relativamente indeterminada, já que estas vieram esclarecer a natureza jurídica desta sanção, com o que ganha, indiscutivelmente, o princípio da legalidade.

A nossa exposição não ficaria terminada sem uma breve referência às medidas de segurança não privativas da liberdade.

Para além da suspensão da execução do internamento, o Código Penal prevê outras medidas de segurança não privativas da liberdade, que se distinguem da primeira, desde logo por serem aplicáveis quer a imputáveis, quer a inimputáveis, circunstância que não impede, nem nunca impediu, a caracterização do sistema como monista. As alterações mais significativas nesta matéria passam pela consagração das medidas de cassação da licença de condução de veículo motorizado (art. 101º) e de interdição da concessão da licença (art. 102º)²⁵.

O tribunal pode decretar a cassação da licença de condução e a conseqüente interdição da concessão da licença de condução em três casos: sempre que o agente for condenado por crime praticado na condução de veículo motorizado ou com ela relacionado; sempre que o agente for condenado por crime praticado com grosseira violação dos deveres que a um condutor incumbem; ou quando o agente for absolvido daquele tipo de crimes só por falta de imputabilidade. O tribunal decretará aquelas

23 Cf. ainda o art. 509º do Código de Processo Penal.

24 Cf. H.-H. JESCHECK, *ob. cit.*, pp. 76 e ss.

25 Sobre elas já FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), § 794.

medidas se para além de um destes pressupostos houver um fundado receio de que o agente possa vir a praticar outros factos da mesma espécie ou o agente dever ser considerado inapto para a condução de veículo motorizado (arts. 101º e 102º). O tribunal decretará apenas a interdição se o agente não for titular de licença de condução (art. 102º, nº 2). Por força do art. 69º, nº 5, a aplicação da cassação da licença de condução de veículo motorizado ou da interdição da concessão da licença prejudica a condenação na pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados, quando em causa estiver o mesmo facto.

O período de interdição é, em regra, fixado entre 1 e 5 anos, podendo ser prorrogado por outro período até 3 anos se, findo o prazo anteriormente fixado, o tribunal considerar que aquele não foi suficiente para remover o perigo que fundamentou a medida (art. 102º, nº 1). Salvaguardado embora o prazo mínimo da interdição da concessão de licença, a medida de segurança poderá ser extinta, a requerimento do interdito, se tiverem deixado de subsistir as razões que a justificaram.

Este regime, particularmente severo, funda-se político-criminalmente em razões iminentemente preventivas: de prevenção especial, certamente, mas também de prevenção geral, pois como afirma ROXIN, medidas de segurança deste tipo *actuam sobre a generalidade de uma forma mais intimidante do que a pena cabida ao delito de circulação*²⁶.

HOMICÍDIOS EM SÉRIE

TERESA SERRA

²⁶ Cf. CLAUS ROXIN, *ob. cit.*, p. 44.

Zwischen der heftigen Gemütsbewegung des handelnden Menschen und der ruhigen Stimmung des Lesers, welchem diese Handlung vorgelegt wird, herrscht ein so widriger Kontrast, liegt ein so breiter Zwischenraum, daß es dem letztern schwer, ja unmöglich wird, einen Zusammenhang nur zu ahnen. Es bleibt ein Lücke zwischen dem historischen Subjekt und dem Leser, die alle Möglichkeit einer Vergleichung oder Anwendung abschneidet und statt jenes heilsamen Schreckens, der die stolze Gesundheit warnet, ein Kopfschütteln der Befremdung erweckt. Wir sehen den Unglücklichen, der doch in eben der Stunde, wo er die Tat beging, sowie in der, wo er dafür büßet, Mensch war wie wir, für ein Geschöpf fremder Gattung an, dessen Blut anders umläuft als das unsrige, dessen Wille andern Regeln gehorcht als der unsrige; seine Schicksale rühren uns wenig, denn Rührung gründet sich ja nur auf ein dunkles Bewusstsein ähnlicher Gefahr, und wir sind weit entfernt, eine solche Ähnlichkeit auch nur zu träumen. Die Belehrung geht mit der Beziehung verloren, und die Geschichte, anstatt eine Schule der Bildung zu sein, muß sich mit einem armseligen Verdienste um unsre Neugier begnügen. Soll sie uns mehr sein und ihren großen Endzweck erreichen, so muß sie notwendig unter diesen beiden Methoden wählen — Entweder der Leser muß warm werden wie der Held, oder der Held wie der Leser erkalten.

Friedrich Schiller, *Der Verbrecher aus verlorener Ehre*

SCHILLER (1792, 118). Numa tradução tão próxima quanto possível do original alemão:

Entre a emoção violenta do homem que age e o espírito calmo do leitor a quem é apresentada esta acção, há um contraste tão chocante, separa-os uma tão grande distância, que se torna difícil, senão impossível, este sentir aquela acção como algo que lhe diz respeito. Entre o sujeito da história e o leitor, subsiste um abismo que impede toda a possibilidade de uma comparação (confrontação) ou de uma aplicação prática, e que, em vez de um terror salutar, que previna todo aquele que se orgulha da sua boa saúde, apenas suscita um abanar de cabeça incrédulo. Consideramos o infeliz, que, todavia, no momento em que cometeu o seu acto e no momento em que o expiou era um homem como nós, como uma criatura de uma outra espécie, cujo sangue circularia de modo diferente do nosso, e cuja vontade obedeceria a outras regras; os seus destinos comovem-nos pouco, porque a emoção apenas se baseia numa consciência obscura de um perigo similar, e nós estamos muito longe de conceber uma tal similitude, até mesmo em sonhos. Na impossibilidade de estabelecer esta relação, perde-se a lição, e a história, em vez de constituir uma formação, deve contentar-se com o mérito medíocre de satisfazer a nossa curiosidade. Se quer dar-nos mais e atingir o seu objectivo sublime, deveria escolher necessariamente entre estes dois métodos — ou o leitor deve atingir o calor do herói ou o herói tornar-se frio como o leitor.

I *

Na perspectiva da revisão do Código Penal, cabe-me tratar dos crimes de lesão contra a vida ¹. Em causa estão, portanto, o homicídio simples (art. 131^o), o homicídio qualificado (art. 132^o), o homicídio privilegiado (art. 133^o), o homicídio a pedido da vítima (art. 134^o), o infanticídio (art. 136^o) e o homicídio por negligência (art. 137^o) ².

* Texto elaborado a partir das comunicações às Jornadas sobre a Reforma do Código Penal da Faculdade de Direito de Lisboa, em 8 de Novembro de 1995, e às Jornadas de Direito Criminal, sobre a revisão do Código Penal, do Centro de Estudos Judiciários, em 23 de Novembro de 1995. Desejo expressar o meu agradecimento ao Doutor Abel Barros Baptista, professor da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, e ao Dr. Amadeu Ferreira, assistente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, que, através de discussões, observações ou simples conversas, contribuíram para melhorar esta comunicação. Uma palavra de gratidão vai também para o meu amigo Reto Störi pela ajuda na tradução portuguesa das transcrições de SCHILLER.

1 De fora ficam, portanto, os crimes de perigo contra a vida, ou seja, o incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135^o), a exposição ou abandono (art. 138^o) e essa bizarria que dá pelo nome de propaganda do suicídio (art. 139^o). Os artigos mencionados sem indicação do diploma tenham-se por referidos ao Código Penal vigente.

2 Apenas farei algumas breves observações gerais sobre as alterações introduzidas nas molduras penais do homicídio negligente. O que significa que não me deterei na análise do homicídio negligente, uma opção compreensível, na medida em que a dogmática dos crimes negligentes coloca problemas muito distintos daqueles que serão especialmente focados na presente

(Cont.)

Tendo, assim, que me dedicar a uma série de homicídios, a minha esperança é obviamente fazê-lo com a mesma proficiência com que os hoje célebres *serial killers* praticam os seus, posto não me seja aqui possível seguir um dos seus princípios básicos: de facto, não poderei permanecer indiferente à importância relativa ou à singularidade de cada uma das minhas *vítimas*! Justifica-se que me detenha mais demoradamente no homicídio qualificado e, em especial, no homicídio privilegiado³, em razão da sua muito maior frequência, o que aliás é atestado pelo acervo de jurisprudência que sobre estes tipos de crime existe e que tem já algum significado.

II

OBSERVAÇÕES DE ORDEM GERAL

A **primeira observação** de ordem geral que se me impõe é a de que **todos** estes tipos de crimes, em maior ou menor medida, sofreram alterações que podem, na sua maior parte, considerar-se como alterações materiais.

A **segunda observação** de ordem geral que se me impõe sublinha que apenas nos casos do **homicídio qualificado**, do **homicídio a pedido da vítima** e do **homicídio por negligência** se verificou uma alteração nas respectivas molduras penais: quanto ao primeiro, pena de prisão de 12 a 25 anos, quanto ao homicídio a pedido da vítima, pena de prisão até 3 anos⁴, e,

comunicação, susceptíveis, por si sós, de justificar uma comunicação autónoma.

3 Melhor se compreendendo assim a epígrafe escolhida para a presente comunicação.

4 O que significa que a moldura penal é de 1 mês até 3 anos, uma vez que, nos termos do art. 41º, nº 1, a pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de um mês. Ou seja, a moldura mínima desce de 6 meses para 1 mês. Note-se que idêntica alteração se verificou ainda no crime de incita-

(Cont.)

quanto ao homicídio por negligência, em caso de negligência simples, pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, e, em caso de negligência grosseira, com pena de prisão até 5 anos⁵. A *ratio* das alterações verificadas na moldura penal do homicídio qualificado e do homicídio por negligência é facilmente descortinável. A respeito do **homicídio qualificado**, radica na necessidade de dar resposta às exigências entretanto surgidas — e levadas quase ao paroxismo — no sentido do agravamento das penas como única forma de combater um sentimento de insegurança que, à imagem do que se verificou noutros países, se instalou também na sociedade portuguesa⁶. Já no caso do **homicídio por negligência**, parece radicar na necessidade de combater um aumento crescente dos riscos que se verificam numa sociedade tecnológica, onde se instalou a vertigem da modernização industrial e de uma desenfreada concorrência económica, sem que se promovessem modelos de segurança exigentes que permitissem prevenir os perigos inerentes a uma tal vertigem⁷. Enfim, quanto ao **homicídio a pedido da vítima**, a alteração verificada na moldu-

mento ou ajuda ao suicídio, previsto no nº 1 do art. 135º. Estamos aqui, portanto, perante um abaixamento da moldura penal mínima, facto que assume particular relevância no crime de incitamento ou ajuda ao suicídio previsto no nº 2 do art. 135º, em que se passa de uma moldura de 2 a 8 anos para a actual de 1 a 5 anos, um abaixamento geral da moldura penal, o que, de alguma forma contradiz a penalização da propagação do suicídio.

5 Há um agravamento dos limites máximos das molduras penais, que é, de algum modo, compensado pela flexibilidade concedida ao aplicador-intérprete pela possibilidade de aplicar uma pena de multa, em casos especialmente atendíveis, uma solução que parece razoável e justificada.

6 Sobre esta problemática, chamo a atenção para o artigo de HASSEMER (1995b, 87 e ss.).

7 Basta pensar no número sempre crescente de acidentes de trabalho, acidentes industriais e acidentes rodoviários. Em especial no que respeita aos primeiros, como é do conhecimento público, continuam a ser encarados, no nosso país, como um mero problema de responsabilidade civil que se deixa ao critério de seguradoras pouco escrupulosas e ao moroso funcionamento dos Tribunais de Trabalho.

ra penal exige uma maior reflexão, pelo que me referirei a ela adiante.

Sublinho, quanto ao **homicídio qualificado**, que, em todo o caso, a nova moldura penal, ao contrário das molduras penais de outros tipos de crimes, foi decidida no âmbito da primeira ronda de reuniões da Comissão Revisora, mais precisamente no dia 13 de Dezembro de 1989⁸. Nessa mesma data, a Comissão pronunciar-se-ia também por um relativo desagravamento da moldura penal do **homicídio simples** que, de prisão de 8 a 16 anos, passaria para 5 a 15 anos⁹. Como se sabe, esta proposta não veio a ser consagrada, mantendo o homicídio simples a mesma moldura penal: prisão de 8 a 16 anos¹⁰.

8 Assim, ACTAS (1993, 186 e ss.).

9 Veja-se a proposta saída da Comissão Revisora, in ACTAS (1993, 585).

10 Melhor fora que, pelo menos, se tivesse aceite a moldura penal mínima de 5 anos saída da Comissão Revisora. FIGUEIREDO DIAS explicou a proposta, in ACTAS (1993, 189), na medida em que o tipo de homicídio simples *imprime carácter ao sistema, tratando-se de um crime fundamental, tendo em conta os valores da comunidade*. E acrescentou que, *iniciando-se a grande criminalidade, no seu entender, com a sujeição da prática de um facto criminoso à aplicação de uma pena de prisão de 5 anos (punição inferior é admitir estarmos perante pequena ou média criminalidade), lógico é que se consagre este limite mínimo*. Difícil de justificar é a existência de um hiato de 3 anos entre a moldura máxima dos homicídios privilegiados — arts. 133º e 136º —, que é de 5 anos, e a moldura mínima do homicídio simples, que é de 8 anos. Não haverá casos de homicídio simples a ponderar nesta faixa de 3 anos? Nem se diga que ela acaba por ser ocupada através do recurso à figura da atenuação especial da pena. Parece que aqui se justificaria a concessão de uma maior margem ao juiz e a existência de contiguidade entre o máximo dos homicídios privilegiados e o mínimo do homicídio simples em que, no essencial (embora nem sempre, veja-se o homicídio a pedido da vítima), é apenas a culpa que está sensivelmente diminuída. Se não se pretendia baixar a moldura máxima do homicídio simples, teria sido preferível consagrar uma pena de 5 a 16 anos de prisão. Em suma, uma solução idêntica à do Código Penal Alemão, nos seus §§ 212, 1, e 213. Não concordo, por isso, em virtude da inversão de valorações que traz pressuposta, com a posição de TAIPA DE CARVALHO (1995, 355, n. 613, 358, n. 619) quando defende, por motivos idênticos, que a moldura máxima do homicídio privi-

(Cont.)

Direi, desde já, que, relativamente ao **homicídio qualificado**, no essencial, discordo da proposta saída da Comissão Revisora, como discordo da solução plasmada no novo Código.

Em primeiro lugar, porque não concordo com o agravamento das penas fundado em meros sentimentos de insegurança e não em estudos comprovados de um aumento real desta criminalidade mais violenta. E, ainda assim, mesmo que houvesse indicadores no sentido do aumento desta criminalidade — o que parece longe de se confirmar, já que todas as estatísticas vindas a público, no essencial, assinalam o aumento dos crimes patrimoniais¹¹ —, haveria ainda que provar que a forma de combater a criminalidade mais violenta residiria no agravamento das respectivas penas, prova que, mau grado a demagogia de tempos recentes, está bem longe de se ter imposto com sucesso¹².

legiado deveria ser de 8 anos. Na sequência da argumentação do autor, penso que a consagração de uma pena de 5 a 16 anos de prisão para o homicídio simples solucionaria melhor os problemas por ele levantados.

11 Com forte incidência nos crimes conexos com o consumo e tráfico de droga, por um lado, e nos crimes de emissão de cheque sem provisão, por outro.

12 Quando estou em crer que, tanto os sentimentos de insegurança existentes na sociedade, como a forma de combater de forma eficaz esta criminalidade mais grave, passam bastante mais por uma justiça célere e pelo acompanhamento da execução da pena, designadamente no que toca à colocação em liberdade condicional dos agentes de crimes contra a vida. Sobre isto, tenha-se em conta o novo regime previsto no art. 61º. Quando já se voltam a ouvir vozes, clamando por penas mais severas para a criminalidade violenta, não posso deixar de chamar a atenção para o facto de ser impossível comprovar, a curto prazo, a eventual eficácia do agravamento das molduras penais na prevenção dessa criminalidade. De facto, o agravamento já operado naquelas molduras penais pelas alterações introduzidas na revisão do Código Penal não produziu ainda quaisquer efeitos visíveis — e era impossível tê-los produzido, uma vez que a nova redacção do Código apenas entrou em vigor em 1 de Outubro de 1995, e, é bom não esquecer, os nossos tribunais estarão ainda durante muito tempo a julgar crimes cometidos antes daquela entrada em vigor, factos a que, de acordo com o princípio constitucional da legalidade, se aplicará sempre a lei que concretamente se mostre

(Cont.)

Em segundo lugar, não concordo com a enorme disparidade existente entre os limites máximos das molduras penais do homicídio simples e do homicídio qualificado — 16 anos, para o primeiro, e 25 anos, para o segundo. Dada a técnica dos exemplos-padrão seguida no art. 132º, é conhecida a possibilidade de casos em que esta disparidade pode ter efeitos perversos. Refiro-me, em particular, àqueles a que chamei **casos de homicídio simples atípico** ¹³, ou seja, os casos em que, encontrando-se embora realizada uma das circunstâncias previstas no nº 2 do art. 132º (que fundamenta uma presunção ilidível de que o facto deverá ser subsumido sob o grupo valorativo dos casos agravados de homicídio), da ponderação global do facto e do autor, o juiz conclui pela revogação do efeito de indício e decide a condenação por homicídio simples. É por força do carácter não automático da qualificação no art. 132º que tal possibilidade se abre. Ora, na medida da pena por homicídio simples, haverá então que considerar que, no caso concreto em apreço, se realizou uma das circunstâncias do nº 2 do art. 132º, e isso levará, em regra, à aplicação de uma pena que se situa nas proximidades do limite máximo da moldura do homicídio simples. Até à revisão, este limite máximo — 16 anos — não diferia substancialmente do limite máximo da moldura do homicídio qualificado — 20 anos. Com a nova redacção do art. 132º, estes dois limites máximos diferem radicalmente — 16 anos para o homicídio simples, 25 anos para o homicídio qualificado. Esta diferença radical pode influenciar, conscientemente ou não, o juiz de forma decisiva: confrontado com um caso de homicídio simples atípico, mantem-

mais favorável ao agente — dos quais seja possível retirar quaisquer conclusões. Com base em que critérios e juízos se podem então apresentar tais propostas de penas ainda mais severas? Parafraseando HASSEMER (1995b, 92 e ss., esp. 96), apenas se pretende com tais propostas compensar a ignorância da realidade criminológica, com a intensificação da ameaça de penas sempre mais graves e de meios de combate ao crime que não hesitam em postergar os mais elementares direitos, liberdades e garantias.

¹³ SERRA (1990, 67 e ss.).

do-se embora a margem comum das penas — entre os 12 e os 16 anos —, a verdade é que a disparidade dos limites máximos respectivos é passível de se configurar como um motivo para afastar a verificação de um destes casos, dissuadindo o juiz de considerar contraprovado o efeito de indício e a condenar, ainda assim, por homicídio qualificado ¹⁴.

Enfim, a minha **terceira observação** de ordem geral realça o facto de que foram os homicídios privilegiados que mereceram a maior atenção por parte do legislador, no que toca à construção dos próprios tipos. Notável é o facto de que tais alterações não parecem ter resultado primordialmente da experiência ou de dificuldades na sua aplicação ¹⁵.

Ensaiei agora analisar as alterações mais importantes sofridas por cada um dos homicídios previstos no Código. Como é compreensível, trata-se de uma análise perfunctória, que procura menos uma análise exaustiva de cada um desses tipos de crimes do que a colocação de dúvidas, perplexidades e questões, sem a preocupação de dar respostas ou de tomar posição definitiva sobre os problemas que se põem.

II

HOMICÍDIO QUALIFICADO — ARTIGO 132º

A alteração introduzida no nº 1 do art. 132º — *se a morte for produzida em circunstâncias*, que substitui *se a morte for*

¹⁴ Se nos lembrarmos de que outros tipos sofreram alterações que podem levar à verificação do efeito de indício em casos antes inseridos em homicídios privilegiados — pense-se no caso da mãe que mata o filho para ocultar a desonra, sem que seja possível reconduzi-lo a qualquer das circunstâncias do art. 133º —, isso bastará para exemplificar as dificuldades que se podem colocar ao aplicador-intérprete.

¹⁵ O que é particularmente notório no que concerne às alterações de que foi objecto o tipo de crime de homicídio privilegiado.

causada em circunstâncias — só pode interpretar-se no sentido de afastar o conceito técnico-jurídico da causalidade da conformação do homicídio qualificado. Porém, na minha leitura, melhor fora que o legislador adoptasse simplesmente a formulação do art. 131º: *Quem matar outra pessoa em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade.....*, formulação que mais bem sublinharia que o tipo de ilícito reside no tipo de homicídio simples¹⁶.

No essencial, **não considero muito felizes as alterações introduzidas no nº 2 do art. 132º**, na medida em que podem conduzir à subversão da própria técnica legislativa empregue na conformação do homicídio qualificado¹⁷. Quanto às alterações introduzidas nas diversas alíneas, começo por salientar as que levaram à introdução do **ódio político**, na alínea *d*), e às enumerações constantes da alínea *e*) e da surrealista alínea *h*), por iniciativa — e é bom destacá-la — da Comissão Revisora.

É claro que não posso deixar de ponderar as complexas questões de política criminal actualmente suscitadas por ódios, como o racial, o religioso ou o político, dada, em especial, a emergência de casos de homicídio por ódio político ou que com

16 Em todo o caso, a formulação agora consagrada parece impedir uma interpretação como a que foi feita por MARIA FERNANDA PALMA que, fundando-se nesse argumento de ordem literal, sugeriu que o preceito apenas teria por destinatários os autores, considerando os participantes insusceptíveis de serem responsabilizados por homicídio qualificado. Com efeito, PALMA (1983a, 73 e ss.) afirmava que a formulação legal impunha que todos os agentes do crime cujo comportamento não fosse causal em relação à morte não poderiam preencher o tipo qualificado, excluindo, desta forma, quer os instigadores, quer os cúmplices do âmbito do homicídio qualificado, uma vez que das respectivas condutas se não podia dizer que eram **causais** em relação à morte. Contra, BELEZA (1988, 36, n. 23); COSTA PINTO (1992/93, 58 e s.); e SERRA (1990, 98, n. 260), embora por motivos diversos.

17 Técnica legislativa que — cabe chamar a atenção — foi reafirmada pela Comissão Revisora, in ACTAS (1993, 190).

ele estão em paredes meias¹⁸. Estou, por estas razões, dividida acerca da nova redacção da alínea *d*). Tenho tendência, porém, a pensar que a técnica dos exemplos-padrão permitia resolver estes casos, sem a necessidade de consagração do ódio político na alínea *d*).

Presumo que aqueles que porventura conheçam a minha posição sobre a inclusão ou não do ódio político na alínea *d*), facilmente se interroguem agora sobre as razões de uma tal divisão. Afirmei, a este propósito, que *dentro de certo condicionamento, o homicídio determinado por ódio político é susceptível de revelar a especial perversidade do agente, visto tratar-se de uma motivação especialmente rejeitada pela comunidade num Estado de Direito democrático*¹⁹. Ou seja: pode configurar aquilo a que chamei um **homicídio qualificado atípico**, sendo punido no âmbito da moldura do art. 132º²⁰, o que significa que pode existir, no caso do ódio político, uma estrutura valorativa correspondente ao *Leitbild*, ao quadro director, do exemplo-padrão previsto, até à revisão, na alínea *d*), que apenas se referia ao ódio racial ou religioso. Todavia, é muito diferente a admissão, dentro de certo condicionamento, de um homicídio qualificado atípico, que exigirá — é bom sublinhá-lo com vigor — uma

18 Exemplos recentes podem ser encontrados, entre nós, nos homicídios perpetrados a seguir ao 25 de Abril, por indivíduos mais ou menos enquadrados em organizações alegadamente ditas terroristas (casos MDLP ou FP's 25). E se nos casos de homicídios cometidos por *skinheads* será mais evidente o ódio racial, parece já poder encontrar-se uma componente de ódio político bem mais forte nos homicídios cometidos por neonazis e nos homicídios perpetrados, na sequência dos modernos fundamentalismos, como sucede, por exemplo, na Argélia e agora em França, em que é difícil a sua motivação pura e simples no ódio religioso. Não posso especialmente esquecer que o fórum a que se destinou a presente comunicação se realizou poucos dias depois de o mundo ter sido confrontado com um típico homicídio determinado por ódio político: refiro-me, é claro, ao assassinio de Y. RABIN.

19 SERRA (1990, 74, n. 204).

20 SERRA (1990, 70 e ss.).

fundamentação especialmente cuidada por parte do juiz ²¹, e a inclusão da circunstância no respectivo exemplo-padrão de forma expressa ²². É que, neste caso, verificada a circunstância, desencadeia-se de imediato o efeito de indício da existência de especial censurabilidade, apenas passível de revogação por efeito ou por consideração de circunstâncias muito específicas, devendo a decisão judicial fundamentar pormenorizadamente as razões que levaram à revogação do efeito da regra ²³. Trata-se, portanto, de duas situações inteiramente diferentes. De todo o modo, das alterações introduzidas no nº 2 do art. 132º, esta é a que, por razões de política criminal, mais bem se pode justificar.

Mas a tendência para a subversão da técnica dos exemplos-padrão é mais notória na nova redacção da al. e) e, em especial, da al. h) do nº 2 do art. 132º. Quanto a estas alíneas, já me pronunciei contra a sua inclusão ²⁴ na versão anterior ²⁵ e a actual merece-me *a fortiori* uma mais veemente rejeição. Quanto à alínea e), continuo a pensar que nem todas as circunstâncias ali enunciadas indiciam, por si sós, uma especial censurabilidade ou perversidade do agente. Quanto à alínea h), a Comissão teria andado bem em seguir a sugestão de FIGUEIREDO DIAS, no sentido de contemplar a matéria, **na medida do estritamente necessá-**

21 SERRA (1990, 71).

22 A leitura que COSTA PINTO (1992/93, 54) faz do que eu defendi a este propósito não é, por isso, inteiramente correcta. Não entendo — como nunca entendi — que o ódio político se deve enquadrar no motivo qualitativo da alínea d). Em certa medida, posso mesmo dizer que concordo com a observação de PALMA (1983, 61) quando afirma que a omissão do ódio político da alínea d) tem um significado. Não o de excluir do tipo de culpa aí referido todos aqueles casos, como MARIA FERNANDA PALMA defende, mas o de querer remetê-los, dentro de certo condicionalismo, para a figura do homicídio qualificado atípico, para cuja verificação é indispensável uma fundamentação muito exigente.

23 SERRA (1990, 70).

24 Pelo Dec.-Lei nº 101-A/88, de 26/3, no uso da autorização legislativa conferida pela Lei nº 43/87, de 28/12.

25 SERRA (1990, 95, n. 251).

rio, no local próprio, ou seja, os crimes contra os agentes da autoridade e contra o Estado ²⁶. A enumeração constante da alínea h) — que me parece constituir caso único no Código Penal — contraria frontalmente a técnica legislativa dos exemplos-padrão. Pela força da sua própria natureza, os exemplos-padrão, enquanto imagem expressiva de um determinado quadro valorativo, não são compatíveis com enumerações fechadas ou cuja exaustividade é passível de ser avaliada em termos de grau. Ademais, abrem caminho fácil aos problemas tradicionalmente colocados por qualquer enumeração exaustiva, como também ocorre com a da alínea h). Por exemplo: quando se fala em *docente ou examinador público*, é caso para perguntar se as mesmas razões deixam de valer se se tratar de um docente ou examinador privado ²⁷!

Devo dizer que a proposta de alteração que, a meu ver, deveria ter sido objecto de ponderação — e de consagração — no âmbito do nº 2 do art. 132º partiu de SOUSA BRITO e foi rejeitada pela Comissão Revisora ²⁸. A proposta de SOUSA BRITO respeitava ao facto de a morte ter sido produzida em circunstâncias de especial desamparo da vítima. Mas não se tratava da mera inclusão de mais uma alínea no nº 2 do art. 132º. Com efeito, SOUSA BRITO propôs a alteração/substituição da redacção da al. a) do nº 2 do art. 132º ²⁹, pela seguinte redacção: é susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade..... a circunstân-

26 ACTAS (1993, 190).

27 E o facto é que, dado o *Leitbild* de que a referida alínea h) constitui expressão, não me parece que nele se possa legitimamente incluir este caso, já que o quadro valorativo que sobressai do preceito em causa é precisamente o exercício das funções **públicas** por parte da vítima do homicídio.

28 ACTAS (1993, 190 e ss.).

29 Que se referia, na anterior redacção, à susceptibilidade de revelar a especial censurabilidade ou perversidade (...) a circunstância de o agente *ser descendente ou ascendente, natural ou adoptivo da vítima*. Na actual redacção, refere-se a circunstância de o agente *ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante da vítima*.

cia de o agente *a) ter praticado o facto contra menores de quinze anos ou pessoa particularmente vulnerável em razão da idade, doença ou deficiência física ou psíquica*³⁰. Tratava-se de uma alteração com um **duplo alcance**: consagrava-se o caso de a morte ter sido produzida em circunstâncias de especial desamparo da vítima, e **eliminava-se**, do mesmo passo, a anacrónica qualificação do homicídio em função dos laços familiares que não encontra paralelo em códigos que, de algum modo, constituíram fonte do nosso Código Penal³¹.

Na altura, a objecção feita por COSTA ANDRADE a esta proposta, no sentido da manutenção da actual alínea *a)*, levou a Comissão a rejeitar a proposta de SOUSA BRITO. Segundo COSTA ANDRADE, o crime de homicídio na pessoa do pai representa para a comunidade o crime mais gravoso, devendo, apesar de tudo manter-se. E acrescentou um argumento poderoso: *Qualquer Revisão Penal deve abrir mão da pretensão a uma racionalidade pura quando o risco de se perder o contacto com a realidade está presente*. Para concluir que haveria, neste caso,

30 ACTAS (1993, 191).

31 Atente-se, porém, na nova redacção da alínea *b)* do nº 1 e, em particular, do nº 2 do art. 138º (exposição ou abandono). No caso do nº 2, apenas está em causa a moldura penal mínima. Por que razão tal **agravante familiar** explícita não foi também ponderada no art. 152º, muito embora este tipo se apresente em geral como uma qualificação das ofensas corporais simples? Tudo isto parece significar que o legislador tem muita dificuldade em conviver com a **criminalidade familiar**. O facto é que o legislador sentiu necessidade de referir expressamente os laços familiares no caso de homicídio [art. 132º, nº 1, al. *a)*] ou de exposição e abandono (art. 138º, nº 2), mas já não a sentiu no caso dos maus tratos (art. 152º). Ora, é incontestável que a questão de política criminal que se coloca hoje com a maior acuidade é a dos maus tratos de crianças e mulheres no meio familiar. Parece adivinhar-se um certo desconforto — que redundará numa certa falta de coerência — por parte do legislador quando é obrigado a lidar com a criminalidade no meio familiar. Seria muito interessante analisar o Código Penal, também numa perspectiva de política criminal, no que toca aos laços familiares nos diversos tipos de crimes.

que *transigir com o que se possa considerar irracionalidade*³². Trata-se de um argumento interessante que exige ponderação. Mas é um argumento que nem sempre funciona, como teremos oportunidade de ver a propósito do infanticídio. Nessa altura, o facto de a nova redacção implicar o abandono da qualificação do homicídio em função dos laços familiares centrou todas as atenções dos membros da Comissão Revisora, que, surpreendentemente, parece nem sequer terem chegado a discutir o conteúdo positivo da proposta de SOUSA BRITO, na perspectiva da consagração — tal como depois vem a defender o **Partido Socialista**³³ — de um novo exemplo-padrão³⁴.

Dado que pode evidenciar os limites da própria técnica dos exemplos-padrão, será útil, em todo o caso, reflectir sobre a questão de saber em que medida o desamparo da vítima pode ou

32 ACTAS (1993, 191).

33 Ratificação nº 138 VI.

34 Aproveito para fazer aqui uma breve menção a três propostas de alteração do tipo do art. 132º, apresentadas, aquando da ratificação a que o Código foi sujeito na Assembleia da República, pelo **Partido Socialista**, e aliás muito sublinhadas por este partido ao longo da sua campanha eleitoral. Respeitavam elas: a primeira, ao abandono parcial da técnica dos exemplos-padrão no art. 132º, com a eliminação da expressão *entre outras* do corpo do nº 2; as duas restantes tinham em vista a inclusão de dois novos exemplos-padrão no citado nº 2: a primeira, no caso de o agente *ter praticado o facto contra pessoa particularmente indefesa, nomeadamente menor de 16 anos, idosa, deficiente ou mulher grávida*; a segunda, no caso de o agente *ser funcionário e ter praticado o acto (facto) com grave abuso de autoridade*. Só o autismo de uma arrogante maioria absoluta pode explicar o facto de a Assembleia da República ter recusado debater e pronunciar-se sobre estas propostas. Mesmo no que concerne à terceira proposta do **Partido Socialista**, no caso de o agente *ser funcionário e ter praticado o acto (facto) com grave abuso de autoridade*, vê-se com dificuldade que motivos a terão excluído de ponderação. Com efeito, não pode deixar de ter-se presente, por um lado, os homicídios praticados por agentes policiais, e, por outro, o facto de a ofensa à integridade física qualificada (art. 146º) operar uma — altamente criticável — remissão pura e simples para as circunstâncias do art. 132º.

não apresentar uma estrutura valorativa próxima da imagem do exemplo-padrão contido na alínea f).

Contra uma resposta afirmativa a esta questão, dir-se-á que nesta alínea está em causa a utilização de um **meio** insidioso: o paradigma apontado é, desde logo, o veneno. Trata-se, com efeito, de um meio insidioso, na medida em que a vítima é apanhada desprevenida, não se chegando sequer a aperceber de que é objecto de um atentado. Mas reconhece-se geralmente que a noção de meio insidioso abrange não apenas meios materiais especialmente perigosos de execução do facto, mas também a eleição das condições em que o facto pode ser cometido de modo mais eficaz, dada a situação de vulnerabilidade e de desprotecção da vítima em relação ao agressor: é o caso da facada traiçoeira pelas costas ou do disparo de arma de fogo em emboscada, meios que tiram à vítima qualquer capacidade de protecção³⁵. Aliás, o fundamento da qualificação contida nesta alínea reconduz-se precisamente à utilização de meios pelo agente, por forma a aproveitar-se dessa desprotecção da vítima. Ora, o homicídio cometido contra crianças, idosos, deficientes ou grávidas, em virtude do especial desamparo e da vulnerabilidade em que estas pessoas, pela sua própria natureza, se encontram, configura-se, a meu ver, como particularmente insidioso e, por isso, revelador de uma personalidade especialmente perversa. Com efeito, estamos a referir-nos a pessoas que, quer pela sua idade, quer pela sua constituição, quer pelo seu estado, **são** ou **estão** por natureza **ingénuas**, no sentido preciso de desprevenidas: umas porque o são de forma inerente ou quase inerente (as crianças e os deficientes

35 Assim, DREHER/TRÖNDLE (1993, § 211, 6 e ss.); HORN (1993, § 211, 29 e ss.); SCHONKE/SCHRÖDER/ESER (1991, § 211, 22 e ss.). Entre nós, COSTA PINTO (1992/93, 55 e s.). Aparentemente contra, PALMA (1983, 65 e s.), na medida em que defende a delimitação do *outro meio insidioso* por referência à utilização do veneno. A propósito, afirma: *O insidioso tem a função de exprimir aqueles meios que actuam com a mesma intensidade, facilidade e dificuldade de serem descobertos que o veneno, não tendo pois a função de exprimir uma atitude do agente, mas a eficácia objectiva de um meio.*

mentais), outras, porque se crêem ingenuamente ao abrigo de agressões em virtude da sua idade, da sua condição ou do seu estado (os idosos, os deficientes físicos e as grávidas). A desprotecção da vítima advém aqui, não apenas da sua vulnerabilidade física, mas também da sua ingenuidade, que o agente precisamente explora e de que se aproveita. Será que o *Leitbild* do exemplo-padrão contido na alínea f) ainda pode fundamentar uma interpretação como esta? Para quem, como MARIA FERNANDA PALMA, o insidioso tem a função de exprimir a eficácia objectiva de um meio e não a de exprimir uma atitude do agente, a resposta só pode ser negativa. Mas, para quem defenda uma visão diferente da técnica legislativa empregue na construção do art. 132º, a resposta pode, em certas circunstâncias, ser precisamente a contrária³⁶.

Por último, custar-me-ia concluir a referência ao homicídio qualificado, sem mencionar a polémica de que tem sido alvo: enquanto se afirma na doutrina uma tendência para uma interpretação restritiva do art. 132º³⁷, a jurisprudência, na esteira de tomadas de posição da Escola de Coimbra mal compreendidas³⁸, manifesta, nesta matéria, uma tendência liberal inadmissível³⁹.

36 Em todo o caso, dada a natureza polémica da questão, não seria particularmente contestável uma solução legislativa da mesma, através da introdução de um exemplo-padrão, nos termos propostos por SOUSA BRITO.

37 Tendência esta que manifesta matizes muito distintos, que vão desde aqueles que defendem a inconstitucionalidade pelo menos parcial do art. 132º (a referência a *entre outras*, no nº 2), até aqueles, entre os quais me incluo, que procuraram fazer deste preceito uma interpretação que, permitindo a sua correcta delimitação, não colidisse com as diferentes decorrências do princípio da legalidade.

38 Designadamente, as intervenções de EDUARDO CORREIA, in ACTAS (1979, 21 e ss.) e o parecer de FIGUEIREDO DIAS (1987, 51). Para uma correcta delimitação do âmbito dos dois números do art. 132º, FIGUEIREDO DIAS (1993, 203 e ss.); SERRA (1990).

39 Vejam-se, em especial, o Ac. do S.T.J. de 3.4.91, in *Colectânea de Jurisprudência* (1991, II, 15 e ss.) e o Ac. do S.T.J. de 9.11.94, in *Colectânea de Jurisprudência* (1994, III, 239 e ss.). Em ambos os casos, os acórdãos dão

Com efeito, afirma-se que as circunstâncias previstas no nº 2 do art. 132º não são taxativas, antes meramente exemplificativas, podendo o juiz considerar como homicídio qualificado o facto cometido pelo agente desacompanhado de qualquer das circunstâncias previstas no nº 2, mas acompanhado de outras que eventualmente se enquadrem no nº 1 do mesmo preceito. A fundamentação para esta posição, no essencial, resume-se à afirmação de que as circunstâncias enumeradas no nº 2 são elementos da culpa e não do tipo de ilícito⁴⁰, e **tanto a tendência referida como a fundamentação que a suporta me merecem as maiores reservas**⁴¹. Continuo hoje a defender que a interpretação

por verificada a existência de homicídios qualificados, fundamentando-se, para isso, tão somente na cláusula geral contida no nº 1 do art. 132º. O primeiro acórdão trata um caso de conjugicídio: na sequência de uma discussão, que reeditou muitas outras discussões idênticas acompanhadas de ameaças de morte à mulher e às filhas, o marido mata a mulher com um tiro de caçadeira à frente das filhas menores. Aqui, o S.T.J. parece ter sido particularmente sensível ao facto de a morte ter sido produzida na presença das filhas menores do casal. O segundo acórdão trata o caso de um homicídio cometido, por motivo não apurado, por um indivíduo que, emboscado no meio de arbustos a cerca de seis metros da vítima, disparou sobre ela. Neste último caso, o magistrado do Ministério Público, apesar de, na sua acusação, entender desnecessária a realização de circunstâncias previstas no nº 2, considerou verificada a circunstância da utilização de meio insidioso, dando por realizado o exemplo-padrão contido na al. f) do nº 2 do art. 132º. De modo incompreensível, o acórdão do S.T.J., preferindo enredar-se numa complicada fundamentação que, para além de esquecer em toda a linha as exigências decorrentes do princípio da legalidade, revela desconhecer o funcionamento da técnica dos exemplos-padrão, acaba por integrar o facto apenas no nº 1 do art. 132º.

40 Mas esta leitura do art. 132º, que encontra apoio em observações de EDUARDO CORREIA e de FIGUEIREDO DIAS *in* ACTAS (1979, 21 e ss.) e, em tempo mais recente, de FIGUEIREDO DIAS (1987, 51), não pode levar às conclusões dela retiradas por esta jurisprudência. A propósito, em especial, FIGUEIREDO DIAS (1993, 203 e ss.).

41 Uma tendência que contrasta de forma gritante com a tendência altamente restritiva que se pode surpreender na interpretação de preceitos que prevêem tipos privilegiados (como sucede, de modo flagrante, no caso do

(Cont.)

do art. 132º tem de considerar o preceito no seu conjunto: a enumeração exemplificativa concretiza a cláusula geral e a cláusula geral delimita a enumeração exemplificativa. É precisamente a presença da enumeração exemplificativa do nº 2 que fornece os critérios que o juiz haverá de ponderar para aceitar a existência de uma especial censurabilidade ou perversidade do agente, nos termos do nº 1. A admissão de outras circunstâncias reveladoras da especial censurabilidade ou perversidade do agente tem de limitar-se aos casos em que tais circunstâncias exprimam um **grau de gravidade** e possuam uma **estrutura valorativa correspondente à imagem** de cada um dos exemplos-padrão enunciados no nº 2. Por outras palavras, de acordo com esta interpretação, a decisão do juiz é ainda uma decisão vinculada. Caso contrário, o juiz deixará de ter critérios seguros na sua decisão, e esta passa a ser discricionária: se não se guiar pelos exemplos-padrão previstos no nº 2, o juiz tenderá a guiar-se pelos seus próprios critérios do que seja censurabilidade ou perversidade. Estaremos aí então perante analogia aplicada à mais gravosa norma incriminadora prevista no Código Penal, o que seria inadmissível e, desde logo, inconstitucional. Importa reafirmar que o princípio da legalidade vigora, não apenas para o pressuposto da ilicitude, mas para todos os pressupostos da punibilidade e para as próprias sanções jurídico-penais⁴².

homicídio privilegiado), causas de justificação (como sucede no caso da legítima defesa, a propósito da necessidade do meio) e causas de desculpa (como sucede no caso do excesso de legítima defesa desculpante, ou seja, se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis). Ora, uma interpretação extensiva — para já não chegar à analogia! — de tipos incriminadores e, em particular, de tipos qualificados, e uma interpretação restritiva de tipos privilegiados e, em particular, de causas de justificação, são interpretações que colocam graves problemas em sede do princípio constitucional da legalidade. Vejam-se, a propósito, em especial, da legítima defesa e do excesso de legítima defesa, as considerações críticas expendidas por TAIPA DE CARVALHO (1995, 317 e ss., esp. 319, n. 554).

42 Por todos, FIGUEIREDO DIAS (1993, 71 e s., esp. 435 e ss.).

E, a este propósito, não resisto a salientar o paradoxo que afecta as alterações introduzidas pela revisão no art. 132º: a preocupação de acrescentar novos exemplos-padrão, de inserir longas e exaustivas enumerações, levaria a pensar que estaríamos perante um tipo taxativo, fechado, construído de acordo com o mais rigoroso e férreo entendimento do princípio da legalidade. Mas estas alterações têm de ser objecto de cuidada interpretação. Se assim não for, seremos levados a concluir que estão em contradição flagrante, afinal, com a declaração de princípios da própria Comissão Revisora, que reafirmou a importância da técnica dos exemplos-padrão, e com as convicções da maior parte dos seus membros.

III

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO — ARTIGO 133º

Entretanto, do meu ponto de vista, já o homicídio privilegiado ganhou maior clareza com a redacção que agora recebeu, se bem que, diga-se de passagem, tal clareza corresponda à interpretação que dele tem sido feita pela doutrina dominante⁴³. Mas creio, apesar disso, que pode legitimamente adiantar-se a hipótese de ter havido também um alargamento do privilégio. Vejamos porquê.

Desde logo, o referido acréscimo de clareza resulta da elucidação de **duas questões** susceptíveis de colocar problemas intrincados ao aplicador-intérprete.

A **primeira** respeitava à questão de saber se a compaixão e o desespero deveriam ser valorados, primeiro, enquanto motivos de relevante valor social ou moral, como a redacção do preceito parecia inculcar (**por compaixão, desespero ou outro motivo,**

43 BRITO (1984); COSTA PINTO (1992/93, 66 e ss.); FERREIRA (1991); PALMA (1983, 81 e ss.).

de relevante valor social ou moral), valoração expressiva de uma menor ilicitude que conduziria à exigência de que estes motivos assumissem uma relevância objectiva. Tratar-se-ia, pois, como que de uma objectivação da compaixão e do desespero⁴⁴.

A **segunda** respeitava à questão de saber se a exigência de uma diminuição sensível da culpa respeitava a todas as cláusulas de privilegiamento ou apenas à última, ou seja, o motivo de relevante valor social ou moral, como a redacção do preceito deixava transparecer (**ou outro motivo, de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a sua culpa**)⁴⁵. Não se repete de descabida, apesar das evidências, esta interpretação. Com efeito, enquanto as restantes cláusulas se configuravam, em princípio, como motivos exclusivamente atinentes a uma culpa diminuída, como tipos de culpa autónomos, o outro motivo de relevante valor social ou moral expressaria apenas um menor grau de culpa indiciada por uma menor ilicitude. Mas esta diminuição da culpa, reflexo de uma ilicitude diminuída, não seria suficiente para privilegiar o homicídio. Daí a exigência posterior de uma diminuição sensível da culpa do agente, no caso da cláusula do motivo de relevante valor social ou moral.

A actual redacção removeu estas dificuldades. É agora claro e delimitado um corpo de **quatro cláusulas** — a compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero e um motivo de relevante valor social ou moral — que, **em caso de diminuírem sensivelmente a culpa do agente**, privilegiam o homicídio.

É evidente que quem entendesse que a compaixão e o desespero deveriam ter uma relevância objectiva, de acordo com a anterior redacção, será conduzido, em conformidade, a encarar a actual redacção como um relativo alargamento do privilegiamento, na medida em que a compaixão e o desespero são agora esta-

44 Assim, FERREIRA (1991, 64 e ss.).

45 E não resisto a chamar a atenção para a forma como a pontuação — refiro-me evidentemente às vírgulas — podia propiciar leituras diversas do preceito do art. 133º!

dos emocionais que, para privilegiarem o homicídio, não têm de confrontar-se com uma valoração social ou moral. Ambos afectam o discernimento normal do agente: na compaixão, a capacidade normal de avaliação dos seus actos e a sua vontade estão alteradas, enquanto, no desespero, em contraposição à emoção violenta, há uma acumulação de tensão que impele o autor a um beco sem saída ou a considerar-se num beco sem saída, actuando em conformidade com esse impulso. A situação de desespero implica estados emotivos de natureza passiva, interiorizada⁴⁶, reflexiva, com uma componente intelectual.

Importante é sublinhar que **nem a compaixão, nem o desespero estão sujeitos à cláusula da compreensibilidade**⁴⁷. Constituem, porém, estados emocionais que, para assumirem relevo nesta sede, têm de diminuir sensivelmente a culpa do agente, que condicionam o agente de tal modo que em relação a ele se abrandam ou diminuem as exigências de um comportamento conforme ao direito.

E, muito embora não tenham de constituir estados emocionais **compreensíveis**, a verdade é que, para serem objecto de um juízo de culpa sensivelmente menor, parece que terão de fazer apelo a uma motivação que permita identificar aquela situação de menor exigibilidade. É assim que, à compaixão, se podem reconduzir, por exemplo, os casos de homicídio a que falte alguma das características da vítima ou do pedido exigidas para o homicídio a pedido. E ao desespero, os casos de homicídios a que chamarei de humilhação prolongada⁴⁸, em que, por sistema, a jurispru-

46 Assim, COSTA PINTO (1992/93, 80).

47 Erradamente, por isso, Ac. da Relação do Porto de 4.6.86, in *Colectânea de Jurisprudência* (1986, III, 233 e ss., esp. 235), quando decide que só é relevante para os fins do art. 133º o desespero compreensível.

48 Na linha de FERREIRA (1991, 69). A verdade é que o esclarecimento da amplitude destas cláusulas parece colocar a questão de saber se, em alguns casos julgados nos nossos tribunais, não se estaria — ou não se estaria apenas — perante um facto praticado sob o domínio de compreensível emoção violenta, mas antes perante um facto praticado sob o domínio do desespero.

(Cont.)

dência não reconhece a existência de um homicídio privilegiado, por não considerar compreensível a emoção violenta. Mas também os casos de suicídios alargados me parecem poderem agora ser mais facilmente abrangidos pela cláusula do desespero⁴⁹. Julgo, aliás, que a cláusula do desespero terá de ser trabalhada também, tendo em conta a nova redacção do infanticídio: a mulher que, **em desespero**, mata o filho para ocultar a desonra⁵⁰, e

São os conhecidos casos de maus tratos repetidos, às vezes ao longo de muitos anos, das mulheres pelos maridos, em que um dia, sem que se compreenda exactamente porquê, a **gota de água** precipita-se no homicídio. Merece particular atenção o caso julgado pelo Ac. do S.T.J. de 16.1.90, in B.M.J. (393, 212 e ss.), um homicídio praticado pela mulher na pessoa do marido. Tratava-se de um casal de meia idade, com uma relação conjugal desgastada, que, a dado passo, admite uma empregada doméstica em casa, com quem o marido estabelece uma relação amorosa que se inicia e prolonga por muito tempo com conhecimento da mulher e sob o mesmo tecto. As desavenças daí resultantes entre o casal multiplicam-se e acabam por impor a saída da empregada. O marido, todavia, instala-a num quarto que passa a frequentar, vai de férias com ela, mantendo essa relação de forma pública e notória. Importa referir que, apesar de tudo, tal como é normal em casos destes, o marido continua a viver no lar conjugal, impondo à mulher uma situação insustentável de tensão e humilhação. Um dia, por um motivo aparentemente menor e insignificante no contexto do caso, a mulher, na sequência de uma discussão à noite, em que o marido lhe comunica que a vai deixar, fica muito perturbada e, na manhã seguinte, mata-o com um tiro. O S.T.J. considerou não se estar perante homicídio privilegiado, em virtude de a emoção violenta não ser, aqui, compreensível. Creio que neste caso, terá havido desespero e emoção violenta: a um acumular mais ou menos passivo e interiorizado que criou o desespero, acresceu emoção violenta que nem sempre é repentina e pode comportar uma reflexão do agente, sem que tal afaste sempre a compreensibilidade. Note-se que, na noite anterior ao homicídio, o marido lhe comunica que a vai deixar: a reflexão é toldada pela emoção. Sobre tudo isto, FERREIRA (1991, 131 e s.).

49 São os casos em que a mãe e/ou o pai tenta matar-se com os filhos, para lhes poupar sofrimentos ulteriores, e que lhes sobrevive. Sobre isto, FERREIRA (1991, 69 e s.).

50 Como já anteriormente se admitia que podia suceder com os avós maternos.

situações em que podem coexistir compaixão e desespero são, por exemplo, as da mãe que mata a criança ao nascer, por se aperceber de uma malformação congénita.

Da compreensível emoção violenta, em especial

*Der Held muß kalt werden wie der Leser, oder, was hier ebensoviele sagt, wir müssen mit ihm bekannt werden, eh' er handelt; wir müssen ihn seine Handlung nicht bloß vollbringen, sondern auch wollen sehen. An seinen Gedanken liegt uns unendlich mehr als an seinen Taten, und noch weit mehr an den Quellen dieser Gedanken als an den Folgen jener Taten. Man hat das Erdreich des Vesuvus untersucht, sich die Entstehung seines Brandes zu erklären; warum schenkt man einer moralischen Erscheinung weniger Aufmerksamkeit als einer physischen? Warum achtet man nicht in eben dem Grade auf die Beschaffenheit und Stellung der Dinge, welche einen solchen Menschen umgaben, bis der gesammelte Zunder in seinem Inwendigen Feuer fing?*⁵¹

O problema da aplicação do art. 133º continua, no entanto, a residir na posição jurisprudencial dominante que reconduz, de forma sistemática, as situações subsumíveis, em princípio, neste preceito à compreensível emoção violenta, entendendo a **compreensibilidade** como um conceito de adequação e proporcionalidade entre a ofensa geradora da emoção no agente e o facto

51 FRIEDRICH SCHILLER, *Der Verbrecher aus verlorener Ehre*, 1792, pp. 118 e ss.

Numa tradução tão próxima quanto possível do original alemão: *O herói deve tornar-se frio como o leitor ou, o mesmo é dizer que nós devemos conhecê-lo antes da sua acção; não devemos somente vê-lo realizar a sua acção, mas também ver a sua vontade. Os seus pensamentos importam-nos infinitamente mais do que os seus actos, e as fontes dos seus pensamentos ainda muito mais do que as consequências destes actos. Investigou-se o solo do Vesúvio para esclarecer a origem do seu fogo; por que razão se dá menos atenção aos fenómenos morais do que a este fenómeno físico? Por que razão não se toma atenção, no mesmo grau, à natureza e à relação de circunstâncias que envolviam aquele homem ao ponto de atear o rastilho que faz explodir a pólvora nele contida?*

por este praticado⁵². **Esta é, quanto a mim, a grande questão colocada pela aplicação do art. 133º e, quanto a ela, a revisão nada adiantou.** Mas é exactamente o facto de a revisão se ter abtido de tomar qualquer posição face ao problema que assume, a meu ver, enorme significado. Dispensar-me-ei de fazer aqui a história do preceito do art. 133º⁵³, que presumo conhecida, mas que ajuda a explicar as dificuldades que rodeiam a sua aplicação, para me limitar a tecer algumas considerações — que estão longe de serem acabadas e definitivas — acerca do problema.

Repare-se que o preceito do art. 133º coloca à cláusula da emoção violenta maiores exigências do que em relação às restantes cláusulas. Estas, para ganharem relevo nesta sede, apenas têm de diminuir sensivelmente a culpa do agente. A emoção violenta sofre uma dupla exigência que se configura como um duplo controlo: tem de ser **compreensível** e, ademais, tem de **diminuir sensivelmente a culpa do agente**. Um duplo controlo — é bom notar — a realizar em sede de culpa. E as primeiras perguntas surgem: em que medida cada uma destas exigências se não reconduz à outra? Será possível autonomizar uma da outra em sede de culpa? A compreensibilidade da emoção violenta conduz necessariamente à diminuição da culpa?

O que é uma emoção violenta **compreensível**? A jurisprudência, ainda imbuída do espírito que presidia ao privilegiamento no antigo Código Penal, tende a reduzir esta cláusula aos casos de provocação, considerando que a emoção violenta é compreensível quando exista uma proporção entre a provocação e o

52 A propósito do homicídio privilegiado (e da anterior redacção do art. 133º), as Actas (1993, 196) atribuem a SOUSA BRITO a afirmação de que *o artigo se encontra bem concebido, tendo tradição bem vincada, com aplicação sem maus resultados, tudo razões que militam, no seu entender, para a manutenção da sua redacção*. Salvo o devido respeito, se há um tipo de crime no Código Penal, cuja interpretação e aplicação está longe de lograr consenso é precisamente o homicídio privilegiado.

53 Mas veja-se, também a este propósito, FERREIRA (1991, 55 e ss.). E, como é evidente, ACTAS (1979, 28 e ss.).

homicídio praticado. Mas um tal princípio tem o inconveniente de não visar senão secundária ou episodicamente a própria emoção violenta. Estribado na partilha, tradicional na nossa cultura filosófica, entre razão e emoção, aquela que suporta a decisão, esta que a afecta ou impede, a compreensibilidade, quando entendida nestes termos, não se detém na emoção violenta, antes procura o que nela é apenas negação da decisão fundada na razão, e por isso procura apenas o motivo ou a causa que produzem a emoção violenta **qualquer que seja o indivíduo e quaisquer que sejam as circunstâncias em que o indivíduo se encontra**. Trata-se, no fundo, de uma aplicação do princípio da razão suficiente — *Nihil est sine ratione seu nullus effectus sine causa*. Apenas neste quadro se pode entender o princípio da adequação e da proporcionalidade entre o facto gerador, a provocação, e a emoção violenta: **a emoção violenta só poderia ser um efeito delimitável e compreensível de uma causa determinável**.

Os problemas, no entanto, podem começar se se considerar a precariedade dessa distinção tradicional entre razão e emoção, se se entender que a causa ou razão da emoção violenta não têm necessariamente existência ou eficácia exterior ou prescindem de provocação ou factor gerador externo e que, sobretudo, são, não raras vezes, indemonstráveis, improváveis e indecíveis. Por outras palavras, a partir do ponto em que a lei delimita um momento autónomo de compreensibilidade da emoção violenta, enfrenta todas as dificuldades, para não dizer impossibilidades, de compreender essa emoção violenta, ou seja, de definir uma compreensibilidade normativa, tendo em conta a circunstância, o agente e o acto praticado. Há sempre um factor que escapa, ou seja, não há critério normativo de compreensibilidade possível: o aplicador da lei ver-se-á forçado, em cada caso, não a compreender ou não compreender, mas a reinventar o que é a compreensibilidade prevista na lei. Mas, ainda dispensando estas considerações, é preciso reconhecer que o princípio da adequação ou da proporção é, salvo melhor opinião, um entendimento errado. Qualquer fórmu-

la operacional que pretenda concretizar a ideia de **compreensibilidade** por referência à provocação da vítima ou a critérios de proporcionalidade não encontra na letra do preceito do art. 133º o mínimo de correspondência que permita fundar uma tal interpretação⁵⁴.

Como entender, então, a **compreensibilidade** da emoção violenta? No sentido matemático do termo, isto é, enquanto regra ou princípio que determina a pertença de um facto ou de um comportamento a um conjunto delimitado, caso em que a ira, o ciúme, a sede de vingança, etc., poderiam vir a ser incluídas no conjunto das «emoções violentas», mas caso também em que a compreensibilidade não prescindiria dos exemplos-padrão, sob risco de se esbater a fronteira, por exemplo, com a figura do motivo fútil? Penso que não é este o sentido. Ou deveremos entender **compreensível** no sentido vulgar que o torna quase sinónimo de **susceptível de suscitar uma atitude compreensiva**, ou seja, um facto ou comportamento que suscita, por exibição ou esclarecimento das razões ou causas que o geraram, uma atitude desculpadora ou complacente da instância de julgamento: e, então, a emoção violenta, desde que compreensível e porque compreensível, seria *de per se* um meio de diminuição da culpa do agente, o que também claramente contraria a letra da lei, que, como atrás sublinhei, prescreve um duplo controlo em sede de culpa.

Mas isto é precisamente o que se passa no art. 113º do Código Penal suíço, subordinado à epígrafe *Meurtre passionnel*: Se o agente matou *alors qu'il était en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable.....*, renunciando a qualquer outra exigência de menor culpa.

Em todo o caso, a **compreensão** exige sempre uma actividade de relação. **Compreender** significa **entender, perceber, alcançar com inteligência, conhecer a razão de**, em suma, **penetrar o sentido de alguma coisa**⁵⁵. O que impõe o estabele-

54 Assim, em especial, COSTA PINTO (1992/93, 77).

55 MORAIS SILVA (1949, III, 324).

cimento de uma relação entre a emoção violenta e aquilo que a precedeu e lhe deu causa, não com o objectivo de estabelecer uma qualquer relação de proporcionalidade, mas antes para conhecer a razão da emoção violenta: **a emoção violenta só é compreensível em face das razões que lhe deram origem e do sujeito particular que as sofreu**⁵⁶. O que significa que esta **compreensibilidade** não pode fugir ao princípio da razão. No mesmo sentido me parece ir a posição de FIGUEIREDO DIAS quando interpreta a compreensibilidade da emoção violenta como o estabelecimento de *uma relação não desvaliosa entre os factos que provocaram a emoção e essa mesma emoção*, concluindo, de forma muito elucidativa, que, *se essa relação for estabelecida, a emoção é compreensível e provoca, portanto, uma diminuição da culpa do agente*⁵⁷.

Deste modo, a **compreensibilidade** reconduz-se, pura e simplesmente, à **sensível diminuição da culpa**, o que leva a concluir, pelo menos, que, no que concerne à emoção violenta, o texto do art. 133º parece fazer exigências demasiadas!

O que se pode ainda confirmar, por fim, se se atentar na questão de saber **como ajuizar o poder das razões que ocasionaram a emoção violenta**. Hoje, já se detecta na doutrina que se pronunciou sobre o assunto a existência de duas linhas nesta matéria: uma que entende que este critério deve ser concretizado por referência à personalidade daquele agente que actua⁵⁸; outra que defende que a compreensibilidade há-de aferir-se, não em relação às particularidades concretas daquele agente, mas em relação a um homem médio com certas características que aquele agente detém⁵⁹. Para esta segunda linha, só assim se evitará a inutilização da própria cláusula da compreensibilidade que, de

56 O que, de algum modo, me leva a aproximar da posição de FIGUEIREDO DIAS (1987, 55).

57 FIGUEIREDO DIAS (1987, 55).

58 FIGUEIREDO DIAS (1987, 55); PALMA (1983, 82).

59 COSTA PINTO (1992/93, 78).

outro modo, se tornaria tão ampla que acabaria por abarcar muitos motivos — alguns mesmo fúteis — que, por referência à personalidade daquele concreto agente, permitiam ainda compreender a emoção violenta. Não deixa de ser um argumento poderoso, mas apenas direi que sempre me custou aceitar o critério do **homem médio** como critério normativo: considero esta fórmula como uma fórmula vazia que envolve enormes dificuldades, em especial no plano da culpa criminal, na medida em que está longe de fornecer indícios ou pistas ao aplicador-intérprete⁶⁰.

É que as situações que se pretende solucionar com esta fórmula são situações, por via de regra, eivadas de profundas contradições que podem escapar completamente a qualquer padrão normativo⁶¹. Repare-se, por exemplo, que esta fórmula

60 Já para não dizer que não gostaria nada de ver aferidas as minhas emoções e a minha culpa pelo critério do homem médio, ainda que com algumas das minhas características!...

61 Embora se trate de uma situação-limite, que apresenta cambiantes muito diversos, gostaria de lembrar aqui o caso de LOUIS ALTHUSSER. Em 16 de Novembro de 1980, LOUIS ALTHUSSER, um dos mais lúcidos e racionais filósofos do estruturalismo, matou a mulher. Esta morte culminou um período de profunda depressão de ambos, em que o desejo de autodestruição e de destruição do outro transformou as suas relações numa chantagem recíproca visando o suicídio ou até o duplo suicídio. Tratou-se de uma situação muito complexa, dado que a emoção violenta terá vivido aqui paredes meias com a semi-imputabilidade ou até com a inimputabilidade, casos estes que se apresentam como quase ou totalmente incompreensíveis. E, na verdade, como afirmaria um médico que se ocupou deste caso, *para compreender o incompreensível, é preciso ter em atenção, não apenas imponderáveis aleatórios, mas também a ambivalência dos fantasmas que abre a via a todos os contrários possíveis*. ALTHUSSER nunca foi julgado, em virtude de a lei francesa então vigente considerar esta situação como sendo exclusivamente do foro médico. Era o chamado *non lieu*, previsto no art. 64º do *Code de Procédure Pénal*, o qual viria a ser alterado, em 1992. Assim declarado administrativamente inimputável por uma junta médica, sofreu toda uma série de internamentos até à sua morte, em 1990. Nos últimos anos de vida, a sua preocupação foi explicar publicamente o seu acto, contra *a pedra tumular do silêncio*

pode levar ao entendimento de que é tanto menos compreensível a emoção violenta quanto maior for a conformação da personalidade do agente com as exigências do direito !...

Entendo, por isso, que o critério para aferir da diminuição sensível da culpa provocada por uma emoção violenta deve ser concretizado por referência à personalidade do agente individual que actua.

Não quereria, neste momento, ir mais longe nestas observações: só gostaria de afirmar que este constitui, para mim, talvez o mais imbricado problema colocado pela construção do homicídio privilegiado no nosso Código Penal.

IV

HOMICÍDIO A PEDIDO DA VÍTIMA — ARTIGO 134º

Terá sido porventura no homicídio a pedido da vítima que a revisão introduziu as maiores modificações, no âmbito dos crimes de lesão contra a vida. Entendo que **o fundamento do privilégio continua a ser misto**: há uma **menor ilicitude**, na medida que a lesão do bem jurídico vida é feita, não apenas com o consentimento ou o acordo da vítima, mas a seu pedido; há uma **menor culpa**, porque a vontade do agente é determinada pela vítima, consistindo a sua motivação essencialmente no respeito pela vontade desta ⁶².

Enumero rapidamente as modificações introduzidas no tipo do art. 134º: deixou de exigir a verificação de **certas características na vítima**, a saber, a imputabilidade e a maioridade, alterou as **características do pedido**, substituindo a liberdade ⁶³ e a

que lhe foi imposto por não lhe ter sido dada a oportunidade de ser julgado. Sobre isto, ALTHUSSER (1994); BONELLO (1995, 31 e s.).

62 Sobre isto, COSTA PINTO (1992/93, 83); PALMA (1983, 84).

63 No limite, o pedido nunca seria verdadeiramente livre !

consciência do pedido pela exigência de **seriedade do pedido**, e, **principalmente**, estabeleceu o **limite mínimo da moldura penal em 1 mês de prisão**.

Sublinho que as duas primeiras alterações contribuem para que o tipo do art. 134º se aproxime significativamente, por um lado, dos seus congéneres previstos no § 216 do Código Penal alemão ⁶⁴ e do art. 114º do Código Penal suíço ⁶⁵, e, por outro, em especial, do Anteprojecto EDUARDO CORREIA ⁶⁶. A alteração relativa ao limite mínimo da moldura penal inspirou-se de forma clara na medida da pena prevista no preceito do Código Penal suíço ⁶⁷.

Quais então as **características** cuja verificação se exige agora na vítima ?

