

Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)
Formação contínua para Magistrados

DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL
(Tomo I)

Autores

Dr. António João Latas
Dr. Jorge Dias Duarte
Dr. Pedro Vaz Patto

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ
Manual de apoio ao Curso M3

Ficha Técnica

Título: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Autores: António João Latas, Jorge Dias Duarte e Pedro Vaz Patto

ISBN: 978-972-9222-94-8

Depósito Legal: 281037/08

Editor: INA – Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marqueses de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: www.ina.pt

E-mail: edicoes@ina.pt

Capa: Sara Coelho

Execução Gráfica: JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

Tiragem: 1.000 exemplares

Ano de Edição: 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

Índice

PARTE 1 – PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS	
NOÇÕES BÁSICAS DA TEORIA DA INFRACÇÃO – SUA IMPORTÂNCIA	
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME	9
SUB-ÍNDICE	11
I – PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1 – Princípio da Legalidade	13
1.1 – Noção geral e breve bosquejo histórico	13
1.2 – Fundamento do princípio da legalidade	14
1.3 – Dimensões do princípio da legalidade	14
2 – Princípio da Não Retroactividade e da Aplicação da Lei Penal mais Favorável	20
2.1 – Noções e fundamentos	20
2.2 – Âmbito da proibição de retroactividade aos casos de descriminalização	21
2.3 – Âmbito e consequências da aplicação da lei penal não descriminalizadora mais favorável	23
2.4 – A lei penal temporária	28
2.5 – As medidas de segurança	29
3 – O Princípio da Culpa	30
4 – O Princípio da Igualdade	30
5 – Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo, em Matéria de Penas e Medidas de Segurança	31
6 – Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e, Consequentemente, das Penas	34
7 – Princípio da Natureza Temporária, Limitada e Definida das Penas e das Medidas de Segurança. (O Princípio da Humanidade das Penas)	34
8 – Princípio da Manutenção dos Direitos Fundamentais Compatíveis com a Privação da Liberdade	35
II – NOÇÕES BÁSICAS DA TEORIA DA INFRACÇÃO – SUA IMPORTÂNCIA	38
1 – Elementos do Crime	38
1.1 – A Acção	40
1.2 – Tipicidade	40

1.3 – Ilícitude – As causas da Justificação	59
1.4 – Culpa – As Causas de Exclusão da Culpa	69
1.5 – Punibilidade	74
1.6 – A Omissão	75
1.7 – Os Crimes Negligentes	77
2 – Formas do Crime	80
III – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME	92
1 – O Sistema de Reações Criminais	92
1.1 – Penas e medidas de segurança	92
1.2 – Fins das Penas	103
1.3 – As Reações Criminais e Outras Sanções de Natureza Pública – Nótula sobre as Contra-Ordenações	106
2 – A Escolha e Determinação das Penas, em Particular o Cúmulo Jurídico	107
2.1 – A Escolha e Determinação da Pena	108
2.2 – Procedimento para determinação especial da pena única no caso de concurso de penas (cúmulo jurídico)- aspectos essenciais	118
3 – Pressupostos da Medida de Segurança de Internamento de inimputáveis	119
3.1 – Requisitos	119
3.2 – Aspectos de Regime	120
3.3 –A Prorrogação do Internamento	121
4 – Outras consequências Jurídicas do Crime	122
4.0 – Significado político criminal da <i>perda de coisas e direitos relacionados com o crime</i>	122
BIBLIOGRAFIA	125
PARTE 2 – CRIMES CONTRA AS PESSOAS	127
SUB-ÍNDICE	129
I – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA	131
1 – Homicídio Simples	131
2 – Tipos de Homicídio Qualificado	133
3 – Tipos de Homicídio Privilegiado	135
4 – Exposição ou Abandono	141
II – HOMICÍDIO POR NEGLIGÊNCIA	146
III – CRIMES DOLOSOS DE OFENSAS À INTEGRIDADE FÍSICA	149
1 – Ofensa à Integridade Física Simples	149
2 – Tipos de Ofensas Qualificadas	153
3 - Tipos de Ofensas Privilegiadas	156
4 – Maus Tratos	157

IV – CRIMES DE AMEAÇAS E DE COACÇÃO	163
1 – Ameaça	163
2 – Coacção.....	165
3 – Coacção Grave.....	167
V – CRIMES DE SEQUESTRO, ESCRAVIDÃO, RAPTO E TOMADA DE REFÉNS	169
1 – Sequestro	169
2 – Escravidão	171
3 – Rapto	172
4 – Tomada de Reféns	174
5 – Privilégio	176
VI – VIOLAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	178
1 – Coacção Sexual	180
2 – Violação	185
3 – Abuso Sexual de Pessoa Incapaz de Resistência	187
4 – Abuso Sexual de Pessoa Internada	189
5 – Fraude Sexual	190
6 – Procriação Artificial Não Consentida	191
7 – Tráfico de Pessoas	192
8 – Lenocínio	195
9 – Actos Exhibicionistas	199
VII – ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E OUTROS CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	201
1 – Abuso Sexual de Crianças	202
2 – Abuso Sexual de Menores Dependentes	206
3 – Actos Sexuais com Adolescentes	208
4 – Actos Homossexuais com Adolescentes	209
5 – Lenocínio e Tráfico de Menores	215
6 – Agravacão	216
7 – Queixa	220
8 – Inibição do Poder Paternal	223
VIII – DIFAMAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A HONRA	225
1 – Difamação.....	225
2 – Injúria.....	227
3 – Equiparação.....	228
4 – Publicidade e Calúnia.....	229
5 – Agravacão	229
6 – Ofensa à Memória de Pessoa Falecida.....	230
7 – Dispensa de Pena.....	232
8 – Ofensa a Pessoa Colectiva, Organismo ou Serviço	233
9 – Procedimento Criminal	235
10 – Conhecimento Público de Sentença Condenatória	235

IX – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E OUTROS CRIMES CONTRA A RESERVA DA VIDA PRIVADA	237
1 – Violação de Domicílio	237
2 – Introdução em Lugar Vedado ao Público	240
3 – Devassa da Vida Privada	240
4 – Devassa por Meio de Informática	242
5 – Violação de Correspondência ou de Telecomunicações	243
6 – Violação de Segredo.....	245
7 – Aproveitamento Indevido de Segredo.....	246
8 – Agravação.....	247
9 – Queixa.....	248
10 – Crimes Contra o Património.....	248
11 – Burla.....	249
12 – Burla Qualificada.....	252
13 – Burla Informática e nas Comunicações.....	253
14 – Abuso de Cartão de Garantia ou de Crédito.....	255
15 – Branqueamento de Capitais.....	258
 PARTE 3 – JULGAMENTO	 273
SUB-ÍNDICE	275
NOTA PRÉVIA	279
 I – AS FORMAS DE PROCESSO	 279
1 – A evolução dos regimes de formas de processo no processo penal português	279
2 – O erro na forma de processo	282
3 – Análise do Regime do Julgamento nos Códigos de Processo Penal Portugueses de 1929 e 1987 à Luz dos Princípios Fundamentais	283
4 – Princípios Fundamentais que Regem a Audiência de Julgamento	284
4.1 – O princípio do contraditório	284
4.2 – O princípio da concentração	286
4.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz	287
4.4 – O princípio da publicidade	289
5 – Princípios Fundamentais Relativos à Prova	290
5.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material” ..	290
5.2 – O princípio da livre apreciação da prova	292
5.3 – O princípio <i>in dubio pro reo</i>	295
6 – Alteração do Objecto do Processo	296
6.1 – Os princípios em jogo	297
6.2 – A posição dominante na doutrina portuguesa a respeito do objecto do processo	299
6.3 – O regime do C.P.P. português de 1987 e algumas orientações da jurisprudência no âmbito da sua aplicação	300
6.4 – O regime do C.P.P. português de 1929	304

7 – A Sentença	306
8 – O Processo de Ausentes	312
9 – A Responsabilidade Civil Conexa com a Responsabilidade Criminal	314
9.1 – O regime do C.P.P. português de 1929	314
9.2 – O regime do C.P.P. português de 1987	317
II – OS RECURSOS – PRINCÍPIOS GERAIS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE	322
1 – Os Recursos Ordinários	322
1.1 – Decisões recorríveis e irrecorríveis	322
1.2 – Legitimidade e interesse em agir.....	324
1.3 – Âmbito do recurso	326
1.4 – Fundamentos do recurso	328
1.5 – Efeitos da interposição do recurso	329
1.6 – Momento e forma de subida dos recursos	330
1.7 – A proibição da <i>reformatio in pejus</i>	332
2 – Os Recursos Extraordinários	334

Parte 1

PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL
DIREITOS FUNDAMENTAIS

NOÇÕES BÁSICAS DA TEORIA DA INFRACÇÃO
SUA IMPORTÂNCIA

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

Dr. António João Latas

Sub-índice

I – PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1 – Princípio da Legalidade	13
1.1 – Noção geral e breve bosquejo histórico	13
1.2 – Fundamento do princípio da legalidade	14
1.3 – Dimensões do princípio da legalidade	14
2 – Princípio da Não Retroactividade e da Aplicação da Lei Penal mais Favorável	20
2.1 – Noções e fundamentos	20
2.2 – Âmbito da proibição de retroactividade aos casos de descriminalização	21
2.3 – Âmbito e consequências da aplicação da lei penal não descriminalizadora mais favorável	23
2.4 – A lei penal temporária	28
2.5 – As medidas de segurança	29
3 – O Princípio da Culpa	30
4 – O Princípio da Igualdade	30
5 – Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo, em Matéria de Penas e Medidas de Segurança	31
6 – Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e, Consequentemente, das Penas	34
7 – Princípio da Natureza Temporária, Limitada e Definida das Penas e das Medidas de Segurança. (O Princípio da Humanidade das Penas)	34
8 – Princípio da Manutenção dos Direitos Fundamentais Compatíveis com a Privação da Liberdade	35
II – NOÇÕES BÁSICAS DA TEORIA DA INFRACÇÃO – SUA IMPORTÂNCIA	38
1 – Elementos do Crime	38
1.1 – A Acção	40
1.2 – Tipicidade	40
1.3 – Ilícitude – As causas da Justificação	59
1.4 – Culpa – As Causas de Exclusão da Culpa	69
1.5 – Punibilidade	74
1.6 – A Omissão	75
1.7 – Os Crimes Negligentes	77
2 – Formas do Crime	80

III – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME	92
1 – O Sistema de Reacções Criminais	92
1.1 – Penas e medidas de segurança	92
1.2 – Fins das Penas	103
1.3 – As Reacções Criminais e Outras Sanções de Natureza Pública – Nótula sobre as Contra-Ordenações	106
2 – A Escolha e Determinação das Penas, em Particular o Cúmulo Jurídico	107
2.1 – A Escolha e Determinação da Pena	108
2.2 – Procedimento para determinação especial da pena única no caso de concurso de penas (cúmulo jurídico)- aspectos essenciais	118
3 – Pressupostos da Medida de Segurança de Internamento de inimputáveis	119
3.1 – Requisitos	119
3.2 – Aspectos de Regime	120
3.3 –A Prorrogação do Internamento	121
4 – Outras consequências Jurídicas do Crime	122
4.1 – Significado político criminal da <i>perda de coisas e direitos relacionados com o crime</i>	122
BIBLIOGRAFIA	125

I – PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1.1 – Noção geral e breve bosquejo histórico

O Princípio da Legalidade do direito penal assenta na ideia de que também o direito penal está sujeito a limites que visam evitar uma intervenção do Estado arbitrária ou excessiva no domínio da definição dos crimes e das penas.

Numa acepção mais geral, o princípio da legalidade em matéria criminal pode analisar-se essencialmente sob três perspectivas, que aqui se consideram, ainda que forme uma unidade do ponto de vista valorativo e de sistema: o princípio da legalidade propriamente dito que se reconduz em boa medida à **reserva de lei** (nullum crimen sine lege), a **proibição de retroactividade** (nullum crimen sine lege proevia) e o que alguns autores¹ designam de princípio da tipicidade, de que deriva, como corolário mais significativo do ponto de vista da aplicação do direito, a **proibição de analogia**.

A história do princípio da legalidade acompanha a da *rule of law* no mundo jurídico anglo-americano e a do princípio da constitucionalidade do Estado no continente europeu, encontrando já expressão na Magna Carta Libertatis de 15 de Junho, sendo aí entendido como restrição do direito de punir e, portanto, como garantia dos direitos individuais face às sanções penais. É no séc. XVIII, porém, que o princípio surge como uma exigência política do iluminismo, ficando a dever-se a Beccaria (1764) a defesa dos princípios da legalidade e da necessidade da pena.

A fórmula fundamental que influenciou toda a evolução posterior é a do art. 8º da declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.*”

Atribui-se a Feuerbach, jurista Alemão do séc. XIX, a máxima latina “*Nulla poena sine lege*”. Mas o princípio conheceu uma rápida internacionalização sobretudo

¹ Vd Jorge Miranda, *Os Princípios Constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal* in O Direito, 1989, IV, p 685.

depois da segunda Guerra Mundial, encontrando-se consagrado no art. 11º nº2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma-1950) no art. 15º do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, da ONU, e na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, aprovada em 1981 e entrada em vigor em 1986, a qual foi ratificada por todos os PALOP.