A resposta a esta pergunta parece impor o **recurso às características previstas para aquele que consente no nº 3 do art. 38º**: a vítima deve ter mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do pedido no momento em que o faz ⁶⁸. E aqui é **inegável a maior amplitude do privilegiamento**: o pedido sério, instante e expresso de um jovem com mais de 14 e menos de 18 anos será relevante, em sede de homicídio a pedido da vítima, se ele possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do seu pedido.

64 Nos termos do qual *quem seja determinado a matar através do pedido expresso e sério da vítima será punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos*.

65 Nos termos do qual *aquele que, cedendo a um motivo honroso, nomeadamente à piedade, produza a morte de uma pessoa a pedido sério e instante desta, será punido com pena de prisão*.

66 ACTAS (1979, 33). Com efeito, as características cuja verificação se exigia no pedido eram as de que o pedido fosse instante, sério e expresso.

67 Com efeito, nos termos do art. 36º do Código Penal suíço, *a duração da prisão é, no mínimo, de 3 dias e, salvo disposição expressa e contrária da lei, no máximo de 3 anos*.

68 Vejam-se, em especial, as intervenções de COSTA ANDRADE na Comissão Revisora, in ACTAS (1993, 198 e s.).

Para ser relevante, o pedido tem de ser **sério, instante e expresso**.

E aqui cabe sublinhar que a vontade de morrer que se manifesta no pedido constitui um *maius* relativamente ao consentimento: trata-se de uma vontade que determina os actos e a vontade do agente⁶⁹. De forma expressiva, há autores que falam, a este propósito, de um **consentimento qualificado** da vítima⁷⁰ ou de um homicídio por **instigação da vítima**⁷¹.

A **seriedade** é a exigência comum colocada ao pedido nos correspondentes preceitos das leis alemã e suíça. Há um pedido **sério** quando a vontade de morrer manifestada pela vítima é definitiva, incondicional e absoluta, mas importa que seja também uma vontade de morrer isenta ou — nas palavras de HORN — *livre de defeitos*⁷². Considera-se, em regra, que tal não sucede no caso de se verificarem os pressupostos da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, quando falte a *maturidade da idade*, ou quando a decisão de morrer nasceu apenas de uma disposição passageira, por exemplo, sob o efeito de um estado depressivo ou sob a influência do álcool ou outras drogas. O pedido não é sério senão quando exprime uma **vontade livre**, liberta de qualquer coacção, emergindo exclusivamente da iniciativa própria da vítima, estando, por isso, a vítima em condições de o poder revogar em qualquer momento; e uma **vontade consciente**, na medida em que não assenta em pressupostos errados (o exemplo clássico é o da vítima que crê erradamente sofrer de uma doença terminal)⁷³. Em suma, a vítima tem de ser capaz de decidir e tem de conhecer o alcance do seu pedido⁷⁴.

69 Assim, entre nós, COSTA PINTO (1992/93, 88).

70 SCHUBARTH (1982, Art. 114º, 3).

71 HORN (1993, § 216, 5).

72 HORN (1993, § 216, 8). Igualmente, DREHER / TRÖNDLE (1993, § 216, 3).

73 Assim, HORN (1993, § 216, 8).

74 SCHUBARTH (1982, Art. 114º, 8). Ou, para utilizar as palavras de COSTA ANDRADE (1991, 626), *o pedido terá de aparecer como expressão inequívoca da decisão livre e responsabilmente assumida*.

O pedido **instante** é um pedido com uma intensidade evidente, de tal modo persuasivo que possa determinar a vontade do autor — porque o persuade e o conduz —, ademais sem necessidade de reiteração⁷⁵.

O pedido é **expresso** quando inequívoco, sem qualquer margem de relevância à vontade tácita, ou seja, excluindo categoricamente qualquer inferência, por parte do potencial autor, a partir de comportamentos ou afirmações mais ou menos periféricas, mas nem por isso se exclui que possa ser expresso através de gestos ou sinais⁷⁶.

Em face do que referi, parece poder afirmar-se uma maior amplitude do privilegiamento que encontra, aliás, expressão na correspondente alteração verificada no limite mínimo da moldura penal que é agora de 1 mês. O que não pode deixar de significar o reconhecimento de uma maior disponibilidade em relação ao bem jurídico vida **pelo próprio**. Certamente, pesa também aqui uma maior ponderação da dignidade da pessoa humana, a qual inclui o direito a uma vida digna e com qualidade. Utilizando as palavras de HANS JONAS, *em última instância, é ainda a noção de vida, e não a de morte, que comanda o «direito de morrer»*⁷⁷. Ou seja, o direito de viver, fonte de todos os outros direitos, inclui também o direito de morrer⁷⁸. Numa palavra, a nova redacção do art. 134º não foi insensível à discussão desse magno problema de política criminal do fim do século que é o

75 Assim, COSTA PINTO (1992/93, 88); SCHUBARTH (1982, Art. 114º, 10).

76 Assim, FIGUEIREDO DIAS, *in* ACTAS (1993, 199). Na doutrina alemã, veja-se, em especial, HORN (1993, § 216, 7).

77 JONAS (1996, 74). Este ensaio — *Le Droit de Mourir* —, publicado, pela primeira vez, em inglês, em 1978, figura hoje no fim da colectânea intitulada *Technique, Médecine et Éthique. Sur la pratique du Principe Responsabilité*. Esta colectânea, como se infere do seu subtítulo, aparece naturalmente na sequência de *Principe Responsabilité*, e visa submeter a ética teórica, elaborada nesta obra, à prova da experiência e da experimentação no campo específico da medicina.

78 HANS JONAS (1996, 74).

problema da **eutanásia** ⁷⁹: ao alargar o privilegiamento e ao baixar o limite mínimo da moldura penal, permite a valoração de casos especialmente atendíveis de eutanásia, praticada a pedido da vítima.

V

INFANTICÍDIO — ARTIGO 136^o

Ao contrário do que sucede com o homicídio a pedido, o infanticídio teve o seu âmbito de privilegiamento drasticamente reduzido, para não dizer quase anulado, como pressentiu já SOUSA BRITO, ao manifestar o seu receio de que a eliminação da cláusula da desonra ⁸⁰, e dada a jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça ⁸¹, conduza na prática ao desaparecimento puro e simples dos casos de infanticídio ⁸².

79 Cabe chamar a atenção para o facto de a eutanásia directa ou por acção poder assumir relevância, não apenas em sede de homicídio a pedido da vítima, mas também em sede de homicídio privilegiado, em geral integrada na cláusula da compaixão (sendo ainda concebível, mas mais rara, na cláusula do desespero), quando não seja identificável uma vontade de morrer relevante da vítima. No caso da eutanásia passiva ou por omissão, consoante haja ou não vontade relevante da vítima, a situação parece dever subsumir-se no auxílio omissivo ao suicídio (nos termos do art. 135^o) ou no homicídio privilegiado por omissão. Assim, COSTA PINTO (1992/93, 85 e s.). Veja-se ainda SILVEIRA (1990, 191 e ss.).

80 A cláusula da desonra constava também do n.º 4 do art. 138^o (anterior redacção), como privilegiante da exposição ou abandono. O privilegiamento desse crime agora apenas poderá fazer-se nos termos gerais.

81 Que tem entendido que os poucos casos que lhe têm sido submetidos suscitam quase sempre a apreciação da cláusula da desonra.

82 ACTAS (1993, 201). Como se sabe, até aqui, a mãe que matasse o filho para ocultar a desonra estava ao abrigo do infanticídio privilegiado. O que, refira-se, representou já uma restrição relativamente ao antigo Código Penal, em que os avós maternos podiam também beneficiar do privilégio.

Não iludo as dificuldades que tenho, hoje em dia, em tomar uma posição definitiva e despida de dúvidas a este respeito. Lembro-me de que, há treze anos, aquando da entrada em vigor do novo Código, pensei que uma tal cláusula não deveria ter sido consagrada. E, todavia, agora não consigo concordar inteiramente com FIGUEIREDO DIAS, no ponto em que afirma que o sentido tradicional da referência se perdeu hoje em dia, não podendo constituir fundamento autónomo para um privilégio, visto que *ter um filho não pode ser nunca uma desonra para ninguém* ⁸³. É claro que, no plano da pura racionalidade, também penso que, como é óbvio, ter um filho não é desonra para ninguém. Mas o problema deverá ser de outra ordem. **Será possível afirmar que já não existe esse grau de pressão intolerável da moral sexual dominante e que implica um constrangimento da mulher, na medida em que as dolorosas vivências psicológicas da sua marginalização social são adivinháveis, em termos de lhe afectar uma normal capacidade de querer e de avaliar as situações, colocando-a numa situação de menor exigibilidade** ⁸⁴?

Não estaremos aqui numa situação muito parecida com a que levou à manutenção da al. a) do n.º 2 do art. 132^o, uma cláusula que, note-se, permite qualificar o homicídio? Não seria esta também uma situação em que — para utilizar as palavras de COSTA ANDRADE — a Revisão Penal deveria abrir mão da pretensão a uma racionalidade pura, sob pena de se perder o contacto com a realidade ⁸⁵? Ademais, a aplicação que desta cláusula

83 ACTAS (1993, 201).

84 Para empregar as palavras de COSTA PINTO (1992/93, 102) e PALMA (1983, 88), aproveitando para recordar também aqui, com saudade, a memória de NUNO GONÇALVES DA COSTA, meu aluno, meu colega e meu amigo até à data da sua morte prematura, que concorreu a assistente estagiário na nossa escola com um importante estudo dedicado ao infanticídio privilegiado. Veja-se, a este propósito, GONÇALVES DA COSTA (1987, esp. 132 e ss.).

85 ACTAS (1993, 191). Como sublinha COSTA PINTO (1992/93, 106), talvez tenha estado no espírito da Comissão Revisora a necessidade de excluir do discurso legislativo uma cláusula desta natureza, porque essa exclusão

tem sido feita não evidenciou qualquer tendência da nossa jurisprudência no sentido de lhe conferir uma amplitude indevida e naturalmente inadmissível. Não quero pensar — mas, simultaneamente, não consigo impedir-me de pensar — que a quase unanimidade que se verificou na Comissão Revisora⁸⁶, a respeito da eliminação da cláusula da desonra, radica no facto de que aquela Comissão era apenas constituída por... homens! Para quem — é fácil de imaginar — ter um filho, seja quais forem as circunstâncias, não constitui nunca uma desonra!...

Como me parece que não posso, de modo algum, ser considerada uma feminista radical, permiti-me este desabafo e deixar-vos as minhas dúvidas. Reparem que estas dúvidas não são meramente de ordem sociológica ou até de ordem político-criminal, porque têm uma importante incidência prática na aplicação do direito, como se verá já de seguida.

Vejamos o que sucede, na nova redacção do infanticídio, no caso em que a mãe mate o filho para ocultar a desonra: esta situação passa a subsumir-se de pleno na al. a) do nº 2 do art. 132º! Com esta subsunção, desencadeia-se de imediato o efeito de indício da existência de uma especial censurabilidade que aponta no sentido da qualificação do homicídio. Objectar-se-á que a circunstância da morte ser produzida para ocultar a desonra constitui precisamente uma daquelas circunstâncias que podem permitir a contraprova do efeito de indício do exemplo-padrão previsto naquela alínea. É facto! Mas também não pode ignorar-se a im-

teria reflexos de carácter moralizante para a mulher. Tal como FREDERICO COSTA PINTO, penso que, se foi essa a intenção do legislador, talvez tenha assentado em alguma ingenuidade, porque, como é evidente, da supressão desta cláusula, não resulta a supressão da duplicidade de valores acerca dos comportamentos sexuais masculinos e femininos que cria verdadeiramente as condições que determinam a **mãe** a matar o filho para ocultar a desonra.

86 Lembro que, na Comissão Revisora, apenas LOPES ROCHA se manifestou no sentido da manutenção deste específico fundamento, em virtude de considerar que subsistem razões sociológicas que a justificam. Assim, ACTAS (1993, 201).

portância de que se reveste a realização de uma circunstância do nº 2 do art. 132º. E nem se diga, como faz FIGUEIREDO DIAS, que o crime pode na mesma ser privilegiado nos termos gerais⁸⁷. Com efeito, para isso, o facto terá de ser valorado à luz de uma das cláusulas do art. 133º, designadamente no **desespero**.

E logo aqui surge a primeira restrição, se se considerar que a mãe que mata para ocultar a desonra pode não estar desesperada, designadamente, por exemplo, se a sua resolução criminosa assentou numa longa reflexão — e isso era indiferente na anterior redacção⁸⁸. Argumentar-se-á que a falta de concretização de que, até ao momento, a cláusula do desespero foi objecto pode permitir precisamente que, doravante, na sua concretização futura, se tomem em consideração estas situações. Penso que essa tendência seria evidentemente correcta. Ou seja, a alteração introduzida no infanticídio deverá contribuir para a conformação do que seja o desespero, enquanto tipo de uma menor culpa. Mas estará a nossa jurisprudência aberta a uma tal consideração?

Existe, porém, uma outra restrição: ainda que se integre a situação na cláusula do desespero, que constitui em si mesma um tipo de menor culpa, importa não esquecer que o desespero, no art. 133º, está condicionado pela exigência de uma diminuição

87 ACTAS (1993, 201).

88 Pense-se no caso de uma mulher violada, que não recorre ao aborto por ignorância ou outro tipo de limitações impostas pelo meio social que a cerca e domina, e que, ao longo de uma gravidez profundamente indesejada (para não dizer odiosa), vai criando um forte sentimento de rejeição da criança. A ela, a sua situação configura-se como a de uma dupla desonra: a criança, além do mais, não é fruto de uma relação consentida, mas de uma violência que, como é sabido, ainda hoje é largamente escondida, dada a desonra que implica para quem a sofre. A sua decisão criminosa poderá estruturar-se em termos que permitam afirmar que estão preenchidos os três critérios de premeditação contidos na al. g) do nº 2 do art. 132º! O que significa que, ao matar a criança, estariam preenchidas duas das alíneas daquele preceito. Todavia, se esta mulher tivesse recorrido em tempo ao aborto, ela poderia não ser, pura e simplesmente, punida, nos termos do art. 142º. Como valorar então todo este circunstancialismo?

sensível da culpa do agente. Esta é uma diferença substancial: a antiga redacção do art. 137º não exigia nenhum juízo de menor culpa adicional⁸⁹.

Em face do que acabei de referir, avultará então na decisão do juiz o indício da especial censurabilidade que a realização, pelo menos, da circunstância da al. a) do nº 2 do art. 132º desencadeou. Não pretendo dizer que o juiz hesite em considerar, no caso em apreço, contraprovado o efeito de indício, afastando assim a aplicação da moldura penal do homicídio qualificado. Mas terá óbvias dificuldades em afastar a aplicação do tipo de homicídio simples, as quais redundarão numa completa impossibilidade, se a jurisprudência não se dispuser a aceitar um conceito de desespero que reflecta a nova situação legislativa, nesta matéria.

VI

CONCLUSÕES

Em jeito de balanço, gostaria de salientar:

- do ponto de vista da política criminal, as alterações introduzidas nas molduras penais;
- do ponto de vista do homicídio qualificado, uma certa tendência para a subversão da técnica dos exemplos-padrão;
- do ponto de vista dos homicídios privilegiados, o lugar mais central que passa a ser ocupado pelo homicídio privilegiado, previsto no art. 133º, e que deve ter influência na própria interpretação do tipo.

E uma última nota: a revisão de nada valerá se a jurisprudência não se der conta dela e não evoluir com ela!

⁸⁹ Como já COSTA PINTO (1992/93, 103) chamava a atenção, à luz dos trabalhos de revisão então em curso.

BIBLIOGRAFIA

ACTAS

- 1979 *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, Lisboa, Ministério da Justiça.
- 1993 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa, Ministério da Justiça.

ALTHUSSER, Louis

- 1994 *L'Avenir Dure Longtemps*, Paris, Éditions Stock/IMEC.

BELEZA, Teresa Pizarro

- 1988 *Ilicitamente Comparticipando — O Âmbito de Aplicação do Artigo 28º do Código Penal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia* (1984), Coimbra.

BONELLO, Yves-Henri

- 1995 *L'Injustice*, Paris, Éditions Galilée.

BRITO, José de Sousa

- 1984 *Um Caso de Homicídio Privilegiado (Parecer)*, in *Direito Penal II*, Lisboa, AAFDL.

COSTA ANDRADE, Manuel da

- 1991 *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora.

COSTA PINTO, Frederico

- 1992/93 *Direito Penal II* (elaborado pelos alunos, segundo as aulas teóricas ao 5º Ano-Dia), Lisboa, exemplar dactilografado.

DREHER / TRÖNDLE

- 1993 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Verlag C. H. Beck.

FERREIRA, Amadeu

- 1991 *Homicídio Privilegiado*, Coimbra, Almedina.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

- 1987 *Homicídio Qualificado*, Parecer, in *Colectânea de Jurisprudência*, IV, Coimbra.
- 1993 *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Editorial Notícias.

GONÇALVES DA COSTA, Nuno

- 1987 *Infanticídio Privilegiado (Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal)*, Lisboa, exemplar dactilografado.

HASSEMER, Winfried

- 1995a *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra seguido de A segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, AAFDL.
- 1995b *A Segurança Pública no Estado de Direito*, in Hassemer 1995.

HORN, Hans-Jürgen

- 1993 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag.

JONAS, Hans

- 1985 *Techniken des Todesaufschubs und das Recht zu sterben, in Technik, Medizin und Ethik* (ed. ut.: *Le Droit de mourir*, Paris, Éditions Payot & Rivages).

MORAIS SILVA, António de

- 1949 *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. III, s/d, mas o prefácio dos editores é de 1948.

PALMA, Maria Fernanda

- 1983a *Direito Penal Parte Especial - Crimes Contra as Pessoas*, Lisboa, s/ed.
- 1983b *O Homicídio Qualificado no Novo Código Penal Português*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 4º, Vol. 15.

SCHONKE / SCHRÖDER / ESER

- 1991 *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck.

SCHUBARTH, Martin

- 1982 *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch — Besonderer Teil*, Bern, Verlag Stampfli.

SERRA, Teresa

- 1990 *Homicídio Qualificado — Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Coimbra, Almedina.

SCHILLER, Friedrich

- 1792 *Der Verbrecher aus verlorener Ehre*; ed. cit.: in *Schillers sämtliche Werke*, Dritter Band, Leipzig, Druck und Verlag von Philipp Reclam jun, s/d.

SILVEIRA, Maria Manuela Fernandes Barata Valadão e

- 1990 *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, Lisboa, AAFDL.

TAIPA DE CARVALHO, Américo

- 1995 *A Legítima Defesa*, Coimbra, Coimbra Editora.

ESTUPRO E VIOLAÇÃO — ONTEM E HOJE

FERNANDO JOÃO FERREIRA RAMOS

Para estas jornadas de Direito Criminal foi-me proposto o tema dos *crimes sexuais*.

Manifestei, desde logo, alguma hesitação, na medida em que a matéria tem vindo a ser tratada com frequência e proficiência por juristas ilustres.

Acresce que eu próprio, para além de algumas comunicações orais, tive já oportunidade de, por escrito — na Revista Portuguesa de Ciência Criminal e na Revista do Ministério Público —, dar conta das alterações mais relevantes introduzidas em sede de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Ultrapassada a hesitação inicial, questionei-me, então, sobre a possibilidade de fazer, hoje aqui, uma diferente abordagem do tema, por forma a evitar que a exposição se torne demasiado fastidiosa e repetitiva.

Nesta reflexão fui recuando no tempo e, a dada altura, dei por mim a recordar os primeiros passos da minha carreira como Delegado do Procurador da República.

Na verdade, nesse exercício funcional cedo me dei conta que a minha sensibilidade resultava fortemente impressionada por situações que se prendiam com dois tipos de crime. Refiro-me ao crime de estupro e ao crime de violação.

A eles irei dedicar o essencial da minha intervenção de hoje, com o propósito de pôr em destaque uma dada linha evolutiva e daí extrair algumas consequências.

Numa primeira parte, procurarei dizer **qual** o sentimento que o crime de estupro então me suscitou, e o **porquê** desse mesmo sentimento. Seja-me permitido, para tanto, um breve excuro histórico sobre tal incriminação.

I

O CRIME DE ESTUPRO

O facto era punido pelas **Ordenações** que, para exprimir a cópula ou união sexual, utilizavam os verbos **dormir** ou **pecar**.

Em bom rigor, não se estabelecia pena alguma pública, antes se obrigava a prestar a reparação da honra pelo casamento, se fosse *convinhável* e a mulher consentisse, ou, na falta de casamento, a uma quantia pecuniária arbitrada como dote — só na falta de bens do criminoso era imposta **subsidiariamente** a pena de degredo, com precedência de açoites com barçoço e pregão pela vila.

Uma das notas mais significativas, ainda no domínio das Ordenações, prendia-se com a **qualidade da ofendida**, que podia ser não só a **mulher virgem**, mas também a **viúva honesta**, menor de 25 anos, estando em poder de seu pai ou avô da parte do pai.

O **Alvará de 6 de Outubro de 1784** viria a excluir a **viúva** da protecção legal, que assim passou a circunscrever-se à **mulher virgem**, menor de 17 de anos, supondo sempre a **sedução** e exigindo que o sedutor tivesse mais de 17 anos.

Registe-se ter sido este Alvará que começou a usar o verbo **estuprar** (em vez do *dormir* ou *pecar* das Ordenações).

Não tendo logrado vingar o Projecto de **Melo Freire** (1789), com o **Código Penal de 1852** assistiu-se a uma forte ampliação da protecção penal, que voltou a abranger, **a par da mulher virgem, a viúva honesta** e sem que fosse sequer exigido que estivesse em companhia do pai ou avô paterno.

Por outro lado, distinguiram-se dois escalões etários:

- **entre os 12 e 17 anos**, cominando o art. 392º a pena de degredo temporário, independentemente de sedução, que a lei **sempre presumia**, quer se tratasse de virgens quer de viúvas honestas; e

- **entre os 17 e os 25 anos**, exigindo então o art. 393º a sedução **fraudulenta**, e estabelecendo a pena de prisão correcional de 1 a 3 anos.

Objecto de severas críticas por parte, nomeadamente, de SILVA FERRÃO e LEVY MARIA JORDÃO, os *exageros* — permitia-se a expressão — do Código de 1852, fruto de uma concepção conservadora (recorde-se que foi aprovado em plena Ditadura de Saldanha), viriam a ser, de algum modo, **remediados** pela Nova Reforma Penal de 1884 (realizada sob inspiração do Código Espanhol de 1870 e do Código Italiano).

Muito sucintamente, e no que ora nos importa, passou a exigir-se sempre a sedução e, por outro lado, restringiu-se a protecção à mulher virgem maior de 12 e menor de 18 anos, deixando de se falar (definitivamente, acrescenta-se) na viúva honesta — a pena era de prisão maior celular de 2 a 8 anos ou, em alternativa, a pena de degredo temporário.

O **Código Penal de 1886** previa entre os crimes contra a honestidade o crime de estupro, dispondo o art. 392º como segue:

Aquele que, por meio de sedução, estuprar mulher virgem, maior de doze e menor de dezoito anos, terá a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Se apenas o **homem** podia ser sujeito activo do crime, não é menos certo que seu sujeito passivo, como resultava claro do citado preceito, só podia ser a **mulher** (não o homem), exigindo-se ainda que a mesma fosse **virgem**.

Sabe-se quanta discussão e divergência suscitou este elemento do crime — a **virgindade** —, quer no que respeita ao conceito **em si**, quer no tocante à sua **prova**.

Limitar-me-ei, por isso, a sublinhar que foi progressivamente abandonada a tese que ligava a virgindade à integridade do hímen — e, permita-se-me a observação, nem de outro modo poderia ser, quando a medicina nos diz que o mesmo se pode romper sem que a mulher tenha relações de sexo e, ao invés,

pode praticá-las mantendo o hímen a sua integridade. Por isso, um Autor escreveu, com alguma graça e propósito, que uma rapariga pode ser ao mesmo tempo virgem e não casta, casta e não virgem, casta e virgem, *nem virgem nem casta*.

Dizia eu que não logrou vencimento a tese que defendia um conceito **anatômico** de virgindade, aceitando a jurisprudência mais significativa um conceito **ético-social**, sob a influência dos ensinamentos do Prof. BELEZA DOS SANTOS.

Divergências também se detectavam no tocante à **prova**, defrontando-se decisões que entendiam não carecer a virgindade de ser provada, antes se presumindo porque **inata** à mulher, enquanto outras decisões se pronunciavam no sentido de que a virgindade não se presume.

Outro elemento essencial do crime era, como vimos, a **sedução**.

Na definição deste conceito confrontavam-se posições extremas, na doutrina e na jurisprudência.

Na verdade, enquanto uns reclamavam, para o seu preenchimento, **engano ou fraude**, outros **contentavam-se com quaisquer actos de excitação do prazer sexual**, sobretudo se ocorridos no decurso de um namoro.

A doutrina e jurisprudência mais autorizadas acabariam por firmar o entendimento segundo o qual **sedução** era todo o processo usado pelo homem, **adequado** para vencer a natural resistência à primeira cópula de mulher de menos de 18 anos. Mais explicitamente: o conceito podia ser preenchido por diversas formas — as mais vulgares das quais eram o namoro, as dádivas, as promessas de casamento e as manobras anteriores à cópula, mormente se repetidas e prolongadas —, exigindo-se, porém, que a prática de tais actos tivesse virtualidade para, como efeito normal e típico, vencer a natural resistência que a lei supõe existir em menor de 18 anos, **virgem**.

Um outro dissídio era ainda possível surpreender, na doutrina e na jurisprudência, no tocante ao conceito de **cópula** — enquanto uma corrente proclamava ser indispensável uma relação

vaginal, completa, outra, majoritária (pelo menos a partir de certa altura), bastava-se com a simples cópula vulvar ou vestibular, exigindo embora a **emissio seminis**.

Pois bem.

Foi neste quadro **normativo e sociológico** que comecei a exercer as minhas funções de magistrado do Ministério Público.

E o sentimento de que falava no início desta intervenção compreender-se-á melhor agora tendo presente as seguintes considerações:

- só no ano de 1964, o crime de estupro foi responsável por 349 **condenações** em pena de prisão maior (tendo diminuído em 1970 para 196, em 1976 para 137, em 1982 para 69 e em 1988 para **uma** condenação);
- e quase todas condenações em **prisão efectiva**, já que a generalidade da jurisprudência entendia que, em tais casos, não era de suspender a pena de prisão nem de a substituir por multa;
- acresce que essas condenações atingiam, em percentagem muito significativa, menores de 20 anos de idade, cujo crime se tinha **tão-só** traduzido na prática de relações de sexo com a sua namorada, que nelas **livremente** consentira.

E este sentimento de alguma incomodidade e mal estar, face a tantas e tão severas punições pela autoria de um tal facto, agravou-se quando me fui dando conta de que **aquela ameaça penal** redundava, não raras vezes, num **negócio** para os familiares da ofendida e que, muito sinteticamente, se expressava assim: *ou casas ou vais para a cadeia*.

Na verdade, por força do disposto no § 1º do art. 400º o casamento punha termo à acusação da parte ofendida e à prisão preventiva, prosseguindo a acção pública, à revelia, até julgamento final.

Aliás, o legislador revelou-se, neste domínio, bastante cauteloso pois acrescentava, logo no § 2º, que, no caso de con-

denação, a pena ficaria simplesmente suspensa e só caducaria se, decorridos 5 anos após o casamento, não houvesse divórcio ou separação judicial por factos somente imputáveis ao marido, porque, havendo-os, o réu cumpriria a pena.

Ou seja: o casamento funcionava como simples facto **impeditivo** da execução da pena, e não como facto **extintivo** da responsabilidade criminal.

Com a entrada em vigor do **Código Penal de 1982**, a situação sofreu modificação **substancial**.

O que não é de molde a suscitar surpresa, sabido que o Código respeita, em princípio, a liberdade sexual, rompendo com tabus e velhas mentalidades na matéria.

As críticas ao Código iam entroncar noutro plano, sendo antes dirigidas à **pouca gravidade das penas** e à **inserção sistemática** deste tipo de crimes, que surgiam no Capítulo I — Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social — do Título III — Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade.

Era o art. 204º que definia assim o crime de estupro:

Quem tiver cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos, abusando da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento, será punido com prisão até 2 anos.

Do simples cotejo desta norma com a do Código anterior, logo ressaltam algumas **notas distintivas**, que passo a enunciar:

- **diminuição da pena de prisão** (até 2 anos e já não prisão maior de 2 a 8 anos);
- **limitação do tipo**, fixando-se o escalão etário entre os **14 e os 16 anos** e, por outro lado, **restringindo-se os meios típicos** de alcançar a cópula: com efeito, só relevam o abuso da inexperiência da vítima, ou a promessa séria de casamento;

- por último (e aqui residirá uma das alterações mais significativas), ao deixar de se fazer referência à **cópula com mulher** (e muito menos com mulher **virgem**), parece não oferecer dúvidas de que o **homem** também era passível de ser **vítima** de um crime de estupro, cometido por uma mulher.

A *Comissão Revisora do Código Penal* entendeu deixar intacto o crime de estupro, mantendo-o nos seus precisos termos.

Tal não significa, porém, que o mesmo não tenha sido objecto de viva discussão e alguma controvérsia no seio da Comissão, que chegou mesmo a equacionar a sua eliminação.

Mas são facilmente compreensíveis as dificuldades com que o legislador se depara quando confrontado perante tendências tão contraditórias — **criminalizar/descriminalizar**.

Permita-se, neste contexto, que em breve parêntesis se diga que não foi só a propósito do crime de estupro que a Comissão se viu colocada perante a alternativa criminalizar/descriminalizar.

O mesmo sucedeu, por exemplo, no tocante ao crime de **fraude sexual** (art. 167º), cuja consagração suscitou sérias dúvidas a alguns elementos da Comissão.

É que, em bom rigor, como disse o Prof. COSTA ANDRADE, a liberdade sexual deve ser protegida contra **actos de violência** e não de **erros**.

Equacionadas, então, três hipóteses (eliminação, manutenção, modificação), viria a ser decidida a manutenção, fundamentalmente pela consideração de que continuam a ocorrer situações deste tipo, como é revelado pela jurisprudência dos nossos tribunais.

Reconheça-se, porém, que se acolheram alterações **de relevo** em relação ao então art. 203º.

Desde logo, a previsão passou a abarcar, além da cópula, outros actos sexuais (de relevo).

Depois, o homem também pode ser vítima do crime, assim como a mulher também pode ser sujeito activo.

Registe-se, por último (e para além de uma diminuição da pena), a eliminação da referência ao casamento e ao carácter conjugal da cópula — decisivo passou a ser o **erro sobre a identidade da pessoa**, punindo-se o agente pelo facto de se fazer passar por **outra pessoa física** e não por se fazer passar por **cônjuge** da vítima.

Fechado o parêntesis, retomemos o raciocínio.

Em matéria de crimes sexuais defende-se, e bem, uma função **não eticizante** do direito penal — ou seja, a **neutralidade ética** deste ramo do direito, que não deve arrogar-se a imposição de **padrões éticos, de moralidade sexual**.

Mas se isto é assim, no rigor dos princípios, não pode, por outro lado, ignorar-se a impossibilidade de expurgar toda a carga ética, e de reconhecer-se que há sempre determinados **condicionamentos éticos** que, de forma mais ou menos velada, se acabam por impor.

Em suma: perante a apontada **tensão contraditória**, a Comissão decidiu-se pela manutenção do crime de estupro, não sem que o seu Presidente, o Senhor Prof. FIGUEIREDO DIAS, tenha reconhecido tratar-se de um **fóssil**, que se poderia conservar a título emblemático.

Mais ousado se viria a revelar o legislador ao **reduzir o âmbito da incriminação** em causa, já que eliminou a referência à cópula mediante promessa séria de casamento, **limitando-a** à cópula com abuso da inexperiência do menor.

Gostaria de rematar estas considerações sobre o crime de estupro com esta pergunta que encerra alguma inquietação, senão mesmo alguma angústia: como explicar (juridicamente, sociologicamente, moralmente) que um crime cujo âmbito de incriminação se encontra **hoje** drasticamente reduzido (a ponto de ter sido ponderada a sua abolição do mundo do direito penal) tenha sido a causa, há escassas duas/três **décadas**, de tantos homens deste País terem passado anos das suas vidas cumprindo penas em estabelecimentos prisionais? Que crime **é/foi** este que de 349 condenações no ano de 1964 passou a uma em 1988 e desde 1990 não figura sequer, a título autónomo, nas nossas estatísticas?

II

O CRIME DE VIOLAÇÃO

Propus-me abordar, numa segunda parte, o crime de violação — o outro crime que provocou num jovem magistrado um sentimento de algum desassossego e perplexidade (embora de sinal contrário, como tentarei demonstrar), tantas foram as interrogações que este tipo legal de crime então me suscitou (e continuaria, aliás, a suscitar até ao presente).

Desde logo, repare-se que a moldura penal fixada no art. 393º do Código de 1886 era a pena de prisão maior de dois a oito anos — **mesma pena**, portanto, que o art. 392º previa para o crime de estupro.

Mas como? Porquê? Como compreender estas molduras penais?

Então o crime de violação não consubstancia uma conduta de gravidade **consideravelmente** superior à do crime de estupro?

A meus olhos assim era — com efeito, enquanto no estupro estávamos perante uma relação **consentida** de cópula (afirmação que não esquece tratar-se de menor entre 12 e 18 anos), na violação o agente praticava a cópula **contra** ou **sem** a vontade da vítima, e por um dos meios que passo a enunciar:

- violência física;
- veemente intimidação;

- fraude que não constitua sedução; ou
- achando-se a mulher privada do uso da razão.

Confesso que, em meu entender, **estes meios de execução** do crime agravavam, e muito, a ilicitude da acção, conduzindo-me à conclusão de que a pena prevista era **injustificadamente baixa**.

Conclusão que saía reforçada quando, ao meu espírito, acudiam as penas que o mesmo Código cominava para os crimes **contra a propriedade** (basta sublinhar que ainda em 1968 o art. 421º, nº 4º, punia com prisão maior de 2 a 8 anos o crime de furto se o valor da coisa furtada excedesse 20.000\$00! E outros exemplos se poderiam apontar, porventura até mais significativos).

Mas as minhas angústias (passe a expressão) não assentavam apenas na moldura penal — elas prendiam-se, ainda mais decisivamente, com considerações de **outra** índole.

Na verdade, na citada norma acolhia-se um conceito **tradicional** de violação, conceito este que repousava sobre uma determinada noção de cópula — esta era entendida **restritamente**, como a conjunção sexual entre homem e mulher, através da introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino.

Mais concretamente: a cópula, enquanto conjunção sexual entre homem e mulher, supunha sempre uma relação **heterossexual** entre órgãos sexuais masculinos e femininos.

Consequentemente, nesse conceito não se incluíam, sem margem para dúvidas, o **sexo anal** e o **sexo oral**, em que apenas intervém o órgão sexual de um dos parceiros e uma outra parte do corpo do outro participante.

Não obstante o que acabo de expor, a situação não se alterou substancialmente com o Código Penal de 1982, o qual continuou a acolher este conceito tradicional de violação.

Na verdade, segundo o art. 201º, cometia o crime de violação quem tivesse cópula com mulher **ou** a constrangesse a ter cópula com terceiro por um dos meios aí tipificados.

Seguramente que desta previsão ficavam excluídas as referidas relações de sexo anal e/ou oral.

O que, todavia, não significava que tais actos não fossem punidos, como era reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

Será suficiente citar, a este propósito, o Prof. EDUARDO CORREIA, que afirmou expressamente a punição desses actos como atentado ao pudor¹.

Mas sendo assim, havia lugar a algumas perturbadoras consequências. Na verdade:

- se **um homem** tivesse, por um daqueles meios indicados no art. 201º, cópula (com uma mulher), incorria num **crime de violação** e na pena de prisão de 2 a 8 anos;
- mas se **esse** homem, fazendo uso do **mesmo** meio, e no **mesmo** circunstancialismo, tivesse com a **mesma** mulher, não cópula, mas uma relação anal, o crime já não era o de violação mas tão-só o de atentado ao pudor (**tão-só**, porque a pena baixava para um máximo de 3 anos, e um mínimo de 1 mês, nos termos do art. 205º).

Consequências que sempre me causaram as mais sérias interrogações.

Sempre senti, na verdade, grandes dificuldades em compreender e aceitar a apontada menor — e muito menor — gravidade da pena nas duas situações descritas, a meu ver sem justificação razoável bastante.

E estas interrogações avolumavam-se quando atentava noutras consequências a que conduz o conceito tradicional de violação. Vejamos.

Sujeito activo do crime de violação só pode ser um homem; uma mulher nunca pode ser agente de um tal crime, ainda que tenha conseguido ter cópula com um homem, por um dos

¹ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial*, Ministério da Justiça, 1979, pág. 192.

meios enunciados no art. 201º, servindo-se, por exemplo, de produtos adequados para o efeito.

Por outro lado, o **sujeito passivo** só pode ser uma mulher: se um homem, por meio de violência, tem relações anais com outro homem, o crime será o de atentado ao pudor e não o de violação.

Considerações que poderão fazer deslocar o problema para um outro plano, e levar-nos a equacionar uma eventual **ofensa do princípio da igualdade**, tendo como fundamento uma discriminação com base no **sexo**.

Quando estas preocupações estavam já um tanto afastadas do meu espírito, e relegadas para um esquecimento mais ou menos latente, em virtude de ter passado a exercer novas funções profissionais, tive a honra de ser convidado pelo Senhor Juiz Conselheiro MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA para proceder — em colaboração com ele, e com o Senhor Procurador-Geral Adjunto ANTÓNIO GOMES LOURENÇO MARTINS — a uma revisão do Código Penal.

No que ora importa, não deixei, naturalmente, fugir a oportunidade de convencer os meus colegas da **indispensabilidade** de introduzir modificações estruturais no crime de violação.

Tarefa — confesso-o com todo o gosto — que não se revelou nada difícil, o que permitiu alcançar-se um texto que *respondia* a muitas das dúvidas que atrás expus, e de que os referidos colegas também comungaram.

O *Anteprojecto de Revisão do Código Penal* elaborado pela referida Comissão veio a ser publicado, em Julho de 1987, no âmbito do Ministério da Justiça, mas, inexplicavelmente, não lhe foi conferida publicidade.

Rezava assim o art. 201º desse Anteprojecto:

(Violação e outros actos de coacção sexual)

1- *Quem tiver com outra pessoa cópula ou acto sexual equiparado, por meio de violência, grave ameaça ou,*

depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter esses actos com terceiros, será punido com prisão de 2 a 10 anos.

2- *Quem, independentemente dos meios empregados, tiver cópula ou acto sexual equiparado, com menor de 12 anos, ou favorecer estes actos com terceiro, será punido com prisão de 4 a 12 anos.*

3- *No caso do nº 1 deste artigo, 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.*

Atente-se desde logo, pelo seu significado, na epígrafe — violação **e outros actos de coacção sexual**.

De seguida, sublinhe-se que se acolhia, a par da cópula, um conceito **novo** — *acto sexual equiparado*.

Conceito vago, sem dúvida, mas — e creio não ser ousado afirmá-lo — **menos vago** que o conceito *acto sexual de relevo*, hoje legalmente consagrado.

É que, além, o adjectivo *equiparado* restringia, de algum modo, o conceito, pois se mandava tomar, como **termo de referência**, a cópula, assim se exigindo, em sede de tipicidade, que o acto sexual a ela fosse **equiparado**.

Apontava-se, portanto, para um **certo grau** de gravidade da acção, para uma acção de gravidade social *equiparada*, não sendo bastante para integrar o tipo de crime **um qualquer** acto sexual.

Outra nota saliente a destacar resultava da substituição do termo *mulher* que constava do art. 201º, pela expressão **outra pessoa**.

Ficava assim claro que sujeito passivo do crime podia ser, **também**, um **homem** e, por outro lado, que o seu agente podia ser uma **mulher**.

Registe-se, por último, em termos de dosimetria penal, que o nº 1 estabelecia uma pena de prisão de 2 a 10 anos (superior

aos 2 a 8 anos do nº 1 do art. 201º), e que o nº 2 previa uma agravação ainda maior — **4 a 12 anos**, em vez dos 2 a 8 anos.

Decorridos alguns anos sobre esse Anteprojecto, uma Comissão presidida pelo Senhor Prof. FIGUEIREDO DIAS iniciou trabalhos que culminaram numa revisão profunda do Código Penal.

Nessa Comissão Revisora, a que tive o privilégio e a honra de pertencer, tentei, compreensivelmente, fazer passar a minha *mensagem* quando foi abordada a matéria dos crimes sexuais, submetendo à apreciação da Comissão o texto do Anteprojecto, a que atrás fiz referência.

Desta vez, porém, sem êxito.

Proporcionou-se, todavia, o ensejo de a Comissão debater com grande profundidade a temática nos seus múltiplos aspectos, tendo presente, nomeadamente, soluções legislativas adoptadas, ou a adoptar, em alguns países próximos.

Na verdade, em França, uma Lei de 23/12/1980, ao alterar a redacção do art. 332º mediante o aditamento da locução *de quelque nature qu'il soit*, para caracterizar o acto de penetração sexual, tornou claro que **nenhuma espécie de acto de penetração sexual** fica excluída da incriminação; por outro lado, reconhece-se, sem divergências, que esses actos de penetração podem ser **cometidos ou suportados** indiferentemente por um homem ou por uma mulher.

Em Itália (art. 519º) exige-se que haja *congiunzione carnale*, não sendo suficientes os meros contactos lascivos — havendo, porém, *compenetrazione carnale*, é indiferente o ponto (idóneo) do corpo em que ela se verifique, aceitando-se que a tipificação abrange tanto o coito vaginal, como o coito anal ou oral.

Consintam-me uma última referência à evolução da situação em Espanha.

Entendia o Tribunal Supremo que a relação sodomita não deveria, no rigor dos conceitos, incluir-se na violação, embora se

justificasse o mesmo tratamento **punitivo** para ambas as situações.

Assim sendo, foi com alguma surpresa que se assistiu a um maior alargamento do conceito acolhido pela Lei nº 03./1989, de 21 de Junho, que definiu violação como *o acesso carnal com outra pessoa, seja por via vaginal, anal ou bucal*.

Foi a porta aberta para grande polémica e acesas discussões — chegando mesmo a suscitar uma intervenção do Fiscal General, através de Circular —, de tal modo que no Anteprojecto de 1992 se restringiu a violação à via vaginal ou anal, excluindo-se o sexo oral (diga-se, a propósito, que esta restrição viria a ser criticada pela Associação *Jueces para la Democracia*).

Pois bem.

Não obstante estas novas concepções sociais e penais, que equiparam à violação outras modalidades de *cópula imprópria*, a Comissão Revisora, após longa e profícua troca de ideias e viva discussão, decidiu manter-se fiel ao figurino tradicional da violação — fui vencido, mas não convencido.

Por isso, o crime de violação definido no art. 163º do Projecto apresentado pela Comissão continuava a pressupor, **sempre e só**, uma relação sexual de **cópula**, e a ter como sujeito activo **só o homem** e como sujeito passivo **só a mulher**.

Importa, porém, reconhecer que uma nova tipificação, traduzida no crime de **coacção sexual**, em que se acolhe o novo conceito de *acto sexual de relevo*, minorava as consequências do conceito tradicional de violação.

Na verdade, nesse novo conceito abrange-se, seguramente, o sexo anal e, por outro lado, o uso do termo *outra pessoa*, também não permite dúvidas de que a *vítima* tanto pode ser um homem como uma mulher.

Porém — e neste aspecto manifestei desde logo e sempre o meu desacordo —, optou-se por conferir uma **menor ilicitude**, reconhecendo-se ao acto sexual de relevo (ainda que se traduzisse em sexo anal), um *desvalor* quando comparado com a cópula

(era o que claramente resultava da pena cominada — 1 a 8 anos, e não 2 a 10 anos).

Desvalorização repetida, logicamente, noutros preceitos do Projecto — arts. 165º, nº 2, 166º, nº 2, 167º, nº 2, 172º, nº 3 — que previam um agravamento da punição quando se tratasse de **cópula** e a vítima fosse **mulher**.

Como disse, não aceitei estas disposições e expressei, obviamente, o meu desacordo.

A Lei de Autorização — Lei nº 35/94, de 15 de Setembro — e, em conformidade, o Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, viriam a introduzir, nesta matéria, uma alteração de grande significado em relação ao texto da Comissão Revisora.

Refiro-se ao disposto no nº 2 do artigo 164º, do seguinte teor:

Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro.

Eis, finalmente, a equiparação legal do coito anal à cópula (e só do coito anal e não, também, do sexo oral) —, equiparação que não poderia, como não pôde, deixar de repercutir-se noutros crimes, que não só no de violação (vejam-se os arts. 165º, nº 2, 166º, 167º, 172º, nº 3).

Face às considerações que fui explanando, compreender-se-á o quanto me agradou esta última solução legislativa, que vivamente aplaudo.

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

J. CARMONA DA MOTA

Toda a tragédia humana começa com o sofrimento da omnipresente vontade universal insatisfeita. É ela o mais poderoso princípio, criador de todos os objectos e processos. SHOPENHAUER reduz a mero factor da vontade (universal) toda a actividade psíquica, todos os pensamentos, vivências, imagens e representações. Qualquer conhecimento é equiparado a simples representação, excluindo assim a cognoscibilidade do mundo circunstante. Às ciências é negada a capacidade de conhecer o mundo das essências e por tal o mundo dos fenómenos da natureza não passa de Ilusão. O engano mais dramático será o instinto sexual. *Para atingir o seu fim é (...) necessário que a natureza engane o indivíduo com uma ilusão qualquer, que o faça ver a sua própria felicidade no que só é, realmente, o bem da espécie; no momento em que julga obedecer aos seus desejos, o indivíduo torna-se o escravo inconsciente da natureza.*

Dimiter Anguelov, sobre Shopenhauer



I

O CÓDIGO PENAL DE 1986 E O CRIME DE ESTUPRO

Na vigência do Código Penal de 1886, *aquele que, por meio de sedução, estupra[sse] mulher virgem, maior de 12 e menor de 18 anos, ter[ia] a pena de prisão maior de dois a oito anos* (art. 392º).

No âmbito dos *crimes contra a honestidade*, esta norma penal foi então, sem dúvida, uma das mais frequentemente aplicadas, uma das mais laboriosamente esventradas pela jurisprudência e, também, uma das que mais jovens levou ao cárcere (não obstante a circunstância de o casamento entre o autor e a vítima do estupro — expediente a que muitos dos arguidos, em desespero de causa, lançavam mão — impor a suspensão da pena).

Contou FIGUEIREDO DIAS, na Reunião de 12ABR94 da Comissão de Assuntos Constitucionais da Assembleia da República, como, no ano de 1971, o célebre Prof. MEZGER, em visita à Prisão Escola de Leiria, se alarmou com o número de jovens que aí cumpria pena por estupro. O estupro correspondia na Alemanha ao crime de *sedução*, mas, explicou-lhe na altura o Prof. EDUARDO CORREIA, *aquela situação era fruto de um erro de jurisprudência que considerava que as manobras sexuais anteriores à cópula eram já sedução*. Aí, EDMOND MEZGER lançou as mãos à cabeça e exclamou: *Na Alemanha não haveria ninguém cá fora!*

Quanto ao âmbito e ao alcance dessa *sedução*, enquanto instrumento do crime de estupro, a jurisprudência evoluiu entretanto e, anos depois, já era unânime no sentido de que *aqueles actos de sensualidade e de excitação genésica que precedem a*

cópula, desacompanhados de outros anteriores, não pod[iam] preencher o conceito legal de sedução (MAIA GONÇALVES) ¹.

E, daí que a jurisprudência, relativamente aos meios de sedução tipicamente relevantes (antes, *todos os que razoavelmente pudessem determinar uma mulher a consentir na prática do acto sexual e que de facto tivessem produzido esse fim* — BELEZA DOS SANTOS), os tenha paulatinamente circunscrito, por um lado, à tradicional *promessa séria de casamento* e, por outro, aos *actos de excitação genésica enquadrados num processo visando vencer a resistência da mulher, continuados e praticados anteriormente à cópula, [desde que] a entrega da mulher se radi[casse] em tais actos, por modo a que, sem eles, se não tivesse verificado* (MAIA GONÇALVES) ².

Uma das mais célebres *vítimas* do desmesurado e tentacular alcance do crime de *estupro* ³ foi o escritor LUIZ PACHECO (7MAI25), que na revista LER ⁴, narra a odisseia que, em 1945, aos 20 anos de idade, o levou — na sequência de uma ligação, em casa do pai, com a criada mais nova e sua futura mulher, Maria Helena, então com 14 anos — a um processo-crime por *estupro*, a uma estadia em prisão preventiva na cadeia do Limo-

1 BELEZA DOS SANTOS comentava, a propósito, nas suas aulas: *Como se algum toureiro pudesse matar o touro antes de fazer uma faena!*

2 *Compreende-se que uma actuação prolongada do varão sobre uma rapariga virgem e impoluta acabe por despertar-lhe a sede de prazeres sexuais, determinando-a, afinal, a entregar-se-lhe* (MAIA GONÇALVES).

3 Numa época — a de então — em que o número de mulheres virgens entre os 12 e os 18 anos seria decerto bem mais numeroso que nos dias de hoje, em que a *sedução* não pressupunha nem exigia, segundo a jurisprudência de então, manobras fraudulentas ou artificios enganosos, bastando-se que *os meios empregados pelo homem fossem normalmente idóneos para vencer o pudor e a resistência normais de uma mulher virgem de menos de 18 anos*, e em que bastava que a *promessa de casamento* — para que considerada relevante — fosse *credível, convincente* e idónea, ainda que não capciosa e mesmo que convicta e subjectivamente séria e honesta, a captar ou obter a *entrega* da prometenda.

4 LER, Círculo de Leitores, Nº 31.

eiro (onde hoje funciona o Centro de Estudos Judiciários) ⁵ e, finalmente, em 1947, à sua condenação (à revelia) ⁶ numa pena dois anos de prisão suspensa — visto ter casado entretanto ⁷ — por cinco anos ⁸.

II

O CÓDIGO PENAL DE 1986, O ESTUPRO E A CÓPULA

Segundo os dicionários, *estuprar* (do latim *stuprare*) será desonestar, desonrar ou violar (mulher honesta ou donzela) e *estupro* (do latim *stuprum*) equivalerá a coito forçado, violação, desfloramento de virgem, desfloração ou atentado contra a virgindade da mulher.

O desfloramento ou desfloração pressupõe, naturalmente, a virgindade da mulher.

E esta, em regra, a integridade do hímen.

Porque, salvo os casos de complacência da membrana himenal, só a cópula vaginal poderia determinar — no âmbito das relações sexuais — a ruptura do hímen, daí partia a jurisprudên-

5 *O Limoeiro, que agora é o Centro de Estudos Judiciários, (...), era uma casa decente quando lá estive. Agora, estragaram tudo. Era uma prisão muito animada* (LUIZ PACHECO, Revista LER, Nº 31).

6 (...) *O casamento porá termo à prisão preventiva, prosseguindo a acusação pública, à revelia, até julgamento final* (§ 1º do art. 400º do CP de 1886).

7 *No caso de condenação, a pena ficará simplesmente suspensa e só caducará se, decorridos cinco anos após o casamento, não houver divórcio ou separação judicial por factos somente imputáveis ao marido, porque, havendo-os, o réu cumprirá a pena* (§ 2º do art. 400º do CP de 1886).

8 Não surpreende, por isso, que LUIZ PACHECO, em entrevista recentemente concedida à revista LER, tenha indagado junto do seu entrevistador se sabia o que era um *estupro* e, na sua habitual linguagem vernácula, tenha logo antecipado a resposta: *Sabe o que é estupro? Estupro é: um gajo dava uma f... e apanhava com um processo.*

cia para circunscrever a variante sexual típica do estupro à cópula vaginal:

- por um lado, só a cópula vaginal, como se viu, poderia determinar a ruptura do hímen (cuja integridade, em termos físicos, assegurava a virgindade da mulher),
- e, por outro, só a cópula vaginal se assemelhava, em caso de hímen complacente, à cópula capaz de romper/ultrapassar — no âmbito do relacionamento intersexual — a barreira anatómica entre a virgindade e a não virgindade (vulgo, a *desonra*).

Mas à cópula vaginal cedo a jurisprudência se viu forçada a associar — sob pena de multiplicação das virgens-mães⁹ — a cópula vulvar acompanhada de *e/missio seminis*.

E isso porque, sendo esta variante de envolvimento sexual capaz de determinar a concepção da mulher, haveria que evitar, conceitualmente, a atribuição do desfloramento ao próprio filho no acto de nascer:

Os casos da chamada cópula vulvar que este alto tribunal tem considerado suficientes para integrar o conceito de estupro (no tocante à cópula) têm sido aqueles em que o acto sexual atinge a consumação, pela «emissio seminis». Esta «emissio» não é exigida nem exigível na cópula vaginal. Mas na vulvar deve-o ser (...). A «emissio» e a «emissio seminis», pela potencialidade para a concepção da mulher, merecem debruçada atenção do intérprete e do julgador. Pode até suceder que a mulher que praticou a cópula vulvar fique com o hímen intacto, mas que este venha a ser rasgado pela evolução natural da gravidez resultante dessa cópula. Não deve pois fazer-se a exigência da rotura do hímen ou de que o pénis o ultrapasse se for complacente; o conceito de cópula corrente em

⁹ Recorde-se, a propósito, a aparência sobrenatural que dissimulava a crua realidade da gravidez de *Benilde* ou *A Virgem Mãe*, de JOSÉ RÉGIO.

medicina legal é demasiado rígido para servir integralmente os fins que o direito se propõe. O conceito jurídico abrangerá todos os casos que o conceito médico comporta e ainda os de «conjunctio membrorum» com orgasmo e «emissio seminis». Nestes últimos, o organismo reage fisiologicamente como no casos de cópula vaginal completa e há potencialidade para a fecundação da mulher (MAIA GONÇALVES).

A jurisprudência acabou, pois, por firmar-se à volta da seguinte orientação:

Há cópula, para efeito de enquadramento no crime de estupro, quando o membro viril penetra na vagina da mulher¹⁰, com ou sem ejaculação, ou quando penetra na vulva, desde que, neste caso, se atinja o orgasmo e a ejaculação tenha lugar dentro dos órgãos sexuais da ofendida¹¹. Os simples contactos com a vulva, sem estes últimos requisitos, não integram o conceito de cópula (acs. STJ 8MAR67, 5ABR67 e 5JUL67, BMJ 165-234, 166-269 e 169-141).

III

A OBSOLESCÊNCIA E A «QUEDA» DO CRIME DE ESTUPRO

Na altura, havia o princípio¹² «aut nubem aut dotem» (que aqui seria transformado em «ou casas ou vais para a prisão»). Mas, já no fim dos anos sessenta, começa a haver queixas por lenocínio em relação aos pais e o

¹⁰ Porque há desfloramento.

¹¹ Porque há perigo de gravidez.

¹² *Nos casos de estupro e de violação de mulher virgem, o criminoso será sempre obrigado a dotar a ofendida, ainda que com ela case (...)* (art. 400º do Código Penal de 1886).

número de estupros cai completamente. Entretanto, dá-se a revolução sexual, a revolução dos costumes e a evolução das mentalidades e o estupro passou a ser uma coisa sem sentido. Hoje já quase ninguém é punido por estupro porque já não há negócio, porque há liberdade sexual desde uma idade mais temporã e não é fácil provar uma inexperiência (FIGUEIREDO DIAS) ¹³.

Quod restat? perguntou-se então o ilustre presidente da Comissão Revisora. *Resta muito pouco* — respondeu — *e, por isso, este é um dos poucos casos em que [se manteve] a multa alternativa (ibidem).*

O pouco que resta continua, porém, a ter alguma razão de ser ¹⁴.

Não evidentemente como forma de protecção da virgindade das raparigas menores ¹⁵ nem de *culto tradicional da virgin-*

13 Acta da reunião de 12ABR94 da Comissão de Assuntos Constitucionais da Assembleia da República.

14 *Se por um lado o estupro continua a ser tipificado como crime, o seu âmbito de aplicação é agora de tal forma reduzido que, de duas, uma: (...) se faz uma interpretação declarativa lata do conceito indeterminado (abuso de inexperiência) usado pelo legislador ou a punição pelo crime de estupro se transforma numa raridade jurídica* (SÉNIO DOS REIS ALVES, *Crimes Sexuais*, 1995).

15 O dano do *desfloramento* foi considerado pelo STJ, ainda não há muito, como *ainda hoje, constitutivo de valor apreciável, quase determinante: A ilicitude sai fortemente potenciada pelo dano do desfloramento [menor de 13 anos], ainda hoje constitutivo de valor apreciável, quase determinante, na nossa sociedade (...); os tribunais têm de ser sensíveis à preservação dos bens que a lei penal visa assegurar. E quando, a propósito, se encontram em jogo o pudor, a honra, a dignidade individual e a moralidade sexual, como até o futuro ético-social da ofendida, lesados por quem, insensível às regras dos bons costumes, da sã convivência e da amizade, a atingiu no seu «direito de não sofrer intromissão física ou moral dirigida para a realização de actos sexuais», há que dinamizar mecanismos de repressão e de prevenção dissuasória, geral e especial, capazes de cumprirem a contenção indispensável, numa perspectiva de resguardo da pureza das rela-* (Cont.)

dade e da castidade femininas ¹⁶. Mas como forma, residual, de assegurar, nos casos-limite, a *liberdade* [dos adolescentes] *de* — nas felizes e expressivas palavras de TERESA BELEZA — *crescerem na relativa inocência* ¹⁷.

Na verdade, o actual crime de estupro — que nada ou muito pouco tem a ver com o estupro/sedução/desfloramento do CP de 1886 e que por isso deveria ter adoptado (logo no CP de 1982) outra nomenclatura — constituirá hoje uma *válvula de segurança* do sistema protectivo de menores em matéria sexual.

De facto, e uma vez que, em regra, só os menores de 14 anos gozam de protecção contra actos não violentos de abuso sexual, o novo *estupro* ¹⁸ permitirá prolongar, até aos 16 anos e ainda que residualmente, a protecção dos mais inexperientes, mais indefesos, mais ingénus e, de um modo geral, mais impreparados contra as aproximações ou investidas sexuais abusivas de adultos experimentados ¹⁹:

Quem tiver cópula com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias (art. 174º do Código Penal revisto).

ções intersubjectivas e da paz social (ac. STJ 13Fev92, BMJ 414-192 — Cons. SÁ PEREIRA).

16 Cf. TERESA BELEZA, *O Conceito Legal de Violação*, Revista do Ministério Público, Nº 59.

17 *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, Julho de 1995.

18 Tal como, aliás, já o fazia o *estupro* do CP de 1982, que no entanto abrangia, para além do *abuso da inexperiência*, a *promessa séria de casamento*.

19 As *Liaisons Dangereuses* de CHODERLOS DE LACLOS (-1741 +1803) relatam a astúcia, o artifício, a volúpia e o simples prazer de conquistar e de corromper com que o libertino M. de Valmont (incitado pela implacável Mme. de Mertéil) seduziu e *estuprou* a jovem (de 15 anos), ingénua e inexperiencede Mlle. Cécile de Volanges. A película *Valmont* de MILOS FORMAN também é, quando a esse trecho do célebre romance, bastante eloquente.

Hoje, o campo de protecção do *estupro* (circunscrito, no âmbito do CP de 1886, à virgindade das donzelas de 12 a 18 anos) restringiu-se à faixa etária dos 14 aos 16 anos.

O novo Código Penal, por outro lado, deixou de tutelar a *virgindade* (para passar a proteger, antes, a *inexperiência* dos mais jovens e a sua fragilidade sentimental e impreparação para o relacionamento intersexual).

A essa *inexperiência*, entendida não como *inexperiência sexual*, mas como *fragilidade sentimental e impreparação para o relacionamento intersexual*, deverá por isso atribuir-se um âmbito mais vasto que o que lhe concede NELSON HUNGRIA (*Inexperiência é a falta de conhecimento próprio, de experiência prática, sensível, sobre o domínio fisiopsíquico da libido*) perante norma congénere do Código Penal Brasileiro (*Comentário*, VIII-173). BELEZA DOS SANTOS, perante o *estupro* do CP de 1886, sentiu-a e interpretou-a assim (*apud* SÉNIO DOS REIS ALVES, *Crimes Sexuais*, 1995):

O legislador procurou defender a integridade sexual da mulher numa idade em que a irreflexão, a credulidade, a imprevisão, o imperfeito conhecimento da vida e das consequências dos seus actos, a colocam facilmente à mercê de qualquer sedutor pouco escrupuloso (RLJ 57º, p. 33).

Referindo-se à precocidade do desenvolvimento físico e sexual dos jovens de hoje, SÉNIO ALVES recordou, com todo o propósito, BERTHE RAYMOND-RIVIER:

Esta aceleração somática é isolada; a evolução do psiquismo não segue o ritmo da evolução do corpo; pelo contrário, em muitos adolescentes, ela denota um atraso que é mais do que uma simples descontinuidade em relação à aceleração dos processos fisiológicos: a imaturidade afectiva e o infantilismo do carácter são mais marcados do que anteriormente.

O novo Código Penal alargou ainda o seu campo de protecção aos próprios rapazes (se vítimas, por *inexperiência*, de sedução de mulher adulta) 20,21.

Só que, ao pretender — aqui — fechar uma saída, terá aberto — inadvertidamente — outra. Veja-se, por exemplo, o caso do homem que, abstenendo-se cautelosamente de cópula — que presume criminosa — com mulher *inexperiente* de 14 a 16 anos, opta por, sem violência, sodomizá-la ou submetê-la à *fellatio* e que, agindo assim, não sofrerá — se a jovem não lhe tiver sido confiada para educação ou assistência — qualquer sanção penal.

Mas já teria sorte diferente — e aqui está a incongruência que se quis fazer ressaltar — se, sendo maior, assim tivesse procedido com um rapaz. Pois que este, se submetido às mesmas práticas, aproveitaria da protecção concedida, contra *actos homossexuais com menores*, pelo art. 175º do CP 22.

Daí poder afirmar-se que o novo *estupro*, ao pretender conceder uma protecção complementar às raparigas (e, por arastamento, igualmente aos rapazes) mais *inexperientes*, ficou aquém, em relação às jovens, da tutela concedida aos jovens pelo tipo criminal de *actos homossexuais com menores*.

20 Não se poderá deixar de recordar, neste contexto, *Le Rouge et Le Noir* de STENDHAL e a paixão, aí celebrada, de Mme. de Rénal pelo jovem e *inexperiente* Julien Sorel. *Le Rouge et Le Noir*, curiosamente, foi-lhe inspirado por um *fait divers* registado na *Gazette des Tribunaux*, a que ele chamava *le livre d'or de l'énergie française au XIX^e Siècle*.

21 Para SÉNIO DOS REIS ALVES (*Crimes Sexuais*, 1995), no entanto, *só a mulher — dos 14 aos 16 anos — pode ser vítima do crime de estupro; de onde resulta claro que só o homem pode ser agente deste crime*. Não é esta, todavia, a posição do Prof. FIGUEIREDO DIAS: *O crime de estupro é, ao contrário do crime de violação, ambivalente* (*Actas*, p. 263).

22 *Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*

IV

A CÓPULA ENTRE ADULTOS E «ACTO ANÁLOGO» EM CRIANÇAS

A jurisprudência experimentou ao longo dos primeiros doze anos de vigência do novo Código Penal grandes dificuldades em formar consensos sobre o que deveria entender-se, relativamente às menores de 12 anos, por *acto análogo à cópula*.

CÓPULA VAGINAL E ACTO ANÁLOGO

Registaram-se, desde logo, casos de verdadeira cópula vaginal, como o relatado no BMJ 417-378 (em que o arguido, agente da PSP, se deitava sobre a sobrinha, menor de 11 anos a passar férias em casa do tio, *introduzindo-lhe o pénis na vagina até ejacular com laceração traumática do hímen*), que o STJ considerou, em 20MAI92, simplesmente como *acto análogo*:

O acto análogo abrange apenas os contactos externos dos órgãos sexuais masculinos e femininos com «emissio seminis».

SIMPLES CONTACTOS VULVARES

Mais frequentes eram, porém, os casos em que a jurisprudência — às vezes, talvez, excessivamente — equiparava simples contactos vulvares a *actos análogos à cópula*:

- Incorre em violação (*acto análogo à cópula*) quem, colocando-se por cima de menor de 10 anos, simular a cópula, *toca[ndo] com os seus órgãos genitais os da menor* (ac. STJ 13FEV91, BMJ 404-218 — Cons. MAIA GONÇALVES).
- *Aquele que fricciona o pénis nos órgãos genitais de menor de 10/11 anos comete o crime de violação, para tal se considerando esse acto como análogo ao de cópula, independentemente de «emissio penis» e de «emissio seminis».* O coito vestibular ou vulvar é o que mais se

assemelha às relações sexuais completas (ac STJ 2NOV94, CJ/STJ II-III-222 — Cons. LOPES ROCHA)²³.

Também o caso relatado nos *Novos Estilos*, 11-223 (em que o arguido deitou a menor — de 9/10 anos de idade — sobre um sofá, a desnudou da cintura para baixo e, seguidamente, com o pénis, tocou a parte externa dos órgãos genitais da menor, ejaculando-lhe sobre as pernas) obteve do STJ em 17NOV94 — na consideração de que se estava diante de *acto análogo* — a incriminação de violação (Cons. SÁ NOGUEIRA)²⁴.

23 O Cons. LOPES ROCHA sustentou, argutamente, que, se *no conceito de cópula não se exige «emissio seminis» (ainda que nos órgãos exteriores da ofendida), muito menos seria esse requisito de exigir nos chamados actos análogos: Temos como a mais fundamentada a teoria de que no conceito de cópula se não exige emissio seminis ainda que nos órgãos exteriores da ofendida. Exigir-se na violação consumada o orgasmo ou a ejaculação é um puro preciosismo, atendendo à essência do bem jurídico protegido, a autodeterminação sexual da vítima. A norma incriminadora contenta-se com a introdução do pénis na vagina, total ou parcial. A ser de outra maneira, não poderiam ser agentes do crime os incapazes de orgasmo, os que se dedicassem à prática do «coitus interruptus» e os que utilizassem preservativos. A doutrina espanhola mais respeitada sempre defendeu que para a consumação da cópula basta a «conjunctio membrorum», não sendo necessário nem a «emissio seminis» nem que a «emissio penis» seja completa, nem sendo essencial a ejaculação; no direito penal brasileiro, tem-se entendido que o crime ocorre com a introdução completa ou incompleta do pénis na vagina da ofendida, bastando, pois, a introdução parcial, não se exigindo a ejaculação. Voltando ao nosso código e tendo em conta o tradicional conceito de cópula em sentido médico-legal (introdução total ou parcial do membro viril na vagina da mulher), por «acto análogo» só pode entender-se qualquer contacto físico entre os mesmos órgãos que, não sendo cópula, todavia é idóneo para lesar ou ofender o bem jurídico protegido na norma incriminadora, independentemente da circunstância de ter havido «emissio seminis». Com efeito, não sendo essa «emissio seminis» exigida para a cópula, não se vê que possa sustentar-se que o seja para o acto análogo.*

24 O voto de vencido do Cons. COSTA PEREIRA revelou-se, no entanto, mais convincente: *O acto de com o pénis tocar a parte externa dos órgãos*

(Cont.)

Chegou inclusivamente a registar-se pelo menos um caso em que se considerou *cópula* (e não simples *acto análogo*) os contactos vulvares, sem *emissio seminis*, com menina de 9 anos (o que, hoje, obteria o aplauso — v., *infra*, p. 223 — do Juiz SÉNIO ALVES):

Integra violação a conduta de quem friccionar o pénis erecto na vulva de menor de 9 anos de idade, mesmo sem ter havido ejaculação (Ac. STJ 14ABR93, CJ/STJ I-II-199) 25: *É que o contacto do pénis com a vulva só é pos-*

genitais da menor, ejaculando sobre as pernas, não constitui cópula ou acto análogo, nem anatómica nem socialmente, pelo que o crime não pode ser o do art. 201. 2 do CP. De resto, o Projecto do novo CP é bem claro da distinção entre cópula, coito anal e acto sexual de relevo; ora, não sendo o acto praticado pelo arguido cópula ou coito anal, só poderá ser considerado acto sexual de relevo, a punir no direito ainda vigente nos termos do art. 205. 1, 2 e 3 do Código Penal.

25 A 1ª Instância entendera que a conduta do arguido não poderia ser considerada como «acto análogo à cópula» por não ter havido introdução peniana (vaginal) nem ejaculação sobre ou em contacto com a vulva da menor». O STJ, todavia, opinou diferentemente: *No âmbito do CP de 1886, só era lícito falar-se em cópula quando, ainda que se não verificasse introdução peniana, houvesse ejaculação do arguido e contacto dos órgãos sexuais masculinos e femininos externos, ou quando se verificasse penetração do pénis, embora sem ejaculação. As divergências surgiam quanto à amplitude do termo «penetração», uma vez que parte da doutrina sustentava que ela se verificava já quando o pénis entrava em contacto com a vulva, embora a maior parte dela defendesse que só se podia falar em penetração quando o órgão masculino, ultrapassado o óstio himenal, ficasse em contacto com as paredes da vagina (...). No novo Código, os defensores da primeira teoria têm vindo a sustentar que, caso fosse verdadeira a posição contrária (de só existir penetração quando a glândula, pelo menos, estivesse em contacto com a vagina), a partir da vigência do actual Código, o contacto do pénis com a vulva acabaria por ser incluído pelo menos no novo conceito de acto análogo. Por tal razão (...), os actos praticados pelo arguido têm de ser enquadrados na figura criminal de violação, por, embora não ter ocorrido ejaculação, ter existido penetração peniana, ainda que simplesmente vulvar; é que o contacto do pénis com a vulva só é possível mediante um começo de penetração daquele, uma vez que a vulva corres-*

(Cont.)

sível mediante um começo de penetração daquele, uma vez que a vulva corresponde já a um canal, constituído pela face interna dos pequenos lábios e que imediatamente antecede o canal vaginal; nessa medida, os actos praticados pelo arguido correspondem ao conceito de cópula, sem necessidade sequer de recurso à nova figura legal de acto análogo a cópula (Cons. FISHER SÁ NOGUEIRA).

CÓPULA VULVAR E «EMISSIO SEMINIS»

Parte da jurisprudência, porém, exigia — para catalogar a cópula vulvar como *acto análogo à cópula* — a *emissio seminis*. A argumentação utilizada, contudo, era exactamente a mesma — apesar da dissemelhança dos casos — que, no âmbito do código anterior, se utilizara para justificar a equiparado à cópula vaginal da cópula vulvar com ejaculação 26:

Constitui acto análogo a chamada cópula vulvar (fricção do pénis erecto na vulva da ofendida — menor de 8 anos —, com «emissio seminis»), acto situado entre o simples ferir do sentimento do pudor da menor e a prática

ponde já a um canal, constituído pela face interna dos pequenos lábios e que imediatamente antecede o canal vaginal; nessa medida, os actos praticados pelo arguido correspondem ao conceito de cópula, sem necessidade sequer de recurso à nova figura legal de acto análogo a cópula.

26 Luís Osório expendia que para haver *estupro* era necessário que o membro viril penetrasse na vagina. Sob o impulso de Beleza dos Santos, começou a cimentar-se um conceito ético-social de cópula, considerando-se como tal simples actos de conjugação carnal, como o contacto do pénis com os lábios da vulva (MAIA GONÇALVES). Os casos de cópula vulvar que o STJ tem considerado suficientes para integrar o conceito de *estupro* têm sido aqueles em que o acto sexual atinge a consumação, pela «emissio seminis». Esta «emissio seminis», porém, não é exigida nem exigível na cópula vaginal. Mas na vulva deve-o ser, pela potencialidade para a concepção da mulher (MAIA GONÇALVES). Cópula vulvar verifica-se quando o acto sexual, consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculino e feminino, atinge a consumação pela «emissio seminis».

da cópula (Ac. STJ 9JUN93, CJ I-II-242 — Cons. TEIXEIRA DO CARMO).

ACTO ANÁLOGO

Um caso paradigmático do que poderia considerar-se já uma verdadeira cópula — tendo sido perspectivado, porém, como um *acto análogo à cópula* — foi o versado na CJ/STJ III-I-178 (ocorrido em Março de 1994 e em que o arguido, com o pénis erecto, se colocou sobre a menor [de 7 anos], esfregando-o na entrada da vagina e nos lábios até ejacular e, de tal forma o fez, que *provocou a laceração do hímen da menor*).

Se tivesse implicado, apenas, uma penetração levada, ante a impossibilidade anatómica da vítima de ser sujeita a cópula vaginal, aos extremos do possível, estar-se-ia, sem dúvida, diante de um *acto análogo*, mas, tendo o agente forçado essa penetração, passando pela laceração do hímen, até à *entrada da vagina*, o caso terá quiçá ultrapassado os limites da *analogia* para configurar, mesmo, uma verdadeira *cópula vaginal*:

A violação de menor de 12 anos basta-se com actos análogos à cópula *porque em regra é impossível a penetração do pénis na vagina de uma criança dessa idade* (Ac. STJ 11JAN95 — Cons. AMADO GOMES).

COITO ANAL

O coito anal jamais obteve da jurisprudência — não obstante as críticas que tal atitude mereceu da parte de certa doutrina²⁷ e até de alguns contados arestos do Supremo Tribunal de

27 TERESA BELEZA, *O Conceito Legal de Violação: A solução a que chegou o tribunal da Guarda só se compreende por um apego escolástico, que me parece totalmente injustificado, à possibilidade de encontrar um acto análogo à penetração vaginal numa criança de dois anos que vá além da sua violentação anal. Se a razão de ser do actual art. 201º, nº 2, é a virtual impossibilidade de uma cópula vaginal com menor de 12 anos, é difícil*

(Cont.)

Justiça^{28,29} — a significação de *acto análogo à cópula*:

O coito anal com menor de 12 anos não integra o conceito de «acto análogo» do tipo legal de crime de violação, configurando o crime de atentado ao pudor (Ac. STJ 17JUN92, BMJ 418-491).

No caso, o Ministério Público da 1ª Instância recorrera por entender que o procedimento do arguido (penetração peniana do ânus da menor) integrava *acto análogo à cópula*, mas o Supremo Tribunal de Justiça sustentou-se, para a improcedência do recurso, *no próprio autor do Projecto* (que incluía o coito anal no atentado ao pudor) e na circunstância de *só se poder falar em semelhanças com a cópula vaginal quando houver conjunção carnal dos órgãos (sexuais) masculino e feminino* (Cons. FERREIRA VIDIGAL).

LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS (Código Penal de 1982) também afastavam o coito anal do conceito de *acto análogo à cópula*, afirmando que *o acto análogo tem que se revestir sem-*

imaginar acto mais análogo à cópula com uma criança de dois anos do que uma cópula anal. Em trabalho anterior (*A mulher no Direito Penal*, 1984, p. 23), TERESA BELEZA, criticando embora a solução legislativa da exclusão do coito anal e oral do conceito de cópula (ou de acto análogo à cópula), não sustentara, porém, que a solução contrária tivesse, *de iure condito*, suficiente suporte legal.

28 *Note-se que se afirmou que o acto mais análogo à cópula que se conhece é o da relação anal, em virtude de a conduta que se discute nestes actos (contacto peniano-vulvar, sem ejaculação) ser já considerada por parte da doutrina como um verdadeiro «acto de cópula», pelo que é manifesto que, para quem defenda que a chamada cópula vulvar não se enquadra no conceito jurídico-penal de «cópula», haverá duas realidades a corresponder à aludida figura de «acto análogo» — a cópula vulvar e a cópula anal* (ac STJ 14ABR93, CJ/STJ I-II-199 — Cons. SÁ NOGUEIRA).

29 *Por acto análogo à cópula, deve entender-se não só o coito vulvar como também o coito anal — aqui, seja qual for o sexo da vítima — independentemente de ter havido ou não ejaculação* (ac. STJ 17Nov94, Cons. SÁ NOGUEIRA, *Novos Estilos*, 11-223).

pre de características de uma relação heterossexual, por mais imperfeita que ela seja, isto é, tem de concitar em todo o tempo a aproximação dos órgãos sexuais do homem e da mulher. Ora, no coito anal apenas participam os órgãos sexuais de um dos intervenientes e uma outra parte do corpo do parceiro.

Das raras vozes discordantes seria, mas então ainda não publicitada, a do Juiz SÉNIO DOS REIS ALVES (*Crimes Sexuais*, 1995):

Na expressão «acto análogo» não está incluída a cópula vulvar (que permanece incluída no conceito amplo de cópula); aí se incluem, isso sim, outro tipo de relações (nomeadamente o coito anal) que seriam punidas como meros atentados ao pudor se o legislador não as tivesse coberto com esta expressão. E, daí que, no domínio do CP/82 o sujeito passivo do crime de violação pudesse ser do sexo masculino, no caso do coito anal enquanto acto análogo.

O CÓDIGO PENAL REVISTO COMO LEI INTERPRETATIVA?

Mais recentemente, o STJ tentou — ainda que algo inconvicta e inconvincentemente (tendo-se registado, até, um voto de vencido) — utilizar o Projecto da Comissão Revisora como *interpretativo* do conceito de *acto análogo* (por, pretensamente, *corresponder a uma clarificação das dúvidas que se tinham formulado acerca do alcance de idêntica expressão utilizada no Código de 1982*) e partir dele para *uma redefinição do assunto*:

Neste momento, parece possível e necessária uma redefinição do assunto. Foi tornada pública a versão definitiva do Projecto do novo CP, que deu um conteúdo mais preciso ao conceito de «acto análogo à cópula» e [cuja] melhor concretização dos [respectivos] limites não deve ser entendida como lei inovadora, por corresponder, manifestamente, a uma clarificação das dúvidas que se tinham formulado acerca do alcance de idêntica expressão utilizada no Código de 1982 e possuir, assim, a natureza de simples lei interpretativa. Se a filosofia do novo CP é

*a de que o conceito de violação deixou de ter como elemento essencial a ejaculação (o que bem se compreende porque, a manter-se o mesmo, não poderia rigorosamente falar-se em violação quando o agente procedesse a uma introdução peniana com recurso à técnica do coito interrompido ou quando o agente possuísse erecção mas não pudesse ejacular ou utilizasse preservativo), deixam de se verificar argumentos válidos para se poder manter a exigência dessa mesma ejaculação para se poder verificar o crime de violação nos casos em que exista o contacto dos órgãos genitais do agente e da pessoa ofendida. Por outro lado, e de harmonia com o actual sentir comum, não pode deixar de se rejeitar a interpretação ambígua, que foi sendo feita através dos anos, no sentido de que a prática dos mesmos actos, com a produção dos mesmos efeitos de agressão destrutiva do psiquismo da vítima, venham a ser enquadrados ora como violação ora como mero atentado ao pudor, consoante haja ou não ejaculação ou consoante haja ou não penetração mais ou menos profunda (Cons. SÁ NOGUEIRA — ac. STJ 17Nov94, *Novos Estilos*, 11-223).*

ACTO ANÁLOGO E «CÓPULA POSSÍVEL»

Terá sido, porém, o ac. do STJ de 2Nov94, relatado pelo Cons. LOPES ROCHA (CJ/STJ II-III-222), o que aportou, para a resolução da questão, os contributos mais relevantes e decisivos, ao distinguir, em relação às meninas menores de 12 anos, entre a concreta possibilidade e a concreta impossibilidade anatómica (ou similar) de cópula vaginal:

- *Em relação a menor de 12 anos, se for possível a cópula, nada se acrescenta ao tipo legal de violação, apenas se dispensando os meios especificados (violên*

cia, grave ameaça, etc.)³⁰;

- *Se a cópula não é possível, por razões anatómicas ou semelhantes, então a proibição estende-se a actos que, como aquela, normativamente falando, tenham a mesma potencialidade de lesar o bem jurídico protegido, que é, como se sabe, a liberdade ou autodeterminação da vítima: o legislador quis intencionalmente não deixar de fora da punição actos que, não constituindo cópula, são idóneos para lesar o bem jurídico protegido.*

CONCLUSÕES

O coito anal não seria de considerar, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 201º, nº 2, do CP de 1982, *acto análogo* à cópula. Inserindo-se a norma — o art. 201º, nº 2 — no âmbito típico do crime de violação (sendo certo que esta, tradicionalmente, tinha a ver, apenas, com a cópula não consentida com mulher), estranho seria que, entre as normas relativas à violação de mulher, surgisse uma que, relativamente não só a meninas como também a meninos de menos de 12 anos, enquadrasse o coito anal na violação.

Aliás, se assim fosse, surgiria o paradoxo de o coito anal violento contra homem ou mulher adolescente ou adulto não ser, então, igualmente equiparado, ao menos quanto à penalidade, à violação.

O *acto análogo* à cópula cobriria, assim, apenas os casos em que o agente, sendo concretamente *impossível* — por motivos anatómicos ou semelhantes — a cópula vaginal, mantinha ou

30 Que a cópula com meninas menores de 12 anos é muitas vezes possível (sobretudo a partir dos 10 anos de idade), revelam-no, entre outros, os casos de verdadeira cópula vaginal (pois que acompanhados de desfloramento e de lesão traumática do hímen) relatados — relativamente a crianças de 11 anos de idade — nos BMJ 417-378 (ac. STJ 20MAI92) e BMJ 416-358 (ac. STJ 9ABR92) e na CJ III-I-201 (ac. STJ 9FEV95).

intentava³¹ manter com a menor a cópula *possível*, levando a penetração peniana ou tentando levá-la aos limites do *fisicamente possível*³².

Tradicionalmente equivalente à *cópula vaginal*, não haveria que considerar *acto análogo* (para efeitos do disposto no art. 201º, nº 2, do CP de 1982) a chamada cópula vulvar, com *el/missio seminis*, com mulher adulta, adolescente ou criança.

Também os meros contactos vulvares (designadamente o *acto de com o pénis tocar a parte externa dos órgãos genitais da menor*), desde que propositada e finalisticamente constrictos a esses limites, não seriam — nem anatómica nem socialmente — de considerar *acto análogo* (se a constrição do agente se não ficasse a dever, simplesmente, à impossibilidade, por razões ligadas com o estágio de desenvolvimento físico da vítima, de penetração vaginal).

Tais actos, mais que análogos, idênticos à chamada cópula vulvar com mulher adulta, não poderiam considerar-se, como tais, *análogos* à cópula vaginal nem seriam, só por si, *idóneos para lesar ou ofender o bem jurídico protegido na norma incriminadora* da violação^{33,34}.

31 *Por vezes os actos de execução de um crime de violação podem configurar, eles próprios, outros tipos legais de crime, como o de coacção sexual ou de prática de actos exibicionistas. O traço distintivo entre essas situações passará, sempre e necessariamente, pela intenção de quem as pratica, impondo-se ao julgador que faça recurso ao plano do agente* (SÊNIO DOS REIS ALVES, *Crimes Sexuais*, 1995).

32 Haveria que averiguar e distinguir — em cada caso — se o acto pretendido, e afinal consumado ou frustrado, é um acto de *penetração* ou, simplesmente, um acto de *excitação sexual de mero contacto*.

33 *É o risco da gravidez que leva à individualização da cópula com mulher e que pesa nas representações comunitárias (que têm a respeito da violação um entendimento preciso). Embora existam casos de abuso sexual tanto ou mais graves que a violação, esta deve continuar restrita à cópula vaginal violenta de mulher (subjazendo-lhe o bem jurídico da assunção da maternidade). A violação anal pode chocar vivamente a sensibilidade das*

V

A REVISÃO DO CÓDIGO PENAL E A «CÓPULA TÍPICA»

Em relação à mulher adulta ou adolescente (maior de 12 anos), a jurisprudência desencadeada pelos CPs de 1886 e de 1982 não se dividiu quanto ao entendimento de *cópula* para efeitos de violação. A *cópula* a que os textos legais se referiam, neste âmbito, seria:

- desde logo e fundamentalmente, a *cópula* vaginal (com ou sem *emissio seminis*),
- mas também, porque equiparável, a *cópula* vulvar com *elmissio seminis*³⁵.

Só a *cópula* vaginal constituía, cientificamente, uma verdadeira *cópula*, mas a viabilidade reprodutora da *cópula* vulvar com ejaculação interna exigia, por razões de índole jurídica, a equiparação.

Aliás, a *cópula* que, saltando etapas intermédias, chega ao seu termo (ainda que sem penetração vaginal), com derrame seminal nos órgãos genitais da mulher, não poderá considerar-se — justamente porque se consumou — inacabada. O itinerário sexual, ainda que atalhadamente (ou atabalhoadamente, conforme a perspectiva), acaba afinal por, mesmo nesses casos, resultar percorrido, pois que, depois de se iniciar (através da penetração vulvar) e de saltar ou dispensar (voluntária ou involuntariamente) a etapa seguinte (a da penetração vaginal), chega realmente ao

seu termo (com o depósito seminal — digamos que à *distância* — no limiar do canal vaginal da parceira)³⁶.

O Juiz MOURAZ LOPES (em recente monografia, a primeira, aliás, que, ainda antes da entrada em vigor do Código Penal revisto, procedeu — já com grande fôlego — ao estudo exaustivo dos novos crimes *contra a liberdade e autodeterminação sexual*³⁷) entende, mais restritivamente, que a violação pressupõe a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina da mulher e que a *cópula* vulvar ou vestibular, ainda que com *emissio seminis*, se integra no conceito de acto sexual de relevo.

Já o Juiz SÉNIO DOS REIS ALVES (em monografia ainda mais recente e igualmente talentosa³⁸) propendeu — invocando em seu auxílio BELEZA DOS SANTOS (*Existe cópula sempre que tenha havido a introdução do membro viril nos órgãos sexuais da mulher ofendida*) — para o entendimento (*que [lhe] parece ser o mais correcto [mas que] nem sempre foi acolhido pelos nossos tribunais*) de que a *cópula* vulvar, mesmo sem «*emissio seminis*», faz parte do conceito de *cópula*, relevante no tipo legal de crime de violação e de que a *cópula* vulvar não está contida na referência a «*actos análogos*» à *cópula*, mas antes na pró-

—

36 Os fundamentos acabados de invocar para sustentar a opção tomada no texto afastarão — crê-se — a crítica que lhe faz o Juiz SÉNIO DOS REIS ALVES: *Face ao actual CP, defendendo-se um conceito médico-fisiológico de cópula, o coito vulvar ainda que praticado com criança de 8 ou 10 anos e mesmo que se verifique «emissio seminis», não seria punido como violação (pois que desapareceu o conceito de «acto análogo à cópula»), sendo remetido para o conceito de acto sexual de relevo. Ora, (...) mal se compreenderia que o legislador tivesse «afrouxado» o seu rigor punitivo neste ponto tão sensível como é o da cópula vulvar (e outra não é possível, a maior parte as vezes, atendendo à sua conformação genital) com crianças (Crimes Sexuais, 1995).*

37 JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal — Após a Revisão de 1995*, Coimbra Editora, 1995.

38 SÉNIO DOS REIS ALVES, *Crimes Sexuais*, Almedina, 1995.

— pessoas mas não pode nunca, dada a natureza das coisas, conduzir a uma gravidez (FIGUEIREDO DIAS, *Actas da Comissão de Revisão*).

34 Celia Wells, professora de Direito em Cardiff, estranha a aceitação acrítica dos codificadores das leis inglesas sobre crimes sexuais da ideia feita segundo a qual a ideia geral de violação só engloba a *cópula* vaginal forçada (TERESA BELEZA, *O Conceito Legal de Violação*, Revista do Ministério Público, Nº 59).

35 V., *supra*, p. 206.

pria noção de cópula, porque de cópula se trata em sentido jurídico-normativo.

A verdade, porém, é que, por um lado, a grande aproximação que o Código Penal revisto fez, relativamente às penas do crime de violação, das penalidades correspondentes aos crimes de coacção sexual e, por outro, a desconsideração operada pelo novo diploma em relação à cópula³⁹ fizeram perder à questão grande parte do seu interesse prático⁴⁰.

O Código Penal revisto, ao erigir em tipo principal, não a violação (mediante cópula), mas a coacção sexual (mediante acto sexual de relevo, em que se incluem, entre outros, a cópula e os actos de envolvimento sexual análogos ou equiparáveis), deslocou o núcleo do desafio à jurisprudência (nas palavras do Juiz MOURAZ LOPES) para a concretização do que é (ou vai ser) o acto sexual de relevo nos vários tipos de crime:

Trata-se de um conceito que, embora indeterminado, se pretendeu essencialmente liberto de conteúdos moralistas. O CP Alemão define acções sexuais, algo indefinidamente⁴¹, como «aquelas que, em relação com o res-

39 Reduzindo-a — tal como o coito anal e outras formas, mais ou menos ortodoxas, de envolvimento sexual — à categoria de *acto sexual de relevo*.

40 Na Comissão Revisora, duas concepções sobre a violação se confrontaram: a tradicional (que exigia a cópula vaginal violenta com mulher) e a moderna (que, à semelhança do código francês, alargava o seu âmbito a toda a penetração [*toute pénétration*] vaginal ou anal com mulher ou homem). No fundo, a questão era a de saber se a violação exigia ou não a cópula. Acabou por optar-se pela tese tradicional mas, em contrapartida, agravaram-se as penas dos demais crimes de coacção sexual, de modo a que a respectiva moldura penal fosse suficientemente elástica e aproximada à da violação e de tal forma que os actos assimiláveis à cópula — o coito anal, por exemplo — acabassem punidos com penas aproximadas às da violação. O texto ministerial congraçou as duas teses, retirando o coito anal da coacção sexual para o equiparar à violação (cf. FIGUEIREDO DIAS, comunicação oral, de 12ABR94, à Comissão de Assuntos Constitucionais da Assembleia da República).

41 *O legislador hábil e competente tem o dever de evitar ao máximo o recurso a conceitos indeterminados e, numa perspectiva positiva, a função* (Cont.)

pectivo bem jurídico protegido, são de alguma maneira relevantes». RIPOLLÉS propõe uma noção para acção sexual que será «toda a conduta com que o seu autor pretende envolver-se com outra pessoa num contexto sexual.

Mas o Juiz MOURAZ LOPES, muito argutamente aliás, logo preveniu — valendo-se de MUÑOZ CONDE⁴² — para a dificuldade de se responder a esse desafio sem recurso às pautas morais convencionais:

Pese embora a limpeza de todos os conceitos com ressonância moral no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, (...) não se poderá prescindir, na interpretação do que é acto sexual de relevo, de referências a conceitos valorativos sociais, que dificilmente poderão deixar de levar em consideração pautas morais convencionais que ainda disciplinam o comportamento moral das pessoas⁴³.

Por isso é que o Prof. FIGUEIREDO DIAS, na discussão da Proposta de Lei nº 92/VI perante a Comissão dos Assuntos Constitucionais da Assembleia da República, se ufanou — muito legitimamente, aliás — de a Comissão Revisora ter conduzido os seus trabalhos por forma a *acabar-se claramente com a questão da virgindade, com a questão do hímen e com a questão da cópula completa ou incompleta, que levaram a coisas terríveis, e até ridículas, na história judiciária portuguesa*.

de garantia da lei penal significa que deve exigir-se-lhe o máximo de determinação dos tipos legais (nullum crimen sine lege certa) (Cons. LOPES ROCHA — ac. STJ 2Nov94, CJ/STJ II-III-222).

42 *Derecho Penal, Parte Especial*, 1993, p. 417.

43 Recorrendo a DAMÁSIO DE JESUS, *Código Penal Brasileiro Anotado*, 1991, p. 576, MOURAZ LOPES avançou ainda: [*O acto sexual de relevo*] *pode comparar-se, quando não integre a cópula, ao chamado «ato libidinoso diverso da conjunção carnal», a que alude o CPB, considerado como «o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual».*

Quanto à cópula completa e incompleta — acrescentou —, há que apelar à doutrina que, no âmbito de protecção da norma, refere quais os comportamentos que cabem na norma e que provocam o resultado. Se nos pomos a discutir se a cópula incompleta se trata de cópula vaginal ou de cópula vulvar, ainda se acabará a discutir qual exactamente a colocação física do hímen. A questão, pois, é saber se essa cópula completa ou incompleta é um comportamento que preenche a teleologia da norma de tal forma que ponha em causa o bem jurídico protegido.

Mas, como bem mostra o dissídio desencadeado, a esse respeito, pelas duas primeiras monografias publicadas sobre os *novos crimes sexuais*, a verdade é que, contrariando o optimismo manifestado por FIGUEIREDO DIAS, algumas dessas questões (das tais *que levaram a coisas terríveis, e até ridículas, na história judiciária portuguesa*) continuam ainda em aberto.

Nota Final:

A necessidade de concluir este trabalho a tempo de poder servir de base a uma comunicação a apresentar, no Centro de Estudos Judiciários, nas Jornadas de Direito de Criminal de 23 a 25 de Novembro de 1995, obriga a que os outros capítulos projectados (Abuso sexual — Coacção sexual — Violação) tenham que ficar — se ela entretanto surgir — para outra ocasião.

Resta agradecer ao Centro de Estudos Judiciários o honroso convite e, aos Conselheiro Gonçalves da Costa, docente do CEJ, e Juiz de Direito J. A. Telles Pereira, assessor do Tribunal Constitucional, toda a documentação amavelmente facultada.

*A DIRIMENTE DA REALIZAÇÃO DE INTERESSES
LEGÍTIMOS NOS CRIMES CONTRA A HONRA*

MARIA DA CONCEIÇÃO S. VALDÁGUA

I *

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Começo por justificar uma opção terminológica. Designarei por *realização de interesses legítimos* a figura jurídica de que vou falar, que é a dirimente contemplada no **art. 164º, nºs 2 e ss., do C.P. de 1982** ¹, bem como no **art. 180º, nºs 2 e ss., do C.P. revisto** ².

A terminologia adoptada afigura-se-me preferível à de *prosecução de interesses legítimos*, proposta por COSTA ANDRADE ³, desde logo porque o uso do termo *prosecução* me parece mais apropriado quando se refere a fins (escopos, finalidades, objectivos) do que quando se reporta a interesses: **prosseguem-se fins**, para os atingir, mas **realizam-se interesses**, para os satisfazer.

Além disso, o C.P. revisto refere-se a *realizar interesses legítimos* [art. 180º, nº2, al. a)], tal como o C.P. de 1982 aludia a *realizar o interesse público legítimo* [art. 164º, nº 2, al. a)]. Esta

* Texto inalterado da conferência proferida em 24 de Novembro de 1995.

1 Código Penal, na redacção aprovada pelo Dec.-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro.

2 Código Penal revisto ao abrigo da Lei nº 35/94, de 15 de Setembro, e aprovado pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março.

3 *Sobre a Reforma do Código Penal Português*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), 1993, pp. 427 e ss. (454 ss. e 483 s.) e *in Estudos Comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, 1995, pp. 77 e ss. (94 s. e 112).

terminologia, escolhida e mantida pelo legislador, só seria de rejeitar em favor de outra que fosse incontestavelmente mais correcta, o que não acontece com a expressão *prosseguir interesses legítimos*.

Na comparação das disposições legais do direito vigente e do direito anterior, relativas à realização de interesses legítimos, o que mais se destaca é o nº 3 do art. 180º do C.P. revisto, que não tem correspondência no art. 164º, nem em qualquer outro do C.P. de 1982. O novo preceito, por um lado, exclui do âmbito de aplicação da realização de interesses legítimos as imputações de factos (desonrosos) relativos à *intimidade da vida privada e familiar*; mas, por outro lado, ressalva expressamente a aplicabilidade, àquelas imputações, das dirimentes do exercício de um direito, cumprimento de um dever e consentimento do ofendido, caracterizadas como causas de exclusão da ilicitude nas als. *b)*, *c)* e *d)* do nº 2 do art. 31º do Código Penal, respectivamente.

Outra diferença que logo salta à vista, quando se compara o texto legal anterior com o actual, resulta do desaparecimento, no C.P. revisto, da exigência de que o interesse legítimo a realizar seja um interesse **público**, admitindo-se agora, portanto, que possa tratar-se de um interesse **privado**. É o que decorre da substituição da expressão *para realizar o interesse público legítimo ou por qualquer outra justa causa* [art. 164º, nº 2, al. *a)*, do C.P. de 1982] pela expressão *para realizar interesses legítimos* [art. 180º, nº 2, al. *a)*, do C.P. revisto].

Não estaria certo pretender-se que, em face do art. 164º, nº 2, do C.P. de 1982, esta dirimente abrangia já a realização de quaisquer interesses **privados** legítimos, na medida em que estes sempre poderiam ser encarados como *qualquer outra justa causa*. Se assim fosse, não se compreenderia que o legislador tivesse expressamente referido que o interesse legítimo a realizar deveria ser **público**. A referência a *qualquer outra justa causa* era, no nº 2 do art. 164º do C.P. de 1982, para utilizar uma expressão

de FIGUEIREDO DIAS, uma *menção redundante da ilicitude*, apenas destinada a chamar a atenção do intérprete para a possível intervenção de causas de justificação ⁴.

Assim, embora seja exacto que já em face do C.P. de 1982 a tutela de interesses **privados** podia levar à exclusão da ilicitude de factos desonrosos, isso não se verificava no âmbito da dirimente da realização de interesses legítimos, mas sim, apenas, no domínio de **outras** dirimentes (p. ex., o estado de necessidade justificante ou direito de necessidade, previsto no art. 34º do C.P.). Diversamente, o C.P. revisto veio introduzir a possibilidade de a tutela de interesses privados fundamentar a impunidade de imputações de factos desonrosos também no domínio da dirimente da realização de interesses legítimos (e, portanto, com sujeição ao regime característico **desta** dirimente).

Importa, por último, referir, a benefício de demonstração ulterior, que a introdução do mencionado preceito do nº 3 do art. 180º do C.P. revisto ⁵, na medida em que altera também o contexto do preceito do nº 5 desse mesmo artigo, leva a atribuir a este último um entendimento diverso do que lhe cabia no art. 164º, nº 4, do C.P. de 1982 (que foi reproduzido pelo nº 5 do C.P. revisto, com ligeiras diferenças formais).

Recorde-se, a este respeito, que o art. 164º, nº 4, do C.P. de 1982 estava integrado num contexto que não permitia atribuir qualquer significado razoável à sua frase inicial, segundo a qual, *quando a imputação for de facto que constitua crime, será também admissível a prova*. (A falta de sentido dessa frase inicial

4 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 1969, pp. 448 e ss., bem como COSTA ANDRADE, RPCC, 1993, cit. n. 3, p. 453 n. 56 e restante bibliografia aí citada e in Estudos..., 1995, cit. n. 3, p. 93.

5 Cf. *supra* p. 230

do preceito foi justamente acentuada pelo Professor FIGUEIREDO DIAS no decurso dos trabalhos da Comissão de Revisão ⁶.

Os aspectos apontados bastarão já, independentemente de mais considerações, para justificar que, no âmbito de um ciclo de conferências sobre o recente C.P. revisto, tenha lugar uma reflexão sobre a dirimente da realização de interesses legítimos no domínio dos crimes contra a honra. Mas o interesse e a actualidade de que este tema se reveste, aqui e agora, excedem em muito a importância das alterações que o C.P. revisto introduziu na matéria. Tal interesse e actualidade resultam, sobretudo, da relativa novidade desta dirimente no direito penal português. Com efeito, enquanto, por exemplo, no StGB alemão a realização de interesses legítimos (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*) está contemplada, há mais de um século, numa disposição que faz parte do capítulo dos crimes contra a honra — o § 193, cuja redacção em vigor é ainda a primitiva, de 1871 ⁷ —, em Portugal a regulamentação legal desta dirimente remonta apenas a 1982.

6 Cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 274.

7 Cf., por ordem cronológica, por todos: NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung ...*, ZStW 77 (1965), pp. 1 e ss. (31 s.); ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Berlin, 1969; ROEDER, *Der systematische Standort der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» im Spiegel der Strafrechtsreform*, in *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 229 e ss.; FOREGGER, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (WK)*, Foregger/Nowakowski, 8º Fasc., 1981, § 114; LENCKNER, *Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein «übergesetzlicher» Rechtfertigungsgrund?*, in *Gedächtnisschrift für Noll*, 1984, pp. 243 e ss.; GEPPERT, *Die Wahrnehmung berechtigter Interessen* (§ 193 StGB), Jura 1985, pp. 25 e ss.; HERDEGEN, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK)*, 10ª Ed., 48º Fasc., 1989, § 193; TENCKHOFF, *Grundfälle zum Beleidigungsrecht*, Jus 1989, pp. 198 e ss.; ROXIN, *Weitere Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe*, in *Rechtfertigung und Entschuldigung III* (Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990), Eser/Huber, Freiburg i. Br., 1991, pp. 357 e ss. (366-369); RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, 24ª

(Cont.)

Acresce que a realização de interesses legítimos jamais foi, entre nós, tema central de um estudo jurídico, apesar de existirem na literatura jurídico-penal portuguesa alguns valiosos contributos para o seu esclarecimento, insertos em trabalhos de âmbito mais geral ou que incidem sobre matérias afins ⁸.

Não tenho, evidentemente, possibilidade nem intenção de tratar, mesmo em breves termos, a generalidade dos problemas que se colocam em torno da figura da realização de interesses legítimos. Analisarei as alterações do regime da realização de interesses legítimos acolhidas no C.P. revisto e, para além disso, terei de limitar-me a abordar uma ou outra questão de carácter mais geral.

Não quero, no entanto, deixar de registar que os numerosos problemas, relativos à realização de interesses legítimos, que aqui ficam por tratar, são largamente debatidos pelos penalistas de alguns países estrangeiros, entre os quais apresentam especial interesse para nós a Alemanha e a Suíça: aquela pela enorme riqueza da sua literatura jurídico-penal, também no campo da realização de interesses legítimos ⁹; esta porque o legislador penal português, quer no art. 164º, nºs 2 e ss. do C.P. de 1982, quer no art. 180º, nºs 2 e ss., do C.P. revisto, teve largamente em conta a

Ed., 1991, § 193; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª Ed., 1991, § 193; ROXIN, *Strafrecht*, AT, Band I, 2ª Ed., C.H. Beck, München, 1994, § 18 B, nºs de m. 30 e ss.

8 Merecem ser postos em relevo os trabalhos a seguir indicados, que cito por ordem cronológica: FIGUEIREDO DIAS, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português*, Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 115, 1982, pp. 100 e ss.; SILVA DIAS, *Alguns Aspectos do Regime Jurídico dos Crimes de Difamação e de Injúrias*, A.A.F.D.L., 1989, pp. 36 e ss.; COSTA ANDRADE, RPCC, 1993, cit. n. 3, pp. 454 e ss. e 483 e ss. e in *Estudos...*, cit. n. 3, pp. 94 e s. e 112; FARIA E COSTA, *O Círculo e a Circunferência: em Redor do Direito Penal da Comunicação*, in *Estudos...*, cit. n. 3, pp. 185 e ss., 193 e ss.

9 Cf., por todos, os autores citados em n. 7, *supra*.

regulamentação do art. 173º do código penal helvético de 1937, com a redacção que foi dada a esse preceito pela Lei Federal de 5 de Outubro de 1950¹⁰.

II

O REQUISITO DOS «INTERESSES LEGÍTIMOS»

Art. 180º, nº 2, al. a), do Código Penal Revisto

Não será difícil obter consenso em torno da tese de que estão excluídos do âmbito dos *interesses legítimos*, a que se refere o art. 180º, nº 2, al. a), do C.P. revisto, todos aqueles interesses cuja satisfação, manifestamente, não cabe à ordem jurídica fomentar, mas sim contrariar, como é o caso do interesse em provocar um escândalo, humilhar ou comprometer uma pessoa ou vingar-se dela, etc. Bem menos fácil será, porém, responder, por exemplo, à questão de saber se, depois de o legislador ter suprimido a exigência do carácter público dos interesses legítimos, os interesses **privados** abrangidos no citado preceito do Código Penal vigente incluem todos os *interesses juridicamente protegidos* que podem ser objecto de legítima defesa, nos termos do art. 32º do mesmo diploma, ou apenas abrangem alguns deles.

A correcta delimitação do âmbito daqueles *interesses legítimos*, cuja realização poderá levar à impunidade de um facto ofensivo da honra ou consideração alheia, só é possível desde que se tenha presente que, nos termos do art. 180º, nº 2, do C.P. revisto — tal como já acontecia em face do art. 164º, nº 2, do C.P. de 1982, mas ao contrário do que sucede noutras ordens jurídicas, como a alemã ou a suíça —, **no direito português a**

10 Cf., por todos, sobre a problemática da realização de interesses legítimos no direito penal suíço, a exemplar exposição de STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, 5ª Ed., 1995, pp. 201 e ss., sobretudo 209 e ss.

prova da verdade da imputação de um facto desonroso só é admissível no caso de o agente estar a realizar *interesses legítimos*.

Para que esta solução não se revista de uma severidade que seria excessiva para o arguido e frontalmente contrária ao salutar princípio de que *a paz social... não deve ser conseguida com o sacrifício da verdade nas relações sociais*¹¹, afigura-se-me que é mister interpretar a expressão *interesses legítimos*, contida no citado preceito do C.P. revisto, de modo a abranger, **além do interesse público legítimo**, a que já fazia referência o art. 164º, nº 2, al. a), do C.P. de 1982, **todos os interesses privados juridicamente protegidos**, ou seja, todos aqueles interesses privados que podem ser objecto de legítima defesa. Mal se compreenderia, na verdade, que a imputação de um facto desonroso, mas **verdadeiro**, apesar de necessária para a tutela de um interesse privado juridicamente protegido (e, por isso, susceptível de legítima defesa), estivesse de antemão excluída do âmbito da dirimente da realização de interesses legítimos.

Ao contrário, porém, do que acontece na legítima defesa, na realização de interesses legítimos exige-se uma **relação de proximidade** (*Näheverhältnis*) entre o agente e o interesse por ele realizado, como desde há muito acentua a literatura penalista alemã, apesar de no § 193 do StGB — tal como no art. 164º, nº 2, do C.P. de 1982 ou no art. 180º, nº 2, do C.P. revisto — esta exigência não ser expressamente feita¹².

A referida relação de proximidade é de afirmar sempre que se trate de um interesse público, porque os assuntos da colectivi-

11 EDUARDO CORREIA, in Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial, Ministério da Justiça, 1979, p. 94.

12 Cf., por todos, HERDEGEN, LK., 1989, cit. n. 7, § 193, nº de m. 19; ROXIN, *Strafrecht...*, 1994, cit. n. 7, § 18, nº de m. 40; RUDOLPHI, SK, 1991, cit. n. 7, § 193, nºs de m. 12 e ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch...*, 1991, cit. n. 7, § 193, nº de m. 13.

dade dizem também respeito a cada um dos cidadãos¹³. Mas, quando o interesse em causa for de natureza privada, a sua realização, através de uma imputação de facto ofensivo da honra e consideração de outrem, só poderá fundamentar a impunidade do agente se este for o próprio titular ou outra pessoa que (por ser, por exemplo, parente, cônjuge, advogado, gerente, administrador ou procurador do titular, etc.) possa razoavelmente arrogar-se a qualidade de guardião desse interesse.

A exigência da relação de proximidade entre o agente e o interesse a realizar afigura-se plenamente justificada, desde que se atente em que a realização de interesses legítimos pode conduzir à impunidade também de imputações de factos que sejam, simultaneamente, **ofensivos da honra e contrários à verdade** (desde que feitas de boa fé). Não se compreenderia que qualquer pessoa pudesse realizar, com recurso a meios deste tipo, quaisquer interesses privados alheios, pois isso redundaria numa restrição insuportável da tutela penal da honra.

Outra exigência, respeitante ao interesse a realizar, que não se encontra expressamente formulada na lei mas não pode deixar de reconhecer-se, é a da prevalência do interesse a realizar sobre

13 Nem sempre assim se entendeu. O *Reichsgericht*, nomeadamente, sustentou em vários arestos que a imputação de factos ofensivos da honra e consideração alheia, através da imprensa, com o fim de pôr a descoberto faltas e deficiências prejudiciais à colectividade, só poderia beneficiar da dirimente da realização de interesses legítimos se o respectivo publicista fosse, ele mesmo, afectado, de modo imediato, pela falta ou deficiência que se propunha revelar. Cf., acerca desta orientação jurisprudencial, há muito abandonada na Alemanha, por todos, HERDEGEN, LK, 1989, cit. n. 7, § 193, nº de m. 19. Como este autor justificadamente aí observa, tudo quanto diga respeito às *funções estaduais em todos os domínios e a todos os níveis* e a outras matérias de interesse público, tais como a formação da vontade nas decisões políticas, a formação da opinião pública, etc., afecta, de modo imediato, cada um dos cidadãos, autorizando-o, portanto, a realizar o interesse público ameaçado (desde que se verifiquem os restantes requisitos da dirimente em referência).

o interesse na tutela da honra. Trata-se de um requisito da realização de interesses legítimos que resulta do princípio da ponderação de interesses, a ela subjacente, e pressupõe, portanto, uma ponderação **em concreto** de todos os factores relevantes¹⁴.

III

A EXCLUSÃO, DO ÂMBITO DA REALIZAÇÃO DE INTERESSES LEGÍTIMOS, DA «IMPUTAÇÃO DE FACTO RELATIVO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR»

Art. 180º, nº 3, do Código Penal Revisto

O novo preceito do art. 180º, nº 3, do Código Penal remete, na sua parte inicial, para as dirimentes do exercício de um direito, cumprimento de um dever e consentimento do ofendido, recordando ao intérprete que qualquer delas pode — a verificarem-se os respectivos requisitos — fundamentar a impunidade da imputação de um facto ofensivo da honra e consideração de outrem, mesmo que se trate de facto relativo à intimidade da vida privada e familiar.

Afigura-se evidente que, nesta medida, o C.P. revisto em nada alterou o direito anterior. Por exemplo: já em face do art. 164º

14 Cf., a este respeito, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafrecht...*, cit. n. 7, § 193, nº de m. 12 e bibliografia aí indicada. Importa referir, a este respeito, que a realização de interesses legítimos, embora assentando, tal como o estado de necessidade justificante ou direito de necessidade (art. 34º do C.P.), no princípio da ponderação de interesses, tem requisitos distintos, que lhe conferem autonomia também perante essa causa de justificação. Assim, por um lado, a realização de interesses legítimos não pressupõe — e o direito de necessidade pressupõe — um *perigo actual*; e, por outro lado, a realização de interesses legítimos exige a já aludida **relação de proximidade** entre o agente e o interesse a realizar, o que não acontece com o direito de necessidade (cf. sobre estes pontos, por todos, ROXIN, *Strafrecht...*, cit. n. 7, § 18, nºs de m. 34 e 40).

do C.P. de 1982 (versão originária), a testemunha inquirida em tribunal sobre um facto desonroso, relativo à intimidade da vida privada ou familiar de um terceiro, estava justificada, não por realização de interesses legítimos, mas sim pelo cumprimento de um dever, se relatasse esse facto, do seu conhecimento.

Um caso interessante de consentimento do ofendido foi decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, por acórdão de 15 de Março de 1989¹⁵: A pedido insistente da ofendida, a ré confidenciara-lhe que, na empresa por aquela dirigida, se dizia que ela, ofendida, sendo casada, tinha uma relação amorosa extraconjugual com um empregado. Como a ré se negasse depois a revelar a fonte da informação, porque teria jurado que não o faria em caso algum, a ofendida apresentou queixa, por injúrias. O Tribunal absolveu a ré por entender que o seu comportamento estava justificado por consentimento da ofendida [art. 31º, nº 2, al. c) do C.P.].

É na segunda parte do nº 3 do art. 180º do C.P. revisto que se encontra estabelecida a alteração mais saliente introduzida pelo legislador, em 1995, no regime da realização de interesses legítimos. Não se trata, aliás, de uma alteração tão profunda do direito anterior como a pretendida pela Comissão de Revisão, que aprovou para o nº 3 do art. 178º do Projecto (correspondente ao nº 3 do art. 180º do actual Código) a redacção seguinte: ***O disposto no número anterior não se aplica tratando-se de facto relativo à vida privada ou familiar***¹⁶.

O que, afinal, ficou excluído pelo legislador, em 1995, do âmbito da realização de interesses legítimos não foi toda a vida privada e familiar, mas apenas o domínio, menos vasto, da ***intimidade da vida privada e familiar***, como se lê no nº 3 do art. 180º. Continua, portanto, a haver uma zona na vida privada

15 Cf. Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI, Tomo II, 1989, pp. 84 e ss.

16 Cf. *Código Penal — Actas...*, cit. n. 6, p. 274.

e/ou familiar — a zona considerada *não íntima* —, acerca da qual é possível fazer imputações de factos desonrosos, que ficarão, eventualmente, impunes por força da dirimente da realização de interesses legítimos.

Por outro lado, a substituição da disjuntiva *ou* pela copulativa *e* entre os adjectivos *privada* e *familiar* (passando-se, portanto, de *vida privada ou familiar* para *vida privada e familiar*) parece justificar a conclusão de que o legislador quis limitar, de modo não despiciendo, o âmbito da alteração do regime da realização de interesses legítimos. Mas não deve considerar-se líquida tal conclusão, pois ela equivale, na prática, a entender o texto legal como se lá estivesse escrito: ***o disposto no número anterior não se aplica tratando-se de facto relativo à intimidade da vida privada familiar***, donde resultaria a inutilidade da conjunção *e*, introduzida pelo legislador.

De acordo com o teor literal do art. 192º, nº 2 e nº 1, al. d), do C.P. revisto, a divulgação de factos relativos à vida privada — ***íntima ou não*** — de outra pessoa é punível se não for praticada ***como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante***. Parece-me haver aqui uma fricção no plano valorativo, visto que o *interesse público legítimo relevante* exigido, para a justificação do facto, no art. 192º, nº 2, abrange, seguramente, um número bem menor de situações do que os *interesses legítimos* a que alude o art. 180º, nº 2. Não tem sentido, a meu ver, que, por um lado, seja punível como *devassa da vida privada* a divulgação de certos factos desonrosos — negando-se, portanto, nessa medida, que se trate de *meio adequado para realizar o interesse público legítimo e relevante* (art. 192º, nº 2, do C.P. revisto) — e, por outro lado, se afaste a punição desse mesmo comportamento como difamação, com fundamento na realização de interesses (privados) legítimos. Se estes interesses são atendíveis para afastar a punição da conduta como difamação, deveriam sê-lo também para excluir a sua punição como devassa da vida privada.

De qualquer modo, para os factos da **vida privada e/ou familiar não íntima**, o legislador, em 1995, parece ter-se afastado do propósito que pouco antes lhe fora imputado por COSTA ANDRADE: o propósito de excluir da justificação, em nome da **prossecação de interesses legítimos**, as condutas que, por sobre atentarem contra a honra, violam ao mesmo tempo a reserva da vida privada ou familiar ¹⁷.

IV

INTERPRETAÇÃO DO Nº 5 DO ART. 180º DO CÓDIGO PENAL REVISTO

Conforme já referi, o nº 5 do art. 180º do C.P. revisto reproduz, com ligeiras alterações de forma, o nº 4 do art. 164º do C.P. de 1982.

A primeira frase do preceito, onde se estabelece que **também** é admissível a prova (da verdade da imputação) **quando o facto imputado constituir crime**, deixa perplexo o intérprete. Desde logo, não se percebe que utilidade possa ter a inclusão daquele advérbio no texto legal, dado que, ao contrário do que acontecia com o C.P. de 1886, onde a regra era não admitir (salvo duas excepções) a prova da verdade dos factos desonrosos imputados, vale desde 1982 o princípio da admissibilidade da prova. Isto foi já dito com clareza pelo Prof. EDUARDO CORREIA no decurso dos trabalhos da Comissão Revisora ¹⁸.

Mas a perplexidade do intérprete resulta, sobretudo, de a admissibilidade da prova da verdade parecer justificar-se, mais do que em qualquer outra situação, em **dois tipos de casos, um dos quais é precisamente o de o facto imputado constituir um crime**. Recorde-se, a este respeito, que o **art. 408º do C.P. de**

1886 (que reproduzia o art. 408º do C.P. de 1852) estabelecia o seguinte:

Não é admissível prova alguma sobre a verdade dos factos imputados, salvo nos dois casos seguintes:

1º Quando os factos imputados aos empregados públicos, por eles responsáveis, forem relativos às suas funções;

2º Quando for imputado a pessoa particular ou empregado público fora do exercício das suas funções um facto criminoso sobre que houver condenação ainda não cumprida...

Como explicar então a presença daquele surpreendente advérbio **também**, contido na última parte do preceito em análise?

A explicação é de ordem histórica e remonta ao art. 176º do Projecto da Parte Especial apresentado, em 1966, pelo Professor EDUARDO CORREIA.

Esse art. 176º estabelecia no seu nº 2:

O agente não será punido quando prove a verdade da imputação ou quando tenha fundamentos sérios para, em boa fé, a reputar como verdadeira. A boa fé exclui-se quando o agente não cumpriu o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação.

No nº 3 do mesmo artigo acrescentava-se que, tratando-se de afirmações feitas ou divulgados relativamente à vida privada ou familiar de outrem, ... a prova ... só será admissível quando a imputação seja feita como meio adequado para realizar um interesse público legítimo ou tenha qualquer outra justa causa.

¹⁷ RPCC, 1993, cit. n. 3, p. 455 e in Estudos..., cit. n. 3, p. 94.

¹⁸ Actas..., cit. n. 11, p. 94.

Finalmente, o nº 4 do artigo em referência era do seguinte teor:

Quando a imputação for de factos criminosos, será também admissível a prova, mas limitada à resultante da condenação por sentença passada em julgado, que não tenha ainda sido cumprida. O processo criminal regulará a prejudicialidade e a suspensão do processo.

Como se vê, o regime-regra da dirimente estava contido no nº 2 do art. 176º, que admitia a prova da verdade da imputação, na generalidade dos casos. O nº 3 exceptuava desta regra as imputações respeitantes à vida privada ou familiar de outrem, relativamente às quais a prova da verdade só era admitida quando a imputação fosse feita como meio adequado de realização de um interesse público legítimo ou tivesse qualquer outra justa causa. E o nº 4, por seu turno, excluía do âmbito do regime excepcional do nº 3 (e situava, portanto, no âmbito do regime-regra do nº 2) as imputações de factos criminosos respeitantes à vida privada ou familiar de outrem (desde que houvesse condenação já transitada em julgado e ainda não cumprida).

O advérbio *também* tinha, nesse contexto, pleno sentido: o que se queria significar com ele era que, nas circunstâncias apontadas, a prova da imputação de factos criminosos, respeitantes à vida privada ou familiar de outrem, era igualmente admissível, tal como na generalidade dos casos contemplados no nº 2, e, portanto, não estava sujeita às limitações previstas no nº 3.

Em suma: a frase inicial do nº 4 do art. 176º do Projecto do Professor EDUARDO CORREIA de 1966, ao qual remonta a primeira parte do preceito do actual nº 5 do art. 180º do Código Penal, não se destinava a esclarecer que *também* era admissível a prova da verdade dos factos imputados quando tais factos fossem criminosos — esclarecimento que seria supérfluo —, mas sim, apenas, a **estabelecer a admissibilidade da prova, nos termos gerais, quando os factos imputados, respeitantes à vida privada ou familiar de outrem, fossem factos criminosos.**

Dos três referidos preceitos, contidos, respectivamente, nos nºs 2, 3 e 4 do art. 176º do Projecto da Parte Especial do Código Penal, da autoria do Professor EDUARDO CORREIA, só os dos nºs 2 e 4 foram acolhidos no art. 164º do C.P. de 1982. O nº 3 daquele art. 176º, que restringia a admissibilidade da prova, quando se tratasse de imputações de factos respeitantes à vida privada ou familiar de outrem, não teve consagração legal.

Assim, o nº 4 do art. 176º do Projecto do Professor EDUARDO CORREIA, reproduzido, no essencial, no nº 4 do art. 164º do C.P. de 1982, ficou, neste diploma, privado do contexto a que, naquele Projecto, se reportava o advérbio *também*. Daí resultou que tal advérbio, no nº 4 do art. 164º do C.P. de 1982, passou a não ter qualquer sentido razoável. Bem se compreende, portanto, que a Comissão de Revisão do C.P. de 1982 tivesse votado a sua eliminação, depois de o Professor FIGUEIREDO DIAS acentuar que *o que não faz sentido no nº 4 é a frase relativa a que a prova também é admissível*¹⁹.

No entanto, apesar de eliminado pela Comissão de Revisão, em 1993, o preceito voltou a ser acolhido pelo legislador, em 1995, agora como nº 5 do art. 180º do C.P. revisto. Que interpretação deverá ser-lhe dada?

Afigura-se-me que o nº 5 do art. 180º do C.P. vigente deve ser entendido em ligação com o regime-regra do nº 2, por um lado, e o regime excepcional do nº 3 do mesmo artigo, por outro: o sentido do preceito é, parece-me, o de determinar a admissibilidade da prova do facto imputado, nos termos gerais do nº 2, quando este for um facto criminoso abrangido pelo nº 3, ou seja, *relativo à intimidade da vida privada e familiar* (desde que exista condenação por sentença transitada em julgado), afastando-se, nessa medida, o regime excepcional do nº 3.

19 Cf. *Código Penal — Actas*, cit. n. 6, p. 274.

A este resultado conduz, antes de mais, o **elemento histórico da interpretação**. Ele mostra, não só, que o preceito interpretando remonta ao nº 4 do art. 176º do dito Projecto do Professor EDUARDO CORREIA, de 1966, mas também que esse nº 4 do art. 176º tinha por objecto o **se** e o **como** da admissibilidade da prova dos factos imputados, quando tais factos fossem **criminosos e relativos à vida privada ou familiar de outrem**.

Também o **elemento sistemático da interpretação**, nomeadamente o **contexto** em que está inserido o preceito interpretando, aponta no mesmo sentido. Ao contrário do que acontecia no nº 4 do art. 164º do C.P. de 1982, o *também* do nº 5 do art. 180º do C.P. revisto tem agora um ponto de referência, que o torna compreensível: os factos relativos à *intimidade da vida privada e familiar*, a que alude o nº 3 do mesmo artigo do C.P. revisto. Sem esse ponto de referência, a presença do advérbio *também*, no nº 5 do art. 180º do C.P. revisto, seria tão absurda como o era no nº 4 do art. 164º do C.P. de 1982.

Por último e sobretudo, o **elemento teleológico da interpretação** não depõe contra, mas sim a favor do resultado hermenêutico proposto.

Na verdade, a solução consagrada na segunda parte do nº 5 do art. 180º do C.P. revisto, segundo a qual a prova da verdade de um facto que constitua crime é *limitada à resultante de condenação por sentença transitada em julgado*, embora tenha sentido no domínio restrito dos factos relativos à *intimidade da vida privada e familiar*, não é apropriada à generalidade dos casos de imputações de factos criminosos. É certo que a exigência generalizada de uma sentença condenatória com trânsito em julgado evitaria decisões de sentido discordante, que poderão ter alguns custos sociais (por exemplo: absolvição do jornalista que imputa um facto criminoso a uma pessoa e posterior absolvição dessa pessoa do crime que o jornalista lhe imputou). Mas não se deve tentar evitar tais consequências à custa de inconvenientes bem

maiores, nomeadamente os resultantes de uma injustificada restrição do princípio da verdade material no processo penal e do princípio da livre apreciação da prova pelo julgador. STRATENWERTH²⁰ observa, a este respeito, que **o juiz penal deve, também num processo onde o réu é acusado de ter praticado um facto ofensivo da honra de terceiro, procurar decidir de acordo com a verdade material, sem estar vinculado a decisões prejudiciais de outros tribunais; e acrescenta que uma tal vinculação pode levar o juiz a ver-se obrigado a condenar, apesar de ter sérias e fundadas dúvidas sobre a justiça da condenação**.

Acresce que o C.P. revisto aumentou substancialmente o número de crimes que dependem de queixa, o que — se se admitir que o nº 5 do art. 180º abrange todos os factos que constituam crime — poderá tolher a possibilidade de prova nesses casos, quando o titular do direito de queixa, relativo a facto ofensivo da sua honra, não exerça tal direito, daí resultando a condenação das pessoas que denunciarem os factos criminosos e a impunidade de quem os praticou.

Tais consequências não parecem desejáveis e também não são necessárias. Na verdade, a restrição, aqui defendida, do âmbito de aplicação do nº 5 do art. 180º do C.P. aos factos a que se reporta o nº 3 desse artigo tem como resultado a sujeição ao regime geral do nº 2 da admissibilidade da prova de factos que constituam crimes em todos os restantes casos, ou seja, sempre que não se trate de factos respeitantes à intimidade da vida privada e familiar.

Quando se tratar de facto que constitua crime e seja relativo à *intimidade da vida privada e familiar*, então sim, merece concordância o estabelecido no nº 5 do art. 180º. E isto em dupla medida: em primeiro lugar, enquanto aí se determina que a prova — apesar do disposto no nº 3 do mesmo artigo — é também admissível; e, em segundo lugar, enquanto se restringe a

20 Cf. ob. cit. n. 10, p. 206.

admissibilidade da prova de factos relativos à intimidade da vida privada e/ou familiar à resultante de condenação, por sentença transitada em julgado.

V

A REALIZAÇÃO DE INTERESSES LEGÍTIMOS COMO CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

Nas considerações precedentes qualifiquei a realização de interesses legítimos como *dirimente*, sem precisar se, em meu entender, se trata de uma causa de exclusão da tipicidade, uma causa de exclusão da ilicitude (causa de justificação)²¹, uma causa de exclusão da culpa²² ou um fundamento de impunidade de natureza distinta de quaisquer destes que acabo de mencionar. É agora altura de indicar a minha posição a este respeito.

21 Cf., em especial, sobre a problemática da distinção entre causas de exclusão da tipicidade e causas de exclusão da ilicitude (causas de justificação) a colectânea, recentemente publicada, de estudos da autoria de LUZÓN PEÑA (dois), GÜNTHER, PERRON, DIEZ RIPOLLÉS, HRUSCHKA, SUÁREZ MONTES E COERDA RIEZU: *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, 1995.

Sobre a delimitação entre justificação e não punibilidade cf., entre nós, COSTA PINTO, *Justificação, Não Punibilidade e Dispensa de Pena na Revisão do Código Penal* (texto, ainda não publicado, de uma conferência proferida na Faculdade de Direito de Lisboa, em 1995, cuja leitura nos foi gentilmente facultada pelo Autor).

22 Sobre a delimitação entre ilicitude e culpabilidade e suas vertentes negativas (justificação do facto e exclusão da culpa), cf., no que respeita, nomeadamente, ao direito português vigente, o estudo, recentemente publicado, de CORTES ROSA, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, pp. 183 e ss., de que há tradução espanhola com o título *La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad en el Sistema del Derecho Penal*, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin, 1995, pp. 247 e ss.

Sufrago, nos seus aspectos essenciais, a opinião muito largamente dominante, defendida pela maior parte dos penalistas alemães e, tanto quanto suponho, jamais posta em causa em Portugal, onde é seguida, nomeadamente, por FIGUEIREDO DIAS²³, COSTA ANDRADE²⁴, SILVA DIAS²⁵ e FARIA E COSTA²⁶. Em meu entender, no Direito Penal português vigente, a realização de interesses legítimos **afasta a ilicitude de certas imputações de factos (nunca juízos de valor) ofensivos da honra e consideração de outrem**, que, por um lado, realizam o tipo legal da difamação (art. 180º), da injúria (art. 181º) ou da ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185º), mas, por outro lado, servem a realização de interesses, públicos ou privados, legítimos, que a ordem jurídica considera, no caso concreto, preponderantes em relação ao interesse na tutela da honra²⁷.

A exclusão da ilicitude por realização de interesses legítimos assenta, pois, no princípio da ponderação de interesses, que também está subjacente à causa de justificação do direito de necessidade (art. 34º do C.P.). Isto, no entanto, não impede que a realização de interesses legítimos tenha autonomia face a essa outra causa de justificação, como já referi.

Entre as causas de justificação, a realização de interesses legítimos apresenta a particularidade — que partilha com a causa de justificação do consentimento presumido (art. 39º) — de exigir, como um dos requisitos da exclusão da ilicitude do compor-

23 RLJ, 1982, cit., n. 8, p. 173, n. 43.

24 RPCC, 1993, cit. n. 3, pp. 454 e ss. e *passim*; Estudos..., cit. n. 3, pp. 93 e ss. e *passim*.

25 *Alguns Aspectos...*, 1989, cit. n. 8, pp. 36 e ss.

26 Estudos..., cit. n. 8, pp. 193 e ss. e 195.

27 Diversa parece ser a posição recentemente assumida por COSTA PINTO, ob. cit. n. 21, que defende tratar-se de uma condição de não punibilidade. Não é, no entanto, claro se este Autor, ao sufragar essa tese, tem em vista o instituto da realização de interesses legítimos em geral, ou apenas o regime específico da prova da verdade dos factos imputados.

tamento, que o agente se certifique da existência de indícios sérios de determinada situação ou determinado facto, permitindo-lhe, contudo, correr o risco de não ser real a situação ou facto para que tais indícios apontam. Assim, no consentimento presumido, o comportamento é lícito desde que (além de verificados os restantes requisitos) haja indícios sérios de que o titular do direito teria consentido nesse comportamento, se tivesse podido manifestar em tempo a sua vontade; e na realização de interesses legítimos o comportamento estará justificado se (além de estarem presentes os restantes requisitos da causa de justificação) houver indícios sérios de que o facto imputado a outrem é verdadeiro. Não é, portanto, o conteúdo real da vontade do titular do direito, mas sim a presunção razoável, objectivamente fundada, de que essa vontade tem um certo conteúdo que conduz à justificação, no consentimento presumido; tal como **não é a verdade do facto imputado, mas sim a existência de indícios objectivos, sérios, de que tal facto é verdadeiro, que leva à justificação por realização de interesses legítimos.**

Diversos autores alemães (como, por exemplo, LENCKNER²⁸ e ROXIN²⁹) chamam *causas de justificação por risco permitido* (*Rechtfertigungsgründe aus erlaubtem Risiko*) à realização de interesses legítimos e ao consentimento presumido, para significar que a ordem jurídica permite ao agente correr, nestes domínios, o risco de que não seja real aquela situação ou aquele facto, cujos indícios fundamentam a justificação do comportamento.

Um aspecto a destacar nas causas de justificação por risco permitido — aspecto que, aliás, não é privativo delas, mas sim extensivo a todos os requisitos de causas de justificação relativos a factos futuros ou de verificação incerta — é que o ofendido, ou

28 Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, ob. cit., ed. cit. n. 7, observações prévias ao § 32, n.ºs de m. 9 e ss., *maxime* 11.