De uma maneira geral todos os códigos criminais consagram o princípio da legalidade, o qual marca presença ainda na generalidade das constituições modernas, tendo sido acolhido nas **constituições dos cinco PALOP**: art. 37º da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (doravante CRDSTP) de 1990, revista pela Lei nº1 de 2003 (Lei de Revisão Constitucional); art. 36º da Lei Constitucional da República de Angola, (LCRA) de 1992, com alterações introduzidas em 1996; art. 31º da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), de 1999; art. 41º da Constituição da República da Guiné-Bissau CRGB), de 1993, com alterações em 1995 e 1996 e também os artgs 59º n.º 3 e 60º da recente Constituição da República de Moçambique, (CRM) de Novembro de 2004, que repete o art. 99º da anterior constituição, de 1990. Também a constituição portuguesa de 1976 (CRP) acolhe no art. 29º o princípio da legalidade em matéria de aplicação da lei criminal.

1.2 – Fundamento do princípio da legalidade

O Prof. Sousa Brito faz radicar o **fundamento do princípio** na segurança jurídica e especialmente na segurança do indivíduo frente ao Estado, o que num Estado de Direito Democrático se traduz no direito do indivíduo de não ser afectado nos bens essenciais da sua vida, senão na medida exigida por lei à realização dos fins do Estado.

Para além deste fundamento originário, de natureza jurídico-política, o Prof. Taipa de Carvalho considera que o princípio se funda ainda em razões político-criminais, pois ao atribuir à pena uma função pragmática de prevenção geral negativa ou de dissuasão, o iluminismo penal veio reforçar a exigência de que a lei fosse clara e anterior ao facto: se a lei penal tem a função de levar a que os cidadãos não pratiquem crimes, então ela deverá indicar com anterioridade e precisão o que é crime e qual a pena que lhe é aplicável: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

1.3 – Dimensões do princípio da legalidade

O princípio da legalidade desdobra-se ou analisa-se numa diversidade de aspectos específicos, impondo-se analisar um pouco melhor os mais significativos, conforme aludido supra.

1.3.1 – Reserva de Lei

1.3.1.1 – O princípio da legalidade penal, em sentido estrito, significa antes de mais que *tem que existir uma norma escrita* para que um facto seja considerado crime: a qualificação de um facto como ilícito penal não pode ser feita casuisticamente, de modo concreto e particular, tem que ser estabelecido em norma em normas jurídicas, com carácter de abstracção e generalidade.

Por outro lado, desde as origens do Estado de Direito tem-se entendido que a separação dos poderes de soberania é um meio de garantir o direitos e as liberdades individuais fundamentais, tal como tem sido consensualmente aceite que a definição dos crimes e das penas devem ser da competência exclusiva dos parlamentos, enquanto órgãos directamente emanados da vontade popular, órgãos do debate político plural, não comprometidos directamente com a acção governativa, pelo que mais garantias darão contra eventuais e conjunturais tentações de criminalizações e penalizações arbitrárias. (Taipa de Carvalho).

Daí a exigência de lei em sentido formal, lei escrita emanada do parlamento, na definição de crimes e penas, a que corresponde o brocardo latino, “ *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*”.

Nos PALOP, à excepção de Moçambique, é a constituição que expressamente acolhe entre os casos de reserva absoluta ou relativa de competência, a matéria da definição de crimes e penas: art. 90º al. n) da LCRA, art. 176º n.º 1 c) da CRCV, art. 86º g) da CRGB, art. 98º al. K) da CRSTP. Também em Portugal, só a Assembleia da República ou o Governo mediante autorização legislativa pode definir crimes, os pressupostos das medidas de segurança e respectivas penas ou medidas de segurança. – *art. 165º nº1 c) da CRP*.

No que respeita ao seu âmbito e alcance, entendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a reserva de lei da AR vale para todo o direito penal e processual penal, abrangendo tanto a criminalização ou penalização, como a descriminalização, aqui se incluindo a descaracterização de infracções do direito penal para o direito contra-ordenacional, o que tem sido igualmente entendimento do Tribunal Constitucional português.

Do princípio da reserva de lei, enquanto afirmação de que só a lei como acto da função legislativa pode considerar ilícitos penais, estabelecer tipos de crime, derivam alguns outros corolários:

- 1 – Proibição de intervenção normativa de regulamentos nesta matéria, não podendo a lei atribuir-lhes tal competência.

- 2 – Exclusão dos Assentos como meio de fixação, pelo tribunal, de *doutrina com força obrigatória geral*, tal como os previa e definia, para todos os ramos de direito, o art. 2º do C. Civil português.
- 3 – Desta dimensão do princípio da legalidade resulta ainda ser completamente *vedado ao juiz criar* instrumentos sancionatórios criminais que não se encontrem expressamente previstos em anterior lei em sentido formal, por mais louváveis que possam ser os propósitos jurídico-criminais que o motivem. (F. Dias).
- 4 – Exclusão do Direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou de punição penal (penas).

A propósito da relevância do costume em direito penal, importa ainda ter em conta que o significado originário da exigência de lei escrita, foi precisamente o de afastar o costume como fonte do direito penal, o que, juntamente com a figura dos *crimes naturais*, constituía fonte de grande insegurança jurídica do cidadão e de graves arbitrariedades judiciais no *Ancien Regime*.

Mesmo nos casos do chamado *costume internacional* a que se refere, p. ex., o art. 29º nº2 da C.R. Portuguesa, entende-se que as respectivas normas apenas podem ser aplicadas depois de transformadas em – ou pelo menos adaptadas por – lei formal interna (Sousa Brito).

A irrelevância do costume do ponto de vista incriminador e sancionador, não significa que o mesmo seja de todo irrelevante em matéria jurídico-penal.

Por um lado, como refere a Prof. Teresa Beleza, não é a exclusão do costume pelo princípio da legalidade que impedirá aquele de revogar uma lei criminal. Na afirmação expressiva de um autor alemão por ela citado (Bockelmann), “É um dado velho da experiência que a proibição legal do direito costumeiro pode ser derogada pelo costume”. Daí que, embora deva entender-se que o costume não poderá criar normas incriminadoras ou em qualquer caso responsabilizadoras ou agravadoras, precisamente por força da exigência de lei escrita pelo subprincípio da reserva de lei, não ofenderá o princípio da legalidade que o costume possa revogar ou *atenuar* normas penais escritas pré-existentes, dando assim cumprimento ao princípio constitucional da aplicação da lei penal mais favorável.

Por outro lado, pode considerar-se que o chamado *costume jurisprudencial* possa desempenhar um papel fundamental na especificação do sentido de muitas normas penais, o que pode ocorrer - como refere T. Beleza – pela apropriação pelos tribunais, aquando da aplicação do direito, de usos e costumes sociais, ainda que não atinja a relevância que tem nos sistemas de *common law*. Será o caso da

integração dos conceitos legais indeterminados que contêm uma remissão tácita para critérios extra-jurídicos de comportamento, como sucede com expressões como “pudor” ou “injúria”, entre outros. Como refere H. Henckel, igualmente citado por T. Beleza, “O conceito de injúria, como manifestação de desprezo ante outro por meio de palavras ou actos pode tornar necessário, para o julgamento do caso, o recurso aos critérios normativos dos usos; por exemplo, quando o comportamento incriminado consiste no emprego de expressões inadequadas, na omissão de manifestações correntes de cortesia ou em tratar outra pessoa abaixo do nível de respeito que lhe é devido, consoante o uso.”.

O costume, filtrado e fixado pelos tribunais pode, pois, ter um papel com algum relevo em matéria jurídico-penal.

1.3.1.2 – Proibição de analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança).

- a) Uma outra dimensão do princípio da legalidade com especial pertinência para a aplicação do direito pelos tribunais, traduz-se na **proibição de analogia** na definição de crimes ou de pressupostos das medidas de segurança – *nullum crimen sine lege stricta*.

Quanto ao seu âmbito de aplicação importa deixar claro desde logo que o princípio apenas vale quando se trate de fundamentar ou, de alguma forma, agravar a responsabilidade penal do arguido. Isto é, apenas é proibida a analogia *in malam partem*, nada obstando à aplicação analógica a favor do arguido, nomeadamente tratando-se de causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpa.

Para além de se respeitar por esta via os direitos individuais, a proibição de analogia tem na sua génese a preocupação de preservar a separação de poderes tal como a mesma resultou da revolução francesa no fim séc. XVIII: se um juiz pudesse recorrer à analogia para criar novos tipos de crimes semelhantes aos que já existiam na lei escrita isso significaria que o juiz, membro de um órgão do poder judicial, estaria a invadir o poder legislativo; i.e., por via da aplicação da lei, estaria a criar novos tipos de crime (T. Beleza). Questão particularmente difícil é adistinguir no campo da aplicação prática entre o que é interpretação ainda permitida e o que seja analogia *in malam partem* já proibida.

Longe vai o tempo da crença iluminista na vinculação do juiz a uma estrita interpretação literal, bem evidente na célebre locução de Montesquieu, segundo a qual o juiz é apenas “a boca da lei”, pelo que se tem hoje por

assente a inevitabilidade da interpretação de todas as normas jurídicas e também – obviamente – das normas penais. Como refere a Prof^a. Teresa Beleza, a propósito do art. 131^o do C. Penal Português de 1982 (Homicídio – “ Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.”.), não obstante a aparente simplicidade e clareza do preceito muitas são as questões que se suscitam logo que nos debruçamos um pouco mais sobre a norma. – Que quer dizer matar? – apenas causar a morte imediatamente ou causar a alguém uma doença ou infecção que posteriormente leve à morte? – Abrange o caso em que se agride alguém de forma pouco grave mas a mesma acaba por morrer a caminho do hospital, depois de um desastre da ambulância? – E abortar é matar outra pessoa?

Ora, na esteira da doutrina alemã, vem-se entendendo que constitui interpretação da lei e, portanto, ainda admissível, a adopção de um dos sentidos possíveis da letra da lei, constituindo analogia proibida a aplicação da norma a casos que não tivessem o mínimo de correspondência com a letra da lei que se traduz, assim, num verdadeiro limite à interpretação em direito penal.

É com este sentido que nos parece dever interpretar-se normas como a do art. 2^o n^o3 do C. Penal da Guiné-Bissau, aprovado pelo Dec.Lei 4/93 de 13 de Outubro, que proíbe expressamente a aplicação analógica de lei que tipifique um facto como crime ou que determine a sanção aplicável, mas admite expressamente a interpretação extensiva, atribuindo-lhe significado igual ao que resulta do art. 18^o da C. Penal de 1886 (em vigor em Angola, Moçambique e São Tomé e Príncipe) ou no art. 1^o n^o3 do C. Penal Português de 1982.

Permite-se apenas a incriminação e a aplicação de pena ou medida de segurança que estejam expressamente previstas na lei, ou seja, explicitamente traduzidas em palavras de lei anterior, sendo que a interpretação destas palavras tem como limite extremo o sentido possível dessas mesmas palavras, quer se entenda, ou não, estarmos já, nestes casos, perante interpretação extensiva.

- b) Directamente conexionado com o princípio da reserva de lei, podendo mesmo considerar-se que este representa apenas uma dimensão daquele, é o chamado **princípio da tipicidade**, segundo o qual, a lei deve especificar, definir, o tipo de crime (ou os pressupostos das medidas de segurança), tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação. “... *sine lege precisa e sine lege stricta*”.

Esta exigência deriva da constatação de que uma lei vaga, imprecisa na sua formulação, não assegura a efectiva protecção dos direitos individuais, pois uma lei em relação à qual é difícil dizer que actos proíbe ou condena, será

um pouco semelhante a não haver lei nenhuma (T. Beleza), como será o caso da imprecisão na definição de deveres impostos pela função em matéria de direito disciplinar, por meio de expressões como comportamento indigno, indecoroso ou criticável, ou a utilização de locuções ou expressões indeterminadas na definição de tipos penais, tal como *lugar ermo ou acto sexual de relevo*, entre muitas outras.

Reconhecendo embora a inevitabilidade de imprecisões na tipificação legal, a preocupação pelo respeito mais cabal do princípio da legalidade nesta vertente da *lege precisa, explica o recurso* cada vez mais frequente o recurso a normas contendo definições legais, de que são meros exemplos o art. 1º do Código de Processo Penal português (CPP) o art. 202º do C. Penal português de 1982 que define, entre outros conceitos, o de *valor elevado, escalamento ou arrombamento* nos crimes contra a propriedade, como forma de respeitar de diminuir o número de conceitos indeterminados, melhor cumprindo o princípio e a razão de ser do mesmo.

Ainda a este propósito, referem-se igualmente *as normas penais em branco* – normas que remetem para outra fonte normativa, que pode encontrar-se mesmo noutra ramo do direito (administrativo, fiscal, estradal ou civil) o preenchimento do seus próprios pressupostos – como exemplos de desvio ao princípio da legalidade, na sua vertente da tipicidade. Ou seja, não se trata de mera questão de interpretação mas de conteúdo normativo: a norma remete para ordenamentos, sem os quais ficaria sem conteúdo.

Constituem exemplos de normas penais em branco, entre muitas, o art. 291º n.º 1 b) do C. Penal português de 1982 quando se refere à violação grosseira das regras de circulação rodoviária relativas à prioridade, à ultrapassagem, ao limite de velocidade, etc., na medida em que só o recurso às normas respectivas do Código da Estrada permitem a descrição completa do comportamento típico. Também o art. 277º n.º 1 a) do mesmo Diploma Legal se reporta às regras legais, regulamentares ou técnicas que devam ser observadas no planeamento, direcção ou execução de construção, demolição ou instalação, com o que remete para um sem número de disposições exteriores ao ordenamento jurídico penal, mas cujo conhecimento é essencial à tipicidade da conduta.

Na maioria destes casos, embora seja evidente o desvio à função orientadora da norma penal considerada de *per si, vem-se* entendendo que a utilização pelo legislador de normas penais em branco não constitui, as mais das vezes, violação intolerável do princípio, dado que o conteúdo da norma penal é claramente susceptível de especificação, embora com recurso a outros conjuntos de normas, recusando-se a respectiva declaração de inconstitucionalidade.