29 *Strafrecht*, AT, Bd. I, ed. cit. n. 7, § 18, n.ºs de m. 1-2 e § 18 B, n.ºs de m. 32 e ss., *maxime* 35.

um terceiro melhor informado do que o agente (que saiba, por exemplo, ser falso o facto desonroso que o agente pretende imputar), pode opor-se à actuação do agente — embora esta seja lícita —, se estiverem verificados os requisitos do estado de necessidade justificante e dentro dos limites do direito de necessidade. É que, como nota ROXIN³⁰, o estado de necessidade justificante não pressupõe, como a legítima defesa, uma agressão ilícita, mas apenas um perigo actual para um bem jurídico (além de exigir, naturalmente, outros requisitos, entre os quais se conta o da sensível superioridade do interesse ameaçado em relação ao interesse sacrificado).

VI

BREVE INDICAÇÃO SISTEMÁTICA DOS REQUISITOS DA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE INTERESSES LEGÍTIMOS

Termino estas reflexões sobre a realização de interesses legítimos, no âmbito dos crimes contra a honra, com uma breve indicação sistemática dos requisitos de tal causa de justificação. Esses requisitos repartem-se por dois grupos, o primeiro dos quais respeita ao interesse ou interesses a realizar pelo agente, enquanto o segundo grupo se reporta ao comportamento, através do qual o agente realiza esse ou esses interesses:

Interesse ou interesses a realizar pelo agente

O comportamento tem de consistir na imputação de um facto, ofensivo da honra ou consideração alheia, que não pode, em regra, ser relativo à intimidade da vida privada e familiar: poderá, contudo, sê-lo, se constituir crime e já existir condenação por sentença transitada em julgado.

30 *Strafrecht*, ob. cit., ed. cit. n. 7, § 14, n.ºs de m. 85-86 e 106 e § 18 B, n.º de m. 33.

A **formulação de juízos de valor** (ofensivos da honra e consideração alheia) pode ser permitida por outras causas de justificação, nomeadamente o exercício de um direito (com fundamento, por exemplo, no disposto nos arts. 37º, 38º, 42º, 43º, ou 78º da Constituição). Mas não é abrangida pela causa de justificação da realização de interesses legítimos.

A imputação de factos (ofensivos da honra e consideração alheia), **relativos à intimidade da vida privada e familiar**, está excluída, em regra, do âmbito da justificação por realização de interesses legítimos, dado o disposto no nº 3 do art. 180º do C.P., sem prejuízo da eventual aplicabilidade, às imputações de factos dessa natureza, de outras causas de justificação, nomeadamente as do exercício de um direito, cumprimento de um dever e consentimento do ofendido (expressamente ressalvadas naquele nº 3 do art. 180º): cf. III, *supra*, p. 237.

O nº 5 do art. 180º do C.P. permite, excepcionalmente, a imputação de um facto (ofensivo da honra e consideração alheia) relativo à intimidade da vida privada e familiar, quando esse facto for um crime, pelo qual tenha já sido proferida sentença condenatória, transitada em julgado (cf. IV, *supra*, p. 240).

Comportamento, através do qual o agente realiza esse ou esses interesses

A imputação deve ser **necessária** (para a realização do interesse ou interesses legítimos) e feita **em termos adequados** (o menos grávosos possível para o ofendido, em face das circunstâncias).

O agente está sujeito a um **dever de informação** adequado às circunstâncias (acerca do carácter, verdadeiro ou falso, da imputação) e tem que ter **conhecimento de factos que fundamentem a convicção, em que deve estar, de que a imputação é verdadeira**.

O agente deve, por último, ter conhecimento da verificação das circunstâncias que correspondem aos requisitos objectivos da causa de justificação da realização de interesses legítimos, mas não necessita de actuar com determinado fim subjectivo, designadamente com o escopo de realizar os interesses legítimos em causa; basta que saiba que está a realizá-los.

*CRIMES DE PERIGO COMUM E
CONTRA A SEGURANÇA DAS COMUNICAÇÕES
EM FACE DA REVISÃO DO CÓDIGO PENAL*

PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE

I

A DOGMÁTICA DAS INCRIMINAÇÕES DE PERIGO

Os crimes de perigo comum e contra a segurança das comunicações constituem, como se diz no preâmbulo do Código Penal (CP) de 1982, a grande novidade da Reforma Penal portuguesa. A tendência neocriminalizadora do CP de 1982 restringiu-se quase exclusivamente aos ditos crimes, pretendendo o legislador responder deste modo aos perigos e riscos a que a pessoa e a própria comunidade estão sujeitas numa sociedade cada vez mais técnica e sofisticada nos seus instrumentos materiais. Em virtude de condutas com desvalor de acção de pequena monta se repercutirem frequentemente num desvalor de resultado de efeitos por vezes catastróficos, o legislador adoptou aqui uma técnica da tipificação do ilícito que consiste na antecipação da protecção penal para momentos anteriores à verificação do dano, isto é, para o momento em que o perigo se manifesta.

Ora, esta técnica de tipificação do ilícito tem implicações fundas na dogmática dos crimes com ela criados, podendo mesmo dizer-se que uma dogmática própria e especial emerge das incriminações de perigo.

O propósito deste estudo é o de, a partir da análise das alterações dos concretos tipos penais de crimes de perigo comum e contra a segurança das comunicações na revisão do CP de 1995, contribuir para a edificação de uma dogmática própria destes crimes.

O Tipo Objectivo

O estudo do tipo objectivo das incriminações de perigo asenta fundamentalmente na correcta delimitação do conceito de perigo. É sabido que os capítulos em apreço do CP contêm crimes de perigo concreto, que constituem a sua maioria, crimes de perigo abstracto, como os dos arts. 274º, 275º, 276º, 292º e 293º do CP, e até crimes de dano, como dos arts. 278º e 279º do novo CP. Aliás, em bom rigor, a localização sistemática dos tipos legais atinentes à tutela penal do perigo comum não coincide com a delimitação destes dois capítulos do CP, encontrando-se também fora desses capítulos tipos legais cujo bem jurídico e fundamento de punibilidade se aproximam, senão mesmo coincidem com a tutela penal do perigo comum, como por exemplo, o crime de embriaguez (art. 295º do CP) e o crime de omissão de auxílio (art. 200º do CP).

Se a delimitação dos crimes de perigo abstracto levanta problemas sobretudo ao nível da definição da política criminal e da legitimidade constitucional de uma certa antecipação da tutela penal, os problemas da delimitação dos crimes de perigo concreto são sobretudo de natureza dogmática, situando-se a um nível mais exegético-hermenêutico do que legitimador.

Ora, a revisão do CP, tanto inovou no plano político-criminal de uma mais ampla tutela penal do perigo comum, criando novas incriminações para tutela de novos bens jurídicos, como pretendeu também alcançar uma delimitação mais rigorosa do tipo objectivo destes crimes e, nomeadamente, do conceito de perigo concreto nestes crimes. Para realizar tal propósito o legislador tomou cinco opções, opções que constituem simultaneamente a resolução por via de lei de outros tantos problemas dogmáticos criados quer pela imprecisão da redacção da versão original do CP, quer pela complexidade acrescida do conceito de perigo na versão original do CP.

Os problemas dogmáticos cuja resolução o legislador procurou alcançar com a uniformização do conceito de perigo con-

creto dizem respeito, por um lado, à extensão do conceito e, por outro, à intensidade do conceito de perigo concreto.

Assim, e no tocante à extensão do conceito de perigo concreto, o legislador pôs fim à distinção entre o perigo para outra pessoa, isto é, para uma outra determinada pessoa, referido nos arts. 253º, 254º, nº 2, 255º, nº 1, 256º, nº 1, 262º, 265º, 277º, 278º do CP na versão original, e o perigo para outrem, isto é, o perigo para uma qualquer outra pessoa indeterminada, referido nos arts. 256º, nº 2, 258º, 261º, 263º, 264º, 266º, 269º, 270º, 273º, 274º, 275º, 276º e 279º do CP na versão original.

Deste modo, o perigo para a vida ou para a integridade física é uniformemente referido à vida de outrem, ou seja, à vida de uma qualquer pessoa indistinta ou mesmo à vida intra-uterina, uma vez que o conceito penal de vida abrange essa dimensão (vd. designação do capítulo II, Dos Crimes contra a vida intra-uterina, inserido no título I da Parte Especial, Dos crimes contra as pessoas) e a letra das concretas incriminações de perigo comum não exige agora, ao invés da lei anterior, que o perigo se refira a uma outra pessoa, mas a outrem, palavra esta que não afasta, antes inclui a tutela penal da vida do feto.

Por outro lado, uma vez que o perigo vai referido a uma qualquer pessoa indistinta, não é necessário para a verificação do perigo que o agente conheça as características individualizadoras da pessoa cuja vida ou integridade física corre perigo. Com uma única excepção, assim procedeu o legislador, excepção esta justificada: trata-se do crime de recusa de médico, em que o tipo legal é mais exigente e requer que o médico conheça as características individualizadoras da pessoa cuja vida ou integridade física correm perigo com a sua recusa de auxílio, o que bem se compreende porquanto o juízo do médico sobre a necessidade de auxílio profissional da pessoa depende de ele conhecer minimamente as características individualizadoras dessa pessoa. Como é óbvio, tal conhecimento não se confunde com o conhecimento da identidade civil da dita pessoa.

A segunda opção do legislador no sentido de melhor delimitar o conceito de perigo concreto é a de definir com mais

precisão o objecto do crime de perigo concreto no que concerne ao perigo para os bens patrimoniais.

Do Projecto apresentado à Comissão de Revisão constava o conceito de bens patrimoniais de grande valor, tendo este conceito sido substituído pelo de bens patrimoniais de valor elevado. Esta substituição fez-se em consonância com a fixação na disposição preliminar dos crimes contra o património de vários conceitos legais atinentes ao valor dos bens patrimoniais (art. 202º da actual redacção), uma vez que o legislador teve o propósito expresso de ter por referência o conceito de valor elevado definido na referida disposição preliminar para a determinação da relevância penal do perigo de dano de bens patrimoniais¹.

Assim, e actualmente, só se da conduta perigosa resultar adequadamente um perigo para um ou mais bens patrimoniais no valor de 600.000\$00 é que se censura penalmente o perigo criado, sem prejuízo, como se explicará adiante, da censura penal do dano que efectivamente ocorra.

Com uma única excepção definiu o legislador deste modo o valor dos bens patrimoniais que têm de estar em perigo: a prevista no art. 281º do novo CP, em que se menciona o perigo para um número considerável de animais, culturas ou florestas alheias. Embora nenhuma indicação resulte nesse sentido da discussão na Comissão, uma interpretação sistemática dos tipos legais dos dois capítulos em apreço exige que também neste caso o número considerável de animais, as florestas ou as culturas alheias consubstanciem um valor correspondente a 50 UCs à data do facto, sob pena de, procedendo de outro modo, se operar uma fixação arbitrária do valor dos bens patrimoniais em perigo neste caso (o que é um número considerável de animais?) e se abrir uma excepção em todo o leque de tipos penais destes dois capítulos admitindo a relevância penal do crime de perigo concreto para bens patrimoniais que em nenhuma outra ocasião merecem essa

¹ Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Rei dos Livros, 1993, p. 362.

tutela, não sendo tal distinção justificada pela materialidade da incriminação do perigo relativo a animais ou vegetais.

As incriminações dos dois capítulos ora em análise limitam, pois, a verificação do perigo a três tipos de objectos: a vida de outrem, que incluirá a vida intra-uterina; a integridade física de outrem, qualquer que seja a gravidade das ofensas corporais em perigo de ocorrerem, com a ressalva de dois dos crimes destes capítulos requererem que se verifique o perigo de ofensas corporais graves; e ainda os bens patrimoniais de valor elevado de outrem. Esta delimitação clara do objecto da conceito de perigo concreto permitirá ainda a resolução de alguns problemas que se suscitaram em torno do objecto admissível do perigo concreto.

Discute-se se basta que a vida ou a integridade física do co-autor ou do cúmplice ou do instigador incorra em perigo na sequência de uma conduta criminosa de perigo comum de um agente para concluir pela verificação do perigo concreto, tal como também se discute se basta para concluir deste modo a verificação de um perigo para bens patrimoniais de terceiros furtados pelo agente ou confiados ao agente no âmbito de uma relação extrajurídica ou ainda postos ao seu dispor através de um qualquer contrato civil.

Ora, em face da opção clara do legislador por um conceito de perigo referido a bens jurídicos na titularidade de outrem (mencionando a letra da lei a vida de outrem, a integridade física de outrem e os bens patrimoniais de outrem), deve entender-se que não basta que a vida ou a integridade física do co-autor ou do cúmplice ou do instigador incorra em perigo na sequência de uma conduta criminosa de perigo comum de um agente para concluir pela verificação do perigo concreto, uma vez que nem o co-autor, nem o cúmplice ou instigador são outrem em face do projecto criminoso (isto é, alguém que virá a ser objecto dos efeitos da conduta criminosa), mas antes são co-agentes, com diferentes tipos de colaboração (o problema não se põe relativamente às condutas criminosas negligentes, porquanto em relação a estas não é admissível nem a co-autoria, mas antes e tão-só as

autorias paralelas, nem a instigação, nem a cumplicidade, que exigem a participação em acto doloso).

No que toca ao outro problema suscitado a este propósito, deve entender-se, ao invés, que basta para concluir pela verificação de um perigo concreto a constatação de um perigo para bens patrimoniais de terceiros (como, por exemplo, um carro) furtados pelo agente ou confiados ao agente no âmbito de uma relação extrajurídica ou ainda postos ao seu dispor através de um qualquer contrato civil. É que estes bens, tenham eles sido furtados ou confiados ao agente para satisfação de um interesse de ordem moral ou afectiva do proprietário ou ainda postos ao seu dispor por força de um contrato civil, são e mantêm-se como bens alheios, de outrem, portanto, e como tal merecem a tutela do direito penal e, nomeadamente, a tutela penal do perigo de que venham a ser objecto. Pelas razões já expostas também não está abrangida pela tutela penal a criação de perigo para bens patrimoniais do co-autor, do cúmplice ou do instigador.

As outras três opções do legislador no sentido de uma mais rigorosa delimitação do conceito de perigo dizem respeito à intensidade do conceito de perigo concreto.

Assim, o legislador pôs fim ao conceito de pequena gravidade, previsto nos tipos dos arts. 269º, nº 2, 273º, nº 3, 274º, nº 2, 275º, nº 2, 276º, nº 2 do CP na sua versão inicial. O legislador deixou de considerar penalmente relevantes as condutas típicas que causem um perigo de pequena gravidade para a saúde ou integridade física de outrem. Deste modo, evitam-se discussões sobre uma eventual distinção de grau de risco de lesão para o bem jurídico, sendo despicando agora procurar apurar se os tipos em que se exigia uma menor gravidade do perigo correspondiam a menores exigências no tocante à potencialidade de verificação do resultado danoso.

Contudo, e em duas incriminações legais, o legislador introduziu um novo conceito, o de perigo grave para a integridade física. Trata-se dos arts. 283º e 284º do novo CP, em que se faz depender a verificação do perigo da ocorrência de um perigo grave para a integridade física. É sabido que na versão inicial do

CP os crimes contra a saúde, como então eram designados e de que faziam parte estes, exigiam que se verificasse o perigo de uma grave lesão da saúde ou da integridade física de outrem (arts. 269º, nº 1, 270º, nº 1, 273º, nº 1, 274º, nº 1, 275º, nº 1 e 276º, nº 1 do CP de 1982).

O conceito ora introduzido não é uma novidade do legislador visando uma maior exigência no grau de risco da verificação da lesão do bem, mas antes e tão-só uma outra forma de designação do que já anteriormente visava a tutela penal nestes casos, isto é, punir somente quando ocorre o perigo de uma grave lesão da integridade física de outrem. Dito de outro modo, pune-se no caso destes artigos somente quando ocorre o perigo de verificação de uma ofensa à integridade física grave, prevista e punida no art. 144º do novo CP. Abonam em favor desta interpretação não só a história dos preceitos, como se explicou, e os elementos da discussão na Comissão de Revisão, onde se disse que a intenção dos preceitos era punir somente os casos mais graves², como ainda a genérica agravamento das molduras penais a justificar a aplicação dos tipos legais só quando se verifique o perigo de ofensas corporais graves e não de meras ofensas corporais simples ou qualificadas.

A quarta opção do legislador no sentido de mais rigorosamente delimitar o conceito de perigo é a de pôr fim à punição autónoma do perigo de criação de uma situação perigosa, isto é, a punição do perigo de verificação de perigo de lesão de bens jurídicos. Esta antecipação da tutela penal constava já do tipo legal do art. 254º, nº 1 do CP de 1982 e do Projecto de Revisão apresentado à Comissão constava no seu art. 268º, nº 4 um alargamento considerável da dita incriminação, fazendo incluir agora não só o perigo de criação de incêndio como também o perigo de inundação, desmoronamento e outras condutas perigosas.

² *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, pp. 361, 362 e 518.

A manutenção de tal incriminação implicaria uma excessiva antecipação da tutela penal no sentido da punição do perigo de verificação de perigo, com o conseqüente acréscimo de dificuldade de delimitação do conceito de perigo em relação a estádios anteriores, de menor grau de risco de lesão do bem jurídico. A eliminação na totalidade da dita incriminação, quer relativa ao perigo de criação de incêndio, quer relativa ao perigo de verificação de inundação, desmoronamento e outras condutas perigosas, contribui para uma mais rigorosa delimitação do conceito de perigo, porquanto assim se evita a proliferação de diferentes graus penalmente relevantes de risco de lesão do bem jurídico. A antecipação da tutela penal dos crimes de perigo confina-se assim tão-só à punição da tentativa.

A quinta e última opção do legislador no sentido de uma mais rigorosa delimitação do conceito de perigo concreto é a de pôr fim a um extenso número de expressões com que na versão inicial do CP se referia o nexo de conexão que deve existir entre a conduta criminosa e o resultado de perigo. Estas expressões, que nem sempre tinham a mesma significação gramatical e eram passíveis de distintas interpretações jurídicas, eram as seguintes: *criando um perigo*, nos arts. 253º, 255º, 261º, 262º, 266º, 269º, 270º, 274º e 275º do CP na versão inicial; *criando desse modo um perigo*, nos arts. 263º e 264º do CP; *expuser a radiações*, nos arts. 256º e 257º do CP; *expuser a um perigo*, no art. 258º do CP; *de modo a criar um perigo*, no art. 265º do CP; *de natureza a causar dano*, no art. 271º do CP; *de forma a criar perigo*, nos arts. 272º e 273º do CP (que foram qualificados como crimes de perigo abstracto-concreto, por exemplo, por RUI PEREIRA³); *em caso de perigo*, no art. 276º do CP e, por fim, *criando dessa forma perigo*, nos arts. 277º, 278º e 279º do CP.

Além de pôr fim ao conceito de pequena gravidade e à punição autónoma do perigo de criação de uma situação perigosa, o legislador de 1995 recorreu uniformemente à expressão *e criar*

3 RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995, p. 25.

deste modo perigo em todos os crimes de perigo concreto para mencionar o nexo de conexão que deve existir entre a actividade criminosa e o resultado de perigo.

A este propósito, cabe aqui acrescentar que em face do novo direito constituído, nada põe em causa a actualidade da crítica às teorias extensiva e restritiva do risco de perigo e a algumas formulações da teoria do resultado de perigo, mantendo-se a teoria normativa modificada do resultado do perigo como a teoria que em face do direito constituído português melhor define conceito de perigo concreto. Esta teoria alcança, como se verá, a melhor conciliação possível entre os princípios da máxima garantia de verdade no juízo de perigo e da tutela da confiança jurídica.

A maior precisão conceitual do legislador de 1995 permite afastar em definitivo uma teoria extensiva ou restritiva do perigo assente numa estrita prognose *ex ante* do observador ou conjugada, no caso da teoria restritiva, com uma diagnose *ex post* do objecto do crime. Só devem, pois, ser atendidas as teorias de resultado do perigo, que consideram uma diagnose alargada do objecto do crime e da entrada do objecto no círculo do perigo e uma prognose *ex post* (no momento em que o objecto entra no círculo de perigo) relativa a circunstâncias que fundamentam a exclusão do dano existentes e ainda que não reconhecíveis ao tempo da entrada do objecto no círculo de perigo. Excluídas ficam, portanto, somente as teses maximalistas que pretendem ou fazer incluir no juízo de perigo a consideração das circunstâncias que fundamentam o resultado de perigo posteriormente conhecidas ou reduzir o juízo de perigo a uma mera diagnose causalista-determinista *ex post* do perigo.

As razões que justificam as anteriores asserções são as seguintes: as teorias (extensiva ou restritiva) do risco de perigo são expressamente afastadas pelo teor da letra da lei (criar *deste modo perigo*), que exige a criação de um resultado de perigo, não se bastando com a mera criação de uma potencialidade, mais ou menos adequada, do risco de verificação da lesão. Esta é, aliás, uma exigência elementar do princípio da máxima garantia de

verdade do juízo de perigo (exemplificando: não basta que no momento em que uma pequena bomba destinada a ferir pessoas foi colocada numa estação de correios fosse previsível que na altura da sua detonação se encontrassem pessoas na estação, mas efectivamente se não tenha encontrado ninguém nessa altura: não há aqui consumação do perigo concreto porque não chegou sequer a haver objecto do perigo).

Por outro lado, a letra da lei impõe também que o resultado do perigo seja uma consequência adequada da acção perigosa do agente (criar *deste modo* perigo), isto é, o perigo ocorre quando o objecto do crime (a vida, a integridade física ou o bem ou bens patrimoniais) existe e chega a entrar no círculo de perigo, em virtude da concreta acção criminosa do agente, não se ficando esta acção criminosa por uma mera potencialidade teórica de verificação da lesão para um objecto do crime real e existente, mas antes se exigindo que o observador no momento do julgamento possa concluir pela existência de um objecto do crime e da efectiva entrada do dito objecto no círculo de perigo em virtude da acção criminosa (exemplificando: não basta que o agente persiga a alta velocidade na auto-estrada durante bastante tempo tão de perto o carro da frente que a mais pequena distração ou diminuição de velocidade do condutor da frente quase inevitavelmente provocaria um acidente, não tendo chegado a ocorrer esta diminuição de velocidade: não obstante haver aqui já um risco adequado da ocorrência de um resultado de perigo concreto, a verdade é que o objecto do crime não chega a entrar no círculo de perigo, o que só aconteceria aquando do abrandamento do condutor da frente, verificando-se o perigo se, apesar daquele abrandamento, por força de uma medida de salvamento adoptada pelo agente, como a travagem ou o desvio, ou pelo ameaçado, como a súbita aceleração, contra aquilo que se esperava nada vir a ocorrer).

Contudo, e uma vez que o resultado de perigo tem de resultar causalmente da acção criminosa perigosa, também o conceito de perigo não pode ser suficientemente amplo para incluir a consideração das circunstâncias que fundamentam o resultado do

perigo só posteriormente conhecidas (como, por exemplo, a condição física especialmente débil da vítima da acção criminosa), já que não sendo o resultado de perigo previsível objectivamente também não pode sequer falar-se de resultado penalmente relevante. Aqui, o princípio da máxima garantia de verdade no juízo de perigo, que levaria à consideração das circunstâncias que fundamentam o resultado de perigo, tem como limite o princípio da tutela da confiança jurídica (não pode responsabilizar-se alguém por um resultado que não lhe pode ser *ex ante* objectivamente imputado).

Deve, no entanto, aquele conceito de perigo ser suficientemente amplo para incluir a consideração das circunstâncias que criam hipóteses de salvamento, ainda que não reconhecíveis ao tempo da entrada do objecto no círculo de perigo (como, por exemplo, a especial perícia da vítima para evitar os efeitos da acção criminosa), uma vez que, se a não ocorrência da lesão se ficar a dever à existência no momento em que o objecto entra no círculo de perigo de meios de salvamento geralmente controláveis e não extraordinários, quer o princípio de garantia do máximo de verdade do juízo de perigo, quer o princípio da tutela da confiança jurídica impõem a conclusão da não verificação de perigo concreto. Quando as possibilidades de salvamento do objecto do crime não são inesperadas, designadamente por o ameaçado fazer uso de uma habilidade pessoal que o põe a salvo de qualquer perigo decorrente da acção criminosa, o princípio da máxima garantia de verdade do juízo de perigo exige a consideração dessa circunstância e o princípio da tutela da confiança jurídica não se lhe opõe, porquanto também o homem médio colocado nessa situação retrospectivamente tem então a impressão de que nunca chegou a haver um perigo.

Do exposto resulta que só deve considerar-se que há perigo concreto se se verificarem cumulativamente as seguintes condições: a existência de um objecto de perigo (a vida ou a integridade física de alguém ou um ou mais bens patrimoniais de valor elevado), a entrada do objecto do crime no círculo de perigo e a não ocorrência da lesão por força de circunstâncias inesperadas

ou de esforços extraordinários e não objectivamente exigíveis de terceiros ou do ameaçado ou devido a circunstâncias criadoras de hipóteses de salvamento incontrolláveis e irrepitíveis (como por exemplo, as forças da natureza). A circunstância que possibilitou a não ocorrência da lesão não deve parecer ao homem médio repetível, controlável, de fácil exercício ou normal. Só se a circunstância que possibilitou o salvamento do objecto do crime surgir aos olhos do homem médio como irrepitível, incontrollável, de difícil realização ou extraordinária se pode concluir pela verificação de perigo concreto. (exemplificando: não basta que a água solta pela inundação provocada pelo agente desça a colina em direcção à aldeia, mas ainda a horas de distância de a alcançar tenham as águas sido facilmente desviadas a meio da encosta por acção de terceiros e, portanto, a aldeia poupada à inundação: também aqui não há consumação do perigo concreto não obstante haver já um risco adequado de verificação desse perigo, uma vez que o agente já fez tudo o que tinha a fazer para alcançar o seu objectivo e a sua acção e os meios escolhidos são idóneos para a consecução do seu objectivo; mas se as águas soltas foram desviadas por força de uma tempestade para a outra vertente da encosta e a povoação foi assim poupada à inundação, então há efectivamente consumação do resultado de perigo concreto).

Do que se disse há que concluir que o legislador procurou uniformizar o conceito de perigo concreto, quer em termos de extensão, quer em termos de intensidade do conceito.

Em termos de extensão do objecto do perigo concretiza-se agora melhor, por um lado, circunstância de o perigo se ter de verificar em relação à vida e à integridade física de uma qualquer pessoa singular e indeterminada ou do feto e, por outro lado, a circunstância de os objectos patrimoniais tutelados que correm perigo de dano deverem ter um valor determinado, não sendo penalmente relevante em termos de tutela do perigo comum o perigo criado para um ou mais bens patrimoniais de valor global e de mercado inferior a 50 UCs à data dos factos.

Em termos de intensidade o conceito de perigo concreto refere-se a um grau jurídico-normativamente determinado de ris-

co de lesão do bem jurídico, grau esse cuja relevância penal não depende do concreto tipo em causa, mas antes é agora definido pelo legislador nos dois capítulos em análise sempre e sem excepções do mesmo modo (*e criar deste modo perigo para*), sendo penalmente relevante qualquer grau menor de perigo senão nos termos da dogmática da tentativa.

No que toca aos crimes de perigo abstracto não é exigível a comprovação do perigo imanente à conduta típica, dependendo tão-somente a verificação do tipo objectivo da prática da dita conduta. Tem-se discutido se deve considerar-se implícito nestes tipos legais um requisito de perigosidade mínima da acção criminosa, que o julgador deveria averiguar em cada caso concreto. Deve negar-se a construção artificiosa de requisitos implícitos ao tipo legal criminal, por ser manifestamente *contra legem* e colocar a concreta aplicação do tipo legal na dependência de circunstâncias arbitrarias definidas pelo julgador de caso para caso. Contudo, a restrição dos tipos legais por via das teorias da adequação social pode levar à não incriminação de condutas em que manifestamente não há qualquer perigo, como por exemplo no caso de posse de armas decorativas ou da fabricação de aparelhos de escuta telefónica numa cena de um filme.

Por último, saliente-se que o legislador português não criou verdadeiros crimes de perigo abstracto-concreto, em que se exige uma mera potencialidade abstracta de verificação da lesão como consequência da acção perigosa, ao contrário da lei penal alemã, onde se qualificam deste modo os tipos legais em que a conduta do agente é definida como *geeignet* (adequada, idónea) à produção de perigo.

Os dois tipos legais mais próximos deste género seriam os dos arts. 288º e 290º do CP. Para se verificar a conduta tipificada como *acto do qual possa resultar desastre* basta a perigosidade abstracta do concreto acto praticado. Contudo, a exigência adicional nesses mesmos tipos legais da verificação de um perigo concreto para os objectos do crime consome aquela menor exigência típica referente à mera potencialidade abstracta, genérica, de ocorrência de desastre em consequência da acção criminosa.

O Tipo Subjectivo

No tocante ao tipo subjectivo mantém-se a estrutura dos crimes de perigo concreto como crimes assentes na construção tripartida de uma imputação mais grave de dolo da acção perigosa e dolo do resultado de perigo, de uma incriminação de gravidade intermédia de dolo da acção perigosa e negligência em relação ao resultado de perigo e ainda de uma incriminação menos grave de negligência em relação à acção perigosa e negligência em relação ao resultado de perigo.

Os crimes de perigo abstracto têm uma estrutura subjectiva assente no conhecimento da acção perigosa, independentemente do conhecimento das características próprias e da perigosidade inerente à acção perigosa, bem como de qualquer resultado externo à acção e, por isso, não colocando quaisquer problemas relativos ao nexos de causalidade.

A discussão sobre a autonomia do dolo de perigo nos crimes de perigo concreto em relação ao dolo de dano e sobre as características próprias daquele dolo continua a manter todo o interesse dogmático, não tendo a nova redacção dos tipos legais de perigo afastado a necessidade de reflexão sobre as teorias que identificam o dolo de dano com o dolo de perigo, fazendo assentar a sua diferença estritamente ao nível objectivo num diferente grau de risco de lesão do bem e as teorias que entendem que os próprios tipos subjectivos são num e noutra caso distintos.

O dolo de perigo é efectivamente distinto e autónomo do dolo de dano, não só porque os tipos subjectivos em causa assentam em graus diferentes de risco de lesão do bem, como também, e sobretudo, porque os próprios tipos subjectivos são distintos em si e são-no por esta razão essencial: o dolo de perigo não pode corresponder a mais do que uma negligência consciente de dano, sob pena de, doutro modo, se sobrepor a consumação dolosa de crime de perigo e a tentativa de crime de dano.

Deste modo, se o dolo de dano corresponde a um juízo conclusivo positivo sobre a verificação do dano e a negligência consciente de dano corresponde a um juízo conclusivo negativo

sobre a verificação do dano, já o dolo de perigo é um juízo conclusivo positivo sobre a verificação do perigo acrescido de um juízo sobre a verificação do dano que o identifica com a negligência consciente do dano. Por sua vez, a negligência de perigo é um juízo conclusivo negativo sobre o perigo acrescido de um juízo sobre a verificação do dano que o identifica com a negligência inconsciente de dano⁴.

Assim, o crime doloso de perigo concreto com agravação pelo resultado preterintencional não necessita de comprovação autónoma da verificação de negligência relativamente ao dito resultado preterintencional, uma vez que a negligência em relação ao dano resulta da existência do próprio dolo do resultado de perigo, excepto se a agravação exigir uma negligência grosseira ou grave em relação ao resultado preterintencional, o que não é o caso nos arts. 285º e 294º do novo CP.

O dolo de perigo é admissível em qualquer das formas legais do dolo consagradas no art. 14º do CP. Não procede o argumento de que a forma de dolo directo não seria conciliável com o dolo de perigo, porque a intenção de criar a possibilidade de dano só não é conformação com este resultado de dano e, portanto, dolo de dano, se for meio para evitar o dano, ou seja, as acções com dolo directo de perigo estão sempre a coberto de causas de justificação ou não são mesmo típicas⁵. Tal argumento assenta num pressuposto infundado. A prova de que é possível a criação voluntária (com dolo directo) de um perigo concreto para a vida de outrem sem a conformação com o resultado de morte é feita por este exemplo: o jovem que para ganhar uma aposta percorre com a sua moto a auto-estrada em alta velocidade em sentido contrário ao trânsito com vista a cruzar-se com os veículos que circulam em sentido contrário tem dolo de perigo

4 Também assim, entre nós, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal — Parte Geral — I*, Editorial Verbo, 1992, p. 323, e RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995, pp. 126 e 135.

5 RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995, p. 118.

para a vida dos condutores destes veículos (ele sabe que o choque frontal e a alta velocidade da mota com um automóvel pode ser fatal para o condutor desse automóvel e age aceitando e querendo esse perigo), mas não se conforma com esse resultado, a morte dos condutores dos veículos que circulam em sentido contrário, pois a aposta só é ganha se ele conseguir cruzar-se com os automóveis sem que haja choque (além, como é óbvio, de a sua própria sobrevivência depender da não ocorrência do choque).

Também não procede o argumento de que a forma de dolo eventual não seria conciliável com o dolo de perigo, porque o dolo eventual de perigo consistiria numa aceitação da possibilidade de uma possibilidade de dano⁶. Tal argumento assenta no pressuposto de que o juízo sobre o perigo só pode ser conclusivo, assertório e não probabilista, por se tratar de um juízo sobre uma probabilidade de dano. Este pressuposto de natureza determinista-causalista deve ser arredado em virtude do carácter probabilístico de todo o conhecimento humano, hoje universalmente reconhecido até pelas ciências exactas: não é só o objecto do juízo que é mutável, mas o juízo em si mesmo, na medida em que é sempre uma perspectiva limitada do objecto. Assim sendo, nada obsta, senão aquele pressuposto teórico, a que a ocorrência de perigo (objecto mutável) possa ser uma mera possibilidade com a qual se conforma o agente (perspectiva mais limitada do objecto e que pode transformar-se em certeza ou mesmo em intenção), sem que tal conformação implique necessariamente a conformação com o resultado danoso.

Mas mais: se se admite a forma de dolo necessário de perigo e que esta forma de dolo não coincide com o dolo de dano, mas consubstancia tão-só uma negligência consciente do dano, é contraditório identificar a forma de dolo eventual de perigo com o dolo eventual de dano, pois se a forma mais exigente de dolo necessário de perigo, e portanto psicologicamente mais próxima

6 RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995, pp. 80 e 121.

do dolo de dano, ainda é deste distinta, também se há-de admitir que a forma menos exigente do dolo eventual de perigo, e portanto mais afastada do dolo de dano, tem um conteúdo próprio distinto do dolo eventual de dano.

Um exemplo esclarecerá o que se disse: Se o agricultor que faz uma queimada de arvoredo e urzes no seu terreno abandona o fogo, confiando em que o casario que se situa a sul, onde se encontra a sua casa, está protegido pelos ventos que sopram no sentido de norte, mas sabendo que os ventos na região mudam frequentemente e admitindo a possibilidade de também desta feita o vento mudar de direcção e se as casas, entre as quais a sua, vêm efectivamente a correr perigo por se ter virado o vento para sul, o agricultor age com dolo eventual em relação ao perigo criado, mas não age com dolo de dano dessas casas, entre as quais se encontra a sua. O agricultor abandonou o local admitindo e conformando-se com o perigo de alastramento do fogo. Contudo, ele não tinha dolo de destruir as casas situadas a sul, entre as quais se encontrava a sua, não se tendo obviamente conformado com essa hipótese (ele confiava em que o casario estava protegido pelo vento que soprava de norte). Aliás, a mudança de direcção do vento não é um fenómeno que esteja sob o controlo da vontade do agricultor, pelo que não podia constituir meio de execução idóneo do crime de dano e, portanto, objecto do dolo de dano. Quando muito tal circunstância constitui fundamento de uma imputação negligente do resultado de dano ao agente, uma vez que ele não desconhecia que os ventos mudavam frequentemente na região. Do que não há dúvida, no entanto, é que o agricultor quando abandonou o fogo admitiu e conformou-se com o perigo (dolo eventual de perigo) decorrente de também daquela vez os ventos mudarem e o fogo alastrar para sul.

A negligência consciente de perigo, ao invés, implica necessariamente um juízo conclusivo negativo sobre o perigo, que emparelha com uma negligência inconsciente de dano, em virtude de os deveres de cuidado exigirem então do agente que ao menos previsse a possibilidade de realização de dano.

Por fim, a negligência inconsciente de perigo só se distinguirá da negligência inconsciente de dano em virtude da diferente natureza e intensidade dos deveres de cuidado violados pelo agente, sendo obviamente os deveres violados aquando da negligência inconsciente de perigo mais exigentes.

A Tentativa e a Desistência

No que diz respeito à dogmática da tentativa e da desistência, bem como da comparticipação nestes crimes há que atender sobretudo na alteração da redacção dos arts. 23º e 268º do CP.

A tentativa exige a decisão do cometimento de um crime pelo agente, pelo que só os crimes de perigo concreto com a estrutura combinada de dolo da acção perigosa e de dolo do resultado perigoso admitem a punição a título de tentativa. Ao invés da lei alemã, em que existe uma cláusula de equiparação dos crimes com estrutura combinada de dolo da acção perigosa e de negligência do resultado de perigo com os crimes dolosos (parágrafo 11, nº 2 do StGB), que permite a punição da tentativa, bem como da co-autoria e da instigação e da cumplicidade no caso dos crimes de perigo de estrutura combinada de acção dolosa e perigo negligente, na lei penal portuguesa os crimes com esta estrutura não admitem a punição a título de tentativa, bem como não existe a forma da co-autoria, nem da instigação e da cumplicidade a esses crimes, uma vez que se trata de crimes com estrutura parcialmente determinada pelo nexo de imputação negligente do resultado ao agente.

Nem os crimes de perigo abstracto, nomeadamente os de punição autónoma de actos preparatórios, nem os crimes de dano existentes nos dois capítulos em estudo admitem a punição a título de tentativa, em face das respectivas molduras penais abstractas.

O legislador resolveu por via de lei o problema da punição da tentativa de actos preparatórios autonomamente incriminados, fixando uma moldura penal que não admite tal punição, pelo que se torna agora desprocurado discutir a legitimidade da antecipação

penal com a punição da tentativa dos actos preparatórios autonomamente incriminados.

No entanto, a questão da aplicação do regime da desistência aos crimes de perigo concreto com negligência do resultado de perigo, aos crimes de perigo com negligência da acção perigosa e do resultado de perigo e aos crimes de perigo abstracto não fica prejudicada pela opção do legislador de não punição da tentativa destes crimes. Aos crimes de perigo concreto com dolo da acção perigosa e negligência do resultado de perigo e aos crimes de perigo concreto com negligência da acção perigosa e do resultado de perigo é aplicável o disposto nos arts. 286º e 294º do CP, uma vez que estes artigos exigem tão-só a remoção voluntária do perigo, de qualquer perigo juridicamente relevante, independentemente de ele ter sido criado negligentemente ou não.

Aos crimes de perigo abstracto não é aplicável o disposto nestes artigos, que expressamente os excluam do seu campo de aplicação, mas sempre o será o regime geral do art. 24º, nº 1, segunda parte do CP. Porque razão haveria de negar-se ao fabricante de aparelhagem destinada à montagem de escuta telefónica que a destruiu voluntariamente antes de a utilizar o benefício do dito art. 24º do CP?

Visto o âmbito da tentativa punível e da desistência relevante, há que analisar os requisitos da desistência e os efeitos penais da desistência.

Os arts. 286º e 294º do CP exigem, tal como anteriormente, que não se tenha ainda verificado dano considerável.

Se na sequência de uma acção perigosa se verificar perigo para a vida ou integridade física de mais do que uma pessoa e uma delas vier a morrer, não se justifica politicamente a consagração de um benefício para a remoção de perigo para as restantes e isto porque qualquer danificação do bem da vida é em si mesmo considerável. De outro modo, haveria que discutir e determinar quantas pessoas podiam morrer até que se considerasse alcançado o limite insuportável do dano considerável.

Por outro lado, se a maioria das incriminações de perigo se basta com o perigo para a integridade física, não exigindo o peri-

go de lesão grave, também a ocorrência de uma efectiva lesão corporal, ainda que não grave, deve obstar a que o agente beneficie do prémio da não punição pela incriminação do perigo, uma vez que já se verificou a lesão (simples) que a incriminação do perigo visa evitar. Só não será assim, admitindo-se a desistência em face de lesões corporais simples já verificadas, se o tipo legal exigir para a sua consumação a verificação de perigo de lesões físicas graves (arts. 283º e 284º do CP), pois enquanto se não verificar esta lesão grave faz sentido beneficiar o agente que remova o perigo de ela se verificar. Contudo, as ofensas corporais simples então verificadas são punidas a título negligente, não se encontrando, obviamente, impunes, nem beneficiando de qualquer atenuação de pena.

Assim também, e em consonância com o que já ficou dito relativamente à delimitação do valor dos bens patrimoniais que incorram em perigo, deve considerar-se que o perigo pode ser removido enquanto se não verifique dano em bem ou bens de valor elevado, pois deve premiar-se o agente que vem a remover o perigo que a incriminação estabelece como penalmente relevante (isto é, o perigo para bens patrimoniais de valor elevado), ainda que já tenha ocorrido dano em bem ou bens de valor não elevado. Isto é, como só o perigo para coisas de valor elevado pode levar à verificação do tipo, só afastando esse perigo pode o agente beneficiar da atenuação, ainda que já tenha ocorrido dano em bens de valor não elevado. O dano patrimonial efectivamente verificado inferior a esse valor não é punido, por ser negligente. Se já tiver causado dano superior a esse valor, o agente já terá causado dano considerável e, portanto, não poderá beneficiar do disposto no art. 286º do CP.

Por outro lado, e ainda no tocante aos requisitos da desistência, se a não verificação do resultado de dano considerável se ficar a dever a facto independente de terceiro o agente não beneficia de qualquer atenuação especial e não deixa de ser punido, ainda que se tenha esforçado seriamente por evitar esse resultado. Trata-se aqui de conciliar a norma geral do art. 24º do CP com a especial do art. 286º do CP.

O art. 24º, nº 1, parte final, do CP regula as situações de desistência nos crimes de consumação antecipada, entre os quais se encontram os crimes de perigo⁷. O art. 286º regula as situações de desistência nos crimes de perigo já consumado, uma vez que o perigo já se verificou e pode ainda nos termos da previsão legal ser removido até à ocorrência de dano considerável. Duas formas há de conciliação do disposto nestes artigos: ou entender-se que o art. 286º substitui a parte final do art. 24º, nº 1 no âmbito dos crimes de perigo comum ou considerar que o art. 286º tão-só complementa a previsão normativa geral, tendo ambas campos de aplicação distintos e complementares.

Segundo aquela primeira interpretação, após a consumação do perigo nos crimes de perigo comum a desistência só é relevante se houver uma remoção efectiva do perigo pelo agente, podendo esta remoção ocorrer até que se verifique um dano considerável e dando ela lugar a uma atenuação especial da pena ou à dispensa de pena. Após a consumação do perigo, se o agente evita a verificação do resultado de dano, removendo o perigo da concorrência desse dano (e pode fazê-lo até que ocorra um efectivo dano considerável), só beneficia da dita atenuação ou dispensa de pena.

Segundo a outra interpretação possível, o agente beneficia da impunidade se evita não só a consumação do perigo, como também se evita a verificação de um resultado danoso. Após a verificação de um dano e até que ocorra um dano considerável o agente pode ainda desistir, removendo o perigo de ocorrência desse dano considerável, beneficiando então somente da atenuação ou da dispensa de pena⁸.

7 Assim, JORGE FONSECA, *Crimes de Empreendimento e Tentativa*, Almedina, 1986, p. 159; FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Almedina, 1992, p. 51.

8 Assim, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Almedina, 1992, p. 55.

A primeira das interpretações propostas redundaria num regime mais gravoso da desistência para os crimes de perigo comum pois não admite a impunidade da conduta do agente se ele desiste após a verificação do perigo e antes da verificação do resultado não previsto no tipo, o dano. O art. 286º substituiria com um regime mais gravoso o regime geral da desistência, exigindo-se, por um lado, a remoção efectiva do perigo pelo agente e, por outro, só o beneficiando com a atenuação da pena e a dispensa da pena se já tivesse entretanto ocorrido o perigo.

Ora, o regime do art. 286º visa evitar a verificação de qualquer dano, promovendo o arrependimento activo do agente até uma fase adiantada da produção do resultado não compreendido no tipo, como esclareceu o Professor EDUARDO CORREIA na Comissão de 1966⁹. Sendo assim, não se compreende que o regime do art. 286º possa redundar numa agravação do regime geral. Ao invés, impõe-se mesmo a interpretação inversa, segundo a qual o regime do art. 286º não substitui o regime geral, mas antes e tão-só o complementa, dirigindo-se a uma fase adiantada do *iter criminis*, o momento posterior à verificação do resultado não compreendido no tipo legal (após, portanto, a verificação do dano), fase esta não regulada no regime geral do art. 24º, nº 1.

O art. 286º regula, pois, exclusivamente a desistência após a verificação do dano, admitindo o legislador a relevância de tal desistência se o perigo for removido antes de ter ocorrido um dano considerável, concedendo então o benefício da atenuação ou da dispensa de pena ao desistente. Contudo, tal regime não obsta a que o agente beneficie da impunidade se por facto próprio tiver evitado a consumação do perigo ou mesmo a verificação do resultado não compreendido no tipo, o dano.

Como é óbvio, se a consumação do perigo ou a verificação do dano não ocorrerem por facto alheio ao agente, este beneficia da impunidade se se esforçar seriamente por evitar uma ou outra,

⁹ *Actas da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, AAFDL, 1979, p. 297.

isto é, também o benefício do art. 24º, nº 2, é aplicável ao agente de crimes de perigo comum. Contudo, se já tiver ocorrido o resultado de dano, ainda que o agente se esforce seriamente por evitar a ocorrência de um dano considerável, ele é punido pela prática do crime de perigo consumado e sem qualquer atenuação ou dispensa de pena, mesmo que esse dano considerável não venha a ocorrer por facto alheio ao agente. Só se o desistente remover efectivamente o perigo e com isso evitar a ocorrência de um dano considerável pode ele beneficiar atenuação ou da dispensa de pena relativamente ao crime de perigo já consumado. E isto por duas razões: primeiro, porque o art. 24º, nº 2 exige que o resultado se não verifique para que o esforço sério do agente possa relevar; e segundo, porque o art. 286º exige que o agente remova efectivamente o perigo antes de ele ter causado um dano considerável. Destarte, se após a verificação do dano a não verificação do resultado de dano considerável se ficar a dever a facto alheio ao agente, este não beneficia de qualquer atenuação especial ou dispensa de pena.

Também em relação aos agentes de crimes de perigo comum que actuem em comparticipação vale quanto se disse já: até à verificação do dano não compreendido no tipo ao desistente basta desenvolver esforço sério para evitar a verificação do dito resultado e com isso beneficiar da impunidade, mesmo que os outros comparticipantes prossigam na execução ou consumem o crime. Após a verificação do dano ao agente, contudo, não basta que se esforce seriamente por evitar a verificação de um dano considerável: para beneficiar da atenuação ou da dispensa de pena ele tem de remover o perigo antes de se verificar o dano considerável. Se o agente se tiver somente esforçado por evitar a ocorrência do dano considerável, mas não tiver conseguido remover efectivamente o perigo, ele é punido pelo crime de perigo consumado sem qualquer atenuação da pena, mesmo que o perigo venha a ser removido por facto alheio ao desistente e não venha a ocorrer o dano considerável. E isto pela razão de que também em face do art. 25º a conduta do desistente só tem relevância até que se verifique a lesão do bem cuja tutela antecipada o

crime de perigo assegura. Ocorrendo esta lesão o desistente tem, em face da previsão especialíssima do art. 286º, de remover efectivamente o perigo e com isso evitar a ocorrência do dano considerável para beneficiar da atenuação ou da dispensa da pena.

Por fim, o novo CP esclarece a natureza da dispensa da pena, evitando a confusão anterior com a isenção da pena. Deste modo, e nos termos do art. 74º, nº 3 do CP, uma vez que a dispensa da pena tem aqui natureza facultativa, terão que se verificar adicionalmente os requisitos do art. 74º do CP para que o agente de crimes de perigo e contra a segurança das comunicações beneficie da dita dispensa de pena. A dispensa da pena justificar-se-á sobretudo nos casos em que haja um dano de valor diminuto (isto é, inferior a 1 UC) causado com o perigo e já reparado pelo agente, uma vez que o dano de valor diminuto permite concluir, em princípio, que a ilicitude do facto é diminuta.

Por outro lado, o afastamento da expressão *em todo o caso* deixa claro que a atenuação da pena não consiste num benefício dirigido aos eventuais crimes de dano entretanto verificados no decurso da acção para remoção do perigo, independentemente da efectiva remoção ou não do perigo, mas antes e tão-só numa previsão de um benefício para qualquer acção de remoção voluntária do perigo eficaz e prévia à verificação de um dano considerável. O critério de distinção entre o recurso à atenuação da pena e o recurso à dispensa de pena assenta, pois, sobretudo no carácter diminuto do dano que entretanto se tenha verificado até à remoção do perigo e na circunstância de esse dano já ter sido reparado.

A Comparticipação

A dogmática da comparticipação nos crimes de perigo, já aflorada, é determinada pela estrutura subjectiva dos tipos legais.

A comparticipação exige a prática por outrem de um facto doloso, pelo que só é possível a co-autoria, a instigação e a cumplicidade entre agentes ou em relação a agentes que actuem com dolo da acção perigosa e dolo de resultado de perigo. Contudo, é

também possível a autoria mediata em que a autor mediato tem dolo da acção perigosa e do resultado de perigo e cria no agente imediato um erro sobre a verificação objectiva do resultado de perigo, convencendo-o por exemplo de que esse resultado não ocorrerá, pelo que o agente imediato será por sua vez autor de um crime com dolo da acção perigosa e negligência relativa ao resultado de perigo.

Por outro lado, nada obsta às formas de comparticipação nos crimes de perigo abstracto, e nomeadamente de actos preparatórios punidos autonomamente.

O Concurso de Crimes e a Continuação Criminosa

Por fim, a punição do concurso de crimes foi também ela merecedora de reparo na revisão do CP. Por um lado, o art. 285º do CP não menciona agora que a imputação da morte ou da lesão grave à integridade física tem de ser negligente e, por outro, o agravamento da pena é feito agora de modo diferente de anteriormente.

Os princípios fundamentais da punição do concurso de crimes de perigo concreto com crimes de dano saem intocados desta revisão:

1. a punição do crime de dano não consome a punição do crime de perigo concreto se o perigo se verificou em outros bens além daquele objecto do dano, uma vez que então o bem tutelado pela incriminação de perigo não se encontra integralmente tutelado pela punição através do crime de dano¹⁰;

2. a punição do crime de perigo concreto consome a punição do perigo abstracto e abstracto-concreto, uma vez que não faz sentido duplicar a tutela do perigo com a dupla punição de estádios de perigo mais ou menos próximos do resultado de perigo, tratando-se em muitos casos na incriminação do perigo

¹⁰ Também assim, entre nós, EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Penal*, Almedina, 1983 (reimpressão), p. 139.

abstracto da previsão de actos de preparação do crime de perigo concreto (por que razão punir o agente que deteve e transportou o engenho explosivo que usou para provocar uma explosão, com vista a pôr em perigo a vida de outrem, o que conseguiu, com os arts. 273º e 275º do CP ?);

3. a punição do crime de dano não consome, em princípio, a punição a título de crime de perigo abstracto, já que o bem tutelado pela incriminação de perigo não se reduz ao bem tutelado pela incriminação do dano, excepto se a incriminação do dano já é especialmente agravada com uma previsão da ocorrência de um crime de perigo abstracto (como no homicídio com armas proibidas) e, portanto, a ocorrência do crime de perigo abstracto é uma circunstância de uma forma qualificada do crime de dano.

Contudo, se estas são as regras básicas que decorrem dos princípios gerais, o art. 285º do CP afasta, em princípio, as regras do concurso entre os crimes de perigo e os crimes de homicídio e ofensas corporais graves.

O art. 285º do CP vale seja qual for a estrutura subjectiva dos crimes de perigo em causa e deve ser aplicado só enquanto permite uma punição mais grave do concurso de crimes do que a resultante do regular funcionamento das regras gerais do concurso de crimes, uma vez que o legislador pretendeu com a estatuição desta norma especial criar um regime mais gravoso do que o que resulta do funcionamento daquelas regras. Assim, se do funcionamento das regras de concurso resultar uma punição mais forte do que a que resulta do estatuído no art. 285º do CP não deve aplicar-se este artigo, mas, ao invés, recorrer ao funcionamento das regras de punição do concurso.

Por outro lado, ocorrendo um crime de perigo para a vida e para bens de valor elevado com um resultado de morte ou de ofensas corporais graves, este resultado há-de sempre ser imputado a título de negligência ao agente, por força do art. 18º do CP. Assim, se o crime de perigo tiver por resultado a morte de várias pessoas ou ofensas corporais graves em várias pessoas ou ambos os resultados, deve considerar-se que se consumou um só crime de perigo agravado pelo resultado, uma vez que a imputa-

ção negligente assenta na violação de regras de cuidado que são idênticas quer esteja em causa o resultado de morte quer esteja em causa o resultado de ofensa corporal grave. Aliás, embora esta seja uma questão dogmática a resolver pelo intérprete, o legislador deu já uma preciosa indicação no sentido apontado no art. 1º, nº 3 da Lei nº 19/86, de 19/7, em que se consagrava esta solução para o caso dos incêndios florestais.

É, pois, e pela razão já exposta, também irrelevante distinguir aqui consoante a negligência do agente seja consciente ou inconsciente, distinguindo tantos crimes de perigo qualificados pelo resultado quantos os nexos de imputação a título de negligência consciente.

Ao invés, é muito importante atentar em que a imputação negligente do resultado de morte ou de ofensa corporal negligente se interrompe se o ameaçado se colocou voluntariamente na situação de perigo, pois nos termos da dogmática geral da imputação objectiva a intervenção voluntária de terceiros interrompe o nexo de causalidade (exemplificando: a ocorrência de morte de um ou mais bombeiros que acodem a um incêndio criminoso não pode servir para punir o agente pelo crime de incêndio qualificado pelo resultado de morte).

Por fim, ocorrendo vários crimes de perigo em concurso efectivo com resultado de morte ou de lesão física grave surgem dois modos de operar a contagem da agravação penal prevista no art. 285º do CP:

1. fixar primeiro as penas concretas de cada um dos crimes de perigo, em seguida fixar a moldura penal unitária, sendo o máximo da moldura a soma das penas concretas aplicadas e o mínimo a pena concreta mais grave e, enfim, agravar a moldura abstracta encontrada de 1/3 nos seus limites máximo e mínimo; ou
2. agravar os limites máximo e mínimo da moldura penal de cada um dos crimes de perigo logo em 1/3, fixar cada uma das penas concretas e só depois fixar a moldura unitária, sendo o

máximo da moldura a soma das penas concretas aplicadas e o mínimo a pena concreta mais grave ¹¹.

É a pena que ao caso caberia que deve ser agravada nos seus limites máximo e mínimo, esclareceu o legislador na revisão do CP, pelo que a pena que no caso de concurso de vários crimes de perigo caberia é sempre uma pena a fixar no âmbito de uma moldura unitária, que deve ser agravada nos seus limites mínimo e máximo, sendo o limite máximo dessa moldura unitária alcançada pela soma das penas concretas aplicadas e o limite mínimo pela pena concreta mais grave. Assim, é a primeira solução mencionada a que respeita melhor a letra e o espírito da lei.

A punição da continuação criminosa nos crimes de perigo, e em especial nos crimes de perigo concreto, coloca sobretudo a questão espinhosa da admissibilidade do regime mais favorável do crime continuado no caso de os distintos crimes ocorridos terem tido por objecto pessoas distintas. É sabido que o regime da punição do crime continuado é afastado quando os distintos crimes atingem distintos bens eminentemente pessoais, isto é, a vida ou a integridade física de duas ou mais pessoas distintas ¹².

Tratando-se de incriminações de perigo em que não se verificou efectiva lesão de qualquer bem eminentemente pessoal deve admitir-se a aplicação do regime do crime continuado entre distintos crimes não obstante a vida ou a integridade física de diferentes pessoas ter estado em perigo aquando da ocorrência dos crimes a cumular. A razão para tal é a de que o bem jurídico protegido não é propriamente a vida ou integridade física daquela determinada pessoa que foi colocada em perigo, mas antes a norma penal visa tutelar a grave potencialidade danosa de certas condutas para a sociedade em geral, para toda e qualquer pessoa indeterminada, entendimento este que é agora reforçado pela re-

¹¹ Assim, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Anotado*, Almedina, 1995, p. 875.

¹² Assim, entre nós, EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Penal*, Almedina, 1983 (reimpressão), p. 255.

dação dada na revisão do CP aos tipos legais fazendo-se referência ao perigo para outrem, para uma qualquer pessoa indeterminada.

Ao invés, se aquando da ocorrência dos distintos crimes de perigo se verificar cumulativamente a lesão efectiva de um qualquer bem eminentemente pessoal (a vida ou a integridade física) de uma das pessoas que se encontrava em perigo, então deve entender-se que tal ocorrência devia ter tido um efeito inibidor para o agente e se ele, não obstante, prosseguiu na reiteração dos factos ilícitos tal circunstância evidencia uma culpa agravada, o que impede a aplicação do regime do crime continuado.

A ocorrência de distintas acções criminosas com as quais se põem em perigo umas vezes bens eminentemente pessoais e de outras bens patrimoniais deve também, em princípio, obstar à aplicação do regime do crime continuado, uma vez que, tendo tais acções sido realizadas de forma essencialmente heterogénea, levam a pôr em causa que a reiteração da prática criminosa se deva a uma solicitação exterior, fazendo antes supor que ela corresponde a uma culpa agravada do agente.

II

ANOTAÇÕES AOS TIPOS EM ESPECIAL

Artigos 272º e 273º

Os artigos contêm seis tipos distintos de crimes de perigo concreto anteriormente distinguidos em outras tantas normas (arts. 253º, 255º, 256º, 258º, 261º e 262º do CP na versão original) e que podem concorrer efectivamente entre si. Os tipos podem ser cometidos por via omissiva e admitem todas as formas de autoria e participação.

O tipo de incêndio inclui agora o crime anteriormente previsto em lei especial relativo a incêndios florestais (Lei nº 19/86, de 19/7), pelo que esta lei deixou de estar em vigor na parte re-

lativa às disposições criminais, não obstante a sua revogação expressa não ter sido referida no art. 2º, nº 2 do Dec.-Lei nº 48/95, como tinha sugerido a Comissão de Revisão. A revogação da lei especial resulta quer da inclusão expressa do incêndio de floresta, mata ou arvoredo no âmbito do novo tipo legal, quer da agravação da moldura penal do crime, que adoptou a moldura penal do crime do art. 1º, nº 1 da Lei nº 19/86.

Contudo, deixou de se punir por si só o incêndio de florestas, matas ou arvoredos de propriedade do agente que tenham valor patrimonial considerável, como se previa na Lei nº 19/86, bem como o incêndio de florestas, matas ou arvoredos de propriedade do agente e que possa pela sua natureza ou localização comunicar o incêndio a florestas, matas ou arvoredos de outrem. Em face do novo tipo é irrelevante se o incêndio se verifica em floresta, mata ou arvoredo próprio do agente ou de outrem, o que releva é que se tenha verificado perigo para bens patrimoniais alheios de valor elevado ou para a vida ou integridade física de outrem.

Deixou também de se prever uma moldura especial para o instigador de incêndios de florestas, constante do art. 1º, nº 4 da Lei nº 19/86, sendo agora este punido nos termos gerais como autor e sem qualquer agravação da moldura penal.

A regra do art. 1º, nº 5 desta Lei nº 19/86 relativa à exclusão da punição a título de incêndio das condutas de realização de trabalhos adequados e realizados por pessoal qualificado e autorizado a combater incêndios, prevenir, debelar ou minorar a deterioração do património florestal deve continuar a ser tida em conta na aplicação do novo tipo legal, agora não por imposição expressa da lei, mas da dogmática geral da interpretação restritiva dos tipos legais por via do princípio da adequação social de determinados comportamentos, o que leva à exclusão destes comportamentos da subsunção legal ao tipo de incêndio.

Deixa também de ser punida autonomamente a conduta daquele que impede o combate a incêndios ou dificulta a extinção de incêndios, destruindo ou tornando inutilizável material destinado a combater os mesmos, prevista no art. 3º da Lei

nº 19/86, sendo agora estas condutas punidas a título de crime de incêndio nos termos da dogmática da autoria, da co-autoria e da participação. Assim também provoca incêndio aquele que mantém um incêndio já ateadado impedindo ou dificultando o combate a esse incêndio, devendo esse agente ser punido como co-autor se age em acordo, ao menos tácito, com quem ateou o incêndio ou como autor simples se age sem qualquer acordo, nem sequer tácito, com quem ateou o incêndio. Se, no entanto, o incêndio sempre se manteria vivo independentemente do contributo do agente que intervém posteriormente, procurando impedir ou dificultar o combate ao incêndio, então deve punir-se esse agente como mero cúmplice do agente que ateou o incêndio.

Por fim, deixou também de se prever expressamente a espécie de medida de segurança para os inimputáveis que tenham provocado os incêndios florestais. No entanto, a solução da Lei nº 19/86 no sentido do internamento intermitente e coincidente com a época de fogos não deixa de ser admissível em face do art. 91º do novo CP e por força do princípio da necessidade e proporcionalidade da medida de segurança à gravidade do facto e às particulares características da perigosidade do agente (art. 40º do CP).

Artigo 274º

É um crime de perigo abstracto, em que se pune autonomamente os actos preparatórios dos crimes dos arts. 272º e 273º do CP.

O legislador distinguiu esta incriminação da incriminação seguinte, que se refere à fabricação, aquisição, entrega, detenção ou importação essencialmente dos mesmos objectos, porquanto ao tipo legal do art. 274º do CP se subsume também toda e qualquer outra aparelhagem necessária para a execução dos referidos crimes dos arts. 272º e 273º do CP.

As substâncias e as aparelhagens têm de ser efectivamente capazes de produzir explosão ou próprias para a fabricação de gases, isto é, têm de ser objectivamente idóneas para a consecu-

ção do objectivo da execução de um dos crimes previstos nos arts. 272º e 273º do CP. Caso essas substâncias ou aparelhagens não sejam objectivamente idóneas para a execução dos ditos crimes, não-de ter-se por substâncias e aparelhagens cuja posse não é penalmente relevante ainda que o agente tenha a intenção de com elas proceder à execução de um daqueles crimes. Haverá então tentativa impossível impune (art. 23º, nº 1 do CP).

Artigo 275º

É um crime de perigo abstracto em que se pune a posse de substâncias explosivas ou análogas ou armas proibidas.

Mantém-se o recurso ao conceito de arma proibida, pelo que continua em vigor a legislação avulsa sobre armas e, nomeadamente, os Decs.-Lei nº 207-A/75, de 17/4 e nº 400/82, de 23/9.

O conceito de arma proibida inclui agora expressamente o dos objectos destinados a projectar substâncias tóxicas, asfixiantes ou corrosivas.

A posse de arma permitida, mas não documentada continua a ser punida e, nomeadamente a posse de uma pistola 6.35 mm não manifestada, nem registada, continua a ser punida nos termos deste artigo, mantendo-se plenamente válida a doutrina do Assento do STJ de 5/4/89.

É verdade que na Comissão de Revisão se manifestou o propósito de remeter para o âmbito da tutela contraordenacional a punição da posse de uma arma permitida, mas indocumentada¹³. Contudo, e enquanto se não produzir a alteração legislativa anunciada como necessária para realizar tal propósito político-criminal, a doutrina do Assento de 5/4/89 continua plenamente eficaz e vinculante ao menos para os tribunais portugueses¹⁴.

13 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, pp. 357 e 516.

14 Contra, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Anotado*, Almedina, 1995, p. 859.

Outra interpretação do preceito legal levaria a supor que o novo CP criou um vazio legislativo no que toca à punição da posse de armas permitidas indocumentadas, como as pistolas 6.35 mm, pois ao mesmo tempo que descriminalizava tal conduta não criava qualquer tutela contra-ordenacional para a mesma. Ora, o intérprete tem sempre de partir do pressuposto de que o legislador consagrou a melhor solução e não que a omitiu e criou um vazio legislativo, tanto mais que não consta do preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, de 15/3 qualquer manifestação de vontade do legislador no sentido de descriminalizar desde já, e muito menos de tornar impune, a detenção de armas permitidas não documentadas. Há que convir que se tal tivesse sido o propósito do legislador se exigiria a manifestação expressa desse propósito no preâmbulo tal como aconteceu, por exemplo, com a descriminalização de algumas infracções contra a segurança do Estado e a autoridade pública, atenta a atribulada história recente da incriminação deste tipo de armas e a radical inversão do sentido da opção legislativa no tocante à punibilidade destas condutas, com repercussões práticas de grande relevância num domínio sensível como é o do controlo do Estado sobre o armamento de defesa. Acresce que o teor da discussão da Comissão de Revisão revela claramente que a não punição criminal das armas permitidas indocumentadas é ainda um mero propósito político-criminal enquanto não entrar em vigor a legislação que converta a tutela criminal actualmente em vigor em tutela contraordenacional.

A conclusão a que se chega não é prejudicada pelo disposto nos arts. 6º e 7º do Dec.-Lei nº 399/93, de 3/12, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva nº 91/477/CEE, do Conselho de 18 de Junho, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas.