2 – PRINCÍPIO DA NÃO RETROACTIVIDADE E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL

2.1 – Noções e fundamentos

O princípio da não retroactividade da lei penal desfavorável - traduzido na máxima latina, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* - constitui um dos corolários do princípio da legalidade que mais questões suscita e que maior importância pode ter na prática.

Para além ser expressamente referido nos preceitos constitucionais que consagram expressamente o princípio da legalidade (vd preceitos constitucionais supracitados), o princípio da proibição de retroactividade da lei penal desfavorável – bem como o princípio da aplicação da lei penal mais favorável – constam em regra dos códigos penais.

Significam tais princípios que:

- A lei não pode qualificar como crimes factos passados nem aplicar a crimes anteriores penas mais graves;
- Deixa de ser considerado crime o facto que lei posterior venha despenalizar e deixa de ser aplicável a lei do tempo do facto se este passar a ser menos severamente penalizado por lei posterior (*Aplicação da lei mais favorável*).

a) Tal como referido a propósito do princípio da legalidade em geral, foram e continuam a ser essencialmente dois os **fundamentos da proibição de aplicação retroactiva da lei penal**: a razão jurídico-política da garantia do cidadão face ao *ius puniendi* estatal e a função preventivo-geral de intimidação ou dissuasão imputada à pena.

Conforme refere Fernanda Palma, também os princípios da igualdade e da necessidade da pena impõe a solução descriminalizadora, tal como a aplicação da lei penal mais favorável: «Se a lei penal posterior suprimir uma norma incriminadora, será injusto que agentes de factos idênticos mereçam tratamento radicalmente diferente (punição e não punição), conforme tais factos sejam perpetrados antes ou depois da revogação da norma.»²

b) Já quanto à aplicação retroactiva da lei penal favorável (retroactividade *in melius*), que constitui um verdadeiro princípio autónomo e não uma excepção à irretroactividade da Lei Penal, é o mesmo tributário do

² Fernanda Palma, A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade *in pejus* in Jornadas sobre a revisão do Código penal, Lisboa, AAFDL-1998.

reconhecimento à pena de uma função essencialmente preventiva geral e especial. Na verdade, se o legislador entende que um facto deve deixar de ser punido ou deve sê-lo de forma menos grave, deixa de ter sentido a aplicação da lei antiga, pois é a nova avaliação do legislador penal que, do ponto de vista das finalidades de prevenção das penas, deve prevalecer.

Como diz o Prof. Taipa de Carvalho, também o **princípio da restrição mínima dos direitos fundamentais**, próprio de um Estado de Direito material, reforçou o apontado fundamento político-criminal. Na verdade, se o legislador entende que uma pena menos grave e, portanto, menos limitadora dos direitos fundamentais, *maxime* da liberdade, é suficiente para satisfazer as necessidades de prevenção geral e de prevenção especial, então seria inconstitucional continuar a aplicar a lei antiga, mais grave, apesar de no momento do julgamento ou da execução ser a mesma desnecessária face às novas valorações do legislador.

c) O *tempus delictii*.

Indispensável à correcta aplicação dos princípios inerentes à proibição de retroactividade da lei criminalizadora ou mais grave e à aplicação da lei penal mais favorável, é definição do momento em que o facto deve considerar-se praticado, ou seja, a questão do *tempus delictii*.

Relativamente ao critério geral de definição do *tempus delictii* – único a que se aludirá –, é claramente maioritária a *doutrina da actividade ou da conduta*, segundo a qual o momento determinante é aquele em que teve lugar a actividade, a execução, a acção ou a omissão, e não aquele em que se verificou o evento ou resultado de que, eventualmente, dependa a consumação do crime. Assim, no crime de homicídio determinante é o momento em que o agente actuou de forma adequada a provocar a morte da vítima e não o momento em que esta efectivamente ocorreu. Esta doutrina que hoje está positivamente consagrada no art. 3º do C. Penal Português de 1982, era já defendida para o C. Penal de 1886, nomeadamente por Cavaleiro de Ferreira (p. 120-123).

2.2 – Âmbito da proibição de retroactividade e casos de descriminalização

- a) A proibição de retroactividade incide todos os aspectos relevantes do ponto de vista da responsabilidade criminal do arguido, pelo que vale relativamente:
- às incriminações;
 - à agravação da responsabilidade criminal,
 - aos pressupostos das medidas de segurança (como melhor veremos infra);
 - às penas e medidas de segurança.

Entende-se ainda, maioritariamente, que a proibição de retroactividade da lei penal desfavorável abrange todas as normas processuais que afectem direitos e garantias, vulgarmente designadas de normas **processuais penais materiais**, quer se encontrem previstas na legislação penal substantiva, quer no Código de Processo penal, como é o caso das normas relativas à *queixa*, à *prescrição* ou à *prisão preventiva*. Pela sua dependência do regime e particularidades dos respectivos institutos, torna-se impraticável tratarmos aqui deste aspecto da sucessão de leis penais no tempo, pelo que nos ficamos apenas por esta referência que pretende sobretudo chamar a atenção para a sua importância prática.

b) Casos de descriminalização.

b.1 – A Lei Nova (LN) descriminaliza a conduta, a qual deixa de ser punível por qualquer outra forma no âmbito do direito sancionatório público.

Trata-se de despenalização pura e simples, ou em sentido estrito. A conduta que era punida como crime ou contravenção, deixa de ser punida a qualquer título; p.ex. o crime de adultério da mulher, previsto no art. 401º e o de adultério do marido p. e p. pelo art. 404º, ambos do C. Penal de 1886, deixaram de ser punidos com a entrada em vigor do C. Penal de 1982.

Também se inclui aqui o comportamento que dava lugar à aplicação de uma medida de segurança (vd infra) e que deixou de estar prevista como tal; p. ex. o exercício da prostituição, que era proibido pelo art. 1º do Dec.Lei n.º 44 579 de 17.09.1962 (com efeitos desde 01.01.1963), o qual equiparava as prostitutas aos vadios para efeito de aplicação de medidas de segurança, tendo aquele preceito sido expressamente revogado pelo art. 6º nº2 do Dec.Lei 400/82 de 23.09., que aprovou o C. Penal de 1982.

Nestes casos, cessa de imediato o procedimento criminal ou a execução da pena em curso, mesmo nos casos de decisão condenatória transitada em julgado. Se a concepção do legislador se alterou ao ponto de deixar de reputar juridico-penalmente relevante um comportamento, não faria qualquer sentido, do ponto de visto político-criminal, manter os efeitos da concepção ultrapassada.

b.2 – A LN deixa de considerar crime uma dada conduta, passando a mesma a ser punida a título de contravenção ou transgressão.

Tendo presente que o C. Penal de 1886 considera o crime e a transgressão ou contravenção como duas espécies do género infracção criminal, não pode considerar-se haver descriminalização – o facto continua a ser punido pela

lei penal – mas antes mera sucessão de leis penais, em sentido próprio, em que a LN será aplicável por ser mais favorável.

Assim tem entendido T. Carvalho mesmo no domínio da actual Código Penal português – que não conhece a figura da contravenção ou transgressão como ilícito penal – para as contravenções previstas em legislação avulsa.

No direito português tem suscitado dúvidas a solução a adoptar quando um determinado facto deixa de ser punido como crime para passar a constituir contra-ordenação, dado que esta não tem natureza criminal, constituindo antes ilícito de mera ordenação social, de natureza administrativa, mas é questão que não se aprofundará dado que, à excepção de Cabo verde, os ordenamentos jurídicos dos PALOP não acolhem esta forma de ilícito.

2.3 – Âmbito e consequências da aplicação da lei penal não descriminalizadora mais favorável (sucessão de leis penais em sentido estrito).

a) Casos abrangidos.

Incluem-se aqui todos os casos em que a LN, continuando a punir o facto sancionado pela Lei Antiga (LA), atenua aspectos do seu regime relacionado com as consequências jurídicas do facto, designadamente a espécie ou medida da pena, da medida de segurança ou outros efeitos penais da condenação.

Casos há, porém, em que se modifica a descrição típica, acrescentando, retirando ou substituindo algum elemento que constava da LA, de tal modo que fica a dúvida sobre o verdadeiro sentido e alcance da alteração, ou seja, se determinado facto praticado na domínio de vigência da LA foi descriminalizado pela LN ou se continua a ser punido por esta, ainda que em termos diferentes.

É o que, a título de exemplo, sucede nos casos em que a LN alarga a punibilidade por supressão de elementos especializadores constantes da LA, ou em que a LN troca elementos do tipo legal, nomeadamente qualificadores, ou ainda nos casos de resolução mais controversa, em que a LN reduz a punibilidade por adição de novos elementos típicos, como sucede no seguinte exemplo retirado de T.Carvalho: se a LA punia, “A venda de bens impróprios para consumo” e a LN acrescenta o elemento típico, “*que constituam perigo para a saúde*”, continua a ser punido o facto que constituía perigo para a saúde ao tempo da LA embora esta lei prescindisse deste elemento por punir, mais amplamente, todos os casos de venda de bens impróprios para consumo, pusessem ou não em perigo a saúde pública? – Pela sua complexidade e especificidade não se desenvolverá a questão, cujo tratamento se encontra

exaustivamente feito por Taipa de Carvalho, Sucessão de leis penais, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora-1997.

b) O limite do caso julgado.

Enquanto os efeitos da descriminalização prevalecem sobre e o caso julgado, por disposição expressa do art. 6º n.º1 do C. Penal de 1886 que determina que fica extinta a pena em virtude da LN descriminalizadora, mesmo que tenha havido já condenação transitada em julgado, o mesmo não sucede nos casos de LN não descriminalizadora mais favorável.

Para estes casos rege o n.º 2º do mesmo art. 6º – em termos idênticos ao preceituado no art. 2º n.º 4 do C. Penal Português de 1982 – que apenas será aplicada a pena mais leve ao “... infractor que ainda não estiver condenado por sentença transitada em julgado”, de onde resulta que o arguido nesta última situação não beneficiará da LN mais favorável.

Tem-se posto em causa a constitucionalidade do n.º 4 do art. 2º do CPenal português face ao art. 29º n.º 4 da CRP, na medida em que esta norma determina a aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido, sem excepcionar o caso julgado, o que merece o apoio de boa parte da doutrina portuguesa³, para além de ter já merecido acolhimento no Tribunal Constitucional, pelo menos em certos casos.

Neste sentido da irrelevância do caso julgado vai o Código Penal da Guiné-Bissau, que no seu art. 3º n.º2 manda aplicar sempre a LN concretamente mais favorável ao agente, desde que a sanção não tenha sido cumprida nem declarada extinta. Igual solução é acolhida pelo C. Penal espanhol de 1995 e pelo Código Penal brasileiro, sendo ainda a regra para as contra-ordenações no ordenamento jurídico português.

c) Determinação da lei penal mais favorável.

O primeiro problema a considerar nesta sede é o de saber como aferir, na comparação entre a LN e a LA, qual a que será mais favorável ao arguido. As alternativas têm-se colocado sobretudo a dois níveis: ponderação abstracta ou ponderação concreta; ponderação global ou unitária ou ponderação diferenciada. Vejamos então.

³ Assim Taipa de Carvalho, Fernanda Palma, ob. Cit., p. 420, Gomes Canotilho e Vital Moreira, anotação ao art. 29º da CRP. Em sentido contrário F. Dias, Direito Penal I/189

c.1 – Ponderação concreta ou ponderação abstracta.

Devem comparar-se abstractamente as leis potencialmente aplicáveis tal como as mesmas constam dos respectivos diplomas legais ou tem que cuidar-se, antes, do resultado da sua aplicação no **caso concreto**, para poder decidir qual delas é mais favorável? – Isto é, num exemplo, se a LN apenas prevê a pena de prisão para o mesmo crime que, anteriormente, a LA punia com prisão ou multa, deve logo considerar-se ser esta última a mais favorável por admitir a aplicação de pena não privativa da liberdade? – Ou deve proceder-se à escolha da pena, em concreto, e só no caso de poder optar-se pela multa prevista na LA, pode concluir-se que esta é mais favorável por permitir a aplicação de pena não privativa de liberdade?

– Quer no domínio do C. Penal de 1886⁴, quer do actual Código Penal Português, tem-se entendido que a ponderação deve fazer-se em concreto, o que é agora reforçado pela referência do nº4 do art. 2º do C. Penal português de 1982, ao “...regime que *concretamente* se mostre mais favorável.”

Isto implica que o juiz deve verificar qual a pena que aplicaria ao arguido face a cada uma das leis a comparar, para em concreto escolher a mais favorável. Tal não significa, porém, que o juiz não possa optar logo por uma das leis em confronto, sem ter que levar a cabo todo o procedimento para determinação concreta da pena, se for “... evidente, numa simples consideração abstracta, que uma das leis é claramente mais favorável que a outra. Assim, se a LA estabelecia uma pena de 8 a 16 anos de prisão, enquanto a LN se limitou a alterar esta pena para 5 a 12 anos de prisão, é, logo *ab initio*, evidente que a LN é mais favorável.” (T.Carvalho, Manual, p. 232).

c.2 – Ponderação global ou unitária ou ponderação diferenciada.

O problema aqui colocado é o de saber se em face de dois regimes legais que se sucedem no tempo, o tribunal pode aplicar disposições de cada um deles, alternadamente, de acordo com o juízo que possa fazer

⁴ Vd, por todos, Eduardo correia, Direito Criminal I- Reimpressão, Coimbra, Livraria Almeida-1971, onde pode ler-se na p. 160: “*Pode, na verdade, suceder que uma lei seja mais favorável em abstracto, mas, consideradas certas circunstâncias atenuantes que uma outra lei prevê, venha a verificar-se que é esta que concretamente é mais favorável ao delinquente.*”

A este resultado concreto, pois, e não a puras comparações em abstracto, se deve atender para determinar qual a pena mais leve.”

sobre aspectos normativos particulares, ou se deve optar em bloco, por um dos regimes legais, sendo globalmente que deve aferir qual deles é mais favorável ao arguido.

Para o primeiro entendimento, o tribunal pode optar pela espécie de pena prevista na LA, por exemplo mas aplicar a moldura abstracta – mais favorável – da LN, ou ainda optar pelos prazos – mais curtos – de prescrição da LA, mas aplicar a norma da LN sobre o modo de contagem dos mesmos, por ser mais favorável.

Maioritariamente, a jurisprudência⁵ e a doutrina portuguesas têm entendido que a ponderação deve ser global ou unitária, apontando como um dos argumentos não poder admitir-se que o juiz, fazendo ponderação e aplicação diferenciada, acabe por compor ou tecer um terceiro regime que não corresponderia a nenhum dos que estão em confronto.

Todavia, o Prof. Taipa de Carvalho tem-se batido pela ponderação diferenciada por entender que o C. Penal Português não impõe a outra solução, e militarem a favor da ponderação diferenciada, quer (1) o princípio da mínima restrição possível dos direitos e liberdades fundamentais, quer (2) a autonomia teleológica-material das disposições normativas sobre a pena principal, as penas acessórias e pressupostos processuais.

Por seu lado, o Código Penal da Guiné-Bissau refere-se expressamente, no seu art. 3º nº3, à “ ... aplicação global do regime resultante da lei nova mais favorável.”, com o que terá o legislador guineense optado pela regra da ponderação unitária, tal como no nº1 daquele mesmo art. 3º terá afirmado expressamente a necessidade de ponderação concreta em detrimento da mera ponderação abstracta, ao referir-se à lei concretamente mais favorável ao agente.

Em todo o caso, sempre se diga que mesmo quem entende dever proceder-se à ponderação global dos regimes reconhece limitações a tal solução, nomeadamente tratando-se de causas de extinção da responsabilidade criminal, como a prescrição, ou tratando-se do cúmulo jurídico entre diversas penas, a que possa ser aplicado regime penal diverso.

⁵ Vd a título de exemplo o Ac. STJ de 10/2/2000, CJ STJ, T.1/208.

«Ao decidir-se, ao abrigo do disposto no art. 2º nº4 do CP aplicar ao arguido um dos dois regimes em confronto, tal regime tem de aplicar-se na totalidade e não respigando neles as normas que lhes forem mais favoráveis.»

Quanto ao primeiro tipo de situações, entende o Prof. F. Dias que a ponderação global ou unitária não pode obstar a que, "... considerando-se, v.g. aplicável a lei antiga à apreciação do tipo legal ou (e) da pena, todavia acabe por aplicar-se a lei nova na parte em que considera, diversamente da lei anterior, que o crime está já prescrito. Porque, em definitivo, aquela conduz à responsabilização, esta à responsabilização penal do agente."

Relativamente ao cúmulo jurídico, têm entendido alguns acórdãos do STJ⁶ que nada obsta a que se proceda a cúmulo jurídico com penas parcelares encontradas de acordo com regimes legais diferentes, em vez de vir a optar entre duas penas únicas, o que me parece imposto desde logo pelo princípio da igualdade de tratamento ou de justiça relativa.

Na verdade, caso se procedesse à ponderação global nesses casos, optando entre as penas únicas encontradas de acordo com cada um dos regimes aplicáveis, teríamos frequentemente soluções distintas consoante se tratasse de crimes julgados simultaneamente ou, diferentemente, de concurso de crimes conhecido supervenientemente (vd infra-concurso de penas), pois neste último caso o tribunal competente para o cúmulo terá que considerar as penas parcelares tal como foram cominadas nos diferentes processos, onde, em princípio, terá sido aplicada, a lei mais favorável para cada um dos crimes a que respeitam as respectivas penas parcelares. Só a ponderação diferenciada relativamente a cada um dos crimes cuja pena integrará o cúmulo jurídico, mesmo quando se trate do respectivo julgamento conjunto, permitirá, pois, igualdade de tratamento.

d) Lei penal intermédia.

Uma outra questão que se coloca sobretudo em sede de aplicação da lei mais favorável, mas que tem igualmente incidência nos casos de descriminalização, é a das leis intermédias, ou seja, as leis que entraram em vigor em momento posterior à data da prática dos factos, mas que já não vigoravam ao tempo da decisão judicial.

Entende-se pacificamente que deve aplicar-se a lei penal intermédia mais favorável ao arguido, tanto mais que já o n.º 2º do art. 6º do C. Penal de 1886

⁶ - Vd a título de exemplo, o Ac STJ de 24.10.1996, CJ IV TIII/177: " A determinação do regime concretamente mais favorável deve ser feita em relação a cada um dos factos puníveis para, depois de determinadas as penas parcelares concretamente mais favoráveis, se proceder a efectivação do cúmulo jurídico, quando haja lugar a este".

se referia às leis posteriores, tal como ocorre com o n.º 4 do C. Penal português de 1982, o que significa que nessas situações serão três – ou mais – e não duas as leis em confronto.

A aplicabilidade da lei intermédia justifica-se pelo referido princípio jurídico-político da segurança individual dos cidadãos face ao Estado e pelo princípio político-criminal da máxima restrição da pena. É ainda relevante o princípio da justiça relativa ou igualdade de tratamento de casos idênticos, pois a não ser aplicável a lei intermédia, o arguido podia ser prejudicado por não ser julgado ainda na vigência desta, por atrasos que, as mais das vezes, lhe são alheios. (Taipa de Carvalho).

2.4 – A lei penal temporária.

Na sua definição material, lei temporária é “ ... a lei penal que, visando prevenir a prática de determinadas condutas numa situação de emergência ou de anormalidade social, se destina a vigorar apenas durante essa situação, pré-determinando ela própria a data da cessação da sua vigência ” (T.Carvalho) . Será o caso da lei penal que puna o açambarcamento de bens indispensáveis para a alimentação de todos, num período de excepcional escassez desse mesmo bem.

Por via do princípio da aplicação da lei penal mais favorável pareceria, num primeiro momento, que não deveriam punir-se os factos praticados no domínio de vigência da lei, desde que viessem a ser julgados em data posterior à sua cessação, quando a respectiva incriminação tivesse sido eliminada do número das infracções penais ou quando a LN punisse mais favoravelmente.

No entanto, se bem virmos nestes casos não se verifica o fundamento político-criminal da retroactividade despenalizadora, pois os factos deixaram de ser punidos porque a situação de emergência deixou de verificar-se e não porque o legislador tivesse procedido a nova valoração da ilicitude do facto. Deu-se uma **alteração da situação de facto e não uma alteração da valoração político-criminal**, que justifica do ponto de vista político-criminal retroactividade da lei penal despenalizadora ou mais favorável.

Embora só o n.º 3 do art. 2º do C. Penal português de 1982 consagre expressamente a punibilidade do facto praticado no domínio de lei temporária (“Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto punível durante esse período”), já assim se entendia a propósito do art. 6º do C. Penal de 1886 pelo menos desde o Assento do STJ de 18 de Julho de 1947 que decidiu não ser aplicável a excepção contida no seu §1º, “às infracções previstas em leis de emergência”, o que na lição do Prof. Cavaleiro de Ferreira fica a dever-

se à circunstância de a nova lei não eliminar do número das infracções aquelas que constavam de lei anterior com carácter temporário ou de emergência, uma vez que o termo de vigência depende da própria lei.

2.5 – As medidas de segurança.

Apesar de o art. 6º do C. Penal de 1886 não prever na sua letra as **medidas de segurança**, relativamente às quais valia o princípio da aplicação imediata – regra ainda hoje vigente no direito alemão – há-de considerar-se aplicável àquelas reacções criminais o princípio da não retroactividade da lei penal mais desfavorável e da aplicação imediata de lei mais favorável, pelo menos nos ordenamentos jurídicos cuja constituição o imponha – sob pena de inconstitucionalidade material – como sucede com São Tomé e Príncipe, C. Verde e Guiné-Bissau, que prevêm em termos idênticos aos previstos no art. 29º nº1 da CRP que, *“Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.”*.

A aplicação destes princípios assenta na ideia que também em relação às medidas de segurança se fazem sentir as exigências de protecção dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, em termos idênticos ao que se passa com as penas, pois não obstante a diversidade de pressupostos da pena (culpa) e da medidas de segurança (perigosidade criminal), constituem ambas reacções criminais aplicáveis em função da prática de um facto penalmente típico e ilícito, que opera assim como pressuposto da sanção e não como mero facto desencadeador da mesma.⁷

Daí que tanto os pressupostos da declaração judicial da perigosidade criminal como as correspondentes medidas de segurança devam encontrar-se legalmente estabelecidas em momento anterior aos factos respectivos, valendo integralmente a máxima latina referida, *nullum crimen ... nulla poena sine lege*, também para as medidas de segurança, relativamente às quais se aplica a **proibição da retroactividade** desfavorável em toda a sua amplitude, conforme claramente exprimem os nºs 1 e 4 do art. 29º da CRP os nºs 1 e 3 do art. da CRCV ou os nºs 1 e 2 do art. 41º da CRGB.

Por outro lado, mesmo onde a lei constitucional ou ordinária o não digam expressamente, sempre será aplicável lei penal nova que deixe de prever a aplicação de medida de segurança, ou que preveja medida mais favorável, por razões idênticas às que vimos para as penas, pois as medidas de segurança – necessariamente pós-delituais, como é próprio de um direito penal do facto e não do agente, são cada vez mais verdadeiras reacções criminais.

⁷ Vd sobre estas questões Maria João Antunes, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora-2002.

3 – O PRINCÍPIO DA CULPA

Enquanto princípio de política criminal integrado no quadro de valores fundamentais da ordem jurídica, atribui-se um duplo sentido ao princípio da culpa.

Por um lado, dele deriva que ninguém pode ser penalmente condenado com fundamento em responsabilidade objectiva, ao contrário do que sucede, v.g., no direito civil, exigindo-se a imputação subjectiva da sua conduta a título de dolo ou negligência. Em consonância com este sentido do princípio da culpa prevêm os art. 13º e 18º do C. Penal Português de 1982 e do art. 21º n.ºs 1 e 2 e 3 do C. Penal Guineense, que apenas será punível o facto praticado com dolo ou com negligência nos casos em que a lei expressamente o preveja, e que a agravação da pena nos chamados crimes preterintencionais depende sempre da imputação do resultado mais gravoso ao agente, *pelo menos a título de negligência*, tal como igualmente se comina no art. 44º n.º7 do C. Penal de 1886.

Um segundo sentido, mais restrito, do princípio da culpa é o de que não pode ser criminalmente sancionado com uma pena quem não tiver liberdade de entendimento e de decisão, ou seja, quem não for penalmente imputável.

Quanto ao seu fundamento pode dizer-se com o Prof. Sousa Brito que o princípio da culpa se funda na **dignidade da pessoa humana e no direito à liberdade**, que parte das constituições lusófonas expressamente refere como um dos fundamentos de Estado (cfr., respectivamente, arts 1º e 27º da CRP, 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), 2º e 20º da LCRA, 1º e 28º, da CRCV). O Prof. F. Dias reporta ainda o princípio à inviolabilidade moral e física dos cidadãos constitucionalmente acolhida.

4 – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É sobretudo na sua dimensão *liberal*, que traduz a ideia de igual posição de todos os cidadãos, independentemente do seu *status*, *perante a lei*, *geral e abstracta*, (G.Canotilho e vital Moreira) que o princípio da igualdade tem incidência directa em matéria penal.

O seu âmbito de protecção abrange, neste domínio, essencialmente (a) a proibição de arbítrio, que torna inadmissíveis quer diferenciações de tratamento não justificadas, quer identidade de tratamento para situações objectivamente desiguais, e a (b) proibição de discriminação, à luz da qual são ilegítimas quaisquer diferenciações baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias, como sejam o sexo, a raça, a língua, território de origem, religião ou convicções políticas, entre outras.

A *proibição de arbítrio* e a ideia de *igualdade justa* a que se reporta o Prof. G. Canotilho, devem aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou clemência, pois embora se trate de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores, como é o caso das leis de amnistia.

Tendo presente que o princípio da igualdade vincula de igual modo a função legislativa, administrativa e judicial, importa considerar que a vinculação da jurisdição ao princípio da legalidade comporta essencialmente três dimensões (G. Canotilho-V. Moreira): (a) igualdade de acesso dos cidadãos à jurisdição; (b) igualdade dos cidadãos perante os tribunais e (c) e igualdade da aplicação do direito aos cidadãos através dos tribunais, o que não sendo privativo da jurisdição penal não deixa de assumir aí especial importância, de que é reflexo, v.g. o direito de assistência do defensor aos actos processuais e a proibição de discriminação das partes no processo.

De acordo com aqueles mesmo autores, a igualdade de aplicação do direito relaciona-se ainda estreitamente com a vinculação jurídico material do juiz ao princípio da igualdade, de que resultarão a igualdade de aplicação do direito a casos iguais e a utilização de um critério de igualdade no uso pelo juiz dos seus poderes discricionários, nomeadamente em matéria de determinação da pena.

Prende-se ainda com esta dimensão a problemática da uniformização de jurisprudência e da vinculação dos tribunais às suas próprias decisões.