A referida Directiva consagra no seu art. 6º uma proibição de aquisição e detenção de armas de fogo, embora logo no art. 3º se ressalve expressamente a possibilidade de as legislações nacionais serem mais restritivas, na sequência, aliás, do que já se consagrava no art. 90º do Acordo de Schengen de 14/6/85, relativo à supressão gradual dos controlos fronteiriços. Também nes-

te artigo se ressalvava a possibilidade de as legislações nacionais serem mais rigorosas do que o regime de armas proibidas estabelecido no art. 79º do Acordo. É, pois, manifesto que estas disposições comunitárias estabelecem disposições mínimas, a que os diferentes direitos nacionais se terão de adaptar, sem prejuízo de nestes se consagrarem regimes mais restritivos. É o caso de Portugal, onde já vigorava um regime globalmente mais restritivo, estabelecido no art. 3º do Dec.-Lei nº 207-A/75, de 17/4 e no art. 260º do CP de 1982. Ora, nada no Dec.-Lei nº 399/93 permite concluir que o legislador pretendeu afastar a delimitação nacional mais restritiva das armas proibidas então vigente e, nomeadamente, afastar a proibição nacional das armas de fogo de canos cortados, das pistolas de calibre superior a 6.35 mm e dos revólveres de calibre superior a 7.65 mm, todas armas não proibidas em face do direito comunitário. Ao invés, estas continuam a ser armas proibidas, por força do direito nacional mais restritivo, tal como são agora todas as armas automáticas, por força do direito comunitário. O conceito comunitário de arma proibida, recebido pelo Dec.-Lei nº 399/93, não prejudica, portanto, o direito nacional na parte em que este for mais restritivo e não resolve a questão em análise.

Com efeito, a conversão legislativa da natureza das transgressões previstas no Dec.-Lei nº 37.313, de 11/2/49 em contra-ordenações não resolve o problema da punibilidade da detenção e porte de armas permitidas não manifestadas, nem registadas. A revogação inequívoca do art. 66º do Dec.-Lei nº 37.313 pelo art. 5º do Dec.-Lei nº 207-A/75, que veio a contemplar todas as situações nele previstas, e a posterior revogação expressa deste último artigo pelo art. 6º, nº 2 do Dec.-Lei nº 400/82 de 23/9 foi considerada pelo STJ no Assento de 1989 como revelando que o *Código actual adoptou um conceito de arma proibida mais amplo do que o do mencionado art. 3º do Dec.-Lei nº 207-A/75, exactamente aquele que neste diploma se desdobrava pelos seus artigos 4º e 5º e que no Código de 1886 já se apresentava unitário*. Deste modo, o STJ rejeitou definitivamente a tese da repriminacção do art. 66º do Dec.-Lei nº 37.313 pelo art. 6º, nº 2 do

Dec.-Lei nº 400/82, que tinha sido propugnada por alguns como a solução que conciliava a punibilidade (como mera contravenção) da posse e detenção das armas permitidas não licenciadas, nem registadas, com a impunibilidade dessa conduta em face do art. 260º do CP de 1982.

Ora, a conversão operada pelo Dec.-Lei nº 399/93 da natureza das transgressões previstas no Dec.-Lei nº 37.313, que ocorreu ainda antes da revisão do CP em 1995, é, bem entendida, dirigida às transgressões que se encontrem em vigor na data da entrada em vigor do Dec.-Lei nº 399/93 e, como decidiu o STJ, o art. 66º do Dec.-Lei nº 37.313 já não se encontrava em vigor a essa data por ter sido há muito revogado pelo art. 5º do Dec.-Lei nº 207-A/75 e não ter sido repristinado pelo art. 6º, nº 2 do Dec.-Lei nº 400/82, tendo ao invés disso a conduta anteriormente prevista no referido art. 66º do Dec.-Lei nº 37.313 sido prevista no art. 260º do CP de 1982. Assim sendo, o art. 6º do Dec.-Lei nº 399/93 não se reportou às disposições do Dec.-Lei nº 37.313 que se encontravam revogadas e, nomeadamente, ao art. 66º do mencionado diploma de 1949. A revisão do CP em 1995 não veio, pois, alterar o regime resultante do Código Penal de 1982, uma vez que o conceito de arma proibida tem ainda a dimensão que lhe foi reconhecida pelo Assento do STJ de 1989 enquanto não for criado um regime contraordenacional próprio para as armas permitidas não licenciadas, nem registadas. O Dec.-Lei nº 399/93 não criou manifestamente esse regime, como aliás resulta da discussão da Comissão que deixa antever a necessidade da intervenção legislativa neste domínio. O que o intérprete não deve é substituir-se ao legislador e antecipar soluções legislativas com base em propósitos, ainda que louváveis, de política criminal.

Da autonomização do nº 2 do art. 275º e da supressão da referência no nº 2 deste artigo à expressão *fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente*, constante do nº 1 do artigo, procurou retirar-se a seguinte conclusão: uma vez que já se não menciona agora as armas que estejam fora das condições legais pretendeu-se descriminalizar as

armas permitidas indocumentadas. Este argumento sustenta que a remissão do nº 2 para o nº 1 não abarca a expressão *fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente*, constante do nº 1 do artigo, porquanto no nº 2 se menciona tão-só *as condutas referidas no número anterior*.

Este argumento provém da lógica argumentativa do Assento de 1989, da qual decorria que é proibido, e portanto penalmente relevante, tudo quanto estiver fora das condições legais, com a consequência de que as armas permitidas mas indocumentadas são armas proibidas. Contudo, e independentemente do valor intrínseco da lógica argumentativa do Assento, só uma leitura truncada do art. 275º, nº 1 permite alcançar a conclusão de que a remissão do nº 2 não abarca a expressão *fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente*, constante do nº 1 do artigo. Como é óbvio, a expressão *fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente* qualifica todas as condutas referidas no nº 1, pelo que a remissão do nº 2 para as ditas condutas há-de entender-se feita para as condutas qualificadas nos termos do nº 1. Assim, a correcta interpretação gramatical da remissão legal, e por conseguinte do nº 1, há-de realizar-se deste modo: *quem, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, importar, fabricar, guardar.....* Só uma leitura incompleta, e por isso truncada, do nº 1 leva à conclusão aqui rejeitada.

Por fim, um último argumento se tem aduzido para a conclusão da descriminalização das armas permitidas indocumentadas, que é o da atenuação da moldura penal abstracta do nº 2. Pretende-se que a previsão de uma moldura penal abstracta mais reduzida para as armas proibidas deve levar à conclusão da impunidade das armas permitidas indocumentadas, uma vez que deste modo o legislador desvalorizou a gravidade deste ilícito, não se compreendendo então a manutenção da punição como ilícito penal das armas permitidas indocumentadas.

Além do carácter problemático do raciocínio sobre a relevância penal de condutas e a respectiva punibilidade assentar em

considerações relativas à moldura abstracta de crimes, este argumento pode mesmo ser invertido, e ir de encontro à preocupação manifestada na jurisprudência antes do Assento de 1989 e de que se deu conta neste.

Com efeito, dizia-se então que *mal pareceria punir igualmente a detenção de materiais explosivos ou capazes de produzirem explosões nucleares ou radioactivas e a detenção de uma pistola vulgar, não registada* (no Assento citado).

O argumento então esgrimido era o da relativa gravidade da pena de prisão prevista no art. 260º do CP de 1982, que se ajustava para a detenção dos materiais explosivos, por exemplo, mas que se não coadunava por ser demasiado severa com a relevância penal das armas permitidas indocumentadas.

Ora, a autonomização do nº 2 e a previsão alternativa de uma prisão até dois anos ou multa até 240 dias permite distinguir agora ainda melhor *a diversa gravidade que as várias situações previstas podem comportar*, como se dizia no Assento de 1989. Dito de outro modo, a pena agora prevista para a detenção das armas proibidas, por ser menos grave, coaduna-se melhor com *a natureza manifestamente contravençional*, como também se dizia no Assento, do ilícito relativo às armas permitidas indocumentadas.

Artigo 276º

É um crime de perigo abstracto, que pune actos preparatórios de crimes de violação da reserva de vida privada.

Os objectos têm de se encontrar fora das condições legais e ser objectivamente aptos para a realização de escutas telefónicas, violação de correspondência ou de telecomunicações. Se os objectos não forem objectivamente idóneos para o dito efeito, e não obstante o agente tiver a intenção de com eles realizar a execução de um daqueles crimes, haverá tentativa impossível impune (art. 23º, nº 1 do CP).

É necessário que o dolo do agente inclua a destinação dos objectos para a ulterior execução dos crimes contra a reserva de vida privada mencionados na lei.

Artigo 277º

O artigo contém quatro tipos distintos de crimes de perigo concreto anteriormente distinguidos em outras tantas normas (arts. 263º, 264º, 265º e 266º do CP) e que podem concorrer efectivamente entre si ou mesmo aparentemente (este é, por exemplo, o caso da destruição de instalação para distribuição de água de modo a impedir o fornecimento ao público de água).

O crime de infracção de regras de construção é um crime da violação de dever (ROXIN), pelo que pode ser preenchido quer por omissão do cumprimento das ditas regras, quer por violação expressa (por acção) das mesmas regras, sem que para punição daquela omissão haja de recorrer-se à equiparação do art. 10º do CP.

O crime de destruição de aparelhagem destinada a prevenir acidentes, ao invés, foi cindido em dois tipos: um crime comissivo por acção consagrado na primeira parte da al. b) e um outro crime omissivo próprio consagrado na segunda parte da mesma alínea. O crime da primeira parte pode ser cometido por omissão.

Os crimes de dano em instalações e de perturbação de serviços são crimes comissivos por acção e podem ser cometidos por omissão.

Os crimes tipificados neste artigo admitem todas as formas de autoria e participação, incluindo a autoria mediata e a co-autoria, com a excepção obviamente do de infracção de regras de construção, cujo regime de autoria é distinto e depende essencialmente da titularidade de determinadas profissões de planeamento, direcção ou execução de construção, demolição ou instalação ou ainda da sua modificação, cujas regras legais, regulamentares e técnicas o agente deve observar.

Artigo 278º

É um crime de dano assente na realização de acções, com inobservância de disposições legais ou regulamentares, de destruição de espécies animais e vegetais protegidas na área própria da espécie destruída ou no esgotamento de um recurso de subsolo na área própria desse recurso.

A área que se deve tomar por referência é, pois, a área inicialmente ocupada pela espécie animal ou vegetal (o *habitat* natural) que veio a ser destruída ou a área onde inicialmente se localizava o recurso de subsolo que veio a ser esgotado. Contudo, este critério naturalístico deve ser concatenado, no caso das espécies de fauna e flora protegidas, com as disposições legais e regulamentares sobre espécies protegidas, como decorre da interpretação sistemática das als. a) e b) do nº 2 do art. 278º. No caso dos recursos do subsolo, o intérprete deve fixar a área regional por referência ao critério naturalístico da inicial delimitação da área do recurso do subsolo que veio a ser esgotado.

O cometimento do crime não depende da existência de uma qualquer relação de propriedade do agente ou dos terceiros atingidos com os recursos naturais danificados. Daí, que quer este crime, quer o de poluição, tenham de requerer uma dogmática própria e muito especial para o consentimento. Em princípio, não basta o consentimento de todas as pessoas atingidas pela acção danosa ou poluente, pois o bem jurídico da qualidade de vida, e nomeadamente, dos elementos naturais da água, do solo, do ar e do ruído, bem como o bem jurídico da preservação da fauna, flora e recursos do subsolo, tutelados nestes tipos legais, não estão, ou não estão só, na disposição dos concretos titulares imediatamente atingidos pela acção danosa ou poluente.

O crime pode ser praticado por omissão e admite qualquer forma de autoria e de participação.

Artigo 279º

É um crime de dano assente na realização de acções de emissão ou imissão poluentes contrárias a prescrições ou limitações administrativas, que são legal ou regulamentarmente fundadas e cominam a aplicação das penas deste artigo para a sua violação. O crime também pode ser cometido por omissão.

Tem a natureza de um crime de desobediência rigidamente delimitado pela necessidade de intervenção da entidade administrativa na fixação da natureza e dos valores não permitidos de emissão e imissão poluentes e na cominação da sanção criminal para a sua violação¹⁵.

O princípio da legalidade das sanções criminais e o princípio da igualdade estão assegurados pela imprescindível prévia determinação genérica e abstracta, por via de lei ou regulamento, da competência da autoridade administrativa e do quadro legal para as prescrições ou limitações impostas pela autoridade administrativa. Destarte, se evitam as habituais críticas à tipificação neste domínio através de normas penais em branco. Acresce que as prescrições ou limitações da entidade administrativa não têm de ser dirigidas a determinado agente em concreto, podendo sê-lo a uma categoria de agentes.

A conformidade das prescrições ou limitações da entidade administrativa com as disposições legais ou regulamentares que as sustentem não é, em princípio, sindicável pelo agente, podendo, no entanto, suscitar-se aqui erros sobre a ilicitude relevantes ao nível da culpa (art. 17º do CP).

A falta de cominação da pena aplicável na prescrição ou limitação administrativa torna não punível a conduta poluente do agente a este título, podendo, no entanto, sê-lo a outro título, como por exemplo, a título de danos causados à natureza, uma vez que o art. 278º não exige a cominação da sanção criminal.

15 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 532.

Não se prevê o efeito poluente acumulado de um conjunto de comportamentos permitidos (e portanto lícitos) de vários agentes poluentes que actuam autonomamente e sem se conhecerem. A problemática da protecção do *status quo* (“mesmo a água suja merece protecção”) levanta problemas vários ao nível da definição da relevância penal dos concretos comportamentos permitidos.

Não se prevê a repercussão do carácter erróneo da decisão administrativa (em desconformidade com as disposições legais ou regulamentares) na licitude da conduta do agente poluente que actua em conformidade com a autorização administrativa, e nomeadamente se o carácter de licitude da acção poluente depende ou não da nulidade da decisão administrativa. Também nada se diz sobre a repercussão do comportamento omissivo e tolerante da Administração relativamente a condutas poluentes acima dos níveis legais ou regulamentares.

A eficácia prática da tutela penal do ambiente dependerá de um esforço legislativo de regulamentação das actividades emissoras e imissoras poluentes e de definição das entidades administrativas competentes para proceder à fiscalização e prescrição cominatória da aplicação das penas do art. 279º às condutas poluentes ilegais.

Artigo 280º

Trata-se de um crime de perigo concreto assente nas condutas violadoras das prescrições ou limitações administrativas referidas no artigo anterior. Assim, as acções poluentes que não contrariem a natureza e os valores de emissão ou imissão fixados administrativamente não são punidas ainda que tenham criado efectivo perigo para a vida, integridade física ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado. Aqui só poderá pôr-se um problema de uma eventual responsabilidade disciplinar da autoridade administrativa, uma vez que a nossa lei penal não tipificou qualquer conduta do agente administrativo que em virtude de defici-

ente exercício das suas funções tenha consequências danosas para o meio ambiente.

Anteriormente já se previa a tutela penal da poluição de água com perigo concreto para a vida ou de grave lesão da saúde ou da integridade física de outrem (art. 269º do CP na versão inicial).

Hoje, além da qualidade da água, também a dos solos, a do ar e a do ambiente sonoro merecem a tutela penal reforçada quando acompanhadas de perigo concreto para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado. Contudo, já não se pune a acção poluente negligente que tenha criado negligentemente perigo concreto para a vida ou a integridade física de outrem (como anteriormente, no art. 269º, nº 4 do CP de 1982), o que se estranha em face do alargamento da tutela penal do ambiente e da maior frequência de ocorrência de condutas poluentes negligentes.

O crime pode ser praticado por omissão e admite qualquer forma de autoria e de participação.

Artigo 281º

É um crime de perigo concreto, afastando-se dificuldades da anterior redacção dos arts. 271º e 272º do CP resultantes da expressão *de natureza a causar dano* com a consagração da expressão *criar deste modo perigo de dano*. A expressão *de natureza a causar dano* gerou controvérsia na Comissão de 1966 relativa ao carácter abstracto ou concreto do perigo por ela suposto¹⁶, tendo, no entanto, sido mantida a dita expressão. A nova redacção do tipo legal vem esclarecer definitivamente a natureza de crime de perigo concreto deste crime.

Pune-se agora, ao invés da lei anterior, a difusão dolosa de epizootias com perigo negligente de dano para os animais e as

¹⁶ Actas da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial, AAFDL, 1979, p. 302.

culturas, bem como a difusão negligente de epizootias e a deterioração dolosa de alimentos destinados a animais com perigo negligente de dano.

Afasta-se o conceito de vida e integridade física de animais do anterior art. 272º do CP e o perigo tem agora de dizer respeito somente a animais e culturas alheias, ao invés do anterior art. 271º, nº 1 do CP e de acordo com o anterior art. 272º do CP. Os animais terão de ser domésticos ou úteis ao homem, mas alheios, e não o são os animais selvagens de caça e de pesca, que são *res nullius* até à sua apreensão.

O crime pode ser cometido por omissão e admite qualquer forma de autoria e participação.

Artigo 282º

É um crime de perigo concreto que corresponde ao anterior crime do art. 273º do CP.

Mantém-se a delimitação entre as condutas de corrupção de alimentos de que decorre perigo para a vida ou integridade física de outrem, com relevância no direito penal principal, e a corrupção de alimentos de que não resulta perigo para a vida ou integridade física de outrem, que releva do direito penal secundário.

O crime pode ser cometido por omissão e admite qualquer forma de autoria e participação.

Artigo 283º

Trata-se de um crime de perigo concreto que corresponde aos crimes dos arts. 270º, 274º e 275º do anterior CP.

Pune-se agora, ao invés da lei anterior, a propagação dolosa de doença contagiosa com perigo negligente para a vida ou integridade física de outrem. Já não se pune autonomamente, no entanto, a infracção por médico da obrigação de participar doença contagiosa, tendo esta omissão do médico agora de ser punida nos termos genéricos da alínea a) deste artigo cometida por via de omissão.

As alíneas *b)* e *c)* configuram crimes específicos próprios, atenta a circunstância de o ilícito depender da qualidade de médico ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório ou pessoa autorizada a elaborar exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico cirúrgico, ou farmacêutico ou empregado de farmácia, não existindo previsão de ilícito com as mesmas características para o vulgar cidadão.

Não se distingue agora o perigo de pequena gravidade para a saúde ou integridade física de outrem, em consonância com uma intenção restritiva expressa pelo legislador¹⁷, e exige-se mesmo um perigo grave para a integridade física de outrem, cujo sentido já se esclareceu.

Artigo 284º

É um crime de perigo concreto que corresponde ao crime do anterior art. 276º do CP e que tem a natureza de crime específico impróprio, atenta a circunstância de o ilícito ser qualificado pela qualidade de médico do seu autor, tornando-o especial em relação ao crime genérico da omissão de auxílio (art. 200º do actual CP).

Não se distingue agora o perigo de pequena gravidade para a saúde de outrem.

Artigo 287º

Ao invés do tipo legal correspondente na lei penal alemã [o parágrafo 316c (1), 1 do StGB], que tem a estrutura de um crime de empreendimento, o legislador português optou pela construção de um tipo legal de dano¹⁸. Consagra a punição autónoma da

17 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 361.

18 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 363.

pirataria aérea, naval e férrea. Inexplicavelmente a Comissão não manteve a punição da pirataria realizada em autocarros ou transportes públicos rodoviários, como aliás se previa no art. 279º, nº 4 do CP anterior.

Prevê-se o caso da aterragem forçada, mas não o da amarração forçada, nem o da paragem de comboio forçada, que devem merecer o mesmo tratamento, pelo que o barco deve considerar-se em navegação até que a autoridade competente se responsabilize pelo navio se este for objecto de uma amarração forçada, assim como deve considerar-se em circulação o comboio até que a entidade competente se responsabilize pelo comboio se este for objecto de uma paragem forçada.

Prevêem-se dois modos de intervenção no curso do voo, navegação ou circulação penalmente relevantes: o apossamento e o desvio da rota. O apossamento ou o desvio podem realizar-se por *vis absoluta* (provocando a incapacidade de actuação e reacção da tripulação) ou por *vis compulsiva* (ameaçando de um mal) ou por qualquer outro meio que afaste a decisão livre da tripulação, como o engano. O convencimento ou a corrupção da tripulação não constituem meio de apossamento ou desvio. O desvio da rota pode também provir do exterior do meio de transporte.

A diferença entre o apossamento e o desvio é uma diferença de grau: a limitação da liberdade da tripulação no apossamento é maior, não tendo a tripulação qualquer capacidade de decisão sobre o destino do meio de transporte e, por isso, a gravidade do ilícito é também neste caso maior. Ao invés da previsão normativa do StGB, que para a consumação do crime se basta com a realização de actos, mesmo que não idóneos, segundo alguns, de limitação da liberdade de decisão da tripulação, na lei portuguesa a consumação do tipo legal verifica-se somente com o efectivo controlo do destino do meio de transporte, mesmo que ele não se tenha ainda movimentado. Se o agente realiza apenas actos de limitação da liberdade de decisão da tripulação, mas não consegue controlar efectivamente a tripulação de modo a determinar o destino do meio de transporte, o agente será punido apenas por tentativa se os ditos actos não forem manifestamente

inaptos para tal (exemplificando: a ameaça da tripulação com uma pistola de plástico não é punida se for manifesto à tripulação que a dita pistola é de plástico).

Artigos 288º e 290º

São crimes de perigo concreto, que correspondem aos crimes dos arts. 277º e 279º do anterior CP. Não obstante as respectivas alíneas *d*) assentarem na perigosidade abstracta do acto praticado, e daí exigirem a verificação de um perigo abstracto-concreto (idoneidade genérica e abstracta do concreto acto praticado para causar desastre), este grau de menor intensidade do perigo é consumido pela maior exigência do perigo concreto para a vida, integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, requerido pela segunda parte dos tipos legais. Acrescente-se que os titulares destes bens postos em perigo não têm de ser participantes do trânsito, basta que o perigo tenha resultado de uma conduta perigosa ocorrida durante o voo de uma aeronave, a navegação de um barco, a circulação de um comboio ou a deslocação de um veículo rodoviário.

O tipo incluirá agora, em regra, as condutas anteriormente previstas no art. 281º do CP de 1982, que desapareceu.

A incriminação do atentado contra a segurança dos transportes e a simultânea incriminação da condução perigosa, agora alargada à violação grosseira das regras de trânsito (arts. 289º e 291º do CP revisto), veio criar um problema delicado de sobreposição das previsões normativas destes tipos criminais.

Com efeito, o crime de atentado à segurança de transporte não se reduz à incriminação de actuações externas sobre o meio de transporte em causa, como a colocação de obstáculos à circulação, mas inclui também a prática de acto do qual possa resultar desastre e, portanto, também a condução perigosa de que possa resultar desastre. A questão já era discutida na RFA, em face de disposições legais semelhantes, também aí se queixando a doutrina da sobreposição parcial entre os tipos de atentado e de condução perigosa nas previsões legais alemãs correspondentes aos

crimes dos arts. 288º, nº 1, al. *d*) e 290º, nº 1, al. *d*) do CP revisto [parágrafos 315, (1), 4 e 315a, por um lado, para os transportes por ar, água ou caminho de ferro, e por outro lado, os parágrafos 315b, (1), 3 e 315c do StGB, para o transporte automóvel].

A solução alcançada pela jurisprudência alemã, e logo acolhida com aplauso pela doutrina, foi a de restringir o campo dos actos dos quais possa resultar desastre a actos estranhos ao trânsito, a actos de manipulação consciente do meio de transporte como um instrumento estranho ao trânsito com a intenção de criar perigo para a vida ou integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado (*verkehrsfeindliche, verkehrsfremde Eingriffe*) (exemplificando: transportar alguém no tejadilho contra sua vontade a alta velocidade, invadir a passadeira de peões para intencionalmente pôr em perigo alguém que aí passava, dirigir o carro contra uma barreira policial de modo a forçar a passagem por esta, conduzir a altas velocidades em sentido contrário na auto-estrada).

Para a incriminação da condução perigosa reservou a jurisprudência os actos meramente desrespeitadores das regras de trânsito que tenham visado criar o perigo referido. Com isto se verifica que os comportamentos mais graves ficam subsumidos à previsão legal do art. 288º, o que aliás faz sentido atendendo à moldura penal mais grave deste crime em relação à do crime do art. 289º do CP. Deste modo evita-se também a crítica do Professor FIGUEIREDO DIAS dirigida já na Comissão de 1966 à grande latitude da expressão *ou praticando quaisquer actos*, que inutilizaria praticamente toda a tipificação que antecede¹⁹, uma vez que ao tipo legal de atentado na modalidade da alínea *d*) só se subsumem os referidos comportamentos com as particularidades características mencionadas.

Os crimes dos arts. 288º e 290º do CP revisto podem ser cometidos por omissão e admitem todas as formas de autoria e

19 *Actas da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, AAFFDL, 1979, p. 311.

comparticipação, com a excepção das respectivas als. *d*). É que os actos de condução perigosa de que possa resultar desastre constituem crime de mão própria, pelo que não admitem a comissão por omissão, nem a co-autoria, nem a autoria mediata.

Artigo 289º

É um crime de perigo concreto, que corresponde ao crime do art. 278º do CP de 1982. Este artigo deve ser conjugado com o art. 291º e, portanto, a circunstância de não se encontrar o agente em condições de conduzir com segurança, que não é concretizada no tipo legal do art. 289º, deve sê-lo tendo em consideração a concretização feita no tipo legal do art. 291º: trata-se de se encontrar o agente em estado de fadiga excessiva, ter deficiência física ou psíquica que o impeça de conduzir ou sob influência de álcool, devendo atender-se na valoração das taxas de álcool verificadas aos especiais níveis de exigência de cuidado e atenção próprios da condução de transportes aéreos, navais e férreos.

A violação grosseira das regras de condução depende da gravidade e essencialidade do dever de cuidado violado e não do carácter subjectivo excepcionalmente censurável (descuidado ou indiferente) da actuação do agente, uma vez que a lei penal portuguesa só fala em violação grosseira, ao invés da lei alemã, que menciona no parágrafo 315c (2) do StGB, a violação *grob verkehrswidrig e rücksichtslos*.

É um crime de mão própria, pelo que não admite a comissão por omissão, nem a co-autoria, nem a autoria mediata.

Artigo 291º

É um crime de perigo concreto, que por um lado alarga consideravelmente o âmbito de aplicação do anterior art. 278º do CP e por outro o comprime. Comprime-o, prevendo agora a punição das concretas circunstâncias que revelam não estar o agente em condições de conduzir com segurança, e alarga-o,

consagrando agora a genérica previsão da violação grosseira das regras de circulação rodoviária. Aliás, a consagração da violação grosseira das regras de circulação recupera tão-só uma opção já constante do Projecto Eduardo Correia, que foi após debate aprovada pela Comissão em 1966²⁰, não tendo, contudo, sido recebida no CP de 1982.

Na Comissão de Revisão de 1989, após discussão acesa sobre a amplitude a dar à alínea *b*) e, nomeadamente, sobre a necessidade de consagração das específicas regras de trânsito cuja violação justificaria a censura penal se acompanhada do perigo concreto, venceu a tese maximalista²¹, segundo a qual se devia deixar consagrado um conceito aberto que a jurisprudência e a doutrina deveriam vir a condensar. A opção é criticável, porquanto tratando-se de crime cuja natureza pública permite a detenção em flagrante delito pela autoridade policial e cuja moldura penal permite o julgamento em processo sumário ter-se-ia evitado as hesitações e os eventuais excessos de zelo da autoridade policial se se tivesse consagrado as concretas regras cuja violação era aqui visada.

No Projecto enumeravam-se as regras cuja violação daria lugar, se acompanhada da verificação de um perigo concreto, ao tipo da condução perigosa. Estas regras eram as relativas à prioridade, a ultrapassagens, à passagem de peões, à velocidade permitida em razão de falta de visibilidade, à inversão de marcha em auto-estrada ou em estrada fora das povoações e à sinalização em auto-estrada ou em estrada fora de povoações. Acrescenta-se que estas são também as regras mencionadas no parágrafo 315c do StGB, em que se inspirou o art. 291º do CP revisto. A opção por uma cláusula aberta tem o significado de não vincular o julgador a um elenco de regras cuja violação é requisito es-

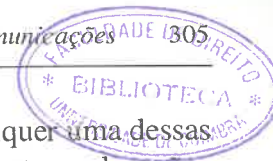
20 *Actas da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, AAFDL, 1979, p. 313.

21 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 366.

sencial para a verificação do ilícito típico, deixando ao labor da doutrina a definição do grupo dessas mesmas regras.

Se se atentar na natureza das regras referidas no Projecto constata-se que se encontram entre elas quer violações que constituem contra-ordenações graves (como as referentes à prioridade, a ultrapassagens, à inversão do sentido de marcha em estrada fora de povoações, à passagem de peões, à velocidade permitida por falta de visibilidade) quer violações que constituem contra-ordenações muito graves (como as referentes à prioridade nas auto-estradas, a ultrapassagens nas auto-estradas, à inversão de marcha em auto-estradas e à sinalização de veículos parados fora das povoações e em auto-estradas). Portanto, no Projecto incluíam-se indistintamente contra-ordenações graves e muito graves entre aquelas condutas que dariam lugar à condução perigosa se, além da violação da regra de trânsito, ocorresse perigo concreto. Daqui há que concluir que no Projecto nem só as condutas qualificadas no novo CE como contra-ordenações muito graves justificariam a censura criminal se acompanhadas da ocorrência do perigo concreto. Ora, se o legislador acabou por afastar o elenco do Projecto admitindo a solução maximalista de um elenco mais amplo a alcançar por delimitação das *violações a que se liga tipicamente o perigo a que se refere a parte final do normativo*²², é de admitir também que a decantação dessas regras a cuja violação está tipicamente ligada a criação de perigo está já feita no elenco das contra-ordenações graves e muito graves do CE. A consagração da violação dessas regras como contra-ordenações graves e muito graves corresponde a um juízo abstracto de perigosidade do legislador estradal em que se identificam aquelas regras a cuja violação pode de acordo com a experiência comum estar associada a criação de perigo, razão pela qual foram tipificadas como contra-ordenações graves e muito graves pelo legislador no CE.

22 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 366.



Assim sendo, ocorrendo a violação de qualquer uma dessas regras, isto é, ocorrendo qualquer uma dessas contra-ordenações graves ou muito graves acompanhada de perigo concreto para a vida, a integridade física ou bens patrimoniais alheios de valor elevado, deve entender-se que se verifica o crime de condução perigosa.

Acresce que a violação grosseira das regras de trânsito é uma exigência objectiva de gravidade das regras violadas e não uma exigência referente ao estado de espírito do agente, uma vez que a lei penal portuguesa só fala em violação grosseira, ao invés da lei alemã, que menciona no parágrafo 315c (2), a violação *grob verkehrswidrig e rücksichtslos*. As violações grosseiras são, pois, as definidas pelo CE como as contra-ordenações graves e muito graves, caso em que além da censura contra-ordenacional, a condução perigosa terá de se submeter à censura penal em virtude do perigo concreto criado para a vida, integridade física e bens patrimoniais alheios. Há então concurso de infracções, do crime com a contra-ordenação (art. 138º do CE), punido com a pena do crime e com a pena acessória da contra-ordenação caso não seja aplicada a medida de segurança da cassação e a contra-ordenação ocorrida seja muito grave.

Se a conduta da condução perigosa com perigo para a vida ou integridade física ou para bens patrimoniais de valor elevado for susceptível de revelar a inaptidão para a condução ou houver o receio de repetição da prática criminosa, deve então, além da pena principal prevista para o crime, ser o agente punido com a medida de cassação [art. 101º, nº 1, al. a) ou b) e nº 2, al. b) do CP revisto]. A aplicação da medida de cassação depende do apuramento em concreto e em face da gravidade do facto e da perigosidade do agente (art. 40º, nº 3 do CP) da inaptidão do agente para a condução e do perigo de continuação da prática criminosa pelo agente.

Se a contra-ordenação for muito grave e não for o caso de aplicação da cassação deve ser aplicada, além da pena principal do crime, a pena acessória da proibição do direito do CE, porquanto a medida de inibição do direito de conduzir do art. 69º do

CP tem uma moldura mais suave (de 1 mês a 1 ano) do que a prevista no art. 141º do CE para as contra-ordenações muito graves (de 2 meses a 1 ano).

Se a contra-ordenação ocorrida for grave e não vier a ser aplicada a medida de segurança da cassação (por não se indiciar perigo de continuação da prática criminosa e inaptidão do condutor) deve ser aplicada, além da pena principal do crime, a pena acessória da proibição de conduzir do art. 69º do CP, cuja moldura é mais grave (de 1 mês a 1 ano) do que a sanção acessória de inibição prevista no art. 141º do CE para as contra-ordenações graves (de 1 mês a 6 meses).

Só deste modo se concilia a pretensão do legislador expressa no art. 138º do CE de punir sempre o infractor estradal com a pena acessória prevista para a contra-ordenação com o princípio *non bis in idem*, pois só se pune com a pena acessória prevista para a contra-ordenação se esta for mais grave do que a sanção acessória do crime prevista no art. 69º do CP. Só com a aplicação concatenada e rigorosa destes novos instrumentos da lei penal, e nomeadamente, da medida de segurança da cassação ou, caso esta não seja aplicável, da medida de inibição do direito de conduzir do art. 69º do CP ou, alternativamente e nos termos expostos, da medida de inibição do direito de conduzir do art. 141º do CE, se porá cobro ao cemitério em que se estão a tornar as estradas do nosso país, como foi propósito da Comissão²³.

No que toca à incapacidade para conduzir por força de consumo de álcool, estupefacientes ou por cansaço ou deficiência física ou psíquica não é necessário que ela seja permanente, podendo ser passageira, tal como não é necessário que essa incapacidade seja exclusivamente devida a esses factores, podendo eles concorrer com outros, como a ingestão de medicamentos. O agente não deixa de ser punido se, não obstante se encontrar

23 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993, p. 523.

numa situação de incapacidade para conduzir com segurança por força de um dos mencionados factores, prosseguir viagem muito devagar ou com especiais cautelas, vindo a causar o perigo tipificado na lei.

É crime de mão própria (quem conduzir), pelo que não admite a co-autoria, nem a autoria mediata. Portanto, se o agente não age dolosamente, por se encontrar embriagado no momento em que decide conduzir, não é punido o indivíduo que o convenceu a conduzir naquele estado. Este só pode responder por eventuais ofensas corporais negligentes ou homicídio negligente no caso de algum destes resultados vier a ocorrer. Também não admite este crime a comissão por omissão.

Artigo 292º

Trata-se de um crime de perigo abstracto, que corresponde ao crime previsto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 124/90, de 14/4.

É um crime de mão própria, pelo que não admite a forma de co-autoria, nem a de autoria mediata. Também não pode ser cometido por omissão.

Se o consumo de álcool colocou o agente numa situação de inimputabilidade, este pode vir a ser punido ou nos termos do art. 295º do CP ou por força das regras gerais da *actio libera in causa* (art. 20º, nº 4 do CP).

A condução sob efeito do álcool é punida, além da pena principal, com a medida de segurança do art. 101º, nºs 1 e 2, al. c) ou com a pena acessória do art. 69º do novo CP. Este sistema punitivo inspirou-se directamente na lei penal alemã: nesta prevê-se a medida de segurança do parágrafo 69 do StGB (*Entziehung der Fahrerlaubnis*), correspondente da cassação da lei portuguesa, e a pena acessória do parágrafo 44 do StGB (*Fahrverbot*), correspondente da pena acessória da inibição do direito de conduzir do art. 69º do novo CP.

Também na lei penal alemã se exige o cometimento de um facto criminoso com a utilização de veículo ou com a lesão dos

deveres do condutor como condição da aplicação da pena acessória da proibição de conduzir. Também na lei penal alemã se exige para aplicação da medida de segurança o cometimento de facto ilícito com inaptidão para a condução de veículos, sendo indício dessa inaptidão, a prática precisamente dos mesmos crimes constantes da lei portuguesa (art. 101º, nº 2 do CP).

Este sistema punitivo acessório funciona deste modo: em primeiro lugar, o julgador deve em face da gravidade dos factos e da perigosidade do agente (art. 40º, nº 3 e o corpo do art. 101º, nº 1 do CP) averiguar se há indícios de inaptidão para a condução automóvel ou se há perigo de reiteração da condução sob efeito do álcool. Caso se tenham apurado indícios dessa inaptidão ou do perigo de continuação criminosa, deve aplicar-se a cassação. Caso não se verifiquem esses indícios, deve então, e só então, o julgador aplicar a medida de proibição de conduzir do art. 69º, nº 1, al. a) do CP.

A pena acessória da proibição de conduzir prevista no art. 69º do novo CP só se aplica se o juiz na sentença afastar, fundamentando, a presunção ilidível de perigosidade que o legislador associou à prática deste crime determinando a cassação da carta de condução nos termos do art. 101º, nº 2, al. c) do novo CP. Assim, o julgador deve averiguar se há indícios que afastem a perigosidade de reiteração da prática criminosa ou de inaptidão para conduzir, nomeadamente através da consideração de antecedentes criminais neste particular, das consequências da acção criminosa, do tempo e do modo da condução e do nível da taxa de álcool. Caso o julgador conclua pela inexistência dessa perigosidade afasta a aplicação da medida de segurança e aplica então a pena acessória da proibição do direito de conduzir. Esta prioridade da aplicação da cassação sobre a medida de proibição do direito de conduzir do art. 69º do CP resulta expressamente do disposto no art. 69º, nº 5 do CP, tal como acontece em face da lei penal alemã, em que se salvaguarda a prioridade da *Entziehung* sobre o *Fahrverbot* na parte final do número um do parágrafo 44 do StGB.

É absolutamente ilegítimo considerar que há nas condutas de condução sob efeito de uma taxa de álcool superior a 1,2 g/L um concurso (aparente) de crime e contra-ordenação para punir com a inibição do art. 141º do CE (de 2 meses a 1 ano), porque esta é mais grave do que a inibição do art. 69º do CP (de 1 mês a 1 ano). Tal desfasamento redundaria na possibilidade de um condutor com a taxa igual ou superior a 1,2 g/L poder eventualmente ser punido com uma inibição de 1 mês (art. 69º do CP) ao passo que um condutor com taxa inferior a 1,2 g/L é no mínimo punido com uma sanção de dois meses de inibição [arts. 141º, nº 2 e 149º, al. i) do CE].

Tal desfasamento verificado entre a reforma estradal e a reforma penal não pode ser evitado deste modo, pois, procedendo assim, ficcionava-se que a conduta de condução sob efeito de uma taxa de álcool igual ou superior a 1,2 g/L é simultaneamente crime e contra-ordenação! Esta argumentação incorre no vício de ignorar que a condução sob efeito de uma taxa de álcool igual ou superior a 1,2 g/L foi valorada pelo legislador como tendo dignidade penal (tal como o legislador valorou a condução sob efeito de uma taxa de 0,5 g/L a 1,1 g/L como tendo dignidade contra-ordenacional), pelo que é contraditório considerar aquela mesma conduta e com o mesmo e único fundamento de valoração (a condução com uma taxa igual ou superior a 1,2 g/L) simultaneamente ilícito contra-ordenacional.

A circunstância de a moldura do art. 69º do CP ser mais benéfica do que a do art. 141º do CE encontra justificação precisamente no facto de a aplicação da inibição do art. 69º do CP ocorrer somente após o afastamento da presunção ilidível de inaptidão consagrada no art. 101º do CP, pelo que as condutas perigosas (com perigo de reiteração ou com inaptidão do condutor) e, portanto, as mais graves se encontram já subsumidas ao regime da cassação, restando para o âmbito de aplicação do art. 69º do CP as condutas não perigosas. Compreende-se deste modo que as condutas em que não há perigo de reiteração, nem inaptidão do condutor, se submetam a uma sanção com limites mais amplos do que os previstos no CE.

As previsões de desobediência constantes do Dec.-Lei nº 124/90, de 14/4 (arts. 6º, 7º, 12º e 15º) mantêm-se em vigor, uma vez que não foram revogadas pelo art. 2º, nº 2, al. e) do Dec.-Lei nº 48/95, de 15/3, ao invés dos arts. 2º e 4º, nº 2, al. a) e 5º, nº 1 do referido Dec.-Lei nº 124/90, de 14/4. No entanto, a previsão do crime do art. 12º coloca particulares questões relativas à sua vigência, a que só pode responder-se de uma de duas formas: ou o artigo foi revogado implicitamente pela nova previsão do crime de desobediência do CP, sendo aplicável com a pena prevista para o crime a medida de segurança da cassação ou alternativamente a pena de inibição do art. 69º do CP; ou o art. 12º não foi revogado pela nova incriminação do CP e mantém-se em vigor, ao lado da pena prevista para o crime, a pena acessória de inibição prevista no nº 2 do mesmo artigo.

Em face da substituição do regime de reacção penal bilateral da lei anterior previsto para a prática criminosa da condução sob efeito do álcool (prisão ou multa e inibição do direito de conduzir) por um regime trilateral de reacção da nova lei penal (prisão ou multa, por um lado, e por outro, cassação da carta ou inibição do direito de conduzir), podia concluir-se que também para a prática criminosa da recusa de sujeição a exame o legislador terá querido proceder à alteração do regime de reacção penal, sendo agora a conduta punida com a pena principal do crime de desobediência do CP e a medida de segurança da cassação, quando se verificarem os seus pressupostos, ou, caso se não verificarem aqueles pressupostos, com a pena de inibição do art. 69º do CP.

Nada justifica a manutenção de uma terceira pena de inibição do direito de conduzir, especialmente consagrada para este tipo de ilícito, ao lado da prevista no art. 69º do CP e da prevista no novo CE. O legislador teve o propósito de criar para todo o ilícito criminal estradal uma tripla forma de reacção: a pena de prisão ou a de multa, por um lado, e por outro, a medida de segurança da cassação ou a inibição do direito de conduzir do art. 69º do CP. Para o ilícito contra-ordenacional estradal o legislador previu uma forma de reacção dupla: a coima e a inibi-

ção do direito de conduzir. Ora, não se compreenderia que ao lado destas formas de reacção claramente definidas e delimitadas, o legislador tivesse mantido uma pena de inibição com uma moldura própria especialmente prevista para um só tipo de ilícito criminal estradal: a recusa a sujeição a exames.

Contudo, e não obstante a força deste argumento sistemático, um outro, de ordem literal, inultrapassável conduz à conclusão de que o art. 12º da lei 124/90 de 14/4 se mantém em vigor. Trata-se do argumento retirado do próprio art. 2º, nº 2, al. e) do Dec.-Lei nº 48/95, de 15/3, segundo o qual são revogados expressamente os arts. 2º, 4º, nº 2, al. a) e 5º, nº 1 do Dec.-Lei nº 124/90, de 14/4. O legislador só revogou aqueles artigos deste diploma, pelo que todos os outros estarão, em princípio, em vigor. Não se compreende que em norma revogatória expressa relativa ao Dec.-Lei nº 124/94, de 14/4 o legislador se pronunciasse sobre alguns dos artigos que revoga e não se pronunciasse sobre outros, como o art. 12º, se não pela razão de que o legislador entendeu manter em vigor esses outros artigos sobre os quais se não pronunciou e, nomeadamente, o art. 12º.

Artigo 293º

É um crime de perigo abstracto.

A conduta aqui punida constitui um atentado à segurança do transporte aéreo, fluvial ou terrestre, pelo que tal conduta se subsume também aos arts. 288º, nº 1, al. d) e 290º, nº 1, al. d) do CP. Portanto, se tal conduta vier a causar perigo concreto para a vida ou integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, o crime do art. 288º ou do art. 290º consome o crime do art. 293º.

BIBLIOGRAFIA

ACTAS

- 1979 *Actas da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, AAFDL.
1993 *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros.

ALBUQUERQUE, Paulo

- 1992 *O Conceito de Perigo nos Crimes de Perigo Concreto*, Direito e Justiça, Vol. VI.

ANGIONI, Francesco

- 1981 *Il Pericolo Concreto come Elemento della Fattispecie Penale*, Chiarela (Volumes I e II).

BREHM, Wolfgang

- 1973 *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr (Paul Siebeck).

COSTA, José de Faria

- 1992 *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora.

DEMUTH, Hennrich

- 1980 *Der Normative Gefahrbegriff*, Brockmeyer.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

- 1992 *Lições de Direito Penal — Parte Geral — I*, Editorial Verbo.

FONSECA, Jorge

- 1986 *Crimes de Empreendimento e Tentativa*, Almedina.

FRISCH, Wolfgang

- 1983 *Vorsatz und Risiko, Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Carl Heymanns Verlag.

GONÇALVES, Maia

1995 *Código Penal Anotado*, Almedina.

HORN, Eckhard

1973 *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Otto Schmidt.

KINDHÄUSER, Urs

1989 *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann.

LACKNER, Karl

1967 *Das Konkrete Gefährdungsdelikte im Verkehrsstrafrecht*, de Gruyter.

MENDES, Paulo de Sousa

1986 *Raciocínios Hipotéticos e Processos Causais Virtuais em Direito Penal* (dissertação não publicada).

NEVES, João Curado

1989 *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos*, AAFDL.

PATALANO, Vincenzo

1975 *Significati e Limiti della Domatica del Reato di Pericolo*, Eugenio Jovene.

PEREIRA, Rui

1995 *O Dolo de Perigo*, Lex.

PINTO, Frederico da Costa

1992 *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Almedina.

RUDOLPHI / HORN / SAMSON

1983 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14^a Edição.

SCHÖNKE / SCHRÖDER,

1991 *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 24^a Edição (Lenckner / Cramer / Eser / Stree), Beck.

WOLTER, Jürgen

1981 *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot.

CRIMES CONTRA O AMBIENTE
PORQUÊ E COMO

J. SOUTO DE MOURA

A revisão do Código Penal aprovado pelo Dec.-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, constituiu uma oportunidade privilegiada para, no tocante à parte especial, se reverem os comportamentos que devem ser penalmente consagrados. Para deixarem de o ser ou passarem a ter tal dimensão.

Muito embora o Código revisto apresente um número apreciável de artigos a menos, tal ficou a dever-se, basicamente, a novas formas de articulação, dirigidas a evitar a *prolixidade* que caracterizava a *construção de tipos afins* ¹.

E a lei de autorização da revisão ² exemplificava a tal propósito com os crimes contra o património, de perigo comum ou contra o Estado.

Mas, pelo contrário, na referida lei de autorização previa-se a introdução de novos tipos de crime, *face à revelação de novos bens jurídicos, ou de novas modalidades de agressão ou de perigo, ou à necessidade de respeitar compromissos internacionais assumidos ou em vias de o serem.*

No elenco das novas infracções a introduzir, mencionaram-se as de *danos contra a conservação da natureza* e a de *poluição* ³, que figurarão contempladas respectivamente nos arts. 278º e 279º do diploma ⁴.

1 Operou-se a descriminalização de algumas infracções contra o Estado e contra a autoridade pública.

2 Lei nº 35/94, de 15 de Setembro.

3 Cf. als. *f*) e *l*) do art. 2º da Lei nº 35/94 e ponto 7 do preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal revisto.

4 Anote-se desde já que o art. 280º, epígrafado *Poluição com perigo comum*, não foi considerado como revelador de uma neocriminalização signifi-

A primeira questão a ter em conta é assim, a de que os crimes contra o ambiente (e com esta expressão não curamos por ora de incluir o crime previsto no art. 280º do Código Penal), são ilícitos penais novos. E não tanto porque tenham recebido uma formulação dogmática diferente, mas porque se elegeu um bem jurídico novo. Daí que, numa época em que ressoam ainda os ecos da descriminalização, como palavra chave da política criminal, nos tenhamos que interrogar sobre o porquê desta opção legislativa.

E já que criar novos crimes na área do ambiente se revelou necessário e possivelmente útil, outra questão aflora: como conceber esses crimes contra o ambiente? Mais concretamente, numa perspectiva de política criminal, de que modo é que essas infracções se relacionarão com outras ordens sancionatórias de carácter punitivo? E como caracterizar o novo bem jurídico eleito? Finalmente, como estruturar os preceitos que o protegem? Criando crimes de perigo concreto, de dano, ou nem uma coisa nem outra?

I

O PORQUÊ DOS NOVOS CRIMES CONTRA O AMBIENTE

Se observarmos o nosso direito anterior à revisão do Código, ou virmos o que se passa com alguns códigos estrangeiros⁵, obviamente que se nos deparam inúmeras disposições em que se protege indirectamente o ambiente. Referir-se-á entre nós todo o conjunto dos crimes de perigo comum, previstos antes no 153º e

cativa. Como adiante melhor se compreenderá, não será alheio a tal posição o facto de os bens jurídicos protegidos serem, neste art. 280º, a vida, a integridade física de outrem, ou bens patrimoniais alheios de valor elevado.

5 Cf., p. ex., o art. 325º do Código Penal alemão, relativo à poluição do ar e ao ruído, ou os arts. 180º e 181º do Código Penal Austríaco, relativos à poluição do ar ou águas.

seguintes do Código Penal, ou as infracções previstas na Lei nº 19/86, de 19 de Julho, relativas a incêndios florestais, ou as infracções do âmbito circunscrito da caça ou pesca. O que porém existe de novidade nos crimes dos arts. 278º e 279º do Código Penal é a eleição e protecção do bem jurídico ambiente ou qualidade do ambiente enquanto tal⁶. Procuraremos então enquadrar esta orientação de política criminal.

É sabido que as grandes opções de política criminal são opções de política, com tudo o que isso envolve, e estão ligadas pois, directamente, aos sistemas de governo das nações. A traço muito grosso, dir-se-á que uma política criminal que preserve acima de tudo a coesão da comunidade e os seus valores, secundarizando a pessoa enquanto indivíduo, deposita uma confiança grande na repressão, e aposta pois na criminalização dos comportamentos, ou até das personalidades nocivas, bem como no fim retributivo da pena. Este modelo autoritário combina-se bem com os regimes também assim chamados, mas não é deles mo-

6 De notar que em relação aos crimes de perigo comum só haverá crime se estiverem em risco a vida, a saúde, ou bens patrimoniais, e neste caso se forem de grande valor e alheios.

No âmbito da Lei nº 19/86, de 19 de Julho, relativa a incêndios florestais, o agente já poderá ser incriminado mesmo que as matas, arvoredos ou florestas aí em questão sejam só suas.

Mesmo assim, é mister que tenham *valor patrimonial considerável*.

Em relação à caça, e o mesmo se poderia dizer da pesca, o ambiente na faceta da protecção da natureza, e muito especialmente de protecção das espécies, surge como um dos interesses em jogo. A seu lado estarão:

— a viabilidade do exercício da caça ou da pesca em si, enquanto actividade lúdica ou desportiva que se quer acessível ao cidadão comum.

— os importantes interesses económicos ligados ao exercício da pesca mas da caça também.

— os interesses pessoais e patrimoniais da população que poderão ser atingidos com o exercício da caça e eventualmente da pesca.

nopólio, pois constitui pensamento dominante na matéria, hoje, em países como os E.U.A. e o Canadá⁷.

Uma variante deste modelo, que pretende expurgar a criminalidade concretamente através da eliminação da exploração social, é, como se sabe, a propugnada pelo marxismo-leninismo.

No extremo oposto, o modelo *liberal* adopta uma perspectiva humanista com a valorização autónoma e primária do indivíduo como tal, reserva para a pena fins utilitários, e propõe mesmo um recuo do sistema penal repressivo, arvorado em *ultima ratio* de qualquer política social. Este modelo *liberal* é o que melhor se casa com o *Estado Democrático e Social de Direito*, de que também Portugal se reclama⁸.

Os países europeus ocidentais, uniformemente alinhados pelo modelo *liberal*, têm três limites hoje inultrapassáveis na estruturação do seu sistema penal global, que são o princípio da legalidade, o respeito pelos direitos humanos e a independência dos tribunais. Só que, a jusante destas barreiras um enorme espaço de manobra assiste ao legislador, para encontrar o com-

7 O desencanto com a reinserção social originou a partir de meados dos anos setenta um carinho especial pela ideia retributivista. Marcos importantes foram sem dúvida as obras de VON HIRSCH — *Doing Justice: the Choice of Punishment* (1976) ou de R. SINGER, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, (1979).

8 A distinção entre um modelo autoritário e um modelo liberal de política criminal foi delineado por exemplo por JEAN PRADEL (*in Droit Pénal Comparé*, Paris Dalloz, 1995, pp. 113 e ss.). Com conteúdo equivalente poderá falar-se, na matéria, de uma *ideologia securitária* ou de uma *ideologia de inserção* (Cf. CRISTINE LAZERGES, *in La Politique Criminelle*, P.U.F. Paris, 1987, p. 17). Para além de poderem caracterizar os sistemas adoptados pelas autoridades dos Estados, aqueles modelos ou estas ideologias podem ser incentivados pelas sensibilidades individuais. Na sequência de um aumento da criminalidade ou de alguém ter sido vítima de um crime, surgirá naturalmente uma predisposição para o endurecimento do sistema. A história mostra-nos como essa aposta na repressão levou, no limite, ao uso de um autêntico mecanismo de exorcismo e de criação de bodes expiatórios. Tudo porque a análise da realidade perde terreno quando a emoção predomina. A insegurança é antes de mais nada um sentimento de insegurança.

promisso que se mostre adequado ao momento histórico, entre as necessidades individuais e as necessidades colectivas. Ou, por outras palavras, entre a liberdade de cada um e a segurança de todos.

Sobretudo, porque a partir do momento em que se acentuou o carácter fragmentário ou subsidiário do direito penal, consequência de um princípio de intervenção mínima, não conta hoje o legislador com um conjunto de *delitos naturels* a que se limitasse mas que se lhe impusessem, antes depende só dele legislador, dizer que uma conduta é crime, o facto de ela passar efectivamente a ser crime.

E assim é possível contar hoje com um novo paradigma do direito penal que melhor se coaduna com o Estado de Direito: para além da ameaça, aplicação e execução da pena não serem pré-ordenadas à compensação da culpa, e esta desempenhar o papel de limite inultrapassável da dita pena, o princípio de intervenção mínima, atrás referido, realiza-se através do duplo critério da necessidade e da eficácia (ou adequação), da intervenção do direito penal.

Os interesses em jogo na convivência social, se fundamentais, não admitem comportamentos que os violem.

A intolerabilidade de tais comportamentos aponta para a sua criminalização. No entanto, a disponibilidade de alternativas idóneas à superação dos conflitos afastará a intervenção do direito penal.

Acresce que, mesmo estando em causa a protecção de bens jurídicos fundamentais, se não for clara a existência de outros instrumentos jurídicos para os proteger convenientemente, ainda aí o direito criminal deverá abster-se de intervir, se tal intervenção não for profícua. E não o será, sempre que com a criminalização se obtenham resultados muito escassos, ou à custa de sacrifícios sociais desmedidos⁹.

9 Como refere MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, a generalidade da doutrina tem estabelecido uma contraposição entre dois juízos rectores (Cont.)

Dentro dos limites relativamente largos que vimos apontados, fica um espaço reservado à dinâmica da criminalização e da descriminalização através da qual, o legislador vai, afinal, exprimir os anseios de uma certa fase do processo histórico. Na direcção que segue, esse legislador subordina-se aos concretos dados da estrutura social vigente, reflecte opções que poderão ser exclusivamente político-ideológicas, sofre a pressão de grupos sociais zelosos na defesa dos seus interesses, e faz-se eco das representações axiológicas vigentes no momento¹⁰.

Nas últimas décadas o discurso da descriminalização foi o dominante, apontando-se áreas privilegiadas para que aquela transformação se operasse. Será o caso dos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas, dos comportamentos sexuais, ou da delinquência juvenil, reservando-se para o aborto e o consumo de estupefacientes o confronto mais animado de posições. Concomitantemente, operava-se a substituição das contravenções pelo ilícito de mera ordenação social.

da legitimidade da intervenção penal. De um lado o acento faz-se ao nível do grau de importância dos valores em causa, ao nível axiológico puro, e do impacto do comportamento que os viola no âmbito social. De outro lado, prevalecerão critérios de utilidade e eficácia de intervenção do direito penal numa perspectiva eminentemente pragmática, pois. A autonomia entre os juízos de dignidade e carência de tutela penal, propugnada por exemplo por HASSEMER, não é porém aceite por quantos consideram que o grau muito elevado de reprovabilidade e intolerabilidade social de uma conduta, implicará necessariamente uma resposta do Estado com os meios mais rigorosos de que dispõe, ou seja a pena (assim, por exemplo, GALLAS). Cf. «*Constituição e Crime*» — *Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa—Editora, Porto, 1995, pp. 217 e ss.

10 Cf. FIGUEIREDO DIAS, in *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade — O Processo Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1976, pp. 69 e ss.

Sobre dados concretos da nova política criminal veja-se *Principes Généraux de la Politique Criminelle Portugaise*, do mesmo autor, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 1, janvier-mars 1987, pp. 87 e ss.

Em contrapartida, não deixou de se apresentar o justificativo pertinente para o processo paralelo de neocriminalização, o qual iria ter lugar subordinado a três ideias-força:

De uma banda a acelerada internacionalização dos problemas criminais e o ênfase dado aos direitos humanos trouxeram à luz da ribalta de novo, o direito internacional penal.

O progresso tecnológico originou por seu turno formas sofisticadas e inéditas de atentar contra interesses tradicionais, como sejam a liberdade, a intimidade, o bem estar e a saúde individuais. Houve pois, uma neocriminalização imposta pelo aparecimento de novos meios de cometimento de crimes.

Finalmente, o fenómeno da *democratização do crime* a que não são estranhos, à *la longue*, os efeitos de teorias como a do *labelling approach*. A criminalidade *white collar* é um facto cada vez mais preocupante e parece arredada de vez, ao menos ao nível do discurso, a ideia de que o crime respeita só às camadas mais desfavorecidas ou marginalizadas da sociedade. Fenómenos como o da corrupção em larga escala e da criminalidade económica, de empresa, organizada ou não, exigiram a criação de tipos legais de crime diferentes.

Neste contexto, uma neocriminalização na área da protecção do ambiente poderá inscrever-se na necessidade de responder aos desafios do desenvolvimento tecnológico e da criminalidade *white collar*, apontados.

A dignidade penal dos comportamentos que integram os crimes contra o ambiente, o mesmo é dizer, o carácter fundamental dos bens jurídicos violados com tal comportamento, têm que ser confrontados com um duplo filtro, sob pena de se estar perante uma autêntica prepotência. Referimo-nos à legitimação ético-jurídica, que ao nível intrapositivo resulta da conformidade dessa neocriminalização com os valores plasmados na Constituição, e ao aval do consenso alargado que ela receba, aos vários níveis da sociedade. Começemos pelo primeiro.

Na palavra de FIGUEIREDO DIAS, entre a selecção dos bens jurídico-penais, e a ordem axiológica constitucional, tem que ocorrer uma *analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado* ¹¹.

Já se tem apontado o papel pioneiro de Portugal na constitucionalização dos interesses ambientais, referindo-se o art. 223º da Constituição Portuguesa de 1822, de acordo com o qual incumbia às Câmaras a obrigação de plantar árvores nos baldios e terras dos Concelhos.

É no entanto com a Constituição de 1976, que o relevo aí dado ao ambiente coloca o nosso país em lugar de destaque, no âmbito do direito constitucional comparado ¹².

O art. 66º da Constituição da República, epigrafado *Ambiente e qualidade de vida*, está integrado no Capítulo II, *Direitos e deveres sociais*, do Título III, *Direitos e deveres económicas, sociais e culturais*. No entanto, a estrutura do preceito revela-nos que no nº 1 se consagrou um verdadeiro direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, um direito *resistência*

11 Cf. *Os Novos Rumos de Política Criminal*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 36, 1976, p. 16.

12 O art. 66º da nova Constituição foi inspirador, por exemplo, do art. 45º da Constituição espanhola de 1978 que prescreve o seguinte:

1- *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*

2- *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todo los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyando-se en la indispensable solidaridad colectiva.*

3- *Para quienes violen lo dispuesto en lo apartado anterior, en los terminos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

aos ataques ao ambiente ¹³. Diz-se ali que *Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.*

Pelo contrário, no nº 2, estamos perante um típico direito *exigência*, um direito a prestações do Estado para protecção do ambiente, desdobrável em quatro vectores fundamentais: prevenção e combate à poluição e erosão, ordenamento do território, protecção da natureza, e aproveitamento racional de recursos naturais.

Seja como for, o nº 1 do preceito constitucional permite-nos corroborar o que afirma RODRÍGUEZ RAMOS a propósito do preceito paralelo da constituição espanhola: *todos tienen el derecho a que la legislación positiva española, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos estén informadas por el reconocimiento, el respecto y la protección de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona* ¹⁴.

À luz da C.R., a qualidade do ambiente constitui então um direito individual, um interesse colectivo e um interesse difuso mesmo. É pois com tal dimensão um bem jurídico-constitucional. Ao contrário do que aconteceu com a constituição espanhola, a nossa não previu ela mesma a criminalização dos atentados ao ambiente. Mas deixou claramente aberta a porta, para que o bem jurídico-constitucional em causa fosse, também, um bem jurídico-penal. Assim, a Lei de Bases do Ambiente (Lei

13 O art. 17º da C.R. refere que o *regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga*. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram incluídos nestes, entre outros, *os direitos fundamentais que revistam a natureza de liberdade ou de direito de defesa*. Pelo contrário, não beneficiarão do regime dos direitos liberdades e garantias *os que consistam e na medida em que consistam exclusivamente em direitos genéricos a prestações ou acções do Estado*, cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, pp. 141 e 142.

14 Cf. *El Medio Ambiente en la Constitución Española*, in *Derecho y Medio Ambiente*, V.V.A.A. Ministério da Obras Pública y Urbanismo, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 37.

nº 11/87, de 7 de Abril), refere no seu art. 46º que *Além dos crimes previstos e punidos no Código Penal, serão ainda considerados crimes as infracções que a legislação complementar vier a qualificar como tal de acordo com o disposto na presente lei.* O preceito está epigrafado *Crimes contra o ambiente.*

Mas de que ambiente é que a Constituição fala no art. 66º?

A epígrafe do preceito é *Ambiente e qualidade de vida* o que revela que o legislador constitucional procurou não confundir as duas coisas. A qualidade de vida é a resultante de vários factores, entre os quais se conta a qualidade do ambiente. Ora, curiosamente, a redacção actual do preceito não inclui qualquer referência à dita qualidade de vida, ao contrário do que acontecia na redacção anterior a 1989¹⁵, talvez porque se tenha dado conta da vantagem em concentrar na qualidade do ambiente a disciplina do preceito. Na verdade, dificilmente se poderá abordar a questão da qualidade de vida abstraindo de factores económicos no sentido de rendimentos pessoais, ou de valores ético-sociais como o da solidariedade, sabendo, de qualquer modo, que a qualidade de vida, ou o grau a partir do qual se considera uma vida com qualidade são extremamente relativos, porque com uma dose importante de subjectividade. A leitura que fazemos pois da epígrafe do art. 66º é a de que o legislador pretendeu falar só da qualidade do ambiente mas enquadrou-o no conjunto das componentes da qualidade de vida.

Ora a qualidade de vida que está em foco não pode deixar de ser a humana; em sintonia aliás com o início do nº 1 do art. 66º: *Todos têm direito* etc.

Significa isso então, que o legislador constitucional se afastou de uma concepção segundo a qual o ambiente seria um valor em si, adoptando antes uma visão antropocêntrica do bem ambiental. Importa notar porém, que se a preservação do ambiente

15 Dizia concretamente o nº 4 do art. 66º na sua primitiva redacção: *O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses.*

está ao serviço do homem¹⁶, não serve só o homem contemporâneo. A preservação do ambiente deve aproveitar também às gerações vindouras, incumbindo assim, às actuais:

Criar e desenvolver reservas e parques naturais de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico.

Ou, ainda,

*Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica*¹⁷.

Como se verá, esta visão moderadamente antropocêntrica do bem jurídico ambiental, segundo a Constituição, pode ter reflexos na concreta configuração do bem jurídico-penal que se acolher¹⁸.

16 Não podemos deixar de registar que esta é uma concepção na linha da tradição judaico-cristã, enraizada em última instância no Livro do Génesis, e distante por exemplo das concepções orientais, para as quais o homem não é *o senhor do universo*.

17 Respectivamente als. c) e d) do art. 66º da Constituição da República.

18 Não será inútil acentuar que a legitimação constitucional da criminalização não significa imposição constitucional dessa criminalização. Diz-nos a tal propósito ANABELA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 287 e ss.:

..... a consagração do critério da «necessidade social» como critério legitimador primário de toda a intervenção penal possibilita uma melhor concreção dos bens jurídicos que é possível tutelar penalmente. Aquele critério — é FIGUEIREDO DIAS que o explica — vincula ao «princípio da congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal». Cujo significado reside em que, se só está legitimada a intervenção penal para proteger bens jurídicos, falece essa legitimação «fora da ordem axiológica constitucional» e «da sua natureza inevitavelmente fragmentária», para além de que «não impõe qualquer criminalização em exclusiva função de um certo bem jurídico». E isto porque a valoração político-criminal da necessidade é

(Cont.)

Existe ou não um consenso alargado na sociedade sobre o valor da qualidade do ambiente, sobre a premência de a preservar, e sobre a necessidade de criminalizar os atentados mais graves ao mesmo ambiente?

Da parte do público em geral, a sensibilidade crescente para com as questões da preservação de um ambiente são, é por vezes confundida com manifestações de radicalismo ou de moda. Tem-se falado de um eco-fundamentalismo verde, cujos exageros parecem ignorar a problemática do desenvolvimento sustentado, e, sobretudo, aspectos económicos vitais¹⁹.

De outra banda, a lógica produtiva, ao serviço de uma mentalidade consumista, não desperdiçou a oportunidade de colher lucros com uma *moda verde*, que não corresponde a um empenho profícuo na resolução dos problemas ambientais.