5 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO, EM MATÉRIA DE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

5.1 – Uma vez que as reacções criminais – penas e medidas de segurança – se traduzem em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do arguido, cujo respeito constitui uma finalidade essencial do Estado, é indispensável que tais restrições ou sacrifícios se limitem ao necessário para assegurar a prossecução dos respectivos fins. Nisto consiste o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso impõe que as restrições de direitos, liberdades e garantias, devam limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e encontra-se consagrado expressamente nos arts 17º n.º 5 da CRCV, 56º da CRM(2004), 30º da CRGB, 18º da CRST, e também no art. 18º n.º2 da CRP.

Independentemente de preceito específico que o preveja, o princípio pode considerar-se comum aos nossos ordenamentos jurídicos, quer acentuando-se a sua íntima conexão com os direitos fundamentais, quer por se entender que o mesmo deriva do princípio do Estado de Direito (vd G. Canotilho, p. 267), pois como refere o Prof. Sousa Brito, “A noção de Estado de Direito em sentido material desemboca no princípio da necessidade ou máxima restrição das penas.”.

Ensina a este propósito o Prof. Canotilho que na qualidade de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – o princípio cedo influenciou a jurisprudência dos países de *common law*, tentando o juiz, através da regra da razoabilidade, avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente. (G.Canotilho, idem).

5.2 – O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso, pode subdividir-se em três subprincípios (G. Canotilho, p. 269-270 e Maria da Conceição Ferreira da Cunha, p., 212).

- a) O princípio da conformidade ou adequação, segundo o qual a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* ou adequada à prossecução do fim ou fins que lhe subjazem. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação *medida-fim*.
- b) O princípio da *indispensabilidade* (Conceição Cunha), *exigibilidade*, ou *necessidade*, ainda conhecido como princípio da *menor ingerência possível* (G. Canotilho, que coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível).

Dada a relatividade do princípio, a doutrina fala ainda de diferentes dimensões do mesmo visando conferir-lhe maior operacionalidade prática: exigibilidade *material*, *espacial*, *temporal* ou *peçoal*. Particularmente relevante para distinguir a princípio da indispensabilidade da proporcionalidade em sentido estrito é a ideia que está aqui em causa sobretudo é a questão (*qualitativa?*) de saber se o legislador podia ter optado por outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

- c) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo a presença de uma justa medida” entre os meios legais restritivos e os fins obtidos, proíbe, no que ao direito penal importa, que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela a alcançar.

Trata-se, pois, de uma questão de **medida** ou ausência dela. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

5.3 – Em direito penal relevam sobretudo os dois últimos subprincípios, o da **indispensabilidade ou necessidade** e da **proporcionalidade em sentido estrito**, os quais praticamente se identificam com os princípios da **intervenção mínima, fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal**, desenvolvidos pela dogmática penal, partindo da concepção do Estado, como um Estado de Direito, fundado na soberania popular, não legitimado a prosseguir finalidades divinas ou transcendentais, pelo que o direito penal só deve intervir para protecção exclusiva de bens jurídicos e não para protecção de *princípios morais cuja violação não tenha consequências a nível social*, estando-lhe vedado servir de instrumento para impor concepções morais e ideológicas.

- a) Do princípio da **intervenção mínima ou subsidiariedade** do direito penal resulta, assim, que ao direito penal deve caber apenas a protecção dos bens jurídicos fundamentais, isto é dos valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e à convivência social, segundo o quadro constitucional de valores de cada ordenamento jurídico, quando não seja possível garantir uma tutela suficiente do bem jurídico em causa por meio de outros instrumentos jurídicos não penais (a pena como *última ratio*).

A aplicação desta doutrina pode ver-se no Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 634/93 de 4.11. que julgou incondicional a norma do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante que punia como desertor, com pena de prisão, o tripulante que deixasse partir o navio sem embarcar, *por considerar que a criminalização daquela conduta é um meio desproporcionadamente gravoso para atingir o fim visado de salvaguarda do regular desenvolvimento da actividade económica de pesca de longo curso*.

Um outro caso em que pode observar-se a discussão desta vertente do problema, pode ver-se no Acórdão do TC português n.º 572/95 de 18.10.95, em que se apreciou a inconstitucionalidade da norma que mandava aplicar as penas do furto à alienação, por parte do seu dono, de objecto constituído em penhor mas que permanecera em seu poder, tendo o Tribunal considerado não ser inconstitucional a norma por não ser patente a desnecessidade de tutela penal.

- b) Por outro lado, o princípio da proporcionalidade, *maxime*, em sentido estrito, pressupõe uma certa comparação entre os bens protegidos nos diferentes tipos legais e as respectivas penas, pelo que os tribunais ou outros órgãos responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade das leis, têm legitimidade para ajuizar sobre a existência de eventuais desproporções, nomeadamente nos casos em que a ordem legal de bens penais possa subverter de forma evidente a ordenação valorativa constitucional (Conceição Ferreira da Cunha). Tal será o caso, v.g., de o Direito Penal

tutelar com penas mais graves crimes contra o património do que crimes contra as pessoas (vida e integridade física), pois apesar das hierarquias não serem rígidas em sociedades plurais, é clara a superioridade dos valores pessoais face aos patrimoniais, como o indica a ordenação da parte especial dos códigos penais mais modernos.

- c) Reportando-se ao vasto movimento internacional de reforma penal, iniciado após a II Guerra Mundial, que ostenta como **matrizes** comuns, a restrição das penas privativas de liberdade, especialmente a luta contra a pena curta de prisão, substituição por penas alternativas não privativas da liberdade, limitação do efeito estigmatizante das penas, num esforço comum para dotar a estrutura e aplicação das reacções criminais de garantias conformes à ideia de Estado de Direito, o Prof. F. Dias, enfatiza ainda a ideia de última ratio da pena privativa de liberdade, a prisão. Ou seja o essencial do que ficou dito relativamente à necessidade ou subsidiariedade e à proporcionalidade do direito penal e, portanto, das reacções criminais em geral, vale agora especialmente para a pena privativa de liberdade, de modo a limitar ao mínimo o seu efeito negativo e criminógeno, nomeadamente pela imposição legal e judicial de optar por penas não privativas da liberdade sempre que o ordenamento jurídico as preveja.

6 – PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL E, CONSEQUENTEMENTE, DAS PENAS

Este princípio implica:

- a) extinção da responsabilidade penal e da pena, com a morte do agente.
- b) proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros, quer “mortis causa” quer por acto “inter vivos”.
- c) proibição de sub-rogação no cumprimento da pena.

A intransmissibilidade da responsabilidade criminal e, portanto, das penas e medidas de segurança, tem assento nas constituições dos Palop, à excepção de Angola: art. 38º da CRDSTP, 31º nº1 da CRCV, 61º nº1 da CRM e 37º da CRGB, sendo igualmente acolhida no art. 30º nº3 da CRP.

7 – PRINCÍPIO DA NATUREZA TEMPORÁRIA, LIMITADA E DEFINIDA DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA. (O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS)

- a) Do princípio da natureza temporária e limitada das penas deriva, desde logo, a proibição de prisão perpétua, encontrando-se o princípio intimamente associado à proibição da pena de morte, de penas cruéis, degradantes

ou desumanas, bem como à proibição de tortura e ao estabelecimento de regimes jurídicos de execução das penas que visem a recuperação do delinquente e a sua reintegração na sociedade, pelo que melhor será considerar a natureza temporária, limitada e definida das penas como corolários do princípio da humanidade das penas, com o sentido de humanidade do tratamento do condenado em pena criminal.

- b) Para além da proibição de prisão ou outra reacção penal com carácter perpétuo, o princípio opõe-se ainda ao estabelecimento (em abstracto), e à aplicação de pena (em concreto) que não seja certa e determinada quanto à sua duração e termo, exigindo-se que o condenado conheça o tempo preciso que tem a cumprir e a data de termo da respectiva sanção criminal.
- c) O essencial do princípio da humanidade das penas, designadamente no que respeita à proibição da pena de morte e a proibição de penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanas, encontra-se consagrado na generalidade na constituição portuguesa (artgs 24º, 25º, 27º e 30º, da CRP) e na generalidade das constituições dos PALOP, com maior ou menor amplitude, conforme os casos: vd art.s 21º e 22º da CRSTP, 22º e 23º, da LCRA, 27º e 32º da CRCV, 40º da CRM, 36º e 37º da CRB, embora o art. 36º nº2 desta última preveja expressamente a prisão perpétua, o que representa um afastamento assinalável do princípio, tanto mais que remete para a lei ordinária a definição dos crimes a punir com a prisão perpétua.

Não obstante a consagração constitucional do princípio, trata-se de matéria em que em sempre a *law in book* corresponde à *law in action*, como é regularmente posto em evidência por organismos internacionais dedicados à causa dos Direitos do Homem, para além de ser a própria legislação e até o texto constitucional a suscitar dúvidas quanto à sua conformidade material com a constituição, como sucede no ordenamento jurídico português a propósito da *pena de prisão relativamente indeterminada* de que tratam os artgs. 83º a 85º do C. Penal de 1982 e ainda quanto à possibilidade de prorrogação ilimitada da medida de segurança de internamento de inimputáveis em casos de maior gravidade.

8 – PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPATÍVEIS COM A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Este princípio encontra-se expressamente consagrado no art. 30º nº5 da CRP, desde a revisão constitucional de 1989, o qual determina que, «Os condenados a que sejam aplicadas penas ou medidas de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva condenação.».

Preceitos em tudo idênticos integram a nova CRM – art. 61º nº1 – e a CRCV – art. 33º –, encontrando-se ainda afloramentos do mesmo princípio no art. 38º nº2 da CRDSTP (“Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”) nos artgs 37º nº3 e 41º nº5, da CRGB, que se referem, respectivamente, à proibição de trabalhos forçados em qualquer caso e à proibição da perda de direitos civis, profissionais ou políticos como efeito automático da condenação e também a LCRA reconhece a *todo o cidadão preso*, nos seus artgs 40º e 41º, respectivamente, o direito de visitas e de correspondência com familiares e amigos, bem como o direito a recorrer da decisão condenatória.

Este princípio da manutenção dos direitos fundamentais está intimamente relacionado com o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, precisamente na medida em que as restrições impostas aos cidadãos que devam cumprir pena ou medida de segurança privativas da liberdade devem limitar-se ao necessário para salvaguardar a segurança, a ordem e o bom funcionamento dos estabelecimentos prisionais.

O cidadão preso ou internado apenas terá que ver-se limitado no exercício dos direitos incompatíveis com as reacções criminais que cumpram, como sejam, a liberdade ambulatoria ou o direito à emigração e dos direitos que, com observância dos princípios da necessidade e adequação, são justificadas por essa situação: limites à liberdade de correspondência, de expressão, de reunião, de manifestação e outras.

São excessivas as imposições ou restrições que não encontrem aí justificação como sejam a obrigação de trabalhar, a impossibilidade de exercer o direito de voto ou restrições do direito de petição.

Não faz hoje sentido considerar que os presos sofrem uma restrição ilimitada ou arbitrária dos seus direitos fundamentais pelo facto de cumprirem pena privativa da liberdade, ao contrário do que se entendia teoricamente – e era praticado – pela doutrina das chamadas *relações especiais de poder*, que praticamente excluía do mundo do direito aqueles que, de forma voluntária ou coactiva, se encontravam em situações especiais de relação jurídica com os poderes públicos, como o caso, para além dos presos, dos funcionários públicos, das Forças Armadas, os internados ou ainda os alunos de estabelecimentos oficiais de ensino e outros.

Como referido, o princípio da *manutenção dos direitos fundamentais*, embora reconhecendo que a ordenação de certos sectores de relações entre especiais entre os indivíduos e os poderes públicos possa justificar restrições, também especiais, de alguns dos direitos, impõe que tais restrições se limitem ao necessário, adequado e proporcional à satisfação das necessidades de segurança e ordem dos estabelecimentos prisionais.

Daí que os presos não possam reclamar a liberdade de circulação ou a liberdade de reunião e manifestação, mas não haverá motivo, em princípio, para que não gozem do direito à integridade física, de liberdade religiosa ou do direito de petição e recurso, do mesmo modo que não poderão ser submetidos a escutas na cela ou durante as visitas autorizadas, ainda que se admita a compressão do direito à inviolabilidade de correspondência (Vieira de Andrade).

II – NOÇÕES BÁSICAS DA TEORIA DA INFRACÇÃO – SUA IMPORTÂNCIA

1 – ELEMENTOS DO CRIME

Noção, objecto e função da teoria geral da infracção penal.

- a) A teoria geral da infracção penal, que também se designa *teoria geral do crime*, *doutrina geral do crime*, ou *teoria geral do facto punível*, trata dos pressupostos gerais das condutas penalmente puníveis, independentemente das particularidades de cada tipo legal de crime.

Enquanto a parte especial do direito penal versa sobre os elementos que diferenciam os diversos tipos de crime – o homicídio, a burla, o furto, a ofensa à integridade física, entre muitos outros – a teoria geral da infracção, ou do facto punível que lhe dá origem, ocupa-se dos princípios e elementos que são comuns a todos eles e que constituem as categorias que integram a noção geral de crime: *acção*, *tipicidade*, *ilícitude*, *culpabilidade* e *punibilidade*.

A teoria geral da infracção elabora-os, desenvolve-os em pormenor e ordena-os de forma coerente e racional num sistema, em que cada uma das categorias que compõem a infracção penal funciona como um antecedente da seguinte, do mesmo modo que a consequente consubstancia em si a anterior. Assim, a tipicidade pressupõe a existência de uma acção humana, a ilícitude penal pressupõe a tipicidade da acção e a culpa ou culpabilidade pressupõe uma acção típica e ilícita, tal como a punibilidade (para os autores que entendem autonomizá-la como categoria da teoria geral da infracção) pressupõe uma acção típica, ilícita e culposa. (Conceição Valdágua).

Daqui resulta que as sucessivas especificações jurídico-penais da conduta humana, ao mesmo tempo que aumentam a sua complexidade conceptual ou compreensiva, levam à redução do número de condutas por elas abrangidas. Deste modo, se uma determinada conduta é típica mas não é ilícita porque o agente actuou em legítima defesa, ou ao abrigo de outra causa de exclusão da ilicitude, excluída fica a indagação sobre o carácter eventualmente culposos da conduta, por não ter sentido, do ponto de vista lógico e metodológico, falar-se da culpa do agente relativamente a um facto lícito (Taipa de Carvalho).

Por outro lado, cada uma daquelas categorias em que a infracção penal se decompõe é por sua vez decomposta noutros elementos, que as integram, com o objectivo de permitir maior rigor na análise do caso concreto. Assim, na tipicidade distinguem-se elementos objectivos e subjectivos do tipo, na ilicitude os requisitos das causas de justificação ou exclusão da ilicitude, na culpa os seus pressupostos e causas de exclusão e na chamada punibilidade, os respectivos pressupostos positivos e negativos.

A principal **função** da *teoria geral da infracção* é a de servir de instrumento à decisão penal justa do caso concreto, constituindo factor de certeza e segurança jurídicas, na medida em que permite que se evite a incerteza da mera intuição, a improvisação casuística ou mesmo a arbitrariedade, permitindo ainda a igualdade no tratamento de casos idênticos e economia na análise dos casos práticos pela coerência metodológica. (Taipa de Carvalho).

Apontam-se ainda à teoria geral da infracção vantagens do ponto de vista **didáctico**, pois permitem uma visão global da infracção penal, mesmo antes de estudar detalhadamente os tipos de crime.

- b) A teoria geral da infracção constitui parte substancial da dogmática jurídico-penal, definida esta como "... a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e das opiniões da doutrina científica no campo de direito penal" (Roxin), que ao longo de décadas tem desenvolvido as referidas categorias da infracção penal. São décadas de estudo e discussão, nomeadamente sobre a identificação, o conteúdo e a relação entre cada uma das categorias da infracção, que ocorrem entre escolas ou correntes doutrinárias e no interior destas, em estreita conexão com a concepção do Estado, da Ciência e do Direito, que professam.

Assim, para os defensores dos sistemas clássico ou neoclássico – de que são representantes, respectivamente, Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia – o dolo era alheio ao tipo de ilícito, tendo a sua sede própria apenas ao nível da culpa, enquanto para Welzel e os finalistas que se lhe seguiram, o dolo integra a tipicidade, constituindo o elemento subjectivo comum a todos os tipos legais dolosos.

Abstraindo destas divergências e das que verificam sobre aspectos pontuais no interior de cada um dos sistemas ou modelos explicativos, pode constatar-se um consenso mínimo, a partir do qual é possível uma base de compreensão, que nos permita fazer uma abordagem dos diversos aspectos da teoria geral da infracção e, nessa medida, possa contribuir para a discussão de problemas que se coloquem na resolução de casos práticos. (Conceição Valdágua).

Partimos, pois, do original sistema tripartido da infracção, (actualmente dominante), segundo a qual são três os elementos ou categorias nucleares a considerar na análise da infracção criminal: tipicidade, ilicitude e culpa, sem deixar de fazer uma referência prévia ao conceito de acção e, por fim, às chamadas condições de punibilidade.

1.1 – A Acção

As graves objecções que podem formular-se contra a generalidade dos conceitos de acção historicamente desenvolvidos, deram lugar ao entendimento crescente que há que abandonar um conceito de acção anterior à tipicidade e com validade geral e que, em seu lugar, há que erigir a *tipicidade* em conceito fundamental do sistema de direito penal. (F. Dias, Direito Penal I, 244).

Não indo tão longe, nomeadamente porque sempre há-de falar-se numa acção típica ou numa conduta típica, entendem autores como *Roxin e Conceição Valdágua* que a acção há-de conceber-se como exteriorização da personalidade, devendo entender-se como acção relevante para o direito penal, *o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, com reflexos no mundo exterior.*

Daqui resulta que do ponto de vista jurídico-penal não constituem acções e, portanto, não podem consubstanciar a prática de um facto típico, os factos resultantes de forças da natureza, os simples pensamentos, os movimentos reflexos (por exemplo convulsões) e os actos realizados em estado de hipnose ou sonambulismo, sobre os quais não há qualquer domínio da vontade. Em todos estes casos não existe uma conduta dominada ou dominável pela vontade, pelo que não se lhe aplicam as proibições e comandos jurídico-penais, porquanto estes não podem ir além da capacidade de intervenção do Homem com a sua acção, no decurso dos acontecimentos.

Isto é, independentemente de reconhecer-se ou não outras funções ao conceito de acção, na dogmática jurídico-penal há-de reconhecer-se-lhe pelo menos esta *função delimitadora dos comportamentos*, quer por se entender que assim já não podem vir a ser considerados típicos, assentando-se num *conceito geral de acção*, previamente dado ao tipo (Roxin), quer entendendo que o que está em causa são antes *vários conceitos de acção tipicamente conformados, enquanto elemento integrante do cerne dos tipos de ilícito, a par de outros*, como defende o Prof. F. Dias, reconhecendo a centralidade que assume actualmente a **realização do tipo de ilícito**.

1.2 – Tipicidade

A tipicidade constitui elemento essencial do crime, pois qualquer conduta só poderá ter relevância penal, do ponto de vista da sua incriminação, se for típica, ou seja, quando preencha os elementos constitutivos de um dado tipo penal.

Uma das **funções** desempenhadas pelo tipo é precisamente a função jurídico-política de garantia, enquanto decorrência do princípio da legalidade, como vimos – *nullum crimen nulla poena sine lege* – intimamente ligada à sua função sistemática, segundo a qual o tipo compreende o conjunto de elementos que permitem saber de que crime se trata.

Do ponto de vista da natureza dos seus elementos ou conteúdo, o tipo penal é composto **por elementos objectivos e elementos subjectivos**.

Os primeiros são os dados descritivos ou normativos (i.e. que carecem de ser complementados com outras normas de cariz jurídico ou social para serem compreendidos) exteriores à psique do agente. Os elementos subjectivos são os que respeitam a factos de natureza psicológica que traduzem a necessária relação que deve existir entre a consciência e a vontade do agente e os elementos objectivos do tipo.

1.2.1 – O tipo objectivo

Integram o tipo objectivo ou constituem **elementos objectivos do tipo**, consoante os diferentes crimes a considerar, (C. Valdágua):

- *o objecto da acção* (p. ex. a pessoa no crime de homicídio ou a coisa alheia nos crimes de furto);
- as várias *modalidades de acção*, como sucede com a venda, troca, cedência compra no crime de tráfico de estupefacientes;
- *as qualidades especiais do agente nos crimes específicos* (i.e. em que só podem praticar o crime pessoas com determinados atributos, como seja o de empregado público nos crimes de peculato ou concussão, ou de médico no crime de recusa de facultativo, previstos, respectivamente, nos art. 313º, 314º e 250º, do C. Penal de 1886).

Integram ainda o tipo objectivo, nos **crimes de resultado**, ou seja, naqueles em que à conduta se segue necessariamente uma consequência, que pode separar-se espacial e temporalmente daquela (vd infra):

- o resultado, como seja a morte da vítima, no crime de homicídio;
- o nexo de causalidade entre a acção (ou a omissão) e o resultado;
- a imputação objectiva do resultado à conduta do agente(elemento não escrito dos crimes de resultado diferentes do nexo de causalidade).

1.2.2 – O tipo subjectivo

O dolo é o **elemento subjectivo comum** a todos os tipos (dolosos) e consiste na representação e vontade psicológica de realização do facto, enquanto conjunto dos elementos objectivos do tipo legal (objecto, resultado, etc.).

Em alguns tipos de crime existem ainda elementos subjectivos específicos, como sejam a *intenção de apropriação da coisa* no crime de furto.

Do ponto de vista da sua estrutura, o dolo compõe-se de dois elementos: volitivo ou emocional e intelectual ou cognitivo.

- a) **O elemento intelectual ou cognitivo** traduz-se no conhecimento de todos os elementos objectivos do tipo.

Com interesse directo para a matéria do erro, lembra J. A. Veloso alguns aspectos da caracterização do elemento intelectual do dolo que, pela sua pertinência aqui seguimos de perto. (1) Para que se considere haver dolo, não são exigidos quaisquer actos de consciência ou vontade *reflexivos ou secundários*, ou seja, actos de consciência ou de vontade pelos quais o agente reflecta sobre os seus dados psíquicos primários, duplicando-os, intensificando-se, etc.... Não é preciso saber que se sabe, não é preciso pensar que se está a pensar, não é preciso querer.

É irrelevante que o agente não se tenha apercebido que manteve o propósito de matar por mais de 24h, ou que actuava com frieza de ânimo, p. ex..

2) Não é necessária a chamada consciência *focal* ou a consciência *clara ou de atenção*. Não é necessário que no momento do facto a atenção do agente incida clara e precisamente sobre o elemento da situação considerado.

Bastam a consciência *marginal*, a consciência *liminar ou difusa*, a consciência ou saber de *situação*. É suficiente para o dolo que se possa dizer que o agente dispõe da informação correspondente.

3) Para se verificar o dolo relativamente a elementos normativos do tipo, não se exigem conhecimentos técnico-jurídicos (coisa alheia, documento, coisa móvel, etc.), bastando o conhecimento do cidadão comum.

- b) Elemento volitivo do dolo.

O elemento volitivo do dolo traduz-se na vontade de realização dos elementos objectivos do tipo, como supra aludido.

Em função da diversidade de atitudes psicológico-volitivas do agente (T. Carvalho) e, portanto, com referência ao seu elemento volitivo ou emocional, o dolo pode revestir três espécies, formas ou modalidades: **dolo directo, necessário e eventual**. – Cfr. art. 1º do C. Penal de 1886 (facto voluntário) com os contributos da doutrina e jurisprudência e art. 14º do C. Penal Português de 1982 e art. 22º do Código Penal da Guiné-Bissau.

Com o elemento intelectual do dolo relaciona-se a matéria do erro pertinente à tipicidade, que veremos infra; a propósito do seu elemento volitivo veríamos agora um pouco melhor cada uma das referidas modalidades que pode revestir.

1.2.2.1 – As espécies de dolo

1 – Dolo directo ou dolo directo do 1º grau, verifica-se quando a vontade do agente se dirige directamente, como objectivo imediato da acção, à realização do facto típico que representou.

Independentemente da sua motivação, o agente tem como objectivo único a realização do facto típico ou toma este como objectivo intermédio, mas em todo o caso directo. O arguido A) quer matar B) porque quer vingar-se dele, por exemplo.

a) Dolo necessário ou dolo directo do 2º grau.

Nestes casos, a realização do facto típico não é o objectivo imediato da sua conduta, mas o agente representa-a como consequência certa ou necessária da sua conduta e, portanto, quer a realização do tipo. Por exemplo, A) atira o seu automóvel contra o automóvel de B) para danificar o veículo e atingi-lo fisicamente a ele, mas sabe que atingirá necessariamente outras pessoas que seguem no veículo visado, pelo que quer igualmente este último resultado, o qual não constitui o objectivo imediato ou directo de 1º grau do seu comportamento.

b) Dolo eventual.

Verifica-se quando o facto típico é representado pelo agente como consequência possível da sua conduta e este actua conformando-se com a realização do facto.

Por exemplo, A) ao acelerar com a sua viatura numa rua estreita e movimentada admite a hipótese de poder atingir algum transeunte, mas mantém o seu comportamento aceitando aquele facto se o mesmo vier a ocorrer.

b.1 – Dolo eventual e negligência consciente.

Nem sempre é fácil distinguir na prática o dolo eventual e a negligência consciente, de que falaremos adiante a propósito dos crimes negligentes, pois em qualquer delas o agente do crime tem que representar como possível a realização do facto, ou seja, a verificação dos elementos objectivos do tipo, e a sua atitude apenas diverge do ponto de vista volitivo. No dolo eventual o agente aceita o facto, conforma-se com a sua realização, o que não sucede na negligência consciente, em que o arguido leva por diante o seu comportamento sem se conformar com a sua produção e, portanto, actua sem vontade de realização do mesmo.

O problema está em saber quando é que o agente se conformou ou não com a realização do facto, pelo que a doutrina penal tem defendido vários critérios para delimitar as duas figuras: teoria da probabilidade, teoria da aceitação e teoria da fórmula hipotética de Frank. A concepção actualmente dominante é conhecida por **teoria da conformação** (F. Dias) ou **teoria da conformação com o risco** (Taipa de Carvalho), segundo a qual o que é decisivo para a afirmação de um tipo de ilícito doloso é que o agente represente a possibilidade de a sua conduta realizar um facto descrito num tipo penal, *aceite correr esse risco*. Ou seja que o agente tome “... a sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela realização do facto.” (F. Dias/355).

É grande a importância prática da distinção, desde logo porque, em regra, apenas são puníveis os factos praticados com dolo, punindo-se a negligência apenas nos casos expressamente previstos na lei penal e mesmo quando a conduta é punível a título de dolo e negligência a distinção é ainda importante para a delimitação da tentativa e da comparticipação, pois em ambos os casos só é punível a forma dolosa.