No entanto, é possível detectar uma mudança importante na atitude das pessoas para com o seu ambiente natural.

Conscientes do risco que pode derivar de um certo simplismo generalizador, diremos que essa nova atitude recusa uma mentalidade dominadora da natureza, exploradora de recursos sem limites, a qual caracterizou a época da industrialização e entrou pelo nosso século dentro. Ao longo da sua história, o ho-

comandada por critérios que «não se esgotam no puro apelo à dignidade punitiva do facto» Resolvida positivamente a questão da presença de um bem jurídico digno de tutela penal, abre-se para o legislador, o leque das opções de oportunidade confiadas à sua discricionariedade política.

A discricionariedade do legislador está então vinculada a um critério de indispensabilidade da pena. No entanto, a indispensabilidade em questão, com o que ela acarreta de juízo de certeza ou alta probabilidade da sua necessidade, é naturalmente de prova difícil, sobretudo face a uma opção, aí de neocriminalização. Na verdade, só em face de comportamentos já antes punidos é que a opção de descriminalizar poderá atender à existência das chamadas *cifras negras*, como indicação preciosa.

19 A questão coloca-se com acuidade acrescida em relação às zonas mais pobres do planeta. Como já alguém disse, a primeira e mais grave forma de poluição é a fome.

mem percorreu um caminho de libertação das forças da natureza que o oprimiram, e perante as quais o sentimento dominante era o medo. Da libertação, ao domínio de importantes forças naturais foi um curto passo, até que, nos demos conta de que precisávamos da natureza não só pelo que ela nos dá, mas também no sentido de que precisamos de a manter. Criou-se a noção clara pois, de que a prosseguir-se no ritmo recente de exploração de recursos, se estariam a comprometer as gerações vindouras.

Outra tônica da atitude apontada vai no sentido de uma consciência progressiva da globalização dos problemas. As comunicações tornaram o planeta mais curto. A escala das intervenções humanas na natureza produz efeitos incontrolláveis, pelo que os problemas ecológicos se colocam hoje, como é conhecido, ao nível planetário, e há consciência disso.

Talvez seja de algum interesse perguntar o que é que pensam hoje os portugueses sobre o ambiente. Ora, alguma informação existe sobre o tema, a partir dos inquéritos organizados pela Comissão das Comunidades Europeias que, relativamente a 1986 e 1992, abrangeram Portugal²⁰. Assim, de acordo com aqueles inquéritos, existe uma diferença sensível *entre os problemas locais directamente vivenciados pelos cidadãos e os problemas de âmbito mais global, que se colocam a nível nacional ou mundial, mas que frequentemente não correspondem a vivências directas. Nos primeiros, o interesse directo condiciona fortemente a própria percepção dos problemas, e as atitudes tendem a ser determinadas pelo tipo de incomodidade, e pelo grau de exposição a que se está sujeito. Nos segundos, o grau de instrução, o nível sócio-económico e os valores culturais, tendem a desempenhar um papel mais relevante na formação das opiniões e atitudes*²¹.

20 Cf. sobre este ponto, FRANCISCO NUNES CORREIA, *in Ambiente e Ambientalismo*, Portugal Hoje, INA, 1995, pp. 129 e ss.

21 Obra e loc. citados na nota anterior, p. 131.

De qualquer maneira, é possível afirmar que os portugueses estão de facto preocupados com o ambiente. 73% em 1992 (71% em 1986) entendem que o estado a que se chegou na matéria reclama uma intervenção urgente. Apenas 14% dos portugueses achavam, em 1992, que os problemas do ambiente só adquiririam relevância no futuro (15% em 1986). 12% dos portugueses em 1992, (10% em 1986), não têm opinião, e é só de 1% em 1992, (4% em 1986), o número dos que não dá relevância às questões ambientais.

Comparando com a média das respostas obtidas ao nível da U.E., verifica-se que o grau de preocupação com a espécie de atentado ao ambiente, em Portugal, acompanha o das comunidades, por sector. Com três diferenças que nos permitimos destacar:

37% dos portugueses acham que o problema dos lixos urbanos nas ruas, espaços verdes, e praias, é o mais grave, e 28% acham que tal gravidade vai para problemas de esgotos, enquanto que esse número é de 25% e 16% respectivamente, no conjunto da U.E.

Ao invés, na média Comunitária os resíduos nucleares são para 42% das pessoas a questão mais grave, e esse número baixa para 28% em Portugal.

Se agora nos debruçarmos sobre a reflexão ético-filosófica que se foi fazendo a propósito do ambiente, principalmente na vertente da conservação da natureza, deparamos com a teorização de uma *ecologia profunda* (a expressão é de ARNE NAESS) que se assume como profundamente revolucionária. É assim que ALDO LEOPOLD nos propõe *pensar como uma montanha*, e pretende que se reconheça à natureza um valor intrínseco que tem que ser respeitado. Depois de, durante séculos, parte dos homens terem sido tratados como coisas, porque eram escravos, houve a altura em que se reconheceu uma dignidade aos escravos, que implicou que deixassem de ser tidos só como objecto de propriedade. Do mesmo modo, a biosfera merece deixar de ser tratada como matéria bruta à mercê do homem. E, a revolução que se pretende não se contentaria com o reformismo, próprio

do antropocentrismo que continua a informar a visão humanista. Não se tratará pois só de controlar as poluições, de classificar zonas como reservas ecológicas ou de travar o esgotamento de recursos, ainda e sempre em benefício do homem. Como defende BILL DEVALL, a tudo isto acrescerá uma abordagem metafísica, uma epistemologia, um cosmologia e uma ética ambientais novas. A natureza, homem incluído, constitui um sistema harmonioso mas frágil em si, mais importante e admirável que a pequena parcela dessa natureza que é a vida humana. Daí uma responsabilidade ética dos humanos para com toda a terra e não só para com o semelhante ²².

Exactamente no domínio ético, importa destacar a obra de HANS JONAS *Le Principe Responsabilité* ²³. Aí, depois da consideração de uma *moral planetária* sucedendo à *moral do semelhante*, exige-se uma responsabilidade em face das gerações futuras pelo desgaste do planeta ²⁴. O que, ainda numa perspectiva ética e implicitamente política, levanta problemas muito complexos: se temos deveres para com a terra ou para com os humanos que hão-de nascer, que dizer da responsabilidade para com os nossos contemporâneos dos antípodas do planeta? Se aceitarmos deveres, temos que estar abertos às renúncias e sacrifícios que eles implicam. Onde é que deve fixar-se o limite — no tempo ou no espaço — dos nossos deveres e portanto de exigibilidade do nosso sacrifício? É porque estas e outras reflexões moldam efectivamente o panorama das ideias contemporâneas, que um ALAIN TOURAINE refere, que uma das três notas mais sa-

²² Cf. LUC FERRY, in *Le Nouvel Ordre Écologique*, Paris, Grasset, 1992, pp. 131 e ss.

Sobre a *deep ecology* poderá ver-se ainda de J. A. PRADES, *L'Éthique de l'Environnement et du Développement*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 33 e ss.

²³ Paris, Cerp., 1991.

²⁴ Inspirando em KANT, HANS JONAS propõe o seguinte imperativo categórico:

Age de tal modo que não sejam comprometidas as condições para a sobrevivência indefinida da humanidade sobre a terra.

lientes de toda a pós-modernidade é dada pela *globalização ecologista dos problemas colocados pela tecnologia*, que SERGE MOSCOVICI vê o fim do Século XX dominado pela *questão natural*, tal como o fim do Século XIX foi dominado pela *questão social* de MARX, que MICHEL SERRES pretenda um *contrato natural* entre o homem e a natureza, tal como há duzentos anos ROUSSEAU propunha o seu célebre *contrato social*.

E, repare-se, toda esta preocupação de intelectuais produz efeitos práticos palpáveis. Não nos referimos tanto a factos como o fenómeno *greenpeace* o qual se reclama da referida *ecologia profunda*. São os países, que ao nível político se encontram, para tomar medidas que incluem a criminalização dos atentados mais graves ao ambiente ²⁵.

Especificamente, em relação à consagração de crimes contra o ambiente, assinalaremos, porque mais recentes, a Recomendação saída do XV Congresso Internacional de Direito Penal da ONU, que teve lugar no Rio de Janeiro, em Setembro de 1994, e em que se diz, inclusive, no ponto IV, 21:

Les infractions qui portent spécifiquement attente à l'environnement, c'est-à-dire, qui ne dépendent pas d'autres lois pour leur définition, doivent être prévues par les codes pénaux nationaux.

25 As preocupações com os atentados ao ambiente ao nível das Nações Unidas tiveram um arranque significativo com a *Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano*, de 1972, que deu origem à chamada *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. A Assembleia Geral da ONU aprovou em 1992 o relatório da *Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento* (Comissão Brutland).

Também em 1992, a *Conferência do Rio*, ainda conhecida por *Cimeira do Planeta Terra*, produziu a chamada *Agenda 21* conjunto de medidas a ter em conta para proteger o ambiente no Século XXI.

Ao nível do Conselho da Europa data de 1977 a primeira resolução relativa ao ambiente.

Um ano depois, em 1995, terminaram os trabalhos do grupo que, no âmbito do Comité Director dos Problemas Criminais, do Conselho da Europa, elaborou um projecto de Convenção sobre o direito penal do ambiente, e em que Portugal esteve representado.

Entre nós, há quase uma década que a doutrina, começando com FIGUEIREDO DIAS, vê positivamente a criminalização dos atentados mais graves ao ambiente ²⁶. Havendo quem ache, inclusive, neste campo, *ser defensável considerar que existem imposições constitucionais de criminalização em relação às condutas de maior danosidade social* ²⁷.

II

ESTRUTURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O AMBIENTE

O facto de se assentar na necessidade de criminalizar os atentados mais graves ao ambiente, não ilude as dificuldades, que numa perspectiva de política criminal, se apresentam aqui ao legislador. Por ser um terreno em que se está perante um interesse colectivo, quando não um interesse difuso, integrador do bem

26 Cf. *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, in *Revista de Direito e Economia*, Ano 4^o, Nº 1, Janeiro/Julho de 1978, especialmente p. 9.

Posteriormente outros trabalhos vieram a lume, podendo citar-se: LOPES ROCHA, *Delitos contra a Ecologia*, in *Revista de Direito e Economia*, Ano XIII, 1987, pp. 241 e ss.

FERNANDA PALMA, *Direito Penal do Ambiente — Uma Primeira Abordagem*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 431 e ss.

ANABELA RODRIGUES, *Les Crimes contre l'Environnement. Quelques Points du Droit Portugais*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, V. 65, nºs 3 e 4, 1994, pp. 1125 e ss.

27 Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, in «*Constituição e Crime*» — *Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa — Editora, Porto, 1995, p. 421.

jurídico, e onde assume importância fundamental o direito penal administrativo. E, no entanto, nem por isso estaremos necessariamente caídos na redução do direito penal do ambiente a uma função meramente simbólica, o que nos parece francamente insuficiente para justificar a criminalização de comportamentos²⁸.

A este propósito cumpre assinalar a conexão entre os atentados graves ao ambiente e a criminalidade *white collar*, sector onde a sanção pecuniária é facilmente contabilizável, amortizável, e pode afinal repercutir-se no preço do produto e acabar por penalizar o consumidor inocente²⁹.

28 Pronunciou-se pela inutilidade do direito penal do ambiente, PAULO SOUSA MENDES, o qual aliás não augura também grandes auspícios para a responsabilidade civil em matéria de ambiente. Propôs este autor, em alternativa, a acção popular, o seguro obrigatório, e a criação de fundos de indemnização colectivos, e de um sistema de quotas de poluição transaccionáveis.

Na crítica que dirige à criminalização dos atentados ao ambiente, SOUSA MENDES mostra-se sensível às dificuldades de prova dos responsáveis, partindo do princípio, de que, só os atentados ao ambiente provenientes de empresas são relevantes, e de que os actos isolados pertencerão ao âmbito das meras bagatelas penais.

No fundo, o autor aponta óbices que atingem em geral a responsabilização penal das pessoas colectivas, e que no limite comprometeriam o próprio direito penal económico.

(Cf. *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Comunicação produzida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada, a 25 de Novembro de 1995, policopiada).

29 FIGUEIREDO DIAS disse a propósito do direito penal económico que a este competia *desencadear ou promover a transformação das representações colectivas, no sentido de actualizar a consciência comunitária da especial gravidade das práticas anti-económicas e mobilizar um contributo activo na luta contra elas. Algo contraditoriamente, porém, o delinquentes económico pode frequentemente, em medida muito maior que o delinquentes comum, subtrair-se ao efeito estigmatizante da pena, ou em todo o caso minorá-lo.* Cf. *Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, in *Direito Penal Económico — Ciclo de Estudos*, CEJ, 1985, p. 35.

(Cont.)

Ora, só a criminalização de comportamentos permitirá o recurso a uma pena privativa de liberdade, se e quando for adequada.

O direito penal do ambiente não pode perder de vista a ordem jurídica global. Já de algum modo nos referimos às suas conexões com o direito constitucional. Cumpre agora abordar rapidamente o seu relacionamento com o direito administrativo e com o direito penal administrativo em particular.

Num Estado de Direito, se deixarmos de lado as especialidades dos actos políticos, veremos que a Administração actua subordinada à lei, pelo que, o modo natural de uma política ambiental se implementar, tal como aliás as políticas económicas ou sociais, é através do direito administrativo. Na área da protecção do ambiente, a regulamentação de procedimentos assume um carácter eminentemente preventivo. Apresenta-se pois as mais das vezes como uma regulamentação prévia à actuação dos administrados que possa envolver atentados ao ambiente.

As actividades que mais riscos oferecem de deterioração do ambiente são actividades relativamente proibidas e em regra licenciáveis. São os agentes da Administração que concedem licenças, procedem a inspecções e fiscalizações, e são portanto quem melhor colocado está, para se aperceber das situações de risco ou mesmo de dano ambiental. A própria produção normativa da Administração ao nível regulamentar, pela sua mutabilidade e variedade de situações contempladas, adapta-se melhor que qualquer outra à protecção do ambiente.

No entanto, como já noutra ocasião referimos³⁰, mesmo que a Administração seja eficaz porque dispõe de legislação su-

Consideramos que procedem, igualmente em relação ao direito penal do ambiente aquelas reflexões.

30 Cf. o nosso *O Crime de Poluição. A Propósito do Artigo 279º do Projecto de Reforma do Código Penal*, in *Revista do Ministério Público*, Nº 50, Abril/Junho 1992, p. 18.

ficiente, nela exista uma correcta distribuição de competências, e esteja dotada de meios humanos e materiais suficientes, mesmo que seja actuante e rigorosa, sempre da parte dos administrados haverá quem transgrida.

É imprescindível pois que ao serviço do ambiente exista um sistema sancionatório de carácter punitivo. Ora, esse sistema sancionatório deverá ser, em primeira linha, o do direito contra-ordenacional.

Na verdade, um bom número de infracções, no domínio do ambiente, respeita à violação de regulamentos exclusivamente preventivos, onde a componente ética aparece diluída, e onde o que sobressai é a construção da ordem social de uma certa maneira. Sabido que, se tal ordem social se organizasse doutro modo, nem por isso os direitos fundamentais ficariam directamente atingidos. Ora, para esse grupo de infracções contra o ambiente, sem dúvida o mais vasto, e cujo desvalor se limita a uma desobediência, parece desnecessário mobilizar a instância judiciária, sempre. Sobretudo, a prontidão na aplicação da coima sobreleva especialmente aqui, tendo em conta o efeito que se pretende alcançar: obrigar à adopção de comportamentos que em princípio evitarão atentados ao ambiente.

Já antes se adiantaram motivos que nos parecem suficientes, para que o sistema sancionatório que serve a protecção do ambiente não se confinasse às contra-ordenações. Ora, a existência de crimes contra o ambiente, e sobretudo de crimes em que o bem jurídico protegido é a própria qualidade do ambiente, coloca a questão da respectiva estruturação dogmática em face da ordem administrativa. Sabido que essa estruturação pode fazer-se em termos de crime de dano, perigo ou desobediência, (incumprimento de um dever, *tout court*) é também o relacionamento com a ordem administrada focada que há-de estar presente na opção que se tome. O que aliás também ocorre ao nível do direito penal secundário em geral.

Em sistemas como o anglo-saxónico em que se desconhece a figura das contra-ordenações, e a Administração só pode lançar mão para se fazer respeitar, de infracções mais ou menos graves, mas sempre de considerar tecnicamente crimes, aí será natural o recurso a crimes de desobediência, ou de perigo abstracto, para indirectamente se proteger o ambiente.

E dizemos indirectamente, porque numa desobediência o que se protege em primeira linha é o respeito devido às ordens de uma autoridade, e nos crimes de perigo abstracto sanciona-se a adopção de um comportamento proibido por lei, comportamento esse que se presume potencialmente lesivo do ambiente. De qualquer modo, o que interessa aqui acentuar é que, a enveredar-se entre nós por este caminho, os crimes criados para protecção do ambiente tenderiam a ocupar o terreno próprio das contra-ordenações, ou, se fosse o caso, das contravenções. Podendo dizer-se que uma das ordens sancionatórias, a contra-ordenacional, ou a criminal, estaria a mais.

O relacionamento do direito penal do ambiente com o direito administrativo não se limitaria, aliás, à questão da estruturação do tipo penal, mas repercutir-se-ia ainda na questão do bem jurídico protegido. Na verdade, a completa dependência aqui do direito penal em relação à ordem administrativa, tornaria aquele num mero protector do *plano administrativo* do Estado, e só mediatamente do ambiente. Ora, como refere ALBIN ESER, *o direito penal do ambiente não prossegue a mera protecção das normas administrativas e dos fins de governo, distribuição e organização dos recursos ambientais que as caracterizam, mas sim dos mesmos elementos biológicos que constituem o invólucro natural dentro do qual se desenrola a vida do homem*. Do mesmo modo, GIOVANNI GRASSO diz-nos que o bem jurídico, no crime ecológico, não pode circunscrever-se ao *interesse institucional* em conformar o meio ambiente segundo a eleição programática da própria Administração, já que, *o interesse na tutela dos*

bens ambientais pré-existe, e, em certo sentido fundamenta a atribuição aos entes locais de uma competência nesse sector ³¹.

Nos antípodas do tipo de relacionamento a que vimos de nos referir estarão os sistemas de completa separação entre a ordem administrativa, dotada do seu regime sancionatório próprio, e a ordem penal. Ora, nesta orientação, os crimes que se propõem proteger o ambiente tendem a configurar-se como crimes de perigo concreto. Na verdade, a sua estruturação como crimes de dano, sem mais, ou apelaria para conceitos indeterminados, ou sempre teria que recorrer à ordem administrativa, à qual competiria fornecer dados não penais, sobre o ponto a partir do qual o dito dano deveria reputar-se penalmente relevante.

No entanto, ao configurar os crimes contra o ambiente como crimes de perigo concreto, não só se estará a dar o flanco às críticas que se vêm tecendo a esse modo de proceder, devido a dificuldades de prova, como se acabaria por proteger o ambiente apenas indirectamente. Nestes crimes de perigo concreto o bem jurídico protegido vem sendo, na verdade, a vida humana, a saúde, o património.

O caminho intermédio possível reclamar-se-á de uma dependência relativamente moderada em relação à ordem administrativa. Sem se reduzir o direito penal do ambiente a *braço armado da Administração*, sempre teria que se atender, ou a regulamentos administrativos que fornecessem quotas ou níveis cuja ultrapassagem implicasse cair sob a alçada penal, ou, sobretudo, à actuação no terreno dos agentes administrativos. O que parece ter sido a opção do legislador, no art. 279º do nosso Código Penal. Esta solução de relativa dependência, em relação à ordem jurídica administrativa, coadunar-se-á melhor com uma estruturação dos crimes contra o ambiente como crimes de dano. É evidente que tal estruturação não resiste à objecção, de que assim o direito penal *esperará que o mal ocorra* para intervir, ao contrá-

31 Citado por A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, in *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, Madrid, Colex, 1992, pp. 57 e 58.

rio do que acontece nos crimes de perigo, que antecipam a protecção de ambiente, punindo-se a mera criação de risco da sua deterioração. No entanto, esta é uma objecção com peso diferente, consoante se esteja ou não, perante uma ordem global que integre um direito penal administrativo ao serviço da protecção do ambiente.

Pretendemos pôr em relevo a necessidade de ter em conta o conjunto do aparelho repressivo, para protecção do ambiente, na opção que se quiser tomar quanto à estruturação do tipo penal.

O direito penal do ambiente será um, e não outro, consoante conte com um direito contra-ordenacional do ambiente. Mas, para além disso, outra questão se relaciona com esta: a da eleição do bem ou bens jurídicos que os crimes contra o ambiente visam proteger.

Se de início se começaram por tecer algumas considerações a propósito de política criminal e neocriminalização, é exactamente porque, os arts. 278º e 279º do Código Penal vigente, elegeram como bem jurídico protegido o próprio ambiente. No primeiro daqueles normativos, é o desgaste dos recursos naturais que está em causa, no segundo visou-se a qualidade desejável do ambiente, ainda aqui natural, posta em causa pela poluição.

Na base do crime de poluição previsto no artigo 279º do Código Penal está, ao que cremos, o pensamento de FIGUEIREDO DIAS já expresso em 1977 do seguinte modo:

Julgo poder afirmar, assim, que nas sociedades dos nossos dias — especialmente nas sociedades industriais, dirigidas à produção e ao consumo de massas — um meio de vida são constitui sem dúvida um bem jurídico em sentido próprio e autónomo, que reclama a intervenção protectora do direito penal.

Não se tratará pois aqui só — como já se pensou ser a via mais adequada, se não mesmo a única correcta ou possível — de uma protecção mediata dos bens jurídicos

da vida e da saúde de pessoas individuais, mas de uma protecção imediata de valores ambientais essenciais à plena realização da personalidade de cada homem ³².

Os crimes contra o ambiente, crimes ambientais ou crimes ecológicos, distinguem-se pois dos crimes de perigo comum em que só mediamente o ambiente é protegido. E não só por o protegerem imediatamente, mas por se não apresentarem como pluriofensivos. Na verdade, o ambiente surge neles como um bem jurídico síntese de vários outros, em que avultam a vida, a integridade física, a saúde pública, ou o património, para não falarmos já de valores propriamente culturais.

Síntese de outros bens jurídicos, transcende-os no entanto para deles se autonomizar ³³.

Porque o núcleo duro da protecção do ambiente se tem centrado no património natural, e não no construído, os crimes ecológicos preocupam-se antes do mais com a protecção da biosfera. E por isso é que a protecção constitucional do ambiente no caso espanhol é só do ambiente natural. Ar, água, fauna, flora, recursos do solo e do subsolo, ruído, são portanto os elementos naturais que se pretende ver, por um lado, não deteriorados, e, por maioria de razão, não esgotados.

A não deterioração liga-se à qualidade de vida, às gerações presentes, e à poluição. O não esgotamento de recursos prende-se, no limite, com a própria subsistência de vida na terra, com as

³² Cf. local cit., n. 26, pp. 9 e 10.

³³ Também a propósito da *qualidade de vida* poderemos falar de uma síntese cujas componentes podem ser, entre outras, a saúde, os rendimentos económicos, a ausência de *stress*, a qualidade do ambiente. A falta de uma destas componentes pode prejudicar a *qualidade de vida*, mas esta não é um mero somatório de elementos individualizáveis. Pelo contrário, corresponde a um conjunto de circunstâncias interactivas cujo resultado se liga à noção de bem estar, material mas não só.

Na síntese *qualidade de vida*, um dos elementos, a *qualidade do ambiente*, é também ele uma síntese.

gerações futuras, e, por isso, com a conservação dos recursos naturais. Assim se vê que o bem jurídico ambiente natural é um só, mas pode sofrer duas espécies fundamentais de atentado: o que altera as suas características degradando-o, e o que reduz as suas componentes de tal modo que, esgotados os recursos, o homem terá que se debater com um ambiente cada vez mais elaborado, construído, é dizer, artificial.

Se proteger o ambiente é proteger um ambiente com quotas aceitáveis de qualidade, e não esgotar os recursos naturais é explorá-los dentro de determinados cânones, então parece evidente que os crimes, tanto de poluição como de protecção da natureza, terão que assumir uma estrutura plástica.

Qualquer actividade humana polui e o homem não subsistiria se não usasse os recursos de natureza.

Todo o problema está em determinar *o ponto até onde se deve ir* em termos de poluição e de exploração de recursos. Ora esse nível de intolerabilidade de comportamentos, ou do seu resultado, varia profundamente no tempo e no espaço. Varia com a ordem de prioridades a atender, para satisfação das necessidades humanas globais, varia com a maior ou menor exuberância dos recursos, varia com a formação cultural das pessoas.

Então, os tipos legais de crime não poderão encerrar-se numa estrutura rígida que leve a reagir ao longo do tempo, da mesma maneira aos mesmos factos, antes tem que ter maleabilidade suficiente, para que se possa reagir de modo eventualmente diferente ao mesmo tipo de comportamentos separados no tempo. E das duas uma: ou o tipo aceita conceitos indeterminados no seu seio, conceitos que o intérprete preencherá de acordo com a sensibilidade que lhe for contemporânea, ou o tipo de crime terá que admitir alguma dependência da ordem jurídica administrativa, cujo projecto para protecção do ambiente se vai

sempre actualizando ³⁴.

A eleição, como bem jurídico autónomo, da preservação do ambiente não pode perder de vista a matriz fundamentalmente antropocêntrica, da protecção dispensada pela Constituição ao ambiente.

Aliás, se o art. 1º da dita Constituição proclama a dignidade da pessoa humana como valor superior, aos demais também constitucionalmente consagrados, a configuração de todos os bens jurídico-penais há-de fazer-se na perspectiva de uma referência última ao indivíduo. Só que este princípio não obriga, a nosso ver, a que os crimes protectores do ambiente só o façam indirectamente, elegendo para protecção directa bens jurídicos individuais, e estruturando-se como crimes de perigo concreto.

Todos os Códigos Penais estão repletos de crimes que protegem bens jurídicos públicos ou comunitários, ao lado de bens jurídicos individuais, sem que isso, só por si, represente qualquer traição a um ideal humanista. Pelo contrário, é ainda e só em nome das gerações actuais e futuras, que, para mais com-

34 No art. 278º parece ter-se optado pelo primeiro caminho, quando se recorre à expressão *de forma grave*, cuja indeterminação, à partida, se repercute no conceito de *região*.

Ao contrário do que ocorre com os danos contra a natureza, em que a intervenção prévia de agentes administrativos não terá em regra lugar, no caso da poluição, porque causada em termos mais preocupantes por unidades industriais, estaremos perante actividades sujeitas a licenciamento, o que implica que os agentes administrativos devam intervir. Tal intervenção, que se cifre por exemplo em *prescrições ou limitações*, há-de, por sua vez, processar-se de acordo com as *disposições legais ou regulamentares pertinentes*. Mas, enquanto que a referência do art. 278º à não observação das disposições legais e regulamentares, visa afastar os casos de justificação do facto, por exercício de um direito, no art. 279º apela-se à observância de tais disposições na actividade dos agentes administrativos. Parece pois ter-se consagrado neste art. 279º, também aqui, uma via de dependência, da previsão penal, da ordem administrativa.

pleta protecção do ambiente, se autonomizou este como bem jurídico.

Já antes, a propósito do relacionamento do direito penal do ambiente com a ordem jurídica administrativa, se aludiu às possíveis estruturas dogmáticas dos crimes contra o ambiente. Cumpre agora adiantar mais alguns inconvenientes ou vantagens que essas estruturas acarretem, com o que alguma explicação poderá ser dada, para o caminho, pelo qual o nosso legislador optou.

Em relação a uma estruturação do tipo em termos de crime de perigo abstracto, para além de se estar a seguir um caminho característico das contra-ordenações e/ou contravenções, sempre depararíamos com a necessidade de se descreverem no tipo formas de actuação muitíssimo variadas, que estariam além disso, sempre em vias de se desactualizar, face aos enormes progressos científicos e tecnológicos a que assistimos.

Os crimes de perigo abstracto que assentam numa presunção inilidível, têm aliás sido alvo de importantes críticas da doutrina, designadamente a italiana, por violação do princípio de que o direito penal existe só para protecção de bens jurídicos. Ora tal princípio exigiria a afectiva lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos. Desinteressando-se da ofensividade da conduta que estivesse em apreciação, face ao bem jurídico protegido, o Estado estaria a punir em virtude de um simples não acatamento da lei, e portanto a perseguir pessoas só pela personalidade rebelde que revelam. O que, repita-se, é facilmente aceitável face a outras ordens repressivas, mas muito menos admissível no campo do direito criminal ³⁵.

35 FIGUEIREDO DIAS não hesita mesmo em considerar que é o próprio princípio da culpa constitucionalmente consagrado que estaria em crise com uma estruturação do crime em termos de perigo abstracto (cf. loc. citado, n. 26, p. 17).

Tal não impede que o caminho da estruturação do crime, como de perigo abstracto, tenha acérrimos defensores, provavelmente no âmbito de ordens jurídicas com outras características. A seu favor vêm-se invocando inegáveis facilidades no domínio da prova, e a antecipação da intervenção do direito penal para a fase mais recuada possível, no processo de actuação que leva à deterioração do ambiente.

Os crimes de perigo concreto também atendem a esta necessidade de antecipar a protecção do ambiente, não ficando à espera da sua efectiva deterioração. Estruturar-se-ão como crimes pluriofensivos de vários bens jurídicos, como crimes de perigo comum. Dificilmente se compatibilizarão porém com a eleição do ambiente como bem jurídico autónomo. Sobretudo, assaca-se-lhes a dificuldade de prova do nexo de causalidade entre a conduta e o efectivo perigo para um bem jurídico. Fala-se a tal propósito das situações de concausalidade, em que várias actuações contribuem para a criação de um perigo concreto (e, note-se bem, não para a criação de simples poluição, porque esta só por si é insuficiente para a incriminação), sendo praticamente impossível distinguir, em muitos casos, os contributos decisivos para a criação de perigo. E em situações de dano ambiental acumulado, em que o primeiro agente poluidor não criou qualquer perigo, será justo punir só o último dos agentes que *ultrapassou o limiar do perigo*, se a prestação de todos for a mesma?

A maior crítica que se pode fazer aos crimes de dano, neste domínio, é sem dúvida a de que se terá que estar *à espera que o mal aconteça* para intervir. Mas, também já se apontou que esta crítica perde bastante alcance, se se encararem os crimes contra o ambiente como simples retaguarda do aparelho repressivo, deixando às contra-ordenações o papel essencial. Não parece viável que os crimes de dano, assim criados, se preocupem em descrever todos os comportamentos lesivos, devendo optar-se antes pela eleição do resultado danoso, como factor decisivo.

Só que, como já se acentuou, uma das especificidades do bem jurídico ambiental é a sua natureza dinâmica, de tal modo que, tanto a poluição como a exploração de recursos só deverão

ser crime, se ultrapassado um certo grau ou nível de intolerabilidade social, o qual não é sempre o mesmo³⁶. Grau ou nível que, para além disso, terá que ser aferido, tendo em conta cada uma das componentes naturais que estiver a ser atingida. Repete-se que, para além do recurso a conceitos indeterminados, com o que tal acarreta sempre de beliscadura no princípio da legalidade, é possível estabelecer os referidos limites da intolerabilidade, com apelo a quotas fixadas na regulamentação administrativa. O dispositivo penal aproximar-se-ia então das normas penais em branco, elas mesmas também não isentas da acusação de atingirem o princípio da legalidade.

Uma terceira alternativa parece ter sido a proposta pelo legislador no art. 279º do Código Penal. A leitura do preceito começa por revelar-nos uma descrição típica própria da sua estruturação como crime de dano ou lesão³⁷. Concorrerá nesse sentido a utilização da expressão *Quem poluir* ou *Quem provocar poluição*. Mas poluir, só por si, foi considerado insuficiente do ponto de vista da dignidade penal do comportamento. Foi então preciso que a poluição ocorresse *em medida inadmissível*. Na explicação do que possa ser essa *medida inadmissível* o legislador não enveredou por uma referência directa a quotas, níveis, ou quantidades, fornecidos pela regulamentação adminis-

36 Não é assim, obviamente, em relação a bens jurídicos como por exemplo a vida. Não se mata mais ou menos. Mata-se, ponto final. Por isso é que o crime de homicídio do art. 131º do Código Penal, que é de lesão ou de dano, também, se satisfaz com a produção do resultado *morte de outra pessoa* na respectiva descrição típica.

37 É pois com alguma dificuldade que acompanhamos FERNANDA PALMA, quando vê no preceito uma combinação de desobediência e perigo concreto (cf. loc. cit., n. 26, p. 444).

Creemos, na verdade, que poluir é já lesar a qualidade do ambiente. Se poluir fosse só pôr em perigo tal qualidade, então seria preciso provar que no caso concreto existiu perigo para o ambiente. Como o preceito é completamente omisso quanto ao dito perigo concreto, estaríamos caídos num perigo presumido ou abstracto?

Não nos parece ter sido essa a opção legislativa.

trativa, antes apelou para a não observação de *prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente*. Introduziu por uma componente decisiva de desobediência.

Se é certo que poluir só por si não significa atingir o bem jurídico *qualidade do ambiente em termos penalmente relevantes*, também não será suficiente desobedecer às prescrições ou limitações da autoridade, para que haja este crime. Até porque tal desobediência passa por efectivas emissões ou emissões poluentes, pelas quais o agente continua a ser responsável, com natureza ou valores não admitidos.

A Lei de Bases do Ambiente, Lei nº 11/87, de 7 de Abril, define no seu art. 21º poluição³⁸. Por aí se vê que o termo tem em si já uma carga negativa, porque a poluição juridicamente relevante é a que *afecta negativamente* um conjunto de interesses elencados. Mas, para ser penalmente relevante é mister que a poluição atinja natureza ou valores que a Administração não tolerou aquando da sua intervenção, aplicando a legislação pertinente para o sector. O que significa que a poluição que se produza nesses termos, depois de tal intervenção, representa também uma desobediência.

A dignidade penal do comportamento resulta então de um desvalor de resultado que é causar poluição de forma não tolerada pela ordem administrativa — de acordo com disposições legais ou regulamentares os agentes administrativos intervieram e condicionaram o valor ou a natureza das emissões ou imissões. Mas tal dignidade penal surge também porque o comportamento

38 1— São factores de poluição do ambiente e degradação do território todas as acções e actividades que afectem negativamente a saúde, o bem-estar e as diferentes formas de vida, o equilíbrio e a perenidade dos ecossistemas naturais e transformados, assim como a estabilidade física e biológica do território.

2— São causas de poluição do ambiente todas as substâncias e radiações lançados no ar, na água, no solo e no subsolo que alterem, temporária ou irreversivelmente, a sua qualidade, ou interfiram na sua normal conservação ou evolução.

do agente poluidor tem lugar após a intervenção da Administração. Há pois que considerar um desvalor de acção analisado na indiferença ou rebeldia do agente, para com aquilo que os agentes administrativos lhe determinaram que se fizesse.

Dir-se-ia pois que, face ao art. 279º do Código Penal, para que haja crime não basta agredir o ambiente e não basta ignorar as directivas da Administração.

É preciso que desobedecendo se continue a agredir o ambiente e é preciso que se agrida o ambiente depois da intervenção da Administração, ou seja desobedecendo. Se se não trata de um mero crime de desobediência em matéria de ambiente, também se não está perante um puro crime de dano. Segundo cremos o legislador pretendeu um misto das duas coisas.

Em complemento do crime previsto no art. 279º, o legislador criou no art. 280º outro crime novo, embora obedecendo à estrutura conhecida de crime de perigo concreto. Na anterior versão do Código Penal, o art. 269º contemplava a contaminação e envenenamento de água. O actual art. 280º alargou a poluição da água à poluição do ar, dos solos ou à poluição sonora. Crime pluriofensivo, aqui se protegem directamente a *vida*, a *integridade física de outrem* ou *bens patrimoniais alheios de valor elevado*. O bem jurídico não é pois como no art. 279º a qualidade do ambiente e não se está pois perante um *crime ecológico puro*³⁹.

39 De notar que o art. 280º dispensa-se de descrever o comportamento do agente, remetendo simplesmente para *uma conduta descrita no nº 1 do artigo anterior*.

Cremos que tal remessa se limita às alíneas do nº 1 do art. 279º e não também ao preenchimento do elemento *medida inadmissível*. Desde logo porque a descrição do comportamento, a admitir aquele factor qualitativo, teria que se socorrer também do nº 3 do art. 279º. E então, no art. 280º, teria que se ter feita referência aos nºs 1 e 3 do artigo anterior. Sobretudo, se o preenchimento do crime do art. 280º tivesse que se socorrer também da componente desobediência, o art. 280º mais não seria que a qualificação do art. 279º. Manifestamente, a epígrafe e a redacção do art. 280º apontam em sentido diferente. Basta ter em conta a opção do legislador quando previu meros crimes qualificados, do que são paradigma os arts. 132º ou 204º.

Resta dizer que o crime do art. 278º do Código Penal, epígrafado *Danos contra a natureza*, é um puro crime de dano. Aqui, o limite da tolerabilidade do comportamento na exploração de recursos naturais, é dado pelo recurso, como já se disse, ao conceito indeterminado *de forma grave*, e também, de algum modo, ao conceito de *região*. Na verdade, se também neste caso se exigisse a intervenção prévia de agentes da Administração estar-se-ia a deixar impunes bom número de comportamentos. Basta pensar em acções isoladas mas graves, como o abate de espécies animais em extinção.

Cumpriria agora proceder a uma análise detalhada dos novos crimes contra o ambiente, levantando as principais dificuldades que a sua aplicação apresentará na prática. Cremos que tal significaria no entanto exorbitar claramente do âmbito que nos propusemos respeitar, invadindo o tema de comunicação seguinte.

Terminamos, pois.

*CRIMES CONTRA O AMBIENTE
NO CÓDIGO PENAL*

A. LEONES DANTAS

I*

INTRODUÇÃO

Na nova versão do Código Penal introduzida pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, os arts. 278º, 279º e 280º prevêm e punem crimes contra o ambiente. Trata-se de uma neocriminalização destinada a proteger directamente o ambiente, bem jurídico que anteriormente apenas beneficiava de uma protecção penal indirecta, nomeadamente através da incriminação de algumas condutas contra a saúde pública¹.

Aceitou-se, finalmente, a tutela penal na defesa do ambiente ao lado dos diversos meios jurídicos que tradicionalmente garantiam a sua protecção^{2,3}.

* Intervenção proferida em 25 de Novembro de 1995, na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa, no âmbito das Jornadas de Direito Criminal.

1 Sobre tutela penal indirecta do ambiente cf. FERNANDA PALMA, *Direito Penal do Ambiente*, Direito do Ambiente, I.N.A., pp. 439 e ss. e SOUTO MOURA, *O Crime de Poluição*, Revista do Ministério Público, Abril-Junho 1992, Nº 50, pp. 17 e ss.

2 O ambiente coloca ao Direito Penal particulares problemas dogmáticos a ponto de recentemente GUNTER HEINE, *Environment Law Enforcement through the Courts*, inédito, ter referido que: *The problem to be faced is: Protecting the environment by criminal law has its «price». This price differs according to the «traditions» of the national legal system. Therefore, the decisive questions each of us has to face are: What are you willing to «pay»? What can you «pay» without eroding your legal system?*

A inserção daqueles ilícitos no Código Penal ⁴ revela que o legislador elevou o ambiente à categoria de bem jurídico fundamental, reflectindo um esforço no sentido de despertar a consciência colectiva para a preservação do mesmo ⁵.

Assim, não fez vencimento a proposta que defendia que os crimes ambientais deviam ser regulados em legislação penal avulsa ⁶. Esta solução estava prevista no art. 46º da Lei de Bases do Ambiente e apresentava algumas vantagens, nomeadamente uma mais fácil sistematização do direito penal ambiental com o direito de mera ordenação social. Ela não marcaria, contudo, de forma tão clara a opção de política criminal na área do ambiente. Além disso, aquela opção abria caminho à inserção dos ilícitos ambientais no contexto do direito penal secundário ⁷, o que, para além do mais, permitiria o alargamento da responsabilidade penal às pessoas colectivas, objectivo este que se mostra imprescindível,

3 KLAUS TIEDEMANN, *Théorie et Réforme du Droit Pénal de l'Environnement.....*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, N° 2, 1986, p. 272.

4 Seguidamente referido simplesmente por C.P.

5 *Ésta es la alternativa que acogen aquellos ordenamientos jurídicos, que como el alemán o el austríaco, buscan incrementar la consciencia social en favor de los bienes ambientales, de manera que «las infracciones ambientales no se consideren más como infracciones contra el orden público, sino como verdaderos delitos, tan reprobables como, las lesiones, el hurto, o la estafa»* (ESSER 1989, p. 236..... JULIO CESAR RODAS MONSALVE, *Protección Penal y Medio Ambiente*, PPU, Barcelona, p. 164.

6 Sobre os trabalhos preparatórios de um diploma com esse objectivo cf. MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Alguns Aspectos do Processo Legislativo em Matéria de Infracções contra o Ambiente*, Direito e Justiça, 1989/1990, pp. 181 e ss.

7 Sobre o conceito de direito penal secundário cf. FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, Direito e Justiça, Vol. IV, 1989/1990, pp. 7 e ss.

tal como a sistematização entre os dois ramos do direito sancionatório ⁸.

O direito penal do ambiente vem, pois, reforçar os outros meios jurídicos através dos quais se assegura a defesa daquele bem jurídico. Tal reforço é mais significativo no que se refere ao direito administrativo, uma vez que é através deste ramo do direito que se assegura a protecção fundamental do ambiente.

Na verdade, é a administração, no exercício das suas funções de polícia, que condiciona o acesso a actividades que põem em risco a preservação do ambiente, que fiscaliza o modo como essas actividades são exercidas e que sanciona o incumprimento das suas directivas, assumindo, deste modo, um papel insubstituível na garantia de um ambiente sadio e potencializador do normal desenvolvimento das condições de vida do homem e dos outros seres vivos ⁹.

A actividade sancionatória prosseguida pela administração é enquadrada pelo direito das contra-ordenações que de certa forma estabelece algumas pontes entre o direito administrativo e o direito penal. O direito das contra-ordenações encontra-se, deste modo, na primeira linha da defesa do ambiente, uma vez que introduz um reforço efectivo na capacidade interventiva da administração.

A circunstância de o direito administrativo ter uma função fulcral na defesa do ambiente vai determinar consequências relevantes ao nível da construção dos tipos de crimes ambientais. De facto, mostra-se quase abandonada a orientação que preconizava

8 Solução defendida por FIGUEIREDO DIAS *in Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, Revista de Direito e Economia, Jan/Jun de 1978, pp. 3 e ss.

9 O art. 5º, nº 2 al. a) da Lei nº 11/87, de 7 de Abril define o ambiente como o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem.

a construção do direito penal do ambiente com total autonomia relativamente ao direito administrativo.

De uma forma ou de outra, aceita-se que o direito penal do ambiente se enquadre com o direito administrativo na sua conformação concreta. Diz-se até que o direito penal tem uma função subsidiária do direito administrativo na realização da tarefa de defesa do ambiente. Trata-se de uma subsidiariedade que não se pode confundir com a natureza de *ultima ratio* da política social que o direito penal representa, mas através da qual se reafirma a complementariedade que aquele tem relativamente ao direito administrativo¹⁰.

A intervenção da administração na definição do modo de acesso às actividades potencialmente lesivas do ambiente e na quantificação das agressões a este toleráveis, vai ser assumida na estruturação dos tipos de crime ambientais, através da técnica das normas penais em branco. Para integral preenchimento dos tipos incriminadores haverá, assim, que recorrer àquelas normas administrativas.

Este recurso às normas penais em branco¹¹ tem sido aceite, quer os crimes ambientais sejam configurados como crimes de perigo ou como crimes de dano e quer o perigo seja con-

10 Refere ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, p. 122 que: *El carácter de ultima ratio significa que el Estado sólo está legitimado para acudir al derecho penal como última solución, cuando el resto de los mecanismos se muestran insuficientes, y como tal es predicable de todo el derecho penal. En materia medio-ambiental, el derecho penal es también la ultima ratio, pero, además de ello, no ofrece una protección autónoma, como en otros campos, sino que tutela el bien jurídico mediante un reforzamiento de la normativa administrativa.....*

11 Considera ANABELA MIRANDA RODRIGUES que: *A protecção do direito penal deve realizar-se em função dos critérios administrativos. Do ponto de vista da unidade da ordem jurídica, a técnica das normas penais em branco que reenviam para disposições não penais permite estabelecer a concordância perfeita entre as duas matérias. Direito Penal do Ambiente — Uma Aproximação ao Novo Direito Português*, inédito.

creto ou abstracto. Paradigmática desta técnica é a norma do art. 278º do C.P. revisto que prevê o crime de danos contra a natureza.

Aí se exige, como elemento do tipo, que os danos contra a natureza surjam em consequência da violação de disposições de natureza administrativa — *violação das disposições legais ou regulamentares* — que enquadram as actividades no contexto das quais ocorrem as acções lesivas do ambiente.

A norma penal não contém, assim, todos os elementos caracterizadores da conduta típica, só sendo possível determinar aquele elemento por recurso à norma administrativa.

Noutros ordenamentos jurídicos são frequentes situações destas, mesmo em crimes de perigo. Entre outros, veja-se, o art. 347º *bis* do C.P. espanhol ou os arts. 324º e ss. do C.P. alemão.

Articulação mais intensa e potencialmente diversa entre os dois ramos do direito público é aquela que aparece no crime de poluição — art. 279º do mesmo código. Aqui o tipo criminal não prescindiu do direito administrativo, mas enquadrou o recurso a este ramo do direito em bases diversas das adoptadas relativamente ao crime de danos contra a natureza previsto no art. 278º daquele código.

Na verdade, para que a poluição seja criminalmente relevante exige-se que a mesma contrarie *prescrições ou limitações* impostas pela autoridade administrativa competente ao agente poluidor, em conformidade com as leis ou os regulamentos.

II

DIREITO PENAL — DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

Ao lado do direito das contra-ordenações que já sancionava inúmeras actividades atentatórias do ambiente, temos agora o direito penal como mais um instrumento sancionador dos atentados contra o mesmo.

Esta concorrência de regimes sancionatórios trás algumas dificuldades de articulação que importa analisar, merecendo particular atenção os casos em que o mesmo facto integra simultaneamente crime e contra-ordenação, e, bem assim, os casos de concurso efectivo, real ou ideal, entre ilícito penal e ilícito de ordenação¹².

Também a circunstância de no direito das contra-ordenações se prever, como regra, a responsabilidade das pessoas colectivas, contrariamente ao que se passa com o direito penal de justiça, em que se incluíram os ilícitos ambientais, implica que se façam algumas considerações sobre a articulação dos dois tipos de responsabilidade.

De acordo com o disposto no art. 20º do Dec.-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, *se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação*. Por força desta disposição, todas as situações subsumíveis, simultaneamente nas normas incriminadoras agora introduzidas pelo C. P. revisto e nas normas contra-ordenacionais anteriormente existentes, serão punidas com a pena correspondente ao crime, e com as sanções acessórias eventualmente previstas para as contra-ordenações.

Por outro lado, nas situações previstas no art. 38º do mesmo diploma, ou seja, *quando se verificar concurso de crime e de contra-ordenação, ou quando pelo mesmo facto, uma pessoa responda a título de crime e outra a título de contra-ordenação* o processo penal aglutinará o ilícito de ordenação, cabendo o

12 FERNANDA PALMA in *Direito Penal do Ambiente — Uma Primeira Abordagem*, Direito do Ambiente, I.N.A., n. 19, p. 448, afirma que as normas que prevêm contra-ordenações se poderão considerar revogadas, face ao disposto no art. 2º do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, o que se afigura duvidoso. De facto, a norma em causa refere-se apenas aos ilícitos de natureza penal previstos ou punidos em normas avulsas, nada tendo a ver com o âmbito de ilícitos de ordenação agora criminalizados.

processamento da contra-ordenação à autoridade competente para o ilícito criminal.

As situações em que, pelo mesmo facto, uma pessoa respondia a título de crime e outra a título de contra-ordenação, resultavam do disposto no art. 16º, nº 3 do mesmo diploma que estabelecia que: *se a lei determinar que um facto em princípio qualificado como contra-ordenação deve ser considerado como crime devido a certas qualidades ou relações especiais do agente, só se aplicará a lei penal ao participante ou participantes que detenham essas qualidades ou relações especiais*.

Assim, a circunstância de um mesmo facto ser simultaneamente qualificado como crime e contra-ordenação, afastava o regime do art. 28º do C.P., isto é a comunicabilidade da ilicitude aos participantes que não detinham a qualidade ou a relação especial exigida pelo tipo objectivo do crime.

A alteração introduzida no Dec.-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, pelo Dec.-Lei nº 244/85, de 14 de Setembro eliminou aquele nº 3, embora o art. 38º, nº 1 mantenha a redacção original, acima referida.

Desconhecem-se as razões¹³ que motivaram esta revogação, embora ela evidencie que o legislador pretendeu dar prevalência à responsabilização criminal, face à responsabilidade pelo ilícito de ordenação.

Abandonada a situação prevista naquele nº 3 do art. 16º, restará como âmbito de aplicação desta norma do art. 38º, nº 1, a situação de não extensão da ilicitude excepcionada na parte final do nº 1 do art. 28º do C.P.

13 E de outras alterações introduzidas naquele diploma, à revelia de alguns dos princípios estruturantes deste ramo do direito — cf. critérios para determinação da coima, pressupostos da sanção acessória de perda e sobretudo a introdução do princípio da *reformatio in pejus*.

O direito das contra-ordenações assumiu como um dos seus elementos de caracterização a responsabilização das pessoas colectivas, conforme resulta do art. 7º do Dec.-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro.

Esta responsabilização não foi acolhida no direito penal do ambiente, embora tenha sido admitida pelo Prof. FIGUEIREDO DIAS, já em 1977, em coerência com a posição então defendida sobre a inserção sistemática dos ilícitos ambientais no direito penal secundário¹⁴.

Apesar de na versão inicial do projecto de revisão do C.P., se prever tal responsabilização em diploma autónomo, não foi esta a opção tomada pelo legislador no Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março¹⁵.

Esta não responsabilização das pessoas colectivas pode ser considerada como uma das consequências negativas da opção pelo código penal para sede deste tipo de ilícito.

Por isso, os titulares dos órgãos das pessoas colectivas que pratiquem, no interesse daquelas, factos integradores de ilícito criminal ambiental serão responsabilizados como autores desses ilícitos, nos termos do art. 12º do C.P.

O que poderá discutir-se, é se será simultaneamente configurável a responsabilidade das pessoas colectivas pelo ilícito de mera ordenação que os factos cometidos pelos seus representantes eventualmente integrem, nos termos do art. 7º, nº 1 do Dec.-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro.

A aceitação desta responsabilidade, sobretudo tendo em conta a eficácia das sanções acessórias previstas no art. 21º e ss. daquele diploma, colmataria a insuficiência da solução do Código Penal que não responsabilizou aquelas pessoas.

14 *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, Revista de Direito e Economia, Ano IV, Nº 1, Jan/Junho de 1978, pp. 3 e ss.

15 Nº 4 do art. 273º do Projecto, *Actas*, Rei dos Livros, p. 359.

III

CRIME DE DANOS CONTRA A NATUREZA

O art. 278º do C.P., na redacção do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, prevê o crime de *danos contra a natureza*.

Este artigo só surgiu já na fase final dos trabalhos preparatórios¹⁶. Tutelam-se com esta norma os componentes ambientais naturais — fauna, flora e os recursos do subsolo, bem como o *habitat* natural das espécies protegidas da fauna e da flora.

Por fauna entende-se o conjunto de animais de uma determinada região, referindo-se o art. 16º da Lei de Bases do Ambiente às *espécies sobre as quais recaiam interesses científico, económico ou social*.

Por *habitat* entende-se o espaço em que vive e cresce naturalmente um determinado ser vivo, seja ele vegetal ou animal¹⁷. Protege-se, pois, o *habitat* como forma de indirectamente proteger as espécies vegetais ou animais que nele vivem.

De acordo com o disposto na al. b) do art. 278º, a protecção dos *habitat* só é abrangida na medida em que a destruição provoque *perdas importantes nas populações de espécies da fauna e da flora selvagens legalmente protegidas*.

As definições de fauna e a flora legalmente protegidas encontram-se nas disposições de natureza administrativa que disciplinam tais componentes ambientais.

Entre esses dispositivos destacam-se: a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Selvagem Ameaçadas de Extinção, aprovada pelo Dec.-Lei nº 50/80, de 23 de Julho e complementada hoje pelo Dec.-Lei nº 114/90, de 5 de Abril; a Convenção Sobre Zonas Húmidas de Importân-

16 Cf. as críticas formuladas ao projecto por SOUTO MOURA in *O Crime de Poluição*, Revista do Ministério Público, Ano 13º, Nº 50, pp. 15 e ss.

17 *Lugar onde Vive um Organismo*, EUGENE P. ODUM, *Fundamentos de Ecologia*, F. Gulbenkian, p. 685.

cia Internacional Especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, aprovada pelo Dec.-Lei nº 101/80, de 9 de Outubro; a Convenção Sobre a Conservação das Espécies Migradoras Pertencentes à Fauna Selvagem, aprovada pelo Dec.-Lei nº 103/80, de 11 de Outubro; e a Convenção Relativa à Conservação da Vida Selvagem e dos «Habitats» Naturais da Europa, aprovada pelo Dec.-Lei nº 95/81, de 23 de Julho e complementada pelo Dec.-Lei nº 316/89, de 22 de Setembro que a regulamentou.

As destruições e o esgotamento de recursos do subsolo só são abrangidos pela previsão do nº 1 do artigo 278º do C.P. quando sejam graves e contrariem as disposições legais ou regulamentares que enquadram as actividades com eles relacionadas¹⁸.

18 Nos arts. 2º, 4º e 7º, do Dec.-Lei nº 316/89, de 22 de Setembro proíbe-se um conjunto vasto de actividades atentatórias da vida selvagem e dos seus habitats naturais.

Refere-se no citado art. 2º que: *com vista à protecção das espécies da flora inscritas no anexo I da Convenção, são proibidas: a) A sua colheita, apanha, corte ou arranque intencionais; b) A sua venda, detenção para venda, oferta e transporte para venda e exposição com fins comerciais; c) A deterioração intencional dos respectivos habitats.*

No que se refere às espécies da fauna dispõe o art. 4º, nº 1 do mesmo diploma que são proibidas: *a) A sua captura, detenção e abate intencionais; b) a deterioração ou destruição intencional dos respectivos habitats; c) A sua venda, detenção para venda, oferta e transporte para venda e exposição com fins comerciais; d) A sua perturbação intencional, designadamente durante o período de reprodução, de dependência e hibernação; e) A destruição ou apanha intencionais de ovos do meio natural, mesmo vazios.*

O art. 7º define um conjunto de meios, métodos e equipamentos cuja utilização é proibida para capturar ou matar espécies da fauna selvagem protegidas.

Do mesmo modo, o Dec.-Lei nº 75/91, de 14 de Fevereiro, — relativo à protecção das aves que vivem no estado selvagem em território nacional —, fixa, no seu art. 5º um conjunto de proibições relativamente às espécies de aves protegidas. Proíbe-se assim *abater, capturar ou deter os espécimes respectivos, qualquer que seja o método — al. a); destruir, danificar colher*

(Cont.)

Por sua vez o nº 2 deste dispositivo fornece os critérios que permitem qualificar de graves aquelas destruições e esgotamento. Assim, por exemplo, a eliminação de exemplares da fauna e da flora será grave se *fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região.*

O conceito de *região* aqui utilizado aponta para um conceito de região natural que deve ser entendida como o espaço demarcado pela continuidade dos componentes ambientais que o caracterizam e o individualizam¹⁹. O vale de um rio poderá eventualmente integrar este conceito de região.

Por outro lado, o esgotamento de recursos do subsolo, de acordo com a al. c) do nº 2 daquele art. 278º só será grave se *esgotar ou impedir a renovação de um recurso do subsolo em toda uma área regional.*

As preocupações subjacentes à previsão desta alínea são diversas daquelas que ocorrem com a da al. a). O conceito de região aqui utilizado poderá ter um conteúdo diverso. Visa-se fundamentalmente proteger os recursos do subsolo e estes têm expressão na satisfação das necessidades das pessoas que habitam uma determinada região. O que define a região a considerar é a área onde vive esse conjunto de pessoas para quem os recursos em causa são relevantes.

ou deter os seus ninhos e ovos — al. b); e perturbar intencionalmente os respectivos espécimes durante o período reprodução e de dependência.

19 Refere SOUTO MOURA que: *Se a degradação abrange uma região natural (e nunca administrativa) cremos que deverá haver crime, Crime de Poluição, Revista do Ministério Público, Abril-Junho 1992, p. 31.*

IV

CRIME DE POLUIÇÃO

O art. 279º do C.P. revisto prevê o crime de poluição.

O legislador penal não define o que se deve entender por poluição, deixando ao intérprete o preenchimento deste conceito.

À luz dos critérios decorrentes do art. 21º da Lei de Bases do Ambiente, pode entender-se que se integram no conceito de poluição *todas as acções e actividades que afectem negativamente a saúde, o bem-estar e as diferentes formas de vida, o equilíbrio e a perenidade dos ecossistemas naturais e transformados, assim como a estabilidade física e biológica do território.*

Nos termos do nº 2 do mesmo artigo, são factores potenciais de poluição do ambiente *todas as substâncias e radiações lançadas no ar, na água, no solo e no subsolo que alterem temporária e ou irreversivelmente, a sua qualidade ou interfiram na sua normal conservação e evolução.*

O artigo do C.P. em análise refere-se, nas als. a) e b) do nº 1, aos componentes ambientais — água, solo e ar e na al. c) ao ruído.

O tipo não discrimina os concretos factores de poluição, relevando esta como resultado sobre os componentes ambientais atingidos. Tais factores polutivos deverão ser encontrados nos dispositivos de natureza administrativa que enquadram as actividades susceptíveis de atingir o ambiente.

A última parte da al. a) do nº 1 enquadra, ao lado da poluição propriamente dita, a degradação das qualidades dos componentes ambientais.

À poluição da águas referem-se, entre outros²⁰, os dispositivos das als. l), n) e r) do art. 23º do Dec.-Lei nº 70/90, de 2

20 Refere-se no art. 49º, nº 1 do Dec.-Lei nº 74/90, de 7 de Março — normas de qualidade relativas à água — que: *A violação das normas de qualidade constantes deste diploma por quem, de qualquer modo, introduzir*

(Cont.)

de Março — Regime dos bens do domínio público hídrico²¹, bem como nas als. g), u) e x) do art. 86º do Dec.-Lei nº 46/94, de 22 de Fevereiro — Regime do domínio público hídrico sob administração do I.N.A.²².

Estes dispositivos fornecem um quadro de referência relativamente ao conjunto de actividades susceptíveis de poluir a água.

Sinteticamente pode entender-se que se encontram abrangidas pela al. a) daquele nº 1 do art. 279º todas as actividades que de uma forma directa ou indirecta afectem ou alterem as características das águas, afectando a conservação nutrição ou va-

ou libertar, directa ou indirectamente, nas águas substâncias ou energia, criando por esse facto risco de degradação da sua qualidade, alterando as suas características, afectando a conservação, nutrição ou valor alimentar da fauna aquática.....

21 Na al. l) daquele art. 23º pune-se como contra-ordenação o não acatamento da proibição de lançar, depositar ou por qualquer outra forma introduzir na água resíduos que contenham substâncias que possam alterar as características, ou tornem impróprias as águas e que contribuam para a degradação do ambiente. Por sua vez na al. n) do mesmo artigo sancionam-se também os estabelecimentos industriais que evacuem águas degradadas directamente para o sistema de esgotos, ou para os cursos de água, sem qualquer tipo de mecanismos que assegurem a depuração destas e que desta forma corrompam as águas.

22 Pune-se como contra-ordenação na al. g) daquele artigo lançar, depositar ou por qualquer forma, directa ou indirecta, introduzir nos aquíferos qualquer substância ou produto sólido, líquido ou gasoso, susceptível de provocar a sua poluição, alterando as suas características ou tornando-os impróprios para as suas diversas utilizações.

Por sua vez a al. u) pune o não acatamento da proibição de lançar, depositar ou por qualquer forma introduzir na água resíduos que contenham substâncias que possam alterar as características ou tornem impróprias as águas e que contribuam para a degradação do ambiente.

A al. x) deste artigo pune igualmente como contra-ordenação a rejeição de águas degradadas directamente para o sistema de esgotos, ou para os cursos de água, sem qualquer tipo de mecanismos que assegurem a depuração destas.

lor alimentar da fauna aquática ou as finalidades a que as mesmas se destinam.

Aquela alínea abrange igualmente a poluição do solo. Também aqui se visa impedir a alteração temporária ou definitiva das características deste componente ambiental e impedir as interferências na sua normal conservação e evolução.

Tal como resulta do art. 13º, nº 1 da Lei de Bases do Ambiente a defesa do solo visa a *salvaguarda da estabilidade ecológica e os ecossistemas de produção, protecção ou de uso múltiplo e a regulação do ciclo da água*.

A poluição dos solos encontra um dos seus elementos mais importantes nos resíduos, a que se referem, entre outros, o Dec.-Lei nº 310/95 de 20 de Novembro e o Regulamento anexo à Portaria nº 374/87, de 4 de Maio ²³, embora tenha outros componentes, nomeadamente na actividade agrícola, através do uso de pesticidas, herbicidas, adubos, correctivos agrícolas e outros.

A al. b) do nº 1 do artigo 279º prevê a poluição do ar mediante a utilização de *aparelhos técnicos ou de instalações*. Pretende-se atingir as actividades que lancem para a atmosfera substâncias, seja qual for o seu estado físico, susceptíveis de afectarem a qualidade do ar e o equilíbrio ecológico ou que impliquem risco, dano ou incómodo grave para as pessoas.

A qualidade do ar tem sido objecto de várias medidas, muitas delas de natureza internacional que visam o controle dos meios através dos quais aquela é afectada.

O Dec.-Lei nº 352/90, de 9 de Novembro transpôs para o ordenamento jurídico interno várias directivas comunitárias sobre essa matéria e estabeleceu limites de emissão de múltiplos produtos, nos seus arts. 11º, 12º e 18º. Além disso criou mecanismos de enquadramento das actividades que lançam na atmosfera substâncias poluentes.

²³ Transitoriamente em vigor, por força do disposto no art. 21º do Dec.-Lei nº 310/95, de 20 de Novembro.

Por sua vez a al. c) deste nº 1 do art. 279º refere-se ao ruído.

A poluição sonora é um dos factores de maior perturbação na normalidade da vida das pessoas. Este facto transformou o ruído numa das grandes preocupações do legislador ambiental que lhe dedicou o Regulamento Geral do Ruído, anexo ao Dec.-Lei nº 251/87, de 24 de Junho ²⁴ e justificou a tutela penal sobre este componente do ambiente.

Aquela al. a) discrimina um conjunto de fontes de ruído — *aparelhos técnicos, instalações, máquinas, veículos terrestres ²⁵, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza*.

A poluição sonora será fundamentalmente constituída pela emissão de ruídos que ultrapassem os níveis sonoros máximos toleráveis, devendo ter-se em atenção que o ruído não afecta exclusivamente o homem mas também os outros seres vivos.

V

POLUIÇÃO EM MEDIDA INADMISSÍVEL

Para que a poluição seja penalmente relevante exige aquele nº 1 do art. 279º que a mesma ocorra em *medida inadmissível*. O que seja poluição em medida inadmissível terá de se encontrar a partir do critério resultante do nº 3 daquele mesmo artigo.

Refere-se naquele dispositivo que: *a poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou imissão poluentes contrariem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação da aplicação das penas previstas neste código*.

Este texto já aparecia no projecto definitivo apresentado pela comissão revisora. Contudo, não coincide com a versão ini-

²⁴ Alterado pelo Dec.-Lei nº 292/89, de 2 de Setembro.

²⁵ Cf. Portaria nº 77/96, de 9 de Março.

cial ali aprovada e que era a seguinte: *a poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou imissão poluentes contrariem ordens, prescrições ou limitações da autoridade competente* ²⁶. Constatou-se que desapareceu a referência às *ordens* na versão entrada em vigor, e que as violações a prescrições ou limitações só são relevantes, quando impostas pelas autoridades competentes, em conformidade com as disposições legais ou regulamentares, e quando comina-se a aplicação das penas do C.P.

Esta cominação vai impor a existência de uma intervenção concreta da administração a fazer a advertência ao agente poluidor. Contudo, ela nada tem a ver com a concessão de licenças, autorizações ou outros actos administrativos associados ao modelo de articulação entre o direito penal ambiental e o direito administrativo, conhecido por modelo de — dependência relativa de acto — modelo este que caracteriza alguns tipos de crime ambientais comuns em termos de direito comparado ²⁷.

Tal intervenção terá, na generalidade dos casos, um carácter meramente declarativo dos limites de poluição derivados das leis ou regulamentos e sua notificação aos potenciais poluidores, podendo comportar também uma actividade de concretização de parâmetros gerais, sempre que as disposições legais ou regulamentares que enquadraram a acção administrativa o permitam.

Embora se desconheçam as exactas razões que estiveram na origem da introdução desta condição objectiva de punibilidade, torna-se significativo que surja quando desaparece a referência às *ordens* que se encontrava no texto inicialmente aprovado.

Contudo, é evidente que se pretendeu reduzir o âmbito da poluição punível àquelas situações em que o agente é advertido do comportamento devido e das consequências do respectivo incumprimento. Deste modo, para além de reduzir o âmbito da

26 Actas, Rei dos Livros, p. 359.

27 Art. 324º do C.P. Alemão.

intervenção penal, também se resolveu um dos mais graves problemas suscitados pela dependência do direito penal ambiental face ao direito administrativo.

Na verdade, esta condição, ao concretizar ao agente a dimensão da conduta punível, afasta os fundamentos de algumas das críticas dirigidas à técnica das normas penais em branco utilizadas nesta área do direito penal, no sentido da violação do princípio da legalidade.

Por outro lado, abre-se igualmente caminho à solução de dúvidas sobre o conhecimento da proibição que possam ser invocadas pelos agentes poluidores.

A existência desta cominação, na linha do que se passa no crime de desobediência a ordens de um concreto agente da autoridade — art. 348º, al. b) do C.P., não permite associar este crime a algumas soluções defendidas na doutrina italiana e de que o respectivo direito positivo se faz eco, que centralizam a desobediência no incumprimento de directivas proferidas pela administração para corrigir situações de lesão ao ambiente. Trata-se de soluções que colocam o direito penal ambiental na completa dependência dos agentes administrativos e ao serviço destes ²⁸.

Aquela condição objectiva de punibilidade afasta o crime de poluição do crime de danos contra a natureza previsto no art. 278º do C.P.

Outros elementos de distinção se poderão encontrar na caracterização das normas de natureza administrativa violadas.

Na verdade, enquanto no crime de danos contra a natureza se fala em disposições legais ou regulamentares, no art. 279º fala-se em prescrições ou limitações impostas em conformidade

28 RICARDO BAJNO, *Problemi Attuali del Diritto Penale Ambientale*, Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, Anno I, 1988, p. 455, *La sanzione criminale, in altri termini, dovrebbe intervenire soltanto successivamente all'inottemperanza da parte del soggetto inquinatore alle prescrizioni impostegli dall'autorità amministrativa e dirette all'attenuazione del pregiudizio ecologico.....*

com as leis ou os regulamentos. A diferença é mais formal do que substancial, uma vez que quer num caso quer noutra se está a violar normas.

Aparentemente, pretendeu-se no crime de poluição, dar maior elasticidade à intervenção administrativa, de modo a permitir uma melhor adequação à multiplicidade das situações concretas de poluição.

As limitações ou prescrições deverão ter fundamentos precisos derivados da lesividade dos agentes polutivos, a fixar de forma geral sempre que tal seja possível, e a enquadrar nas disposições legais ou regulamentares definidas no tipo, como parâmetros das limitações ou prescrições dirigidas aos agentes potencialmente poluidores.

O conceito de poluição inadmissível é também elemento estrutural para caracterizar o crime previsto naquele art. 279º e para o delimitar do crime previsto no art. 280º do mesmo código. Este é um típico crime de perigo comum que tutela directamente a vida, a integridade física e o património e, indirectamente, o ambiente nos seus componentes referidos nas várias alíneas do nº 1 do art. 279º.

Por outro lado, o crime previsto neste art. 279º é um crime de dano em que são tutelados directamente a água, o solo, o ar e o ruído enquanto componentes ambientais.

A poluição prevista no art. 280º é punida pela colocação em perigo dos bens jurídicos vida, integridade física e património, através da lesão dos componentes ambientais referidos nas alíneas daquele nº 1 do art. 279º. Tal poluição não é, assim, caracterizada como poluição em medida inadmissível, nos termos do nº 3 do art. 279º.

Na verdade, aquele artigo refere-se apenas às condutas descritas no nº 1 do artigo anterior, que mais não são do que as formas de poluir, que se encontram descritas nas várias alíneas daquele número.

Trata-se de um conceito de poluição mais amplo, desligado do enquadramento administrativo relativo às actividades que con- tendem com o ambiente.

O conceito de poluição em medida inadmissível destina-se, pois, a delimitar o âmbito do dano punível pelo art. 279º, redu- zindo os casos de poluição que seriam abrangidos pelas várias alíneas daquele artigo.

Não é, deste modo, qualquer poluição — qualquer altera- ção das características, das qualidades e das funções dos compo- nentes ambientais *que afectem negativamente a saúde, o bem estar e as diferentes formas de vida*²⁹ — que é punível. Punível será apenas a poluição que atinja aqueles componentes em medi- da inadmissível.

A poluição será em medida inadmissível, nos termos da disposição legal citada, sempre que a **natureza** ou os **valores** da emissão ou imissão contrariem prescrições ou limitações impos- tas pelas autoridades administrativas, em conformidade com as leis ou os regulamentos. Exige-se também que o agente tenha sido advertido de que o incumprimento daquelas prescrições ou limitações o faz incorrer nas penas previstas naquele artigo.

Assim, num primeiro momento exige-se que a poluição contrarie prescrições ou limitações de natureza administrativa fi- xadas aos agentes poluidores e num segundo momento que o agente tenha sido objecto da cominação prevista naquele dispo- sitivo.

Não é, todavia, a mera violação das prescrições ou limita- ções e a advertência que caracterizam a poluição punível. O que efectivamente caracteriza a poluição punível é a dimensão quali- tativa ou quantitativa do dano causado aos componentes ambien- tais, concretizado na alteração sofrida nas características e fun- ções dos componentes atingidos pela poluição. Tal alteração materializa a lesão do bem jurídico ambiente e é a justificação

29 Art. 21º da Lei de Bases do Ambiente.

para a referência à natureza ou a valores da emissão ou imissão poluentes que se encontra naquela norma.

Em trabalho que divulgou em 1978 o Prof. FIGUEIREDO DIAS³⁰ defendeu que os crimes ambientais deveriam ser construídos como crime de desobediência à *entidade estadual encarregada de fiscalizar os agentes poluentes e competente para lhes conceder autorizações ou lhes impor limitações ou proibições de actividade*³¹.

Além disso, ainda de acordo com o citado professor, tais crimes deveriam ser concebidos *como crimes de perigo comum referidos aos bens jurídicos individuais da saúde e da vida do homem e qualificados substancialmente como crime de perigo abstracto*³².

A solução que acabou por ser enquadrada no C.P. afasta-se desta proposta em vários aspectos. Na verdade, o crime de poluição do art. 279º foi apresentado³³ à comissão revisora por aquele professor como sendo *na sua essência* um crime de dano e acabou por ser construído, de facto, como crime de dano sobre

30 *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, Revista de Direito e Economia, 1978, pp. 3 e ss.

31 A posição assumida por aquele professor aproxima-se da proposta do Projecto Alternativo Alemão. Sobre esta proposta ENRIQUE BACIGALUPO in *La Instrumentación Técnico-Legislativa.....*, Estudios Penales y Criminológicos, V, 1982, 207, escreveu o seguinte: *En el título noveno, dedicado a la puesta en peligro de personas se propone el llamado sistema de «verificación administrativa» (Prufstelle). Las oficinas de verificación deberían crear-se con el objecto de «verificar las consecuencias peligrosas para la salud humana de determinados procesos productivos y ciertos productos masivos, determinar los valores tolerables de inmisión respecto de la pureza del aire..... La estructura de los tipos penales del derecho penal del medio ambiente se caracterizaría por describir comportamientos que infringirían los limites determinados por los organos de verificación administrativa».*

32 Ob. cit., p. 18.

33 Actas, p. 359.

os componentes ambientais, abandonando-se a perspectiva de crime de perigo abstracto.

Por outro lado, a colocação em perigo da vida humana foi autonomizada do enquadramento administrativo da poluição e enquadrada no âmbito do art. 280º, no contexto de um crime de perigo concreto.

Se o conceito de poluição inadmissível omitisse qualquer referência à natureza, qualidade ou quantidade dos valores da emissão poluentes, poder-se-ia falar de crime de desobediência. Teríamos então que concluir que haveria poluição inadmissível sempre que ela contrariasse as prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente³⁴.

Este modelo permitiria a conjugação da infracção das prescrições dos órgãos administrativos encarregados de fiscalizar os agentes poluidores — a desobediência —, com o carácter de perigo comum e abstracto dos crimes. Efectivamente tais directivas, — fundamentalmente de carácter preventivo, assentariam no pressuposto de que as actividades por elas enquadradas tinham aptidão para colocar em perigo bens jurídicos ambientais. A mera violação dessas directivas seria então suficiente para preencher o tipo de crime.

Porém, como vimos, a solução consagrada no C.P. não se contenta com o mero incumprimento das directivas violadas e com o perigo abstracto para os bens jurídicos ambientais ou outros, mas exige o dano efectivo derivado do incumprimento das mesmas³⁵.

34 Refere SOUTO MOURA que: *A acção é especialmente desvaliosa, a ponto de originar responsabilidade criminal, porque o agente não só polui, como polui depois de avisado pela administração para que adopte um comportamento..... que obviaria presumivelmente ao resultado. O Crime de Poluição*, Revista do Ministério Público, Nº 50, Ano 13, p. 34.

35 Sobre a conformação dos crimes ambientais escreveu KLAUS TIEDEMAN in *Théorie et Réforme du Droit Pénal de l'Environnement — Étude de Droit Comparé*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Nº 2, 1986, p. 273 o seguinte: *La reconnaissance des éléments naturels (et du*

Por tudo isto, o modelo adoptado pelo C.P., tal como acima referimos, afasta-se das soluções generalizadas no ordenamento jurídico italiano em que a tutela penal do ambiente assenta no modelo de crime de desobediência, tutelando não o ambiente como bem jurídico, mas a capacidade interventiva da administração no ordenamento do território e na administração do ambiente ³⁶.

A comparação da solução encontrada no C.P. com os modelos de relacionamento entre o direito penal e o direito administrativo na área do ambiente, mais generalizados em termos de direito comparado ³⁷, mostra-nos que o tipo de crime do art. 279^o se aproxima do modelo de dependência relativa, na modalidade de dependência de direito, uma vez que o ilícito administrativo — violação das prescrições ou limitações — faz parte do ilícito penal mas não o esgota, já que àquele ilícito acresce o dano, e se afasta do modelo de dependência de acto centralizado na actuação sem licenças, autorizações, etc.

calme relatif) comme bien juridiquement protégé en droit pénal de l'environnement s'imposera la place de la reconnaissance traditionnelle du danger (abstrait ou concret) pour la vie humaine. La reconnaissance des valeurs écologiques par le droit pénal conduira a la utilisation de délits de lésion, étant donné que l'usage de la simple mise en danger ne facilite pas beaucoup les besoins de la preuve surtout en ce qui concerne le lien de causalité. La détérioration de la composition naturelle, pré-existante, de l'eau, de l'air e du sol suffira comme acte punissable, sous la condition alternative du dépassement de valeurs limites (fixés par le législateur ou par l'administration) ou d'une entrave grave et irréversible à l'équilibre écologique.

³⁶ Refere CESARE PEDRAZZI in *Profile Penalistici dell'Ambiente*, L'Indice Penale, Anno XXV, n^o 3, p. 620 que: *È consentito parlare di una tutela penale dei valori ambientali? Certamente, purché si abbia cura di precisare che si tratta di una tutela essenzialmente mediata. Immediatamente tutelato è invece il governo dell'ambiente, la complessa e articolata funzione pubblica che può compendiarsi nel governo dell'ambiente.*

³⁷ Sobre estes modelos cf. LUIS GONZALES GUITIAN, *Sobre la Accesorieidad del Derecho Penal en la Protección del Ambiente*, Estudios Penales y Criminológicos, 1991, pp. 109 e ss.

Questão prévia à intervenção administrativa é a da definição dos valores e natureza da poluição que justificam a intervenção penal. Se a escolha das situações em que a administração vai intervir é deixada por inteiro à discricionariedade dos agentes administrativos, surgirão, seguramente, casos de manifesta desigualdade no tratamento dos mesmos factos.

Acresce que a poluição inadmissível tem indiscutivelmente um cariz qualitativo, para as situações em que a natureza dos produtos é de tal modo prejudicial que o aspecto quantitativo não é decisivo, e um vector quantitativo dirigido às situações em que o ambiente tem capacidade para tolerar agressões de menor gravidade.

A intervenção da administração a fixar limitações ou prescrições fundamenta-se nesta circunstância e não pode alhear-se da mesma.

É deste modo discutível que a *medida inadmissível* só tenha que ver com aqueles aspectos qualitativos remotamente ³⁸. Tais aspectos são efectivamente o fundamento da intervenção do próprio direito penal nesta área.

Por outro lado, é sabido que os factores poluitivos já se encontram identificados e que se mostram quantificados os valores toleráveis pelo ambiente nas normas de qualidade em vigor. A emissão de factores poluitivos com ultrapassagem desses valores era sancionada pelo ilícito de ordenação em 1 de Outubro de 1995, data da entrada em vigor do Dec.-Lei n^o 48/95, de 15 de Março e poderá ser presentemente o espaço da intervenção do direito penal neste domínio.

De facto, as normas de qualidade da água decorrentes do Dec.-Lei n^o 74/90, de 7 de Março e da sua legislação complementar, bem como as normas relativas à qualidade do ar decorrentes do Dec.-Lei n^o 352/90, de 9 de Novembro poderão desempenhar um papel fulcral na concretização dos limites do punível.

³⁸ SOUTO MOURA, ob. cit., p. 32.

Na verdade, quer um quer outro destes diplomas recorrem ao conceito de valor limite na definição dos índices de agressões relevantes para o ambiente.

O preâmbulo do primeiro daqueles diplomas diz expressamente que: *perspectiva uma abordagem do tipo «objectivos de qualidade ambiental», isto é, os valores definidos para os parâmetros de qualidade representam limites para além dos quais riscos para a saúde ou para o ambiente são inaceitáveis.*

No mesmo sentido, o art. 4º do último daqueles diplomas define *poluentes atmosféricos* como *substâncias ou energia que exerçam uma acção nociva susceptível de pôr em risco a saúde humana, de causar danos aos recursos biológicos e aos ecossistemas..... e valor limite de emissão como concentração ou massa de poluentes contidos nas emissões provenientes das instalações, que não deve durante um período de tempo ser ultrapassada.*

Já no que se refere ao ruído, o Regulamento anexo ao Dec.-Lei nº 251/87, de 24 de Junho, alterado pelo Dec.-Lei nº 292/89, de 2 de Setembro, pode suscitar dúvidas sobre os padrões de qualidade que estão subjacentes aos limites estabelecidos e questionar-se, nomeadamente, se a ultrapassagem desses limites representa já uma agressão intolerável ao ambiente.

Na verdade, o conceito de valor limite ali utilizado não é definido, embora seja de admitir que tenha um fundamento igual ao expresso naqueles diplomas.

A entender-se que a ultrapassagem dos valores limite subjacentes a todas estas normas não representa já uma agressão intolerável ao ambiente, terão de se encontrar valores que delimitem essa modalidade de agressão que serão a base da responsabilidade criminal agora introduzida.

Ainda para delimitar as lesões ambientais intoleráveis, no que se refere à poluição do solo, podemos encontrar elementos que nos orientem na busca das lesões ambientais intoleráveis na disciplina dos resíduos. Efectivamente tais lesões tem um espaço natural de desenvolvimento em torno dos resíduos tóxicos ou

perigosos, referidos no art. 2º do Dec.-Lei nº 310/95, de 20 de Novembro.

A questão dos valores limite a partir dos quais a poluição se torna penalmente relevante tem sido discutida na doutrina relativamente a outras formas de configuração do ilícito ambiental, nomeadamente para os casos em que se recorra a crimes de perigo abstracto³⁹.

Para além de resolver os fundamentos de algumas críticas dirigidas às normas penais em branco, tais valores introduzem indiscutivelmente uma muito maior segurança na definição das condutas puníveis.

Saber os modos através dos quais tais valores são fixados, questão sobre a qual a doutrina se divide igualmente, torna-se uma questão secundária face às vantagens que esse sistema introduz.

A técnica da fixação de valores limite adoptada noutros ordenamentos jurídicos pode desempenhar aqui um papel fulcral para enquadrar a acção administrativa e evitar que a mesma ponha em causa o princípio da legalidade pela ausência de limites na definição das condutas puníveis nesta área. Impedir-se-á, assim, aquilo que MUÑOZ CONDE considera como verdadeiramente perigoso para a segurança jurídica e para as garantias dos cidadãos frente ao poder político estatal que é a concessão à autoridade administrativa da faculdade de determinar o âmbito da proibição penal⁴⁰.

39 JULIO CESAR RODAS MONSALVE, *Protección Penal y Medio Ambiente*, p. 257 e RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, pp. 159 e ss.

40 *Pero lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales el blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal. Introducción al Derecho Penal*, Bosch, p. 23.

A objectivação do dano causado sobre os componentes ambientais que tais limites materializam e que se mostra subjacente ao tipo de crime considerado é o único meio seguro para garantir que a tutela penal só intervém como *ultima ratio* do sistema jurídico e para impedir que a definição da poluição punível fique por inteiro na discricionariedade dos agentes administrativos.

A intervenção concreta da administração exigida por aquele nº 3 do art. 279º do C.P. poderá ocorrer numa multiplicidade de situações, no contexto das actividades relacionadas com o ambiente.

Desde logo, na altura em que emite as respectivas licenças ou alvarás, no condicionamento do acesso às actividades poluentes, pode a administração alertar os eventuais poluidores das consequências de natureza criminal do incumprimento das directrizes fixadas, cumprindo-se deste modo a cominação estabelecida no artigo.

Trata-se seguramente do espaço ideal para a administração cumprir este desiderato, já que o acesso a actividades que colidam com o ambiente exige, por regra, o cumprimento das limitações administrativamente impostas.

Assim, refere-se no art. 8º do Dec.-Lei nº 70/90, de 2 de Março — Regime de bens do domínio público hídrico — que são pressupostos necessários de qualquer forma de licenciamento da utilização do domínio público hídrico *a) a abstenção da prática de actos ou actividades que causem exaustão ou degradação qualitativa dos recursos hídricos e outros impactos sobre o ambiente* ⁴¹.

41 Refere o nº 2 do art. 4º do Dec.-Lei nº 46/94, de 22 de Fevereiro — Regime de utilização do domínio público hídrico sob jurisdição do Instituto da Água — que: *O título de utilização deve prever que o utilizador se abstenha da prática de actos ou actividades que causem a exaustão ou a degradação do recursos hídricos e outros impactes negativos sob o meio hídrico.....*

Por outro lado, relativamente a agentes poluidores já instalados, a todo o tempo a administração os poderá notificar dos limites definidos ou das respectivas alterações, bem como das consequências da respectiva ultrapassagem e do incumprimento das prescrições fixadas.

Também no processo relativo ao ilícito de ordenação se encontra outro espaço para este tipo de intervenção.

Na verdade, sempre que seja lavrado um auto de notícia relativo a uma infracção desta natureza, a administração pode intervir fixando valores a respeitar de acordo com os respectivos parâmetros gerais e alertando o infractor de que a ultrapassagem dos mesmos acarreta responsabilidade criminal.

Existe já um instituto — o processo de advertência — regulamentado no art. 51º do Dec.-Lei nº 74/90, de 27 de Março — Normas sobre a qualidade da água — que se inspira numa prática próxima da sugerida ⁴².

O formalismo processual previsto neste dispositivo pode servir para se fixarem as prescrições limitadoras da poluição a levar a cabo, e para fazer a notificação relativa à circunstância de que o incumprimento das mesmas acarreta responsabilidade criminal, nos termos do art. 279º do C.P.

Importa, todavia, ter presente que a intervenção administrativa de que decorre o ilícito penal não tem necessariamente como pressuposto a prática de um ilícito de ordenação, embora,

42 Refere-se no nº 1 daquele dispositivo que: *verificada uma infracção e levantado o auto, deverá, dentro dos oito dias imediatos, ser fixado um prazo para a correcção da mesma, com a cominação de que o seu não cumprimento determinará o levantamento de novo auto.* Seguidamente o nº 2 refere que: *Quando da infracção não resulte imediato prejuízo para a qualidade da água, devem as autoridades administrativas limitar-se a levantar auto de advertência, no qual se fará constar a infracção verificada e as medidas recomendadas ao infractor, bem como o prazo para o seu cumprimento.* Finalmente o nº 3 deste mesmo artigo determina que: *uma cópia do auto de advertência será imediatamente entregue ao infractor, o qual será informado de que o não cumprimento das medidas recomendadas determinará a instauração de processo por contra-ordenação.....*

tal como acima se referiu, aquele artigo do C.P. relegue o direito penal para uma função claramente complementar do direito de mera ordenação social.

VI

CRIME DE POLUIÇÃO COM PERIGO COMUM

Ao lado do tipo de poluição referido no art. 279º, o C.P. revisto prevê no seu art. 280º um crime de poluição com perigo comum.

Trata-se de uma forma de poluição caracterizada pela sua autonomia relativamente ao enquadramento administrativo do ambiente, o que a afasta do crime previsto no art. 279º, conforme acima se referiu.

Trata-se também de um crime de perigo concreto já que se exige que a poluição aqui abrangida *crie um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado*.

Este tipo vem ocupar parcialmente o espaço que era ocupado pelo art. 269º na versão inicial do código, embora o elenco dos elementos ambientais atingidos pela poluição prevista no texto daquele artigo não coincida com o previsto nas várias alíneas do nº 1 do art. 279º do código revisto.

O perigo previsto caracteriza-se como perigo concreto, exigindo-se, portanto, a demonstração da potencialidade efectiva do perigo criado pela conduta para aqueles bens jurídicos.

A noção de perigo em direito penal tem como pressupostos uma dada realidade material, assumida como susceptível de desencadear um resultado, e o carácter danoso deste resultado. Estabelece depois uma valoração da relação que medeia entre aquela realidade — o acontecimento perigoso — e o resultado assumido como consequência provável do mesmo.

Haverá perigo concreto penalmente relevante, nas palavras do Prof. FARIA COSTA, quando *relativamente aos resultados possíveis descritos na lei penal, a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção* ⁴³. A noção de perigo aparece-nos, assim, como eminentemente valorativa da probabilidade de produção do resultado e desligada de uma perspectiva causal ou naturalística.

Ainda de acordo com o ensinamento do mesmo professor, o perigo será penalmente relevante *sempre que através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer* ⁴⁴.

Na aplicação concreta do tipo de crime previsto no art. 280º do C.P. revisto impõe-se, pois, demonstrar que a poluição provocada pelo agente criou uma situação de *forte probabilidade* de dano para os bens jurídicos que são objecto da tutela directa estabelecida por aquele artigo ⁴⁵.

VII

CONCLUSÕES

O Código Penal Português autonomizou a poluição como modo de agressão directa sobre componentes ambientais, com a qual construiu o crime de poluição do art. 279º, da poluição

⁴³ *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 598.

⁴⁴ *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 600.

⁴⁵ Numa formulação substancialmente diversa refere TERESA RODRÍGUEZ MONTANES in *Delitos de Peligro Dolo e Imprudencia*, p. 37 que: *el elemento esencial del peligro es que el bien jurídico se encuentra en una situación en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar*.

como forma de colocação em perigo da vida, da saúde ou de bens patrimoniais de grande valor, a que dedicou o art. 280º.

A poluição prevista no art. 279º é delimitada por referência às normas administrativas que enquadram as actividades que colidem com o ambiente, o que se não passa com a poluição prevista no art. 280º que é desindexada dessa referência ao direito administrativo.

O crime de poluição previsto no art. 279º é um crime de dano sobre os componentes ambientais, tutelando directamente o ambiente, ao contrário do crime previsto no art. 280º que é um crime de perigo para os bens jurídicos acima referidos, estabelecendo apenas uma tutela indirecta do ambiente.

O dano previsto no art. 279º no que se refere ao ar, à água e ao ruído pode ser concretizado a partir da ultrapassagem dos valores limite definidos nas normas administrativas de qualidade daqueles componentes ambientais.

No que se refere ao solo e ao subsolo, a dimensão do dano tem de ser concretizada a partir da composição química dos agentes poluidores e da perigosidade dos mesmos, abstractamente aferida, e do seu reflexo sobre a qualidade daqueles componentes ambientais.

No tipo do art. 279º não se discriminam modalidades de acção poluitiva, sendo a conduta punível concretizada a partir do resultado — a alteração qualitativa dos componentes ambientais atingidos — com referência às normas administrativas que enquadram as actividades no contexto das quais a acção poluitiva ocorrer.

A norma do art. 279º do C.P. só adquire o seu verdadeiro alcance quando entendida à luz do enquadramento administrativo do ambiente, nomeadamente as normas de qualidade dos componentes ambientais.

A condição de punibilidade prevista no tipo compatibiliza o sistema com o princípio da legalidade e com a necessidade de prévia determinação das condutas puníveis, mas impede a aplicação daquela norma em situações de poluição pontual, levada a cabo por agentes não controlados administrativamente.

A ausência de responsabilização das pessoas colectivas pode ser parcialmente equilibrada, que não resolvida, através do regime de responsabilização daqueles entes no contexto do direito das contra-ordenações.

O direito penal ambiental agora introduzido tem um papel claramente subsidiário dos outros meios jurídicos através dos quais se processa a defesa do ambiente, principalmente do direito administrativo e dos instrumentos sancionatórios por este utilizados.

*CRIMES COMETIDOS NO EXERCÍCIO
DE FUNÇÕES PÚBLICAS*

A. HENRIQUES GASPAR

I

A revisão do Código Penal (CP), traduzida nas alterações introduzidas pelo texto aprovado pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, embora partindo da afirmação de que o CP/82 permanece válido na sua essência, assentou na necessidade de várias modificações demonstrada pela experiência da sua aplicação há mais de uma década.

Alterações, no propósito do legislador, com vista a ajustar o CP à realidade mutável do fenómeno criminal, como também aos seus próprios objectivos iniciais, salvaguardando-se toda a filosofia que presidiu à sua elaboração.

Entre os vários propósitos definidos, salientam-se a intenção de corrigir os desequilíbrios entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, a reorganização do sistema global de penas para a pequena e média criminalidade, permitindo um adequado recurso às medidas alternativas e possibilitando concentrar esforços no domínio do combate à grande criminalidade ¹.

Na parte especial ², o Código foi objecto de importantes modificações, a começar na ordenação sistemática. Nos crimes sexuais, no domínio dos crimes contra a integridade física, no furto e na generalidade dos preceitos relativos à criminalidade patrimonial, aqui com intenção de obviar a dificuldades e flutua-

1 Ponto 2 do Preâmbulo.

2 Ponto 7 do Preâmbulo.

ções sentidas pela jurisprudência na definição quantificada de conceitos.

Alterações de relevo verificaram-se também nos crimes contra o Estado, descriminalizando-se alguns comportamentos antes considerados contra a segurança do Estado e contra a autoridade pública, na consideração de que num Estado de direito democrático estabilizado a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou formas análogas de actuação³.

Assinale-se, ainda, um conjunto de propostas de neocriminalização, resultante de revelação de novos bens jurídico-penais ou de novas modalidades de agressão, quer de compromissos internacionais.

No plano das molduras penais registam-se algumas modificações relevantes, que se pretende traduzirem um reforço da tutela dos bens jurídicos pessoais em confronto com os patrimoniais, bem como reordenamentos mais ou menos generalizados de reequilíbrio das molduras, certamente como reflexo essencial, numa apreensão actual determinada pelas considerações valorativas impostas pelos modelos de legitimação constitucional.

II

A afirmação da necessidade de alterações, traduzida de modo relevante nos domínios assinalados que tocam de forma acentuada conteúdos significativos da parte especial, não se alargou, porém, aos designados *crimes cometidos no exercício de funções públicas*, que integravam o Capítulo IV (último) da versão original e que constituem o mesmo Capítulo IV — arts. 372^o a 385^o — da versão revista.

Não se produziram, neste aspecto, nem uma reordenação sistemática, nem alterações típicas de relevo, nem, finalmente, as

3 Ponto 7 do Preâmbulo.

modificações ocorridas ao nível das molduras parecem traduzir qualquer significativo reequacionamento valorativo no equilíbrio geral.

Neste aspecto, será tão-só de assinalar, no plano sistemático, a reordenação, ou mesmo a reformulação típica e autónoma do crime de **conculção**.

Semelhante constatação determinará — pode dizer-se — acrescida dificuldade na introdução de temas para debate no que respeita a esta categoria de crimes, vistos no plano e na perspectiva da revisão e dos seus resultados.

Por isso que escolherei o método de analisar cada um dos tipos legais e, nos casos em que alguma alteração se assinala, ensaiar surpreender a respectiva intenção e significado — se apenas de forma, se eventualmente contendo alguma modificação de substância como reflexo de novo entendimento no plano dos valores ou que pretenda, porventura, resolver dificuldades que a versão inicial tenha determinado.

E, considerando a acentuada diferenciação quanto à dimensão valorativa e impacto de referências tão diversa entre uns e outros dos crimes integrados no Capítulo IV, compreender-se-á que seja dispensada maior atenção aos crimes de corrupção, conculção, peculato e participação económica em negócio.

III

Os chamados *crimes cometidos no exercício de funções públicas*, têm uma característica essencial comum a todos eles. Consiste no facto de traduzirem sempre um desvio no exercício dos poderes conferidos pela titularidade do cargo. Tais poderes, em vez de usados na prossecução dos fins públicos a que se des-

tinam, são deslocados para a satisfação de interesses particulares, privados, do agente ou de terceiro ⁴.

Mesmo quando visam a tutela, também, de outros interesses ou bens jurídicos específicos, todos os tipos compreendidos no Capítulo IV do CP apresentam a nota comum de significarem a utilização indevida das faculdades próprias de funções públicas para satisfação de interesses puramente particulares ou privados ⁵.

A manutenção substancialmente inalterada da tipificação poderá significar, no essencial, que, na perspectiva do legislador, as exigências decorrentes da evolução social e dos seus reflexos valorativos e a experiência de aplicação do Código não fornecem indicações que imponham a necessidade de alteração.

Para apreender, pois, se ou em que medida a ideia de continuidade se apresenta temperada com alguma modificação, procederei à análise tipo a tipo.

IV

O crime de **corrupção passiva para acto ilícito**, previsto no art. 372º é fundamentalmente idêntico, na descrição típica, ao anteriormente previsto no art. 420º.

A acção típica, bem como a qualidade do agente, são, pois, essencialmente iguais.

Assim, no nº 1 prevê-se a punição do **funcionário** que, por si, ou por interposta pessoa com o seu conhecimento ou ratificação,

solicitar ou **aceitar**, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou **não patrimonial**, ou a sua promessa, que lhe não seja devida, como

4 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 121º, p. 380.

5 Cf. *ibidem*.

contrapartida de acto ou omissão contrário aos deveres do seu cargo.

Confrontado com a descrição do art. 420º, nº 1 anterior, o texto resultante da revisão contém a expressão **aceitar** em lugar de receber; contém, também, a previsão relativamente ao destinatário da vantagem (para si ou para **terceiro**); e a referência à vantagem dada ou prometida como **contrapartida** do acto ou omissão contrário aos deveres do cargo, em lugar da anterior indicação *para praticar acto*.

O texto actual utiliza o termo **aceitar** em vez de receber.

A alteração verbal traduz uma precisão na delimitação da acção típica: a aceitação tanto pode ser de uma vantagem, como da sua promessa, e não pressupõe, ao contrário do que o termo *receber* poderia sugerir, uma efectiva entrada do conteúdo da vantagem na esfera ou na disponibilidade do agente ou de terceiro.

A acção típica configura-se, assim, logo no momento em que o agente se predispõe a aceitar a vantagem, independentemente do seu efectivo recebimento. Se não significar um alargamento das fronteiras da acção típica, constitui, ao menos, uma razoável clarificação.

A extensão do âmbito subjectivo dos destinatários ou beneficiários da vantagem (não só o funcionário que pratica o acto ou omissão contrário aos deveres do cargo), resultava já, de algum modo, do alargamento produzido pelo Dec.-Lei nº 371/83, de 6 de Outubro — art. 1º —, quando previa como possíveis destinatários da vantagem o cônjuge do funcionário e seus parentes ou afins até ao terceiro grau.

A nova descrição, porém, vai mais longe, definindo como **possível** destinatário ou beneficiário da vantagem um **terceiro**, isto é, qualquer outra pessoa para quem o agente solicitar ou aceitar a vantagem.

Tornou-se, assim, mais explícita a descrição típica; no entanto, colocando-se, agora como dantes, o núcleo da acção no comportamento do agente-funcionário (**solicitar** ou **aceitar** vantagem patrimonial ou não patrimonial não devida, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou omissão contrário aos deveres do cargo), a determinação ou definição do beneficiário mediato da vantagem não parece essencialmente relevante como elemento do crime de corrupção.

Qualquer que seja o destino final da vantagem não devida, solicitada, aceite ou prometida, o que importa é a actuação do funcionário que **solicita (quando solicite)**, que **aceita (quando aceite)** como contrapartida do acto, contrário aos deveres do cargo, que só ele pratica, *rectius*, pode praticar.

Porém, uma vez que o legislador do Dec.-Lei nº 371/83 resolveu indicar expressamente um círculo de possíveis beneficiários (com ligações de proximidade ao funcionário), a existência de um eventual destinatário da vantagem para fora (para além) desse círculo poderia, eventualmente, suscitar algumas dúvidas ao nível de interpretação e aplicação.

De todo o modo, a explicitação agora efectuada pretende afastar todas as dúvidas⁶, e permitirá seguramente afirmar a irrelevância típica da inexistência de vantagem para o funcionário — o núcleo e a actuação relevante residem na solicitação ou na aceitação pelo funcionário, independentemente do destinatário para o qual a vantagem é solicitada ou aceite.

O terceiro poderá ser qualquer pessoa, **física ou jurídica**. Nem a lei distingue, nem há razões para distinguir. Assim, o acto contrário aos deveres do cargo beneficiará **A** e a vantagem que a este é solicitada ou que o funcionário deste aceita poderá reverter, v.g., para o clube de futebol a que o funcionário está ligado ou do qual é dirigente.

6 E assim foi salientado na Comissão Revisora — cf. Acta nº 37, de 5 de Junho de 1990.

A vantagem solicitada ou aceite deve sê-lo como **contrapartida** de acto ou omissão contrário aos deveres do cargo.

Esta modificação em relação ao texto anterior não colheu qualquer referência no seio da Comissão Revisora.

Não se interpreta, pois, como uma alteração que implique com a substância das coisas, nem como novo entendimento estrutural na construção do tipo envolvendo uma qualquer *contratualização* das relações entre o corruptor e o agente da corrupção passiva, nem uma conceitualização sinalagmática da infracção.

A intenção terá sido, apenas, de recolocar no próprio texto legal a expressão significativa do entendimento corrente sobre a relação entre a atribuição da vantagem ou a sua promessa e a actuação do funcionário que *mercadeja* o cargo ou os actos próprios dos deveres do cargo⁷. Na verdade, a expressão *para praticar acto* já continha em si a ideia de *pseudo sinalagma* que intervém na actuação do funcionário: solicita ou aceita com a finalidade de praticar, ou pela prática de acto ou omissão contrário aos deveres do cargo.

A expressão **contrapartida** não assume, pois, relevo de substância; não quer dizer nada que o texto anterior não contivesse já. Poder-se-á contudo entender, no plano puramente textual, como mais incisiva no sentido da compreensão tanto da corrupção antecedente, como da corrupção **subsequente**. A atribuição (a solicitação ou a aceitação) como contrapartida não respeita apenas àquilo que se propõe e se pretende fazer, mas claramente também ao que já se fez.

Alteração com algum significado respeita à moldura penal do crime de corrupção passiva para acto ilícito.

7 Vide, v.g., ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, I, 1984, pp. 125 e ss.

De uma moldura de 1 a 6 anos e multa de 50 a 150 dias, a moldura revista vem fixada em prisão de 1 a 8 anos.

Traduz claramente uma reordenação valorativa, na leitura e apreensão que o legislador fez do sentimento, porventura difuso, da comunidade, e das respostas que essa leitura exige no plano da política criminal e na ponderação actual das exigências de proporcionalidade entre os valores protegidos pela incriminação e a correspondente moldura penal.

Na Comissão Revisora⁸, o seu Presidente referiu-se expressamente à questão, acreditando *que a comunidade verá com bons olhos a «sua» agravação*. Reconhecendo que noutros códigos a pena é mais baixa, alertou para a especial gravidade no sul da Europa *onde as penas já são mais elevadas*. A moldura penal foi aprovada por maioria.

O nº 3 do art. 420º anterior (a previsão expressa, com o estabelecimento de uma moldura penal particularmente atenuada, dos casos de mera omissão ou demora na prática do acto) foi eliminado na revisão.

Na Comissão foi entendido que a previsão expressa da mera omissão ou demora se não justificava. Estando em causa acto (acção ou omissão) contrário aos deveres do cargo, a relevância está nesta contrariedade em relação aos deveres e abrange (pode consistir) tanto as acções positivas, como as omissões, ou mesmo a **demora**, que, em si mesma, se traduz numa omissão da prática do acto devido no tempo exigido. A descrição-base engloba já todas estas hipóteses, formas ou modos que a acção pode revestir.

A apreciação das diversas situações — acto contrário aos deveres ilícito, demora contrária aos deveres da prática de um acto lícito (a demora constitui, em si mesma, omissão temporária) ou omissão, contrária aos deveres do cargo, da prática de um acto devido — terá, naturalmente (e esse era o sentido útil do

8 Cf. Acta nº 37.

anterior nº 3 do art. 420º) reflexos no plano e no momento da determinação da medida concreta da pena.

O nº 2 do art. 372º, inteiramente à semelhança do nº 2 do art. 420º anterior, prevê os casos em que o facto (o acto, na versão anterior) não seja executado.

Trata-se de uma situação directamente prevista de privilegiamento objectivo (o facto não será executado quer porque não é já possível executá-lo, quer porque o agente resolveu deliberadamente não o executar) relativamente a situações nas quais se verifica a **acção-meio** e o conseqüente desvalor, mas se omite ou se não realiza a consequência final. Por isso a moldura penal é particularmente atenuada por referência à infracção-base.

Dentro do reequilíbrio de proporcionalidade já referido quanto às molduras penais, também aqui a revisão aumenta o limite máximo da prisão, mas, ao mesmo tempo, e certamente considerando a multiplicidade de possíveis situações concretas que a descrição pode abranger, estabelece-se a possibilidade da aplicação da pena de multa.

O nº 3 do art. 372º contém disciplina igual à do anterior nº 4 do art. 420º. Prevê uma modalidade particular de arrependimento activo para lá dos limites da desistência da tentativa, pois se verifica já após a consumação — repúdio do oferecimento ou da promessa já aceite e/ou restituição da vantagem já recebida, sem modificação em relação ao regime anterior.

O nº 4 do art. 372º é **inteiramente novo**. Consagra um regime de atenuação especial da pena se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas **decisivas** para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Adoptou-se, pois, no âmbito da corrupção passiva, como instrumento de uma política de presumida eficácia no combate a certo tipo de criminalidade, a figura do *arrependido*.

São conhecidas as discussões, as críticas, os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao relevo premial da figura relativamente a certo tipo de crimes de forte impacto danoso e social onde tem sido admitida. Não é objectivo desta compilação comparativa mais do que referir a nota.

E ainda que a disposição foi acrescentada posteriormente aos trabalhos da Comissão Revisora, tendo sido, muito provavelmente, tributária das orientações subjacentes a um certo pragmatismo, datado, de que é exemplo a Lei nº 34/94, de 29 de Setembro.

V

A corrupção passiva para acto lícito (também designada de *corrupção imprópria*) está prevista no art. 373º, nº 1, em termos essencialmente coincidentes com a definição constante do art. 422º anterior.

As alterações verificadas apenas acompanham paralelamente os elementos modificados na corrupção passiva *própria*, a que se fez referência: o termo aceitar, em lugar de receber, o alargamento a terceiros do universo dos destinatários ou beneficiários da vantagem solicitada, aceite ou prometida, bem como a utilização da expressão contrapartida para enunciar a ligação-relação entre a vantagem e a prática do acto ou omissão.

As considerações feitas valem inteiramente para a hipótese de corrupção *imprópria*.

A moldura penal acompanha, também, o sentido de agravção particularmente presente na revisão quanto aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, especialmente na corrupção: de prisão até 6 meses ou multa até 30 dias, passou a ser prevista a pena de prisão até **2 anos** ou multa até 240 dias.

O nº 2 do art. 373º não tinha correspondência na versão anterior.

Determina a aplicabilidade à corrupção passiva *imprópria* (para acto lícito) do regime específico previsto para o arrependimento activo — repúdio do oferecimento ou restituição da vantagem aceite, antes da prática do acto, e da especial atenuação da pena nos casos de colaboração decisiva na recolha das provas e identificação de outros responsáveis.

Além disto, manda aplicar o disposto no art. 364º, al. b) — regime de atenuação especial nos crimes contra a realização da justiça —, que permite a atenuação extraordinária, ou mesmo a dispensa de pena, quando o facto tiver sido praticado **para evitar** que o agente, o cônjuge, um adoptante ou adoptado, parentes ou afins até ao 2º grau, ou a pessoa que viva com o agente em condições análogas às dos cônjuges, se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou medida de segurança.

A inclusão deste motivo de atenuação extraordinária não consta do Projecto saído da Comissão Revisora, não tendo sido aí objecto de discussão.

VI

O crime de **corrupção activa** previsto no novo art. 373º, nº 1, mantém os elementos da descrição do art. 423º, nº 1, da versão anterior, apenas com a coordenação exigida pela concordância textual com as assinaladas modificações relativamente à corrupção passiva.

Assim, a referência expressa ao universo dos destinatários da vantagem (quem **der** ou **prometer** a funcionário ou a **terceiro** com conhecimento daquele) que se justifica em face de idêntica previsão na delimitação dos destinatários da vantagem na corrupção passiva.

Também a expressão *para praticar acto* foi substituída por *como contrapartida de acto ou omissão contrário aos deveres do cargo*, tal como sucedeu nas descrições relativas à corrupção passiva. Muito embora se trate de simples explicitação, torna-se,

no entanto, mais impressivo no sentido de abranger tanto a corrupção activa antecedente como a subsequente.

A moldura penal, por seu lado, sofreu agora uma modificação acentuada.

E não apenas na quantificação, como **sobretudo na saliente recomposição valorativa** dos interesses em presença.

Na verdade, a uma total equiparação à moldura penal da corrupção passiva, sucede agora uma autonomização das penas aplicáveis à corrupção activa, e em contrário da filosofia de agravamento das penas que a revisão revela no tratamento da corrupção passiva, quer *própria* quer *imprópria*, a pena prevista para a corrupção activa apresenta-se (6 meses a 5 anos) consideravelmente menos grave do que a fixada para a corrupção passiva.

Medida, todavia, que foi aumentada posteriormente aos trabalhos da Comissão, no seio da qual havia sido aprovada, por maioria, a pena de prisão até 3 anos. Retomou-se, assim, a proposta inicial apresentada à Comissão.

Modificação saliente em relação ao regime anterior resulta do nº 2 do art. 374º.

Referindo-se aí expressamente a punição nos casos em que o *fim* for o indicado no art. 373º (*i. e.*, como contrapartida de acto ou omissão não contrário aos deveres do cargo do funcionário), alarga-se a punição, embora privilegiadamente, à **corrupção activa imprópria**, que não era punida na versão originária do Código.

A solução, que não mereceu qualquer nota ou referência na Comissão Revisora, reequilibra a malha típica dos crimes de corrupção, considerando os valores em presença e o bem jurídico protegido, tal como entendido pela doutrina nacional autorizada e pela consideração da tradição legislativa nacional ⁹.

9 Cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*

VII

Os crimes de corrupção, tanto passiva como activa, cada um por si e nas relações que possam interceder entre ambos, têm suscitado algumas questões, espelhadas nos comentários da doutrina e nas decisões dos tribunais.

Podem referir-se, p. ex., como mais salientes, a discussão sobre a **autonomia típica** ou sobre a **bilateralidade** (participação necessária, crimes de encontro ou plurissubjectivos) na construção dogmática dos crimes de corrupção passiva e activa, sobre a construção da acção típica e o momento da consumação e, conseqüentemente, sobre as hipóteses de construção ou verificação da tentativa (crimes formais e de resultado), ou mesmo a definição diferencial em relação a outros tipos, designadamente a concussão ¹⁰.

Os limites, o propósito e o método escolhido para esta breve introdução à discussão do tema não permitem mais do que o simples enunciado dos problemas, possivelmente ensaiando experimentar se, ou em que medida, as reformulações da revisão tocaram em alguma das questões, tomando posição, ao menos implícita, nas controvérsias dogmáticas.

Neste aspecto, poder-se-á dizer que o legislador na revisão não terá deixado traços patentes. Nem teria que o fazer; a jurisprudência, que sem ser abundante tem dado alguns sinais, assentará naturalmente as suas formulações no percurso evolutivo de sedimentação que lhe deve ser próprio.

Num ponto, porém, a Comissão Revisora entendeu deixar clara a sua posição. E daí decorre necessariamente a resolução de outras questões: o cuidado colocado na elaboração e definição dos tipos, na certeza de que a tese da bilateralidade não en-

10 Cf., na doutrina, por todos, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 144 e ss.

contraria aí qualquer elemento, mas sim a existência de dois crimes distintos — a corrupção passiva e a corrupção activa ¹¹.

Entendeu-se, pois, afirmando-se expressamente a certeza da conclusão, estar garantida nos textos a construção dogmática dos crimes de corrupção activa e de corrupção passiva **com inteira autonomia típica**.

Defendida na doutrina ¹², a autonomia típica nem sempre foi pressuposta pela jurisprudência na construção que, por vezes, elaborou sobre o(s) crime(s) de corrupção.

Assim, enquanto a dado momento o Supremo Tribunal decidiu que a corrupção activa supõe para a sua verificação, quer na forma consumada quer na forma tentada, a corrupção passiva ¹³, aceitando a tese da construção da corrupção como crime bilateral, de encontro ou participação necessária, plurissubjectivo, mais recentemente, a mesma instância, modificando esta orientação, decidiu já ser o crime de corrupção passiva autónomo do de corrupção activa, aceitando a **autonomia típica** das duas infracções ¹⁴.

Esta será, certamente, a orientação jurisprudencial que se verá desenvolvida e consolidada, até como decorrente da construção e definição do bem jurídico elaboradas pelo Supremo Tribunal de par com a doutrina. A corrupção (quer *própria* quer *imprópria*) traduz-se numa manipulação das funções ou poderes funcionais; o bem jurídico protegido consiste na *autonomia intencional de Administração, i. e., na legalidade administrativa* ¹⁵, ou, na formulação jurisprudencial, o *interesse administrativo do Estado em que os que desempenham funções públicas sejam imparciais e honestos, punindo os que se deixam corrom-*

11 Cf. a declaração do Presidente da Comissão no encerramento da reunião onde foram discutidos os crimes de corrupção — Acta nº 37.

12 Vide ALMEIDA COSTA, *loc. cit.*

13 Acórdão do S.T.J., de 18 de Fevereiro de 1986, B.M.J., Nº 354, p. 309.

14 Acórdão do S.T.J., de 28 de Janeiro de 1992, não publicado.

15 Cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 144 e 145.

per por dádivas ou presentes ou os que se prestam a praticar actos violadores dos seus deveres funcionais até por simples promessas que lhe sejam feitas ¹⁶.

Assentando o núcleo da acção típica, do lado do funcionário, na **solicitação** ou na **aceitação** de vantagem ou da sua promessa, independentemente da licitude ou da ilicitude do acto, ou de este vir a ser praticado ou já ter sido praticado, e do lado do corruptor, na dádiva ou na promessa, também independentemente das consequências (que apenas relevam no plano da gravidade da infracção), parece segura a tradução nos textos da autonomia típica dos crimes de corrupção activa e passiva.

Por fim, a autonomização das molduras penais — contrariamente à solução anterior —, bem como a completude da malha típica (própria e imprópria) da corrupção activa e passiva, contém em si mesma, como pressuposto, a autonomia típica na construção dos delitos.

Tem igualmente motivado alguma hesitação jurisprudencial a apreciação de situações concretas e a respectiva qualificação no domínio da tentativa ou de crime consumado — tanto de corrupção activa como passiva.

Nomeadamente as hipóteses (os casos) com maior visibilidade processual — a dádiva ou oferta não aceite pelo funcionário.

O Supremo Tribunal decidiu, no domínio da vigência do CP/82, que a dádiva ou oferta do agente quando não encontra eco ou receptividade no funcionário, não pode integrar tentativa de corrupção punível, mas apenas, atingindo a honorabilidade do funcionário, se poderia integrar no crime de injúrias ¹⁷.

16 Acórdão do S.T.J., de 27 de Novembro de 1991, não publicado.

17 Cf. acórdão cit., de 18 de Fevereiro de 1986, B.M.J., Nº 354, p. 309: O Supremo partira do pressuposto de que a consulta do agente não atingiu o bem jurídico da legalidade no exercício das funções públicas.

E também, noutra perspectiva, tendo o agente colocado no bolso do funcionário que o surpreendeu numa actividade ilícita, uma determinada quantia em dinheiro para se furtar ao levantamento do auto de notícia, e recusando o funcionário, qualificou-se a actuação como tentativa de corrupção activa ¹⁸.

Hipóteses, pois, **com proximidade factual**, receberam tratamento jurisprudencial diferenciado, logo no âmbito da própria qualificação penal.

A futura evolução jurisprudencial sobre este ponto — aliás recorrente desde o Código de 1886 — será necessariamente tributária da sedimentação que se firmar quanto à construção da acção típica nos crimes de corrupção activa e passiva e na correspondente definição de um e outro como crime formal ou de actividade e de dano ou resultado.

A revisão, quanto a este aspecto, e mais do que o já referido, não deu nem tinha que dar qualquer elemento.

Contudo, poder-se-á dizer que a construção e o desenho da acção típica pelos elementos (nos elementos) que configuram a **solicitação** e a **aceitação** na corrupção passiva, e o **dar** ou **prometer**, na corrupção activa, aproximarão a normalidade dos casos da consumação, deixando um campo muito residual para as hipóteses de tentativa ¹⁹.

18 Acórdão do S.T.J., de 12 de Julho 1989, B.M.J., Nº 389, p. 320.

19 Na **corrupção passiva**, logo que o funcionário aceita haverá consumação, independentemente de o acto ser ou não praticado; e o mesmo sucederá se solicitar, independentemente da receptividade que a solicitação tenha ou não naquele a quem é dirigida.

Na **corrupção activa**, bastará o dar ou prometer, independentemente da aceitação ou da receptividade daquele (o funcionário) a quem é dirigida. De outro modo, o completar da acção típica dependeria, não da acção acabada do próprio agente (a execução acabada e completa nada mais exige dele), mas da aleatoriedade da atitude de outrem.

VIII

Os crimes de **peculato** e de **peculato de uso** (arts. 375º e 376º) mantêm a estrutura e a definição, sem modificações que vão além do mero aspecto formal.

Mesmo nas molduras penais a revisão não operou modificações que revelem a intenção de introduzir qualquer reequilíbrio de proporcionalidade: no crime base, a moldura que era de 2 a 8 anos, passou para 1 a 8 anos.

Acrescentou-se, todavia, o nº 2, que não tinha directa correspondência no anterior art. 424º, prevendo autonomamente os casos em que o valor é reduzido e fixando uma moldura particularmente atenuada em relação à infracção principal.

Como resulta da referência ao art. 202º, al. c), a razão está na aplicação dos critérios de valor (e sua determinação e quantificação) que foram adoptados relativamente ao estabelecimento das molduras penais nos crimes contra o património ²⁰.

E também se alargou o âmbito do nº 3, não se exigindo agora a consciência de prejudicar.

No peculato de uso verifica-se, contudo, uma modificação relevante, que responderá àquelas situações em que o sentimento geral possivelmente não compreenderia a qualificação penal de certas condutas e o respectivo sancionamento nesse nível ²¹.

Assim, nos casos a que for dado a dinheiro público destino diverso daquele a que estava legalmente afectado (nº 2 do art. 373º), exige-se agora que não haja especiais razões de interesse público que o justifiquem. Introduziu-se, pois, uma **causa de justificação**: a existência de especiais razões de interesse público.

20 Cf. Acta nº 38 da Comissão Revisora, que todavia não optou pela inclusão do actual nº 2.

21 Por exemplo, determinado tipo de aplicação de fundos em obras ou finalidades públicas diversas, nomeadamente na actuação dos executivos autárquicos.

blico podem justificar a alteração de afectação de dinheiro público e, deste modo, excluir a ilicitude da actuação do funcionário ²².

A participação económica em negócio (art. 377^o) não apresenta alterações, mesmo ao nível formal, mantendo-se a descrição típica anterior.

A medida da pena, por seu lado, aumentou de 4 para 5 anos no n.º 1, e introduziu-se a prisão até 6 meses no n.º 2.

IX

Novidade na revisão constitui a **autonomização** do crime de **concussão** previsto no art. 379^o, inserido na Secção III. — *Do abuso de autoridade*.

São elementos essenciais do crime de concussão previsto no n.º 1 o recebimento pelo funcionário, para si, para o Estado ou para terceiro, de vantagem patrimonial não devida, **mediante indução em erro ou aproveitamento do erro de outrem**.

No n.º 2 tipifica-se a **concussão verdadeira**, que implica extorsão (se o facto for praticado por meio de violência ou ameaça de mal importante) ²³.

Na forma, dir-se-ia benigna, a disposição resulta essencialmente do acolhimento dos crimes de *peculato por erro de outrem* e de *imposição ilegal de contribuições e impostos*, previstos nos anteriores arts. 426^o e 429^o.

22 De notar que na Comissão chegou a manifestar-se a opinião de que a pura lógica ditaria a eliminação do artigo. Porém, prevaleceu a opinião que considerou constituir a eliminação um erro político-legislativo, *dado o valor simbólico da incriminação*.

23 A concussão verdadeira constitui uma especialidade ou um alargamento da punição em relação ao crime de coacção previsto no art. 155^o, n.º 1, al. b).

Deixando de lado as hipóteses de violência (coacção), a caracterização da indução em erro ou de aproveitamento de erro, determinantes da atribuição de vantagem patrimonial, pode gerar algumas dificuldades de qualificação diferencial em relação à corrupção ²⁴.

Nomeadamente quando se esteja perante envolvimentos e zonas **habituais** da actuação susceptíveis de permitir um aproveitamento determinado pela situação difusa em que actuam os serviços e o funcionário — situação próxima da chamada **concussão ambiental** ²⁵.

O critério da distinção estará muito na caracterização da posição e da atitude daquele que entrega a vantagem não devida: ou seja, que possa ser considerado *vítima* da concussão.

Na verdade, se, não obstante o *ambiente*, a sugestão, a posição objectiva ou o comportamento do funcionário, não se puder dizer que existe erro por parte de quem entrega, mas este sabe que da vantagem entregue resulta uma consequência que lhe é, ou poderá ser favorável, não se pode falar em concussão, mas eventualmente de corrupção activa e passiva própria ²⁶.

No fundo, **tratar-se-á sempre de um problema de prova** da relação entre os sujeitos: saber se há alguma contrapartida na atribuição da vantagem com o consenso dos intervenientes, ou se não existe qualquer contrapartida mas o funcionário enganou o

24 A percentagem numa adjudicação de obra pública ou fornecimentos, destinada ao funcionário ou a terceiro, poderá ser corrupção, concussão, participação económica em negócio. Dependerá dos elementos de facto e, essencialmente, da natureza e do tipo das relações, em concreto, entre o funcionário e a sua actuação e aquele que atribui a vantagem.

25 V.g., o exemplo italiano, onde a apreciação de casos concretos suscitou problemas de delimitação e qualificação, precisamente pelas circunstâncias relacionadas com o ambiente que se havia criado em certas zonas da política e da Administração: um estado objectivo de sujeição do particular, que atribui a vantagem na expectativa de prevenir uma actuação futura do funcionário.

26 Cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 105 a 118.

particular fazendo-lhe erradamente crer que a prestação era devida, ou se o próprio particular, por ignorância, não esclarecimento, ou por razões *ambientais* julga estar obrigado ao pagamento. Intervirão aqui os elementos que possam revelar *metus publicae potestatis*.

Pela própria medida da pena (prisão até 2 anos ou multa), o índice de gravidade é menor do que na corrupção; este será também um dado auxiliar a reter na qualificação diferencial.

X

Nos restantes crimes previstos na secção *do abuso de autoridade*, não se constataam modificações significativas.

O art. 378º (violação de domicílio por funcionário) corresponde, no essencial, ao anterior art. 428º.

Reformulou-se, contudo, a factualidade, sublinhando-se a circunstância de ser exigido um abuso dos poderes funcionais e não apenas uma qualquer ausência de formalidades na actuação — por isso, a eliminação do nº 2 do art. 428º anterior. Equiparou-se também à violação de domicílio (referência ao art. 190º) a violação de domicílio profissional de quem estiver protegido por segredo de ofício.

A pena sofreu um agravamento de um ano no limite máximo.

Os arts. 380º (emprego de força pública contra a execução de lei ou ordem legítima) e 381º (recusa de cooperação) mantêm a anterior descrição dos arts. 430º e 431º, com manutenção também das molduras penais. Acrescentou-se a previsão alternativa (**ou**) da pena de multa.

O crime previsto no art. 382º (abuso de poder) corresponde ao anterior art. 432º, com a introdução da expressão *fora dos casos previstos nos artigos anteriores*. Esta expressão especifica

directamente o que já resultaria da interpretação correlacionada das diversas hipóteses previstas como abuso de autoridade.

A violação de segredo por funcionário, agora prevista no art. 383º, corresponde, com algumas alterações, ao anterior art. 433º.

Aditou-se a expressão *ou cujo conhecimento lhe tenha sido facilitado pelo cargo que exerce*, alargando-se, assim, a previsão sobre a fonte do conhecimento do facto revelado, para além do conhecimento directamente funcional, aos casos em que o conhecimento provém de domínio não funcional, ou não relacionado directamente com as funções, mas facilitado pelo cargo que o agente exerce. A previsão é agora consideravelmente mais ampla.

A punição foi alterada no limite máximo.

CRIMES CONTRA A AUTORIDADE PÚBLICA

JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA

ASPECTOS GERAIS DA REVISÃO DOS CRIMES CONTRA A AUTORIDADE PÚBLICA

O legislador penal de 1995 assumiu o propósito expresso de reduzir o âmbito da incriminação nos crimes contra a autoridade pública ¹.

No reforço da opção originária, de 1982, pela maximização das áreas de tolerância e do princípio de *ultima ratio* de intervenção do direito penal, como se declara nos n^{os} 18 e 25 do preâmbulo do Código Penal ², a revisão introduziu alterações de relevo nos crimes contra o Estado prosseguindo, na linha, então anunciada, de *uma mais correcta e cuidada definição objectiva e*

¹ O tema em análise abrange os artigos 347^o a 358^o do Código Penal revisto. A exposição inicia-se pelo enquadramento geral e sistemático da revisão, refere as alterações globais ao nível de cada uma das secções em que se divide o Capítulo II, do Título V, da Parte Especial, e procura abordar o essencial do sentido e alcance das alterações de incriminação nos vários tipos de crime. Pelo seu carácter paradigmático, pela frequência e significado no universo da criminalidade conhecida, será abordada com maior pormenor a estrutura do tipo de desobediência. Na medida em que sejam válidas, as considerações feitas a seu respeito são transponíveis para os demais crimes.

Reproduz-se a intervenção nas *Jornadas de Direito Criminal*, na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa, em 25 de Novembro de 1995, a que foram aditadas alterações exigidas pela publicação e por algumas mutações legislativas entretanto ocorridas.

² Na versão originária, que agora é mantida inalterada (cf. declaração de rectificação n^o 73-A/95, de 14 de Junho, ao Dec.-Lei n^o 48/95, de 15 de Março, que aprova o Código Penal revisto).

subjectiva dos elementos que constituem cada um dos tipos legais de crime que este título encerra ³.

O fundamento da descriminalização de algumas infracções contra a autoridade pública reside, segundo o preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, na consideração de que, num Estado de direito democrático estabilizado, a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou fórmulas análogas de actuação (nº 7).

A íntima conexão estrutural com a própria natureza do Estado, evidencia a matriz ontológica dos crimes contra a autoridade pública e o espaço de recorte da tipicidade, na tensão de relação normativa do conteúdo dos poderes públicos com a tutela dos direitos do cidadão, fundamento, tarefa e limite do Estado ⁴.

Por consequência, a definição da tipicidade convoca, liminarmente, princípios fundamentais conformadores, de consagração constitucional, como o princípio do Estado de direito democrático e os princípios da legalidade da Administração, da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, da proporcionalidade ou proibição do excesso e da eficácia imediata das normas constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias [arts. 2º, 9º, al. b), 18º, 266º e 272º da Constituição] ⁵.

Neste quadro se identifica, à partida, a área de tutela da incriminação. Como se salienta no preâmbulo do Código Penal (nº 36), o que se protege, nos crimes contra o Estado, em geral, e, em particular, nos crimes contra a autoridade pública, é a própria ordem democrática constitucional. Nas palavras do legislador, *o bem jurídico não se dilui na noção de Estado, antes se concretiza no valor que este, para a sua prossecução, visa salvaguardar.*

³ Preâmbulo do Código Penal, nº 36.

⁴ Cf. arts. 1º, 2º, 9º, al. b), e 18º da Constituição.

⁵ Sobre o conteúdo, sentido e extensão dos princípios pode ver-se, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 373 a 393.

Porém, se a aquisição liminar destes parâmetros de abordagem possibilita alguma nitidez inicial das linhas estruturantes do tema, uma perspectiva diacrónica procurará tornar mais evidentes os limites da intervenção penal e os termos da projecção do critério do legislador ao nível dos tipos incriminadores.

INSERÇÃO SISTEMÁTICA

A revisão do Código Penal mantém a estrutura e a inserção sistemática dos crimes contra a autoridade pública no Capítulo II do Título V da Parte Especial do Código Penal, dedicado aos crimes contra o Estado.

Protegendo a autoridade pública numa acepção funcional, que abstrai dos órgãos e agentes que a exercem ⁶ — em concretização do modelo constitucional de organização do poder e distribuição de competências —, o Capítulo II estrutura-se em quatro áreas de tutela, que constituem as epígrafes das respectivas secções, mantidas sem alteração: da resistência e desobediência à autoridade pública (Secção I); da tirada e evasão de presos e do não cumprimento de obrigações impostas por sentença criminal (Secção II); da violação de providências públicas (Secção III); e usurpação de funções (Secção IV).

ASPECTOS GERAIS DA REVISÃO DOS CRIMES DE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA À AUTORIDADE

A Secção I, dedicada à resistência e à desobediência à autoridade, sofreu modificações de relevo.

Mantiveram-se apenas os crimes de coacção (este com a alteração de designação, para crime de resistência e coacção) e de desobediência, da previsão dos anteriores arts. 384º e 388º,

⁶ *Infra*, *O Crime de Desobediência no Direito Comparado*, p. 426.

com inovações típicas sensíveis (sobretudo o segundo); foram eliminados os crimes de ofensa a funcionário e de resistência com motim, da previsão dos anteriores arts. 385º e 387º; desapareceu a agravação nos crimes de coacção e ofensa a funcionário motivada pelo uso de arma ou pelo resultado (morte, grave perigo para a vida, grave ofensa ou grave perigo de ofensa para a saúde ou integridade física ou psíquica da vítima).

Não foi inteiramente pacífica, no seio da Comissão Revisora, a eliminação da incriminação da ofensa a funcionário (art. 385º da redacção originária) ⁷.

O artigo correspondia ao art. 183º do Código Penal de 1886, sendo a qualidade do ofendido o único elemento distintivo do tipo, relativamente ao tipo geral de ofensas corporais ⁸.

Defendia-se, por um lado, a manutenção e o alargamento da previsão do crime, que constituía o art. 348º do Anteprojecto de Revisão. Proteger-se-ia, por essa via, de forma directa, o livre exercício da autoridade, passando a protecção da integridade física para um plano secundário — o que seria justificado pelo próprio afastamento sistemático do âmbito dos crimes contra a integridade física — e, nessa conformidade, deveria ponderar-se a inclusão da punição das denominadas *vias de facto*, que, não constituindo ofensa corporal, não integram ilícito criminal ⁹.

Por outro lado, formou-se opinião, vencedora por maioria, no sentido da sua eliminação, partindo da ideia base de que o regime deve equiparar as ofensas à integridade física ao homicídio e evitar, na medida do possível, *qualificativos pondo em causa a parificação de base do cidadão* ¹⁰. Considerou-se, designadamente, que as pessoas referidas no preceito ficariam particu-

7 In *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, edição Rei dos Livros, 1993, pp. 407 e 408.

8 Cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 436.

9 *Infra*, crime de resistência e coacção.

10 Declaração do Prof. COSTA ANDRADE, que subscreveu a proposta de eliminação, loc. cit.

larmente protegidas pelos tipos que prevêm e punem os crimes de homicídio e de ofensa à integridade física qualificados pela qualidade das vítimas, enquanto elemento revelador de especial censurabilidade [arts. 132º, nº 2, al. h) e 146º, nº 2, do Código Penal revisto], e que as denominadas *vias de facto* não deveriam adquirir relevância jurídico-penal fora do quadro de subsunção ao crime de ofensa à integridade física ou de injúria (como seriam os casos exemplificativos da bofetada e do cuspir) ¹¹.

Pacífica foi, porém, a eliminação do crime de resistência com motim, previsto no art. 349º do Anteprojecto, que não ofereceu qualquer discussão ¹².

Para além da especialidade de natureza objectiva consistente no motim ¹³, relativamente ao tipo geral de coacção de funcionário do anterior art. 384º, o crime estabelecia também uma especialidade de natureza subjectiva, que abrangia todos os participantes no motim e não apenas aqueles que concretamente empregassem violências ¹⁴.