Significa isto que da conclusão sobre a existência de dolo eventual ou negligência consciente no caso concreto, poderá depender em muitos casos a punibilidade da conduta, para além de sempre ser mais grave a moldura penal correspondente ao crime doloso, mesmo quando o facto é punível sob ambas as formas.

1.2.3 – O erro com incidência nos elementos do tipo.

Concluída esta primeira abordagem sobre o conteúdo e estrutura do tipo, cumpre agora abordar a problemática do erro com incidência directa no elemento intelectual ou cognoscitivo do tipo subjectivo.

A parte restante do erro tem a sua relevância em sede de culpa como veremos.

a) Erro sobre o objecto.

O elemento intelectual do dolo, a que aludimos, pressupõe o conhecimento de todas as circunstâncias objectivas do crime.

Assim, no crime de homicídio o agente deve saber que o objecto da sua acção é um ser humano e que aquela é apta a provocar-lhe a morte.

Do mesmo modo na violação de domicílio, o agente deve ter consciência, deve ter conhecimento, que está (a) a *introduzir-se numa habitação*, (b) *que se trata de habitação de outra pessoa* e (c) *que não está autorizado a fazê-lo*, pois estes três elementos descritivos do correspondem a outras tantas *circunstâncias objectivas do tipo*.

Se o agente actua desconhecendo algum destes elementos estará *em erro sobre as circunstâncias do facto* (ou *erro sobre o facto típico*), de que trata o art. 16º nº1, 1ª e 2ª partes, do C. Penal português de 1982

Este erro sobre as circunstâncias pode consistir no chamado *erro sobre o objecto* (ou, na expressão latina, «*error in persona vel objecto*») e a ele se refere a 1ª parte do nº1 do art. 16º do C. Penal Português de 1982: “... o erro sobre elementos de facto (...) de um tipo legal de crime...).

Verifica-se este erro quando o agente atinge com a sua acção um objecto **típico** diferente daquele que representou.

É o que sucede quando um caçador dispara sobre um vulto, que vê mexer atrás de uns arbusto supondo ser uma peça de caça quando, na realidade, se trata de uma pessoa.

Sendo elemento típico objectivo do crime de homicídio a morte de uma pessoa, para que se cometa o respectivo crime impõe-se que o agente saiba que está a atingir uma pessoa (ainda que não seja quem ele pensa,), o que corresponde ao elemento intelectual do dolo, como vimos.

Faltando esse conhecimento em virtude do apontado erro sobre o objecto (típico), encontra-se excluído o dolo de homicídio, como claramente determina a parte final do art. 16º nº1 do C. Penal português de 1982.

Idêntico é o entendimento da doutrina e jurisprudência no domínio do C. Penal de 1886, pois apesar de o art. 29º não o regulamentar especificamente, referem-se-lhe os nºs 3º e 60 do art. 29º e o n.º 6 do art. 44º, considerando-se que o erro sobre os elementos de facto integradores do crime exclui o dolo.

Excluído o dolo, não se mostra preenchido o elemento subjectivo do crime previsto no art. 131º (apesar de estar preenchido o seu elemento objectivo, “... matar outra pessoa...”), pelo que o agente não será punido pela prática de um crime de homicídio doloso.

Tal não significa, sem mais, que o agente fique impune, pois o art. 16º n.º 3 do C.Penal Português de 1982 estabelece que nos casos de erro a que se referem os nºs 1 e 2 do mesmo art. 16º e, portanto, também no nosso caso de *erro sobre o objecto típico*, fica ressalvada a punição da negligência, nos termos gerais.

Significa isto que o caçador pode vir a ser punido pela prática de um *crime de homicídio por negligência p. e p. pelo art. 137º do C. Penal*, o que sucederá se concluirmos que violou um dever objectivo de cuidado e que no caso concreto ele podia, subjectivamente, ter cumprido tal dever, ou seja, que previu o resultado e não devia ter confiado em que o mesmo não viesse a verificar-se, ou que não chegou sequer a prever a sua verificação, embora estivesse em condições de poder prevêê-lo. (previsibilidade do art. 15º b)).

Importa, pois, reter que o *erro sobre o objecto típico* exclui o preenchimento do tipo doloso, mas não a punição a título de negligência desde que a lei penal preveja, em geral, a punição do crime concreto a título negligente, como sucede com o art. 137º do C. Penal.

Já assim não seria se o erro em causa se verificasse a propósito do crime de violação de domicílio (p. ex. alguém, meio embriagado, que numa zona rural se deita a dormir no interior de uma barraca onde vivia outra pessoa, convencido que se tratava de um abrigo para a chuva para ser utilizado por quem necessitasse). Neste caso de erro sobre o objecto típico – por não saber que estava em casa de habitação de outra pessoa – estava igualmente excluído o dolo, pelo que não se mostra preenchido o tipo do art. 190º, e o agente não seria mesmo punido a qualquer título, porque a lei penal não prevê o crime negligente de violação de domicílio.

O mesmo sucederia com o dano face ao C. Penal de 1982. Num caso idêntico ao anterior, mas em que o caçador atingisse o cão de um outro caçador convencido que estava a atirar a uma peça de caça.

Excluído o dolo, o caçador ficaria impune porque com o C. Penal de 1982 deixou de ser penalmente punido o dano negligente.

Em todos estes casos, o agente não tinha em mente a prática de qualquer crime e foi por actuar em ERRO que preencheu o tipo objectivo dos crimes dolosos em causa, vindo mesmo a ser eventualmente punido pela prática do crime negligente correspondente.

Casos há, porém, de «erro sobre o objecto típico» em que o agente projecta praticar um crime, mas não consuma o mesmo por se verificar aquele erro: o senhor A. pretendia matar o vizinho e mata o cão, porque a figura deste oculta atrás de um arbusto lhe pareceu a cabeça e parte do tronco do vizinho deitado e meio oculto. O agente não representou o objecto típico do dano (uma coisa) mas sim o objecto típico do homicídio (uma pessoa), que ele pretendia realizar. O seu dolo é de homicídio e não de dano.

No entanto, ele praticou todos os actos de execução necessários a produzir o resultado que visava com a sua acção, ou seja, matar outra pessoa, o qual não se verificou por razões alheias à sua vontade – isto é actuou em erro sobre o objecto típico -, pelo que deve o mesmo ser punido por tentativa.

Tentativa impossível, porém, visto que atirou sobre objecto – inexistente – essencial à consumação do crime e punível apenas se considerarmos **não ser manifesta** a inexistência do objecto para a generalidade das pessoas. V.g. se só alguém muito míope, como o agente, pudesse confundir os vultos no caso concreto.

Relativamente ao crime de dano (art.212º) o agente actua em erro sobre o objecto (atingiu uma coisa, quando pensava estar a atingir uma pessoa), pelo que se mostra excluído o dolo; não sendo punido o dano negligente, como vimos, o agente seria punido apenas pela tentativa de homicídio.

Noutro tipo de exemplos a situação é a inversa do ponto de vista da gravidade dos crimes projectado e realizado, embora o art. 16º do C.Penal Português de 1982 conduza a igual solução.

Por exemplo, A. pretende danificar a estátua que se encontrava no quintal do vizinho, mas acaba por matar o filho deste por tomá-lo pela estátua. Neste caso, A. pretende praticar o crime de dano doloso mas pode ter praticado o homicídio negligente *em concurso ideal* (a mesma acção preenche dois crimes) com uma tentativa impossível de dano punível, se a inexistência do objecto não for evidente, pois o art. 212º nº2 do mesmo Diploma Legal determina que a tentativa de dano é sempre punível (não o seria o dano simples face ao seu art. 23º nº1, que prevê a punição, em geral, apenas para os crimes a que corresponda pena superior a 3 anos).

Concluímos, pois, que nas situações de erro sobre o objecto típico o agente não representa o objecto do tipo legal de crime que, objectivamente (consuma) realiza, mas sim outro objecto, que pode constituir, ou não, objecto típico de outro crime.

b) Erro sobre a identidade do objecto.

Situações semelhantes às anteriores mas delas diferentes num aspecto essencial, são os casos de *erro sobre a identidade do objecto*, que agora veremos: *error in persona* – engana-se na qualidade ou identidade da pessoa – ou *error in objecto*, quando se engana no objecto concreto: v.g. quantidade ou qualidade do mesmo.

Este erro verifica-se quando o agente se representa correctamente a existência de um objecto, que corresponde às características exigidas pelo tipo legal, mas erra sobre a sua *identidade, em concreto*: A quer matar a mulher de B. mas mata a mulher de C. por confundi-la com aquela; A. pretende danificar o carro do vizinho mas danifica o automóvel de um parente deste que o visitara, por confundir ambas as viaturas

Em ambas estas situações **é irrelevante o erro** sobre a identidade, não eximindo de responsabilidade criminal (art. 29º nº3 do C. Penal de 1886), pois a mesma não é objecto do tipo legal: o art. 349º do C. Penal de 1886 pune a morte de outra pessoa e não da pessoa A) ou B), ou mesmo da pessoa com estas ou aquelas características em si mesmas consideradas, ou em relação com o agente, tal como o art. 481º do mesmo Código pune a danificação do semovente pertencente a outrem, independentemente da identidade do respectivo titular.

c) Erro sobre as circunstâncias agravantes relativas ao facto.

Pode suceder, porém, que o erro de que falamos se verifique a propósito de um tipo legal em que certas características da vítima, ou da sua relação com a agente, sejam *determinantes para a punição*.

É o que sucede relativamente à relação de parentesco entre a vítima e o agente no crime de *Parricídio* previsto no art. 355º do C. Penal de 1886 ou na alínea a) do nº2 do art. 132º do C. Penal Português de 1982, em função da qual tem lugar a qualificação face ao tipo fundamental de homicídio.

Neste caso estamos perante circunstância modificativa agravante do homicídio, que pode ser objecto de erro em situações semelhantes às já apreciadas. V.g. A. quer matar B. mas mata seu pai, supondo que se tratava de B.

O erro exclui o dolo relativamente à circunstância agravante (o agente não sabia que era o pai), mas mantém-se o dolo do crime-base – 158º nº1 -, pois o arguido sabia que estava a tirar a vida a alguém e quis fazê-lo.

Neste caso, o dolo do agente é o do crime base e, por erro, preenche objectivamente o tipo legal qualificado, mas pode suceder o inverso: o agente pretende realizar a conduta mais grave mas apenas preenche os elementos objectivos do tipo penal menos grave.

Será o caso de alguém que pretende matar o próprio pai mas dispara sobre outra pessoa, que confunde com aquele.

Neste caso as soluções preconizadas não têm sido uniformes, nem se verifica um mínimo denominador comum.

Entendem uns (Teresa Serra e C. Valgdágua) que o agente deve apenas ser punido como autor de um crime de homicídio simples p. e p. pelo art. 131º, pois consideram irrelevante que pretendesse atingir o pai.

- Entendem outros que o agente deve ser punido por uma **tentativa impossível do homicídio qualificado em concurso ideal (efectivo) com um crime consumado de homicídio doloso**. – T. Beleza , 2º Vol. 193.

Também J.A. Veloso, Erro em direito penal, 2ª ed. p. 20. e F. Palma, Parte especial-1983, fasc. p. 77 se inclinam neste sentido, embora entendendo que se a tentativa impossível de homicídio qualificado for punível, a mesma consome o homicídio doloso simples, consumado. Defende, pois, tratar-se de concurso aparente e não efectivo, o que me parece mais correcto.

- A suposição de que se verificam circunstâncias agravantes internas não agrava; é o caso de alguém que pensa terem decorrido mais de 24h sobre o seu desígnio, sem que tal tenha efectivamente sucedido.

d) Erro sobre as circunstâncias atenuantes relativas ao facto.

Um exemplo: O art. 134º do C. Penal prevê o crime de homicídio a pedido da vítima, que constitui uma forma de homicídio privilegiado face ao tipo-base do art. 131º. Corresponde a uma das formas da chamada eutanásia.

Para se verificar o homicídio privilegiado é necessário que o agente tenha sido determinado a matar pelo pedido sério, instante (no sentido de insistente) e expresso (afastando-se o pedido tácito) da própria vítima.

Suponhamos agora que alguém é levado a matar outrem por crer que o pedido é feito de forma livre e consciente, o que efectivamente não se verificava.

Dado a situação de erro, o que sucede? – o agente é punido pelo crime simples, pelo crime privilegiado, ou não é punido?

Neste caso, o facto que o agente se representa é o do art. 134º pelo que parece que o erro é irrelevante, no sentido em que o agente será punido pelo tipo privilegiado do art. 134º como se o respectivo circunstancialismo se tivesse efectivamente verificado. – J.A. Veloso.

Fundamentação possível: alguma analogia com o regime do art. 16º nº2, segundo o qual as causas de justificação ou de exculpação putativas são equiparadas às efectivas, quando o erro não seja culposos.

e) Erro sobre a punibilidade – erro ignorância.

O Código Penal português de 1982 prevê expressamente, no art. 17º e no art. 16º n.º 1, 2º parte o desconhecimento, por erro, da punibilidade, ou seja, de que certa conduta é punível. Distingue, porém, ambas as situações, fazendo-lhe corresponder consequências diversas.

O erro sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo, (16/1) a falta de consciência da ilicitude, exclui a culpa (art. 17º nº1) .

A distinção entre ambas as figuras não assenta no tipo de erro – em ambos os casos trata-se de erro – desconhecimento, ou seja, ignorância sobre um elemento tipicamente relevante que efectivamente existe.

e.1) Assenta antes no objecto do erro: o art. 17 reporta-se aos crimes cuja punibilidade pode presumir-se conhecida e não é desculpável que não seja conhecida de todos os cidadãos. São os crimes “naturais” ou “crimes em si”, (*mala in se*) que abrangem todos os previstos no C. Penal (*F. Dias e JA Veloso, p. 24*).