A eliminação do crime reconduz a punição às regras gerais do tipo base de coacção e, em consequência, deixa de ser punida a mera participação em motim sem emprego de violência contra os agentes protegidos pelo actual art. 347º, fora do quadro de previsão deste preceito.

A abolição da anterior agravação do art. 386º constitui, por seu turno, consequência lógica do agravamento da moldura penal do crime de coacção, que elevou o limite máximo da pena de prisão de 2 para 5 anos (art. 347º do Código revisto).

11 Declaração do Prof. FIGUEIREDO DIAS, que apoiou a proposta de eliminação do Prof. COSTA ANDRADE, loc. cit.

12 Loc. cit. p. 408.

13 Sobre o conceito de motim, cf. *infra* crime de motim de presos.

14 Cf. Prof. EDUARDO CORREIA, loc. cit. p. 440.

CRIME DE RESISTÊNCIA E COACÇÃO SOBRE FUNCIONÁRIO

Importa conceder a necessária atenção às alterações introduzidas nos crimes de resistência e coacção e de desobediência¹⁵.

A definição típica do crime de coacção, da previsão do anterior art. 384º¹⁶, com a denominação actual de crime de resistência e coacção sobre funcionário¹⁷, segundo a epígrafe do art. 347º do Código Penal revisto, sofreu, como já se adiantou, significativas alterações.

Desde logo, na estrutura e tipo de ilícito.

Enquanto o anterior art. 384º distinguia, por um lado, no nº 1, a mera actividade, como tipo base, fazendo-lhe corresponder pena de prisão até 2 anos e multa até 100 dias, e previa, por outro, no nº 2, um tipo agravado pelo resultado¹⁸, elevando a punição em metade (pena de prisão até 3 anos e multa até 150 dias), o actual art. 347º faz desaparecer a agravação pelo resul-

15 Sobre o direito de resistência e suas conexões e limites face aos crimes de resistência e desobediência pode ver-se MARIA MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA, *Direito de Resistência na Ordem Jurídica Portuguesa*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (160), Lisboa, 1989.

16 O art. 384º do Código Penal de 1982 correspondia aos arts. 186º e 187º do Código Penal de 1886. As alterações então introduzidas destinaram-se a actualizar a formulação do tipo de crime e a esclarecer as hipóteses em que a conduta criminosa se referia ao início da prática de um acto pelo funcionário (quer para a ele se opor quer para constranger à sua efectivação) e as hipóteses de suspensão do acto em execução. O nº 3 previa a isenção de pena do agente que tivesse agido com erro desculpável que, na opinião do Prof. EDUARDO CORREIA, deveria manter-se para reafirmação dos princípios gerais. Porém, o Prof. FIGUEIREDO DIAS propôs a sua eliminação por entender que a solução deveria ser garantida pelos princípios gerais (*Actas cit.* pp. 434 e 435).

17 Assumindo a epígrafe do art. 412º do Projecto de Código Penal de 1996, do Prof. EDUARDO CORREIA (*Actas cit.*, p. 434).

18 De notar que o resultado típico consistia em o funcionário não praticar ou deixar de praticar um acto, consoante as situações, como consequência directa e necessária da ameaça ou violência.

tado, eliminando o nº 2, e eleva substancialmente a punição, com prisão até 5 anos. Ampliando a moldura penal, o Código confere maior possibilidade de individualização, funcionando o resultado concreto como consequência a ter em conta na determinação da medida da pena, em conformidade com os critérios gerais enunciados no art. 71º.

No universo dos sujeitos passivos, inclui-se, agora, a referência aos membros das forças de segurança, ao lado das forças militares e militarizadas. A alteração harmoniza o regime de protecção aos membros das forças de segurança, no seu conjunto, independentemente da sua natureza militar ou militarizada, eliminando dificuldades de classificação resultantes das caracterizações estatutárias das forças de segurança.

Pensa-se, designadamente, a este propósito, nos estatutos da Guarda Nacional Republicana, definida por lei como força de segurança constituída por militares (de acordo com o art. 1º da Lei Orgânica aprovada pelo Dec.-Lei nº 231/93, de 26 de Junho), e, na lei anterior, como força fazendo parte das forças militares (art. 1º do Dec.-Lei nº 333/83, de 14 de Julho), ou da Polícia de Segurança Pública, actualmente denominada por lei de força policial armada (art. 1º do Dec.-Lei nº 321/94, de 29 de Dezembro) e, anteriormente, apenas por força de segurança (art. 1º do Dec.-Lei nº 151/85, de 9 de Maio).

A definição dos sujeitos passivos do crime integrados no subgrupo constituído pelas forças militares, militarizadas ou de segurança (excluídos liminarmente deste os agentes de empresas privadas de segurança¹⁹) obtém-se, agora, mais rigorosamente,

19 Cf. o Dec.-Lei nº 276/93, de 10 de Agosto, que define o regime jurídico das empresas privadas de segurança. O problema da protecção penal dos agentes de segurança privada coloca-se numa dupla vertente, estatutária e funcional. Numa óptica de estatuto, é evidente que os agentes de segurança privada não se incluem no universo típico das forças de segurança definido na Lei nº 20/87, de 12 de Junho. Diversa é, porém, a questão da sua protecção penal por inclusão no conceito de funcionário, em que releva a natureza da função. Enquanto no primeiro caso se excluiria o agente pela falta de

por via de recurso à lei das Forças Armadas (Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro)²⁰ e ao Estatuto dos Militares das Forças Armadas (Dec.-Lei nº 34-A/90, de 24 de Janeiro)²¹, bem como à lei de segurança interna (Lei nº 20/87, de 12 de Junho)²².

Este último diploma carece, porém, de ser articulado com as leis orgânicas das forças e serviços de segurança enumerados no seu art. 14º, nº 2, que não distingue as duas categorias de ór-

qualidade subjectiva e pela impossibilidade legal de extensão do conceito de autoridade ou força de segurança com fundamento em critério de analogia, nesta segunda perspectiva tratar-se-á de investigar se, ao exercer funções de segurança em relação de complementaridade ou subordinação aos agentes das forças de segurança pública, o agente de segurança privada pode ser considerado funcionário na acepção do art. 386º do Código Penal.

O problema tem sido objecto de discussão em Espanha, num contexto de evolução legislativa idêntico ao registado em Portugal, face ao regime da Ley de Seguridad privada de 30/7/92 e do artigo 283º da Ley de Enjuiciamiento Criminal de 19.6.87. Em *consulta* de 20 de Outubro de 1993, a Fiscalía General del Estado concluiu no sentido de que, embora careçam da *condição directa* de agentes da autoridade, ao participarem no exercício de determinadas funções públicas, em auxílio ou colaboração com as forças de segurança pública, contribuindo, por essa forma, para a realização da segurança pública, os agentes de segurança privada estão protegidos penalmente como os agentes de autoridade, em virtude de, por esse facto, serem considerados funcionários para efeitos penais (cf. Boletín de Informacion, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, Suplemento al Boletín num. 1697, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 817 a 822).

A formulação do actual nº 1, al. c), do art. 386º do Código Penal parece permitir idêntica solução no sistema penal português, pelo menos nos casos em que o agente de segurança privada actua sob a direcção da autoridade pública, face ao conceito amplo de funcionário, que tutela de forma abrangente o exercício da função pública, ao conceder idêntica protecção quer ao desempenho quer à participação no desempenho dessa função.

20 Com as alterações posteriores decorrentes, designadamente, das Leis nº 41/83, de 21 de Dezembro, 111/91, de 29 de Agosto, e 18/95, de 13 de Julho.

21 Substancialmente alterado, por ratificação, pela Lei nº 27/91, de 17 de Julho, e pelo Dec.-Lei nº 157/92, de 31 de Julho.

22 Alterada (art. 7º, nº 3) pela Lei nº 8/91, de 1 de Abril.

gãos com funções de segurança — e que são a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública, a Polícia Judiciária²³, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras²⁴, os órgãos dos sistemas de autoridade marítima e aeronáutica²⁵ e o Serviço de Informações de Segurança^{26,27} —, de modo a obter-se a necessária individualização das entidades incluídas no conceito de forças de segurança²⁸.

Do confronto de normas parece resultar que, no regime actual, apenas a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública se incluem no conceito de forças de segurança²⁹.

23 Leis orgânicas: Dec.-Lei nº 231/93, de 26 de Junho, alterada pelo Dec.-Lei nº 298/94, de 29 de Agosto; Dec.-Lei nº 321/94, de 29 de Dezembro; Dec.-Lei nº 295-A/90, de 21 de Setembro, alterada pela Lei nº 36/94, de 21 de Julho, e pelo Dec.-Lei nº 299/94, de 13 de Dezembro.

24 Lei orgânica: Dec.-Lei nº 440/86, de 31 de Dezembro, alterado pelos Decs.-Lei nºs 372/88, de 17 de Outubro, 360/89, de 18 de Outubro, e 120/93, de 16 de Abril.

25 Dec.-Lei nº 300/84, de 7 de Setembro (orgânica do sistema de autoridade marítima); Dec.-Lei nº 248/95, de 21 de Setembro (Polícia Marítima); Dec.-Lei nº 242/79, de 25 de Julho, e Dec.-Lei nº 121/94, de 14 de Maio (Direcção-Geral da Aviação Civil).

26 Dec.-Lei nº 225/85, de 4 de Julho, alterado pelo Dec.-Lei nº 369/91, de 7 de Outubro, e pelo Dec.-Lei nº 245/95, de 14 de Setembro.

27 A Guarda Fiscal, incluída na enumeração do art. 14º, nº 2, da Lei nº 20/87, foi extinta pelo Dec.-Lei nº 230/93, de 26 de Junho, e integrada na Guarda Nacional Republicana, onde foi criada a Brigada Fiscal.

28 Com efeito, a Lei nº 20/87 refere-se às *forças* e aos *serviços* de segurança — atribuindo-lhes *funções de segurança* — mas não distingue as duas categorias, remetendo para as respectivas leis orgânicas. Em outras leis, como sucede na Lei de Bases de Protecção Civil (Lei nº 113/91, de 29 de Agosto), distingue-se entre forças de segurança, por um lado, e sistemas de autoridade marítima e aeronáutica, por outro.

29 A Polícia Judiciária, enquanto órgão de polícia criminal auxiliar da administração da justiça e organizada hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça (art. 1º do Dec.-Lei nº 295-A/90), bem como o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras ou o Serviço de Informações de Segurança, legalmente definidos como *organismo de autoridade civil e serviço públicos*

(Cont.)

Em aperfeiçoamento da anterior formulação, a revisão eliminou a referência à oposição à continuação da prática do acto pelo agente de autoridade (*pratique ou continue a praticar acto*, assim se exprimia o preceito) e substituiu as expressões *acto legítimo compreendido nas suas funções* e *acto relacionado com as suas funções* por *acto relativo ao exercício das suas funções*.

A primeira alteração parece resultar, agora, na eliminação de uma mera redundância, pois que a oposição à acção da autoridade pública, em que se traduz a incriminação, inclui, por definição, não só a oposição no início como a oposição em qualquer dos seus momentos subsequentes. O que significa que a acção típica do crime não passou a limitar-se à oposição inicial, mas que continua a abranger a continuação da acção do funcionário³⁰. Com efeito, desaparecendo o resultado como factor de agravação, que, no sistema anterior, consistia na suspensão do acto de autoridade em execução, e justificada a distinção pelo resultado, eliminada a relevância deste, parece que a distinção entre momento inicial e momento subsequente do acto deixa de ter interesse.

A substituição das expressões *acto legítimo* e *acto relacionado com a função* por *acto relativo à função* eliminou, também ela, a redundância referida à legitimidade, pois que só o acto legal da autoridade é merecedor de tutela penal, e tornou mais rigorosa a previsão, restringindo-a a acto compreendido na competência do agente contra quem é dirigida a acção ilícita. A Comissão Revisora só não veio a adoptar a expressão *acto próprio da função*, em virtude de a proibição pretender proteger os actos dos agentes de facto³¹ ou agentes putativos, ou seja, os indiví-

(arts. 1º do Dec.-Lei nº 440/86, de 31 de Dezembro, e 1º do Dec.-Lei nº 225/85, de 4 de Julho) parecem situar-se fora do conceito de *forças de segurança*.

30 Como referia o Prof. EDUARDO CORREIA, *supra*, n. 14.

31 O termo *próprio*, em vez de *relativo*, foi proposto pelo Prof. COSTA ANDRADE. Por seu turno, o Prof. FIGUEIREDO DIAS explicitou a ideia de que, abrangendo o preceito os *funcionários de facto*, seria de optar pelo termo *relativo* (*Projecto e Actas cit.*, p. 405).

duos que em circunstâncias normais exercem funções administrativas *de maneira a serem reputados em geral como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respectivos cargos*³².

A acção materializa-se na prática de actos de violência ou ameaça grave contra a autoridade, na pessoa de um seu agente, e desenvolve-se em vista de uma finalidade específica dirigida à sua liberdade funcional de acção.

Enquanto na desobediência se está perante o não cumprimento de uma ordem, na resistência incrimina-se uma actividade dirigida ao agente de autoridade, traduzida numa atitude de oposição à execução de um acto ou numa atitude de constrangimento para a prática de um acto do poder público, mediante actos de coacção física (uso da força física) ou psíquica (ameaça e acto material e violento com o fim de impedir o agente de autoridade de exercer as suas funções) perturbadores da segurança e tranquilidade ou mediante a exteriorização de uma vontade de fazer nascer um mal sério, geralmente imediato, de natureza a influenciar a acção legal do agente da autoridade³³.

32 Na definição do Prof. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9ª edição (reimpressão), Coimbra, 1980, pp. 644 e ss. Sobre esta matéria podem ver-se os pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nºs 102/87, 14/91, 56/91, 85/91, 91/91 (DR II Série, de 19.1.93) e 11/94 Complementar e, na doutrina, JOÃO ALFAIA, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, 1º Volume, Coimbra, 1985, p. 132, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Volume I, 2ª reimpressão, Coimbra, 1984, pp. 434 e ss., e SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, Lisboa, 1982, p. 367.

33 Sobre os elementos do crime podem ver-se os acórdãos do STJ de 31/1/90, Pº 40379, de 31/1/90, Pº 40450, BMJ Nº 393, p. 340, de 10/10/90, Pº 41118, de 10/10/90, Pº 41927, de 30/2/93, Pº 43280, de 10/11/89, Pº 40267, de 18/7/84, BMJ Nº 339, p. 276, e de 11/10/94, Pº 46721. Cf. ainda A. MARCHAL / J. P. GASPARD, *Droit Criminel, Traité Théorique et Pratique*, Bruxelas, 1976, pp. 13 a 20; R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tomo 4, Paris, pp. 197 a 205; VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, UTET, 5ª edição, pp. 429 a 449; e

Não se punem a resistência passiva e inerte, nem a simples desobediência fora das condições do art. 348º, ou as expressões de desagrado, de cólera, de decepção ou incómodo, mas a oposição pelo uso ilegítimo da força³⁴ ou grave ameaça, quer o agente do crime tome a ofensiva, quer tome a defensiva contra a autoridade.

Sendo produzidas ofensas à integridade física ou à honra, o crime pode formar concurso real com os crimes contra a integridade física e contra a honra, de acordo com as regras gerais (já assim não será quanto ao crime de ameaça, na estrita medida em que esta constitua meio adequado de execução do crime de resistência e coacção).

Para além de acto relativo à função, o tipo exige também que este seja *contrário aos seus deveres*, pelo que não constituirá crime a acção que obrigue o funcionário a cumprir um dever. Como se salientou no seio da Comissão, da formulação não resulta que se esteja a conferir um direito de impor ao funcionário o cumprimento do dever por meio de violência ou ameaça; apenas se quis deixar claro que, neste caso, não há crime³⁵.

O crime de coacção deve ser enquadrado pela figura do direito de resistência, de idêntica validade para o crime de desobediência, consagrado no art. 21º da Constituição, resultando excluída da proibição a legitimidade da oposição ou do constrangimento³⁶. De salientar, porém, que, quando se traduz numa

ALBERTO CRESPI e outros, *Commentario Breve al Codice Penale*, CEDAM, Milano, 1992, pp. 335 a 337.

34 Como se afirma no acórdão do STJ de 31/1/90, Pº 40379, *violência significa emprego da força física*.

35 Assim esclareceu o Prof. COSTA ANDRADE na discussão em torno da proposta de eliminação da expressão *contrário aos seus deveres*, face às dúvidas quanto ao poder de empregar-se violência contra um agente para o obrigar a cumprir a sua obrigação (loc. cit. p. 405).

36 Como se salientou no seio da Comissão, a referência à ilegitimidade da acção do agente do crime constituiria redundância a evitar (*Projecto e Actas cit.*, p. 405).

resistência activa, o direito de resistência está sujeito aos princípios materiais previstos na ordem constitucional estruturantes da licitude dos actos dos poderes públicos, ou seja, o princípio da proibição do excesso nas suas dimensões de adequação, exigibilidade e proporcionalidade³⁷.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA — ASPECTOS GERAIS

O crime de desobediência sofreu igualmente modificações muito sensíveis.

A tipificação da desobediência tem suscitado hesitações e conduzido a soluções pragmáticas nem sempre de fácil articulação com o conteúdo e extensão de princípios básicos do direito penal, como o princípio da tipicidade³⁸.

As dúvidas, que, genericamente, se podem erigir em relação aos denominados crimes de dever — como são, *grosso modo*, os crimes contra a autoridade³⁹ — têm assumido especial nitidez em torno do paradigma do crime de desobediência, tradicionalmente merecedor de maior atenção, quer pela sua frequên-

37 O direito de resistência compreende duas vertentes: não cumprir qualquer ordem ofensiva de direitos, liberdades e garantias e repelir pela força qualquer agressão, se não for possível recorrer à autoridade pública. Embora a Constituição não especifique as formas de exercício do direito de resistência, entende-se que este existe apenas quando se verifica um comportamento do cidadão em si mesmo ilícito, que apenas beneficia de uma causa de justificação em virtude de um direito de resistência contra um acto ilícito da Administração. Em termos gerais, entende-se que devem valer aqui os princípios válidos para o estado e direito de necessidade previstos no direito penal (J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 165 e 166).

38 Questões que se situam, teoricamente, em torno das denominadas normas penais em branco, de que o crime de desobediência representa tipo paradigmático (vd. *infra*).

39 Sobre *crimes de dever* (C. ROXIN), cf. TERESA BELEZA, *Direito Penal*, 2º Volume, AAFDL, Reimpressão, 1995, p. 105.

cia estatística, quer pelo significado criminológico que lhe é conferido por razões de pretendida eficácia dos poderes públicos, possivelmente nem sempre imunes à extensão a bens de natureza mais ou menos instrumental, de duvidosa constitucionalidade face aos princípios de necessidade e *ultima ratio* ⁴⁰.

A revisão do Código Penal não poderia ser alheia a esta realidade.

A formulação do art. 350º do Projecto, idêntico ao art. 388º da versão originária do Código, suscitou unanimidade de crítica na Comissão, no plano dos princípios, por ser considerada demasiado genérica.

A solução poderia passar, como chegou a ser proposto ⁴¹, pela limitação da incriminação aos casos em que a lei concretamente previsse a pena de desobediência, como, aliás, já havia sido defendido, em 1966, pelo Prof. EDUARDO CORREIA ⁴², mas,

40 Sobre o tema podem ver-se os acórdãos do Tribunal Constitucional nº 527/95, DR I Série-A, de 10/11/95 e nº 25/84, DR II Série de 4/4/84. Neste quadro mereceria alguma reflexão a solução legislativa de incriminação de condutas violadoras de deveres emergentes das leis de conscrição militar, de elevadíssima expressão estatística e discutível desvalor ético-jurídico, área em que o direito de mera ordenação social poderia assegurar mais eficaz protecção dos interesses em presença.

41 O Dr. SOUSA E BRITO entendia justificar-se a restrição às ordens protegidas directamente por disposição legal que previsse a pena de desobediência (*Projecto e Actas* cit. p. 409).

42 Pode ler-se nas *Actas*, 1979, cit.: *Pretende resolver-se o problema da punição da desobediência a mandados legítimos da autoridade, um problema já resolvido nas legislações mais modernas. Esta matéria levanta várias questões e a principal diz respeito à amplitude da incriminação. Perante a questão da consagração expressa da punição da desobediência aos mandados judiciais, respondeu o Prof. EDUARDO CORREIA: A incriminação deve manter-se dentro de limites razoáveis. Para que possa funcionar a punição prevista é necessário que uma lei preveja a pena de desobediência para o não cumprimento do mandado em causa. Este é o limite que não deve ser ultrapassado ainda que alguns sistemas (como o inglês) disso não curem.* (O artigo exigia, cumulativamente com a falta de obediência devida a ordem ou mandado legítimos, devidamente notificados, de autoridade ou funcionário

(Cont.)

razões de natureza pragmática, associadas à ideia de necessidade de eficácia de funcionamento da Administração Pública, levaram a Comissão a introduzir a redacção actual, com o intuito de *afastar o arbítrio, numa tentativa de clarificar o alcance da norma para o aplicador* ⁴³.

Nesta conformidade, em reforço de maior certeza da proibição típica, as alterações normativas de fundo traduziram-se na introdução de um novo elemento típico restritivo, expresso na actual al. b) do nº 1 do art. 348º, que impõe à autoridade ou funcionário a necessidade de fazerem a correspondente cominação da pena de desobediência, na ausência de disposição legal que, no caso, especificamente a comine, à semelhança do art. 292º do Código Penal suíço ⁴⁴. O que significa que, nesse caso, deverá ser incluída na ordem — seja ela escrita ou verbal (como sucede na maioria das ordens da polícia) ⁴⁵ — ou no mandado a indicação expressa, clara e inequívoca de que o não cumprimento da determinação será punível com a pena correspondente ao crime de desobediência.

Em síntese, a violação do dever de obediência, preenchidos os demais elementos, só é punível como crime de desobediência se, em alternativa, estiver presente um dos seguintes requisitos: existir disposição legal que comine expressamente, no caso, a pena de desobediência, ou, na ausência desta, a autoridade ou funcionário fizerem a correspondente cominação.

competente, que *certa disposição legal* previsse a pena de desobediência simples ou qualificada).

43 *Projecto e Actas* cit. pp. 408 e 409. A solução proposta pelo Dr. SOUSA E BRITO constituiria solução demasiado profunda *a ponto de desarmar a Administração* (Prof. COSTA ANDRADE). Como declarou o Prof. FIGUEIREDO DIAS, *a solução de exigir norma legal seria a melhor, mas há que ter consciência da Administração que temos.*

44 A inclusão da pena no mandado resultou de proposta do Dr. SOUSA E BRITO nesse sentido (p. 409).

45 Sobre actos verbais e seu regime pode ver-se o art. 126º do Código de Procedimento Administrativo.

A estrutura do crime de desobediência suscita, no entanto, outras questões que justificam um olhar mais demorado.

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

O tipo de crime de desobediência, que protege a função de autoridade pública ⁴⁶, constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicados.

A generalidade dos sistemas penais que nos são próximos não prevêem crimes idênticos ao crime de desobediência p. e p. pelo art. 348º do Código Penal português. Assim sucede, nomeadamente no Código Penal francês de 1994 ⁴⁷, no Código Penal

46 Sem distinguir entre autoridade administrativa, judiciária ou outra (como se salienta na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.ºs 31, 32 e 33, p. 356). Parece legítima a asserção de que o conceito de autoridade assume um sentido objectivo, ligado à ideia de poder legal (funcional) de impor um determinado comportamento, na ausência de indicação dos sujeitos a quem é atribuído tal poder (concepção subjectiva) — cf. CARLO LAVAGNA, *Enciclopedia del Diritto*, Autorità, Vol. IV, pp. 484 a 486. O crime, que tutela o dever de obediência dos cidadãos ao Estado, não abrange a desobediência hierárquica, no âmbito de uma específica relação de subordinação funcional (cf. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, Verbo, 1992, pp. 352 a 357. O Código Penal de 1886 continha uma norma incriminadora da desobediência dos funcionários (art. 303º), sem correspondência no actual Código, que punia com pena de demissão ou suspensão.

47 Publicado por lei de 22 de Julho de 1992, tendo entrado em vigor em 1 de Março de 1994. O Código revogou o velho Código Penal de 1810, entretanto objecto de inúmeras alterações, o qual, na sua redacção originária também não previa o crime de desobediência (art. 209 e ss.). Apenas se pune a *rebelião* (arts. 433-6 a 433-10), isto é, o equivalente ao crime de resistência e coacção sobre funcionário p. e p. pelo art. 347º do Código Penal português. O termo *rebelião*, usado na lei francesa e nas leis editadas sob a sua influência, como a belga (arts. 269º a 274º), pretende fundir num só os dois elemen-

(Cont.)

belga, no Código Penal alemão ⁴⁸, no Código Penal austríaco ⁴⁹ e mesmo no Código Penal italiano, que remete a não observância de determinações da autoridade para o âmbito das contravenções ⁵⁰.

A ideia comum a todos eles é a de que, protegendo-se o dever de obediência, só devem merecer censura penal os actos de violência contra funcionários e agentes de autoridade, ou de natureza idêntica, que perturbam ou impedem o normal e livre exercício dos poderes de autoridade, não devendo ser incriminados quer os meros actos de não cumprimento de uma ordem quer os actos de resistência passiva à execução de uma actividade dos poderes públicos que não envolvam violência ^{51,52}.

tos essenciais da incriminação (resistência e violência), como evidenciava R. GARRAUD, in *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tomo 4, Paris, 1900, p. 192. O termo *resistência* surge nos Códigos penais alemão e italiano, bem como nos sistemas por eles influenciados (id., *ibidem*).

48 De 15 de Maio de 1871, na redacção de 1975, com as alterações posteriores.

49 De 23 de Janeiro de 1974.

50 Cf. arts. 336º e ss. (que apenas punem como crime comportamentos que, *grosso modo*, envolvem violência) e art. 650º submetido à epígrafe *inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, inserido no Título *Delle contravvenzioni di polizia* e na Secção *Delle contravvenzione concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica*. Sobre esta infracção pode ver-se MARCO SINISCALO, *Inosservanza dei Provvedimenti dell'Autorità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, Giuffrè Editore, Milano, 1971, pp. 664 a 671; FRANCESCO ANTILOSEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Especial II*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pp. 410 a 413.

51 Como pode ver-se em vários autores, como A. MARCHAL e J. P. GASPARD, *Droit Criminel, Traité Théorique et Pratique*, Tome II, Bruxelles, 1976, pp. 12 e ss.; FRANCESCO ANTILOSEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, II, Milano, 1991, pp. 267 e ss.; YVES MAYAUD, *Code Pénal*, Dalloz, Paris, 1994-95, pp. 1984 a 1986; R. GARRAUD, loc. cit. *supra*.

52 Neste sentido se assume a revisão do Código Penal, como se evidencia no preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95 (*supra*).

Já, porém, o Código Penal espanhol distingue entre desobediência grave, equiparada à resistência (que qualifica de *delito* — art. 237^o), e não grave (*falta* — art. 570^o, n^{os} 5 e 6); todavia, o novo Código⁵³ apenas pune a desobediência grave, ao lado da resistência (art. 506^o), sem contudo especificar o conteúdo do conceito, cuja elaboração tem sido deixada à jurisprudência⁵⁴.

Por seu turno, o Código Penal suíço, para além do crime de violência ou ameaça contra a autoridade pública (equivalente ao crime de resistência do Código Penal português), prevê o crime de *insubmissão a uma decisão da autoridade* (art. 292^o), estruturando o tipo em torno dos elementos de não acatamento da decisão, a comunicação desta, a competência da autoridade ou do funcionário e a ameaça da pena⁵⁵.

A ESTRUTURA TÍPICA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

De estrutura eminentemente normativa, o tipo de crime de desobediência tem como elementos objectivos: a existência de um comando da autoridade ou do funcionário⁵⁶, sob a forma de

53 Aprovado pela Ley Orgânica nº 10/1995, de 23 de Novembro.

54 Sobre a matéria pode ver-se: JOSE CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Barcelona, pp. 207 e ss.; JOAN QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 632 a 634; JOSE ALFREDO CABALLERO GEA, *Derecho Penal: Problematika Judicial*, Pamplona, 1995, pp. 151 e ss.; e MARIANO COBALEDA, *Código Penal, Comentarios e Jurisprudencia*, Madrid, 1993, pp. 197 e ss.

55 Dispõe o preceito: *Celui qui ne sera pas conforme à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende.* Sobre os elementos do crime e a necessidade de comunicação da sanção pode ver-se A. PANCHAUD e outros, em anotação ao art. 292^o do Código Penal suíço, edições Payaut, Lausanne, 1989, p. 235 (Código Penal de 31 de Dezembro de 1937, com as alterações decorrentes, designadamente, de 1950, 1968 e 1971).

56 Na acepção do art. 386^o do Código Penal.

ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de acção ou omissão⁵⁷, nos termos concretamente definidos; a sua legalidade material e formal; a competência da entidade que o emite; a regularidade da comunicação ao destinatário; a violação do dever concretamente emergente desse comando⁵⁸. Não existindo disposição legal que, em concreto, especificamente considere uma determinada conduta punível como crime de desobediência, é ainda necessário, como já se referiu, que a autoridade ou o funcionário façam a cominação da punição.

A lei penal não contém uma definição de autoridade. De elaboração multidisciplinar, o conceito tende a reconduzir-se, numa perspectiva material e objectiva, à ideia essencial de faculdade de conhecer e decidir assuntos determinados e de impor a decisão, conferindo-lhe eficácia⁵⁹, e numa perspectiva subjectiva, aos titulares desse poder, aos sujeitos a quem são atribuídos

57 O crime poderá ser cometido por acção ou omissão. Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 1982, que inclui o crime de desobediência na enumeração exemplificativa dos crimes omissivos próprios (a omissão está subentendida na descrição típica da acção).

58 Sobre os elementos típicos do crime de desobediência podem ver-se as anotações ao art. 388^o do Código Penal de MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português* anotado e comentado, e de LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982*, Vol. IV. No domínio do Código Penal anterior podem ver-se, com referência ao tipo de crime do art. 188^o, que o actual art. 388^o no essencial reproduz: LUÍS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal*, Vol. II, p. 215; VITOR FAVEIRO/LAURENTINO ARAÚJO, *Código Penal Português* anotado, 1971, p. 399; LEVY MARIA JORDÃO, *Comentário ao Código Penal Português*, Tomo II, Lisboa, 1853, pp. 210 a 212, e SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Português*, Lisboa, 1857, pp. 53 e ss., bem como os Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 98/78, BMJ Nº 284, p. 30, nº 65/80, BMJ Nº 307, p. 78, e nº 97/82, não publicado. Na vigência do actual Código Penal podem ver-se os Pareceres nº 17/83, BMJ Nº 330, p. 306, nº 87/83, BMJ Nº 332, p. 267, e nº 52/93, DR II Série de 19/5/94.

59 Expressões dos denominados poderes de *autotutela declarativa e autotutela executiva* a que se refere FREITAS DO AMARAL (loc. cit. II, pp. 15 e ss.). Cf. Parecer 52/93 cit., DR II Série, de 19/5/94.

os correspondentes poderes públicos, incluindo quer a autoridade judiciária, quer a autoridade administrativa, designadamente os órgãos e os agentes de escalões superiores da hierarquia de serviços com competência de polícia, a quem as leis orgânicas atribuem qualidade ou poderes de autoridade ⁶⁰.

O conceito de ordem, por seu turno, envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime — o que afasta da punição as disposições ou actos de carácter genérico —, de natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção ou omissão — a um *facere* ou *non facere*, consoante o sentido da ordem ou da proibição —, emitido no exercício de poderes conferidos por lei ⁶¹, que pode ser incluído num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem ⁶².

60 Cf., designadamente, os poderes dos Governadores Civis (Dec.-Lei nº 252/92, de 19 de Novembro, com as alterações resultantes do Dec.-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro), leis orgânicas das polícias (*supra*) e, ainda, o Parecer nº 52/93 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (DR II Série, de 19/5/94). Na doutrina: JOSE LÓPEZ FONT MARQUEZ, *La Configuración Jurídica del Principio de Autoridad*, Cuadernos Civitas, Universidad Granada, 1993; CARLO LAVAGNA, *Autorità*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè Editore, pp. 465 e ss., especialmente 484 a 486.

61 FREITAS DO AMARAL classifica de *ordens* os actos impositivos, de comando, que impõem a alguém uma determinada conduta positiva; se impõem uma conduta negativa atribui-lhes a classificação de *proibições* (*Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, FDL, 1989, pp. 126 e 127). Sobre o conceito pode ver-se CABALLERO GEA, *Derecho Penal — Problemática Judicial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 163 a 200; JOAN QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 632 a 634, e JOSE CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Barcelona, pp. 247 a 253.

62 Cf. o conceito processual de mandado, enquanto forma processual de comunicação de actos, a que se referem os arts. 176º, nº 2, do Código de Processo Civil e 111º, nº 3, do Código de Processo Penal. Quando executa o mandado, o funcionário faz cumprir uma ordem da autoridade que a emite; a

(Cont.)

A legalidade material e formal do acto, bem como a competência do órgão ou agente que o pratica, emitindo o comando, analisam-se nas precipitações concretas do princípio da legalidade nas suas dimensões essenciais: o princípio da legalidade negativa da administração, expresso através do princípio da prevalência da lei, segundo o qual os actos se devem conformar com a lei, nos seus vários requisitos, sob pena de ilegalidade ⁶³ e o princípio da legalidade positiva da administração, traduzido no princípio da precedência de lei, segundo o qual o acto só pode ser autorizado ou ter por base a própria lei ⁶⁴. Ou, então, numa classificação mais expressiva, não bastará que o acto se situe numa relação de compatibilidade com a lei, isto é, que não seja contrário à lei; será necessário que com ela esteja numa relação de conformidade, ou seja, que esteja autorizado pela lei, numa acepção mais exigente de legalidade ⁶⁵.

Adoptando um critério negativo de valoração da legalidade do acto, e tendo presente o critério de presunção da legalidade da actividade dos poderes públicos, eles próprios vinculados ao princípio da legalidade, pode afirmar-se que a legalidade se traduz na ausência de vícios que, de acordo com a lei, geram ilegalidade. Recorrendo às categorias do direito administrativo, dir-se-á legal o acto que não esteja ferido de usurpação de poder ou incompetência (ilegalidade orgânica), vício de forma (ilegalidade

desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário.

63 Sobre os vícios do acto administrativo, cf., por todos, FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, FDL, 1989, pp. 286 a 341.

64 Sobre o tema cf. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. II, Lisboa, FDL, 1988, pp. 42 a 47, 58, 79, 97 e J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa* anotada, 3ª edição, Coimbra Editora, anotação ao art. 266º.

65 Cf. Parecer nº 28/90 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, DR II Série, de 8/10/91, p. 9959, e doutrina nele citada.

formal) e violação de lei ou desvio de poder (ilegalidade material) ⁶⁶.

Para além dos casos de desconformidade material com a lei que directamente lhe serve de base, deverá, igualmente, considerar-se ilegal, por violação de lei, o acto que careça de fundamentação ⁶⁷ (art. 124º do Código de Procedimento Administrativo) ou que viole os princípios constitucionais de imparcialidade, de justiça e da necessidade, adequação ou proporcionalidade ⁶⁸.

O requisito relativo à regularidade da comunicação da ordem deve ser interpretado em conformidade com a regra geral de exigência de notificação ao seu destinatário dos actos que impõem deveres (arts. 268º da Constituição e 132º do Código de Procedimento Administrativo), visando salvaguardar que o desti-

66 Cf. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, FDL, 1989, pp. 288 e ss. A usurpação de poder consiste na prática por um órgão da administração de um acto incluído nas atribuições do poder legislativo ou judicial. É causa de nulidade do acto [art. 133º, nº 2, al. a) do C. P. Administrativo] (v.g. ordem de uma Câmara para demolir um prédio, quando só os tribunais o podem fazer). A incompetência consiste na prática, por um órgão da administração, de um acto incluído nas atribuições ou na competência de outro órgão. Pode ser em razão da matéria, da hierarquia, do lugar e do tempo. Vício de forma consiste na preterição de formalidades essenciais ou na carência de forma legal (a ausência absoluta de forma constitui causa de nulidade do acto — art. 133º do Código de Procedimento Administrativo). Violação de lei consiste na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis (falta de base legal; incerteza, ilegalidade ou impossibilidade do conteúdo ou do objecto; inexistência ou ilegalidade dos pressupostos relativos ao conteúdo ou ao objecto; qualquer outra ilegalidade que não constitua outro vício). Desvio de poder consiste no exercício de um poder discricionário por um motivo principal determinante que não condiz com o fim que a lei visou ao atribuir esse poder (v.g. prossecução de interesse privado em vez do interesse público).

67 O dever de fundamentação dos actos tem assento constitucional (art. 268º da Constituição) e exprime-se em normas de natureza adjectiva: art. 124º do Código de Procedimento Administrativo, art. 79º do Código de Processo Penal e art. 158º do Código de Processo Civil.

68 Cf. FREITAS DO AMARAL loc. cit., p. 305, a propósito da violação do princípio de justiça como caso de ilegalidade.

natário tenha perfeito conhecimento do acto, independentemente da forma que possa revestir, sem prejuízo do regime próprio dos actos orais (art. 126º do Código de Procedimento Administrativo), como são algumas das ordens ou proibições dos agentes da administração ⁶⁹.

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA E A LEI PENAL EM BRANCO

O crime de desobediência constitui um caso que a doutrina costuma indicar como de lei penal aberta ou de lei penal em branco ⁷⁰, perante a qual se impõem especiais cautelas face às

69 Ver art. 126º do Código de Procedimento Administrativo e anotação de FREITAS DO AMARAL e outros, edição Livraria Almedina.

70 Salientam esta característica, além do mais, o Parecer do Conselho Consultivo nº 98/78 cit. e a anotação de CAEIRO DA MATA ao acórdão da Relação do Porto de 30 de Novembro de 1915, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano IV, nºs 31, 32 e 33, p. 358, e nºs 34 a 36, p. 346. Sobre lei penal em branco pode ver-se, na jurisprudência, o acórdão do STJ de 30/5/90, BMJ Nº 397, p. 255, e a sentença da 2ª Secção do 1º Juízo Cível da comarca de Vila Nova de Famalicão, de 15/3/91, *Corpus Juris*, 1993, nº 11, p. 60. As normas tipificadoras do crime de desobediência são habitualmente consideradas como exemplo paradigmático de leis penais abertas (*Offene Strafgesetze*) ou de leis penais em branco (*Blankettstrafgesetze*), de muito crítica aceitação pela doutrina, dada a sua natureza imprecisa, de difícil conciliação com o princípio da legalidade em direito penal (por todos, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, I Vol., AAFDL, Lisboa 1980, pp. 502 e 581). Existem, na doutrina, várias definições de lei penal em branco. No sentido técnico essencial pode ser definida como lei que remete para uma fonte normativa diversa, em regra de valor hierárquico inferior, a definição dos seus próprios pressupostos de aplicação. Sobre o tema e suas implicações com o princípio de legalidade e com a função de garantia do tipo penal podem ver-se ainda: JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Comares, Granada, p. 98; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, Verbo, p. 53, e, especialmente, ANTONIO PAGLIARO, *Legge Penale*, Enciclopedia del Diritto, XXIII, Giuffrè Editore, Milano, 1973, pp. 1045 a 1052. Tem-se entendido que o mero reenvio para outra disposição legal não viola o princípio da legalidade em direito penal. O Tribunal Constitucional pronunciou-se

(Cont.)

exigências do princípio da legalidade e ao denominado carácter fragmentário do direito penal⁷¹, quer no que concerne à interpretação da norma incriminadora, por recurso a conceitos exteriores ao direito penal, quer no que se refere ao processo de subsunção normativa, a exigir uma rigorosa mediação valorativa da conduta em sede de direito público⁷², *maxime* de direito administrativo, com vista à própria comprovação positiva da ilicitude⁷³.

recentemente sobre a questão das normas penais em branco tendo decidido a questão da constitucionalidade em conformidade com os seguintes parâmetros: se a uma portaria cabe executar o conteúdo normativo da lei, sem fixar um critério autónomo de ilicitude, não está ferida de inconstitucionalidade; a norma remissiva não é uma norma em branco que delegue na portaria o poder de definir o conteúdo da incriminação se ela própria contiver os critérios do ilícito penal, ou seja, o desvalor da acção proibida, do resultado lesivo e identificação do bem jurídico lesado; não existe norma penal em branco se a norma remissiva orienta suficientemente os destinatários das normas quanto às condutas que são efectivamente proibidas, contém suficiente indicação dos limites e critérios da fixação regulamentar (*reserva de certeza*) e a imediata possibilidade de orientar a consciência ética para o desvalor do direito — acórdão do Tribunal Constitucional nº 427/95, DR II Série, 10/11/95, p. 13507.

71 Que pode conduzir a tratamento diverso de situações materialmente análogas, como sucede quando uma conduta de estrutura essencial idêntica integra um tipo de crime ou um tipo de contra-ordenação. Sobre o tema pode ver-se SOUSA E BRITO, *A Lei Penal na Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. 2, Lisboa, 1978, p. 38.

72 Nos casos em que a lei penal impõe o recurso a valorações ou remissões normativas, como no caso do art. 348º, nº 1, do Código Penal (anterior art. 388º), a sua aplicação ao caso concreto não assenta numa simples correspondência entre representações e conceitos, mas exige uma complexa avaliação e julgamento de facto (SOUSA E BRITO, *Sentido e Valor da Análise do Crime*, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo I, AAFDL, Lisboa, 1983/84, pp. 69 e 70).

73 Escreve a este propósito JORGE CASTILHO PIMENTEL: *A conclusão sobre a ilicitude do facto, indiciada em regra pelo tipo, cifrar-se-á na intervenção ou não intervenção de uma causa de justificação, a menos que o facto típico se não apresente portador daquela função indiciadora, exigindo uma comprovação positiva da ilicitude. Assim, importa fundamentar-se o dever de*

(Cont.)

Assim, importa agir com algumas precauções na elaboração do juízo de determinação de certeza da incriminação, com respeito pelo princípio da legalidade penal. Na verdade, não constituindo violação deste princípio o reenvio da definição dos pressupostos da punição para norma diversa⁷⁴, e definindo o art. 348º o critério da ilicitude, o problema só adquirirá razão de ser em caso extremo de reenvio para uma norma de natureza regulamentar inovadora quanto ao critério e limites da punição⁷⁵.

Trata-se, por conseguinte, de uma questão a ser resolvida pela articulação dos princípios da legalidade penal e da legalidade administrativa, aqui visto na óptica da legalidade do regulamento administrativo e da conformidade deste com a lei habilitante, com especial consideração da vertente relativa ao princípio da tipicidade das medidas de polícia, consagrado no art. 272º da Constituição⁷⁶.

agir ou a omissão de garante, na omissão imprópria, a inexistência de autorização legal, na coacção, etc. (Notas para um Método de Trabalho de Casos, in Textos de Apoio de Direito Penal, Tomo I, AAFDL, Lisboa, 1983/84, p. 57).

74 Cf. *supra* acórdão do Tribunal Constitucional nº 427/95, DR II Série, 10/11/95, p. 13507. Em Itália, a Corte Costituzionale tem decidido que não é violado o princípio da legalidade quando uma lei estatal indica com suficiente especificação os pressupostos, caracteres e limites da determinação da autoridade não legislativa a cuja violação deve seguir-se a pena (sentença de 8.7.71, nº 168, cit. in A. BRANCACCIO/G. LATTANZI, *Esposizione di Giurisprudenza sul Codice Penale dal 1964, Libro Secondo e Libro Terzo*, Giuffrè Editore, Milano, 1972, p. 628).

75 Como seria o caso de um crime de desobediência previsto num regulamento policial sem lei habilitante.

76 Sobre o assunto, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição* anotada cit., anotação ao art. 272º: *A função de polícia é função de polícia administrativa, «lato sensu», abrangendo a polícia administrativa «stricto sensu», a polícia de segurança e a polícia judiciária. Os direitos dos cidadãos não são apenas um limite da actividade da polícia, são também um dos fins próprios da função de polícia..... O nº 2 prevê dois princípios fundamentais da função de polícia: o princípio da tipicidade e o princípio da função do excesso. O primeiro significa que os actos de polícia, além de*

(Cont.)

O CARÁCTER SUBSIDIÁRIO DO TIPO INCRIMINADOR

A doutrina e a jurisprudência têm vincado o carácter subsidiário do tipo incriminador da desobediência.

Na vigência do art. 188º do Código Penal de 1886, perante a expressão *se por lei ou disposição de igual força não estiver estabelecida pena diversa*, constante do preceito⁷⁷, era pacífico o entendimento de que este não se aplicaria se estivesse estabelecida punição diferente para o facto, pelo que, antes de se concluir pela subsunção de uma conduta ao tipo legal de crime, haveria que averiguar previamente se esta não estaria incriminada especialmente noutra qualquer disposição⁷⁸.

terem um fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei, independentemente da natureza dessas medidas. Quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares (autorizações, proibições ou ordens), medidas de coerção (utilização da força, emprego de armas) ou operações de vigilância, todos os procedimentos da polícia estão sujeitos ao princípio da precedência de lei e da tipicidade legal. O segundo significa que as medidas de polícia devem obedecer aos requisitos de necessidade, exigibilidade e proporcionalidade. Trata-se de reafirmar o princípio constitucional fundamental em matéria de actos públicos potencialmente lesivos de direitos fundamentais e que consiste em que eles só devem ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos. O emprego de medidas de polícia deve ser sempre justificado pela estrita necessidade e não devem ser nunca utilizadas medidas mais gravosas quando medidas mais brandas seriam suficientes para cumprir a tarefa.

77 Dispunha o art. 188º do Código Penal de 1886: *Aquele que se recusar a prestar ou deixar de prestar qualquer serviço de interesse público, para que tiver sido competentemente nomeado ou intimado, ou que faltar à obediência devida às ordens ou mandados legítimos da autoridade pública ou agentes dela, será condenado com prisão até três meses, se por lei ou disposição de igual força não estiver estabelecida pena diversa.*

78 Neste sentido: Pareceres nºs 98/78 e 97/82 cit.; LUÍS OSÓRIO, *Notas II*, pp. 211 e 231; *Revista dos Tribunais*, Ano 20º, p. 203, Ac. STJ de 10/7/85, BMJ Nº 349, p. 373.

Tem-se entendido que esta doutrina não se alterou perante a formulação típica da redacção originária do art. 388º do Código Penal, apesar das diferenças de redacção do preceito, o que encontra apoio sistemático na estrutura das relações de especialidade entre normas incriminadoras⁷⁹.

Nesta conformidade, a operação de subsunção de um comportamento à previsão do actual art. 348º do Código Penal não poderá deixar de depender da prévia verificação da não existência de norma que especialmente o qualifique de forma diversa, havendo sempre que indagar da existência desta especialidade.

Em síntese, uma vez que nem todas as *desobediências* constituem crime subsumível ao art. 348º, parece poder fundamentamente afirmar-se que a concreta qualificação de um comportamento como crime de desobediência deve ser equacionada em três momentos: em primeiro lugar, pela verificação da subsunção a uma norma que preveja um ilícito próprio; em segundo, pela verificação da subsunção a uma norma que concretamente o qualifique como crime de desobediência (simples ou qualificado), cominando a punição da desobediência; finalmente, pela subsunção directa ao nº 1, e respectiva al. b), do art. 348º do Código Penal.

a) Em primeiro lugar, pela verificação da possibilidade de subsunção a uma norma que especificamente preveja um ilícito próprio, não necessariamente de natureza penal.

Incluem-se neste grupo situações que, em sentido amplo, por constituírem violação de uma determinação concreta da au-

79 O Parecer nº 97/82, de 1/8/83, cit., considerou a doutrina *válida e até notavelmente robustecida* face ao novo art. 388º do Código Penal vigente. A expressão *se por lei ou disposição de igual força não estiver estabelecida pena diversa*, constante do art. 188º do Código Penal de 1886, que fundava literalmente o argumento do carácter subsidiário da punição, sem equivalente no actual art. 388º do Código Penal de 1982, não deixava de possuir carácter redundante, eliminado na nova formulação do tipo de crime (neste sentido: acórdão do STJ de 10/7/85, BMJ Nº 349, p. 373).

toridade competente, poderíamos considerar tipos especiais de crimes de desobediência, ou que constituem ilícito de mera ordenação social ou contração, bem como situações a que corresponde uma sanção de natureza processual.

A título exemplificativo podem referir-se:

- o crime de desobediência a ordem de dispersão de reunião pública, p. e p. pelo art. 304º do Código Penal, que constitui um crime contra a ordem e tranquilidade pública;
- o crime de violação de proibições e interdições impostas por sentença criminal, a título de pena acessória ou de medida de segurança, p. e p. pelo art. 353º do Código Penal (infra), também ele um crime contra a autoridade pública;
- o crime de desobediência a requisição de bens pelo Governo, p. e p. pelo art. 30º do Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro, relativamente a bens considerados indispensáveis ao abastecimento das actividades económicas ou ao consumo público, que, pelo bem tutelado, representa um crime contra a economia;
- a falta de obediência às ordens das autoridades fiscalizadoras do trânsito, que constitui contra-ordenação⁸⁰

80 Art. 4º do Código da Estrada, aprovado pelo Dec.-Lei nº 114/94, de 3 de Maio, que dispõe:

1- *O utente da via deve obedecer às ordens legítimas das autoridades competentes para fiscalizar o trânsito e dos respectivos agentes, desde que devidamente identificados como tais.*

2- *Quem infringir o disposto no número anterior será punido com coima de 15000\$ a 75000\$.*

No anterior Código da Estrada punia-se como contração apenas a desobediência ao sinal de paragem (art. 2º, nº 4). A contra-ordenação prevista no art. 4º do Código da Estrada, por força do disposto no art. 135º do Código da Estrada e por razões de subsidiariedade, necessidade e *ultima ratio*, parece não ser cumulável com o crime de desobediência, diferentemente do que se defende no Código da Estrada anotado, J. F. A. RODRIGUES (comissário da PSP), edição do autor, 1994, p. 35.

- p. e p. pelo art. 4º do Código da Estrada aprovado pelo Dec.-Lei nº 114/94, de 3 de Maio⁸¹;
- a condução de veículo cujo livrete tenha sido apreendido, que constitui contra-ordenação, nos termos do disposto no art. 162º, nº 6, do Código da Estrada⁸²;
- a falta de obediência à ordem resultante do sinal de paragem feito por agente de autoridade em funções de fiscalização de trânsito, que constituía contração p. e p. pelo art. 2º, nº 4, do anterior Código da Estrada⁸³; e
- a falta de comparência de pessoa regularmente convocada ou notificada para comparecer em hora e local determinado, em acto de processo penal, a que é aplicável a sanção monetária fixada entre duas e dez UCs, nos termos do art. 116º do Código de Processo Penal^{84,85}.

81 Devem, agora, ser reexaminadas, à luz deste preceito, situações que anteriormente a jurisprudência considerava constituírem crimes de desobediência, como o não acatamento da ordem de não estacionar (Ac. da Relação de Coimbra de 30/11/83, CJ, Ano VIII, Tomo V, p. 85) ou de retirar um veículo estacionado (Ac. da Relação de Lisboa de 28/2/92, CJ, Ano XVII, Tomo I, p. 188, e Ac. da Relação do Porto de 17/2/93, Pº 9230979, inédito), dadas por um agente de fiscalização de trânsito.

82 Cf., no entanto, *infra*, al. b) (referência ao art. 22º do Dec.-Lei nº 74/75, de 12 de Janeiro) e n. 93.

83 Cf., designadamente, os Acs. da Relação de Coimbra de 11/10/89, CJ, Ano XIV, Tomo IV, p. 97, e de 14/3/90, CJ, Ano XV, Tomo II, p. 78, e os Acs. da Relação do Porto de 27/2/91, Pº 9130031, de 13/3/91, Pº 9150001, de 9/5/90, Pº 9050048, inéditos.

84 No domínio do Código de Processo Penal de 1929, considerava-se que o art. 91º, que estabelecia uma punição com multa de 200\$00 a 20 000\$00 para situações idênticas, acabava por consagrar uma forma de desobediência em relação de especialidade com o art. 188º do Código Penal de 1886 e, mais tarde, com o art. 388º do Código Penal de 1982 (cf. Ac. STJ de 18/10/78, BMJ Nº 280, p. 218, e de 21/5/80, BMJ Nº 297, p. 200; BELEZA DOS SANTOS, *Lições de Direito Criminal*, p. 89, cit. no Ac. do STJ de 21/5/80; e parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 98/78, BMJ Nº 284, p. 30, e nº 97/82, de 1/8/83, não publicado).

Neste grupo poderíamos ainda incluir as situações de recusa de identificação exigida por agentes das forças e serviços de segurança, nos termos do art. 3º da Lei nº 5/95, de 21 de Fevereiro, ou por órgãos de polícia criminal, nos termos do art. 250º do Código de Processo Penal, que, perante suspeita de prática de crime, permitem a adopção de um procedimento administrativo de identificação consistente na condução da pessoa ao posto policial mais próximo e na sua sujeição, em caso de necessidade, a provas dactiloscópicas, fotográficas ou de natureza análoga.

Atento este quadro, parece ser hoje de difícil aceitação a ideia de a recusa de identificação perante agente de autoridade, nas condições referidas nos arts. 250º do Código de Processo Penal e no Dec.-Lei nº 5/95, constituir crime de desobediência, nos termos gerais do actual art. 348º, nº 1, e respectiva al. b), do Código Penal. A esta conclusão parecem apelar decisivamente o princípio da tipicidade das medidas de polícia, consagrado no art. 272º da Constituição, no art. 16º da Lei nº 20/87, de 12 de Junho (lei de segurança interna) e nas leis orgânicas das forças e serviços de segurança⁸⁶, bem como o carácter subsidiário do direito penal, de intervenção limitada aos casos de necessidade⁸⁷.

85 De construção típica essencialmente idêntica ao crime de desobediência, agora com previsão e punição autónomas deste, mas anteriormente punidos por remissão para o crime de desobediência, poderíamos incluir neste grupo os crimes de violação dos deveres inerentes ao estatuto do objector de consciência, previstos no art. 33º da Lei nº 7/92, de 12 de Maio, e, anteriormente, no art. 47º da Lei nº 101/88, de 25 de Agosto, que alterou a Lei nº 6/85, de 4 de Maio.

86 Cf. *supra* notas relativas às leis orgânicas. O art. 3º da Lei nº 25/81, de 21 de Agosto, continha uma norma punindo como crime de desobediência a recusa de identificação a agente da Polícia Judiciária, sem discriminar as circunstâncias.

87 As recentes inovações normativas nesta matéria, editadas em reforço e clarificação de tutela de direitos fundamentais, parecem obrigar ao reexame da jurisprudência que, pacificamente, vinha julgando constituir crime a não identificação perante agente de autoridade, no novo quadro definido pelo art. 250º do Código de Processo Penal e pelo art. 3º da Lei nº 5/95 (cf. Ac.

(Cont.)

Mas se assim é no âmbito da prevenção e investigação dos crimes, a questão torna-se mais complexa e de difícil solução no domínio da investigação do ilícito de mera ordenação social, face à recente alteração ao Dec.-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, introduzida pelo Dec.-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, que, invocando razões de reforço e garantia dos direitos dos arguidos⁸⁸, eliminou a possibilidade de detenção para identificação do autor de contra-ordenação, anteriormente prevista no art. 49º, nº 3, daquele diploma. Consagrando este preceito o poder de a autoridade exigir a identificação, e, conseqüentemente, o dever de o agente da infracção se identificar, emerge, naturalmente, a questão de saber quais as conseqüências da violação deste dever, ou seja, o problema da eventual subsunção da conduta ao tipo de desobediência.

Parece manifesto que uma resposta positiva não deixará de evidenciar uma resposta desarmónica do sistema, ao fazer intervir uma cumulativa reacção penal, de *ultima ratio*, no plano administrativo, quando a quis evitar no plano criminal.

Poderia ainda incluir-se neste grupo o crime de recusa a exames de pesquisa de álcool no sangue p. e p. pelo art. 12º da Lei nº 124/90, de 14 de Abril, que, não seguindo o critério de outros preceitos do mesmo diploma, que remetem a punição para o crime de desobediência, pune a recusa com pena de prisão até

STJ de 13/3/85, BMJ Nº 345, p. 235, Ac. da Relação de Lisboa de 11/1/84, CJ, Ano IX, Tomo I, p. 147, e Ac. da Relação de Évora de 13/2/86, CJ, Ano XI, Tomo I, p. 255). A discussão parlamentar do Decreto da Assembleia da República nº 161/VI, que originou a Lei nº 5/95, após o veto presidencial, fornece indicação expressa no sentido do afastamento do crime de desobediência (Cf. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 22, de 15 de Dezembro de 1994, p. 901).

88 Cf. preâmbulo do Dec.-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro.

1 ano e multa até 200 dias, com sanção acessória de inibição de conduzir ^{89,90}.

b) Em segundo lugar, deverá verificar-se da possibilidade de subsunção da conduta a uma norma que concreta e expressamente a qualifique como crime de desobediência, cominando, no caso, a punição da desobediência ou da desobediência qualificada [art. 348º, nº 1, al. a), e nº 2].

Poderão integrar-se neste universo, também a título de exemplo, as seguintes situações:

- o desrespeito da ordem, inserta em decisão condenatória por crime de emissão de cheque sem provisão, de restituição à instituição de crédito dos módulos de cheque em poder do arguido ou do seu mandatário, na sequência da aplicação da medida de interdição temporária

89 Este preceito não foi revogado expressamente pelos diplomas que aprovaram quer o novo Código da Estrada, quer o novo Código Penal (cf. Dec.-Lei nº 114/94, de 3 de Maio, e Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março), nem resulta revogado tacitamente, por incompatibilidade ou substituição de regimes, nos termos do art. 7º do Código Civil. Apesar de conter a previsão de uma sanção acessória mais severa que a correspondente à condução sob influência de álcool, essa circunstância não pode constituir fundamento legal de afastamento da aplicação da norma na sua plenitude, por invocação de pretensa desproporcionalidade de valoração, a qual não poderá resultar senão de critérios supralegais, com expressão normativa na Constituição, como tal só atendíveis em sede de juízo de inconstitucionalidade. Nesta óptica, da mera relação de normas de idêntica hierarquia, mais não poderá extrair-se que a constatação da diversa valoração relativa das condutas.

90 Questão que pode ficar em aberto é a de saber se é punível como desobediência a recusa de sujeição a exame para detecção de álcool fora das condições do art. 12º, isto é, não sendo caso de acidente (dever especialmente resultante, agora, do art. 158º do Código da Estrada). Ou se subsumiria à desobediência do art. 348º, nº 1, al. b), nos termos gerais, ou à contra-ordenação do art. 4º do Código da Estrada. Tratando-se, como parece, de uma recusa a ordem de agente de autoridade em funções de fiscalização de trânsito, estar-se-á perante uma mera contra-ordenação, punível nos termos deste último preceito.

ria do uso de cheque, nos termos do art. 12º, nº 7, do Dec.-Lei nº 454/91, de 28 de Dezembro ⁹¹;

- o desrespeito dos actos administrativos que determinem o embargo, a demolição, a reposição do terreno na situação anterior à infracção ou a entrega do alvará de licença de construção, nos termos do art. 59º do Dec.-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro ⁹²;
- o não cumprimento da ordem para entregar a carta ou licença de condução, em caso de apreensão para cumprimento da inibição de conduzir ou da cassação, em conformidade com o disposto no art. 161º, nº 3, do Código da Estrada;
- a circulação de veículo com infracção à proibição legal resultante de apreensão, penhora e arresto, prevista no art. 22º do Dec.-Lei nº 54/75, de 12 de Janeiro ⁹³;

91 Sobre o regime anterior, cf. art. 17º, nº 1, do Dec.-Lei nº 14/84, de 11 de Janeiro, que também previa a punição da emissão de cheque no período de restrição de uso de cheque, fixado em decisão de natureza administrativa, como desobediência (cf., designadamente, o acórdão do Tribunal Constitucional nº 180/92-P, DR I Série-A, de 10/7/92, e os acórdãos nºs 294/91-1, 295/91-1, 404/91-1 e 119/92-1, do mesmo tribunal, bem como os acórdãos do STJ de 3/10/89, Pº 40829, e de 5/4/89, BMJ Nº 386, p. 203).

92 Alterado pelo Dec.-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro; anteriormente: arts. 19º e 20º do Dec.-Lei nº 166/70, de 18 de Abril (cf. sobre o tema e sobre a revogação do art. 20º do Dec.-Lei nº 166/70 pelo Dec.-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o novo Código Penal, o acórdão do STJ de 21/11/84, BMJ Nº 341, p. 237).

93 Mantido expressamente em vigor pelo art. 3º do recente Dec.-Lei nº 277/95, de 25 de Outubro, que aprovou o novo Código de Registo de Bens Móveis. O preceito deve, todavia, ser articulado com o art. 162º, nº 6, do Código da Estrada, que pune com coima a condução de veículo apreendido com fundamento no disposto nos arts. 162º, nº 1, al. d), e 163º do mesmo diploma. A formulação desta al. d), a ser interpretada no sentido de abranger todos os casos de apreensão (presente, quer no arresto, quer na penhora — arts. 402º e 848º do Código de Processo Civil) e não apenas os previstos no art. 163º, pode determinar a conclusão de que o art. 22º do Dec.-Lei nº 74/75

- a não observância do impedimento de conduzir na sequência de resultado positivo do exame de pesquisa de álcool no ar expirado, nos termos dos nºs 4, 5 e 6 do Dec.-Lei nº 124/90, de 14 de Abril;
- o não cumprimento da decisão que aplicar a medida de inibição de conduzir por virtude da condenação por condução sob influência de álcool, nos termos do art. 4º, nº 4, do Dec.-Lei nº 124/90, de 14 de Abril (que classifica o facto como desobediência qualificada) ⁹⁴;
- a não observância das obrigações resultantes da imobilização de veículos, punível como desobediência classificada, nos termos do art. 12º do Dec.-Lei nº 110/90, de 3 de Abril ⁹⁵;
- o não cumprimento de ordens ou mandados emanados de funcionários de serviço municipal de polícia, em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei nº 32/94, de 29 de Agosto, que disciplina as atribuições e competências dos serviços municipais de polícia;

foi objecto de revogação (no mínimo parcial) tácita pelo citado art. 162º, nº 6, do Código da Estrada.

94 Apesar de não revogado expressamente, quer pelo Dec.-Lei nº 114/94, de 3 de Maio, que aprovou o Código da Estrada, quer pelo Dec.-Lei nº 48/95, que aprovou o Código Penal, não parece totalmente líquido que este preceito continue em vigor. Por um lado, a medida acresce às penas dos arts. 2º e 3º, que puniam anteriormente a condução sob influência de álcool, revogados expressamente por estes diplomas; por outro, quer o Código da Estrada, quer o Código Penal, prevêem sanções acessórias próprias aplicáveis no caso de condenação por qualquer das infracções actualmente correspondentes aos citados arts. 2º e 3º (agora como contra-ordenação e como crime). A manutenção desta punição como desobediência qualificada parece representar, contudo, uma distorção relativamente ao regime geral do art. 393º do Código Penal, tratando-se de crime, ou tratando-se da violação da sanção acessória da contra-ordenação (cf. *infra*).

95 Diploma cuja revisão se encontra anunciada na Lei nº 63/93, de 21 de Agosto, que autoriza o Governo a rever o Código da Estrada (art. 2º, nº 3).

- o não cumprimento de ordens emanadas dos governadores civis, nos termos do disposto no art. 7º do Dec.-Lei nº 252/92, de 19 de Novembro, com a redacção resultante do Dec.-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro ⁹⁶.

Questão controvertida tem sido a de saber se o não acatamento de decisão cível proferida em procedimento cautelar é passível de integrar o crime de desobediência ^{97,98}.

A jurisprudência conhecida inclina-se maioritariamente no sentido de que a possibilidade de punição se deve limitar, por razões de legalidade, ao não acatamento da decisão judicial de embargo de obra nova, atento o disposto no art. 420º, nº 2, do Có-

96 Na redacção originária, dispunha o art. 7º do Dec.-Lei nº 252/92, de 19 de Novembro: *A violação dos regulamentos da competência do governador civil constitui contra-ordenação punível com coima nos termos da lei geral.*

O Dec.-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro, que estabeleceu o regime de exercício de diversas actividades sujeitas a licenciamento, para além de dar cumprimento, neste domínio, ao princípio da legalidade e da tipicidade das medidas de polícia, visou expressamente o reforço do *poder de intervenção* dos governadores civis, no sentido de conferir maior eficácia à repressão dos excessos e do exercício ilegal daquelas actividades, como se declara no preâmbulo do diploma.

97 A questão tem sido discutida na jurisprudência a propósito das decisões sobre providências cautelares. Quanto às sentenças cíveis em geral, é jurisprudência pacífica que o seu não acatamento não integra crime de desobediência, pois que a sentença não contém substancialmente uma ordem, mas sim uma condenação, uma declaração ou a constituição de um estado de sujeição (cf., por todos, o Ac. STJ de 18/10/89, BMJ Nº 390, p. 138, respectiva anotação e doutrina nele citada).

98 O tema é objecto de um estudo exaustivo de JOÃO LUÍS MORAES ROCHA, na Tribuna da Justiça nº 28, de Abril de 1987, pp. 10 a 14, que conclui no sentido de que só constitui crime de desobediência o não acatamento de decisão relativa ao embargo de obra nova, pois a lei somente prevê responsabilidade criminal no art. 420º, nº 2, do Código de Processo Civil, que a ele se refere.