Nestes casos, o simples conhecimento do tipo objectivo pelo agente, em todas as suas circunstâncias relevantes, de facto e de direito, era suficiente para uma correcta orientação daquele para o desvalor do ilícito.

Daí que só excepcionalmente possamos constatar haver falta de consciência da ilicitude desculpável.

e.2) A 2ª parte do mesmo art. 16º nº1 refere-se aos crimes cuja punibilidade não pode presumir-se conhecida de todos os cidadãos, nem é sempre indesculpável que o não seja.

São os chamados “crimes artificiais” ou *mala prohibita*.

Nestes casos, o simples conhecimento do tipo objectivo, nos termos referidos, não era suficiente para se ter consciência do ilícito, sendo ainda necessário o conhecimento da proibição.

Quer porque é fraca a coloração ética da conduta em causa, quer porque são razões de pura oportunidade ou estratégia social que baseiam a proibição, quer porque se trate de hipótese de neo-criminalização que ainda não ganhou a devida ressonância ético-social. Estamos então perante erro de proibição relevante, que exclui o dolo. (F. Dias, Pressupostos da Punição, CEJ).

Nestes casos do art. 16º nº1, 2ª parte, estamos perante uma *falta de conhecimento* que deve ser imputada a uma falta de informação ou de esclarecimento e que por isso, quando censurável, conforma o específico tipo de censura da negligência.

Nos casos a que se refere o art. 17º estamos perante uma *deficiência da própria consciência ético-jurídica* do agente, que lhe não permite apreender correctamente os valores jurídico-penais e que, por isso, quando censurável, conforma o específico tipo de censura do dolo. F. Dias, est. cit. p. 73).

Trata-se de um caso de desconformidade da personalidade do agente com a suposta pela ordem jurídica. Será, pois, um erro de valoração, um *erro moral*, por oposição ao erro de conhecimento, ao erro intelectual

- f) Erro sobre a punibilidade – erro suposição (o agente supõe ser tipicamente punível uma realidade, que o não é).

Falamos aqui dos chamados *crimes putativos ou imaginários*, como sucede quando alguém pratica deliberadamente o incesto ou o adultério, p. exemplo, na convicção de que tais factos são punidos pela lei penal.

Não se lhe refere qualquer preceito em especial, resultando a sua irrelevância, no sentido da não punição da conduta, desde logo do princípio “*nullum crimen sine lege*”, “*nulla poena sine lege*”: não há crime sem que o mesmo se encontre legalmente previsto como tal, não há pena que não conste igualmente da lei.

- g) Erro sobre causas de justificação ou de exculpação. – art. 16º nº2.

O art. 16º nº 2 contempla os casos em que o agente actua na convicção de que o faz a coberto de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa por crer que se verificam os respectivos pressupostos, o que efectivamente não sucede.

Será o caso de quem, de noite e em rua pouco frequentada, vê dirigirem-se-lhe três indivíduos, entre os quais alguém com quem tivera alguns dias antes uma discussão, e pensa que os mesmos se preparam para o atingir na sua integridade física.

Receando estar iminente a agressão e tendo uma pistola em seu poder dispara um tiro na direcção do pequeno grupo, provocando lesões num deles.

Os três indivíduos, afinal, não se dirigiam a ele mas a um outro indivíduo que se encontrava na sua direcção e, em todo o caso, não tinham propósitos agressivos.

O agente actuou em erro sobre os pressupostos da legítima defesa, que pensou estarem verificados no caso presente, pelo que se tem por excluído o dolo de ofensas corporais e, portanto, a punição do facto por tal título.

Não está afastada, porém, a punição por negligência nos termos gerais, ou seja, em termos semelhantes ao que vimos para os casos de erro sobre o objecto típico.

h) “*Aberratio ictus*”.

Importa agora realçar a distinção entre as situações de erro que aqui tratámos e que costuma designar-se por *erro de percepção ou erro intelectual*, dos casos de *erro de execução ou “aberratio ictus”*, que significa precisamente «desvio do golpe».

Ao contrário das situações de erro de percepção, em que há um vício na formação da vontade mercê de uma representação errónea da realidade, no chamado erro de execução há antes uma desconformidade entre o objecto visado e o objecto atingido por razões externas ao agente ou que tenham que ver com a sua destreza ou perícia.

Assim, o atirador que faz pontaria na direcção de A) e, por imperícia, atinge B).

Não há coincidência entre a pessoa visada e a atingida, mas tal não se deve a desconformidade entre a realidade tal qual existe e como o agente a representa, mas antes a um desvio na própria execução do acto pretendido pelo agente, que nada tem a ver com o dolo ou a culpa.

Isto é, o agente apontou ao homem que queria atingir, na suposição de ele ser quem era e com o intuito de lhe tirar a vida ou de o atingir na sua integridade física, mas o projectil acabou por atingir um terceiro.

Em regra entende-se que nestas situações o agente comete, em concurso ideal (efectivo), um crime doloso tentado e um crime negligente consumado (ou com dolo eventual, segundo os casos).

1.2.4 – A imputação objectiva do resultado à conduta – o nexó de causalidade

1.2.4.1 – Noção

Em primeiro lugar, importa relembrar a distinção entre *crimes formais ou de mera actividade* e *crimes materiais ou de resultado*, pois só a propósito deste últimos se suscita a questão da imputação objectiva do resultado e do nexó de causalidade.

Nos crimes formais ou de mera actividade, o tipo objectivo, ou seja o conjunto dos elementos que descrevem o facto objectivamente ilícito, consiste numa mera acção, numa dada conduta, que se preenche com a sua verificação, independentemente de dar origem a qualquer outro evento ou consequência. O crime consuma-se independentemente da verificação de um resultado separável da conduta. É o caso da omissão de auxílio do art. 200º, da violação de domicílio do art. 190º, devassa da vida privada do 192º ou devassa por meio de informática do 193º, todos do C. Penal Português de 1982, entre muitos outros; basta-se a lei penal com a prática desses actos, independentemente de daí advirem quaisquer desvantagens ou prejuízos concretos para as pessoas que os sofrem.

São crimes materiais ou de resultado aqueles em que o tipo incriminador apenas se realiza com a verificação de um resultado típico, espaço-temporalmente desligado, distinto, da própria conduta do agente. É o caso do homicídio em que para além da prática de determinados actos idóneos – disparar um projectil, atingir com objectos, ministrar substâncias, etc. – se exige que a tal conduta sobrevenha a morte, pois só com esta se consuma o crime. A morte é o evento material ou resultado que acresce à conduta do agente, seja esta dolosa ou negligente. Também nas ofensas corporais, no fogo posto, no aborto, se exige a verificação de um resultado para se terem por praticados ou consumados os respectivos crimes.

O problema da imputação objectiva do resultado à conduta (incluindo a verificação do nexó de causalidade) só se coloca nos crimes de resultado, como vimos, e pode equacionar-se assim: quando é que pode dizer-se que o resultado deve atribuir-se à conduta? – Ou seja, como explica o Prof. F. Dias: exigindo-se para o preenchimento integral de um tipo de ilícito a produção de um resultado, importa verificar não apenas se esse resultado se produziu, mas também se ele pode ser atribuído, imputado, à conduta.

A exigência mínima que tem de fazer-se relativamente à conexão entre o comportamento humano e o evento é a da **causalidade**, o que justificou que durante muito tempo toda esta problemática tivesse sido tratada sob a designação de **nexó de causalidade**.

Na verdade, como ensina Roxin, a teoria do nexo causal é (pelo menos nos delitos comissivos) o fundamento de toda a imputação objectiva, pois o primeiro pressuposto do preenchimento do tipo é que o autor tenha causado o resultado. No entanto, concluindo-se pela causalidade da conduta não se realiza sempre o tipo, como antes se acreditava, ainda que concorram os restantes elementos típicos objectivos. Assim, por exemplo, pode não haver imputação objectiva, mesmo que o autor tenha causado o resultado, porque tal ficou a dever-se a mera casualidade ou a outras causas que podem excluir a imputação objectiva.

A imputação objectiva há-de pois verificar-se e analisar-se em dois momentos sucessivos: o do nexo ou relação causal e o dos restantes pressupostos da imputação. Nem sempre, porém, se operou esta distinção, como veremos da exposição das teorias sobre esta problemática.

1.2.4.2 – No século XIX surgiu a *teoria da «conditio sine qua non» ou da equivalência das condições*, que parte da ideia segundo a qual “causa é o conjunto de todas as condições de que resulta um fenómeno”.

Daqui se concluiria que cada uma das condições sem a qual não se verificaria o resultado (por isso *conditio sine qua non*), seria também causa e, assim, todas as condições seriam equivalentes para o efeito de a cada uma se poder imputar o resultado.

Na sua compreensão mais ampla seriam causa do evento todos aqueles sem os quais não se teria verificado, de tal modo que em última análise remontaria ao pai uma das causas de todos os actos praticados por um filho, pois sem aquele este não existiria, da mesma forma que aí são incluídos ainda meros fenómenos físicos, independentes do Homem.

Por exemplo, causa do incendiar de um fósforo é tanto a presença do oxigénio, como a utilização de matéria combustível, como a acção daquele que risca o fósforo.

A causa seria, portanto, o conjunto de todas estas condições.

Costumam apontar-se duas críticas essenciais a essa teoria:

- através dela é impossível delimitar até onde é que faz sentido dizer o que é causa de um resultado para o D. Penal;
- torna difícil fundamentar a escolha de uma circunstância-condição como causa de um resultado. Porquê esta e não outra circunstância-condição?

A teoria da *conditio* acaba, no entanto, por contribuir relevantemente para resolver o problema da causalidade em Direito ao concluir que *se todas as condições necessárias e suficientes são causa do efeito e se cada uma das condições de per si pode ser considerada como causa do mesmo, basta pensar na acção humana que com as restantes deu causa àquele efeito e esquecer as demais*. Isto é, apesar de se alargar o elenco das condições, conclui-se depois que apenas interessa aquela que está ser objecto de apreciação em termos de responsabilidade penal.

À pergunta sobre qual foi a causa deste evento, sucede uma outra que é a de saber se **esta conduta foi causa daquele evento**.

Para obter resposta, há que perguntar, por abstracção mental, se o evento teria existido se o antecedente que presumimos poder ser sua causa nunca tivesse existido.

É a fórmula positiva da *conditio* e se a resposta for a de que o resultado não se teria verificado então estamos perante uma causa do evento.

Fácil é concluir que esta formulação conduz a resultados inaceitáveis, pois bastaria que o agente tivesse posto qualquer uma das condições, sem as quais o resultado não poderia concretamente verificar-se, para que este lhe possa ser imputado.

Por outro lado, não se teria por excluído o nexo de causalidade mesmo que o evento se produzisse por circunstâncias particulares do ofendido ou que fossem supervenientes, ou com a colaboração destas circunstâncias, v.g. a hemofilia. Ou quando o resultado pudesse evitar-se com actividades posteriores, como seriam uma operação cirúrgica, quando o resultado se verificasse por virtude de complicações posteriores, como no caso de a ferida apenas se ter tornado mortal por infecção independente do traumatismo provocado pela acção do agente. Ou ainda quando o agredido morreu na sequência de um incêndio no hospital para onde foi levado para ser tratado das consequências da agressão ou quando foi atropelado no caminho para o hospital onde ia receber tratamento e mesmo nos casos em que o resultado veio a verificar-se devido a imprevidência da vítima ou a negligência do médico.

Em todos estes casos a teoria da *conditio* levaria à imputação do resultado *morte* ao agressor, p. ex., pois sem a sua conduta não se teriam verificado os eventos posteriores, que em conjunto com aquele estiveram na origem da morte.

Crítica.

- Tal é inaceitável, desde logo porque daria lugar a grandes desigualdades.

A) e B) atingiam duas pessoas diferentes, em circunstâncias praticamente idênticas, mas uma delas era homofílico sem que o agente o soubesse. Um seria punido por homicídio e outro por meras ofensas. Não seria justo do ponto da conduta de cada um.

- Por outro lado, sempre ficariam por resolver os casos em que duas pessoas ministram simultaneamente à vítima uma dose mortal de veneno, pois não poderia dizer-se que cada acção é causal, por uma e outra serem suprimíveis sem prejudicar o resultado.

1.2.4.3 – Para corrigir os exageros da teoria da equivalência das condições surgiu, entre outras, a vulgarmente chamada **teoria da causalidade adequada ou da adequação**, defendida entre nós pelo Prof. E. Correia, que presidiu à comissão que elaborou o C. Penal de 1982, pelo que tal teoria se encontra acolhida no actual código, como é entendimento dominante face ao art. 10º nº1: “acção adequada a evitá-lo.”.

Essa teoria pode formular-se assim:

- «quando determinado facto provoca certo resultado, cabe perguntar se um homem médio, colocado na situação do agente, munido dos conhecimentos de que o agente dispunha naquela altura (mas também dos conhecimentos que o agente não possuía mas poderia ter adquirido) conseguiria prever ou não esse resultado.»
- Trata-se pois de um juízo de prognose póstuma. Isto é, depois do efeito produzido voltamos atrás no tempo, como se fizessemos passar de novo um filme e tentamos descobrir se o fim do filme era ou não previsível para o agente.

Na realidade exige-se:

- um nexo causal, a verificar através da equivalência das condições, ou seja, num primeiro momento é determinante que o resultado não tivesse ocorrido se mentalmente eliminarmos do processo causal a conduta em apreço;
- adequação da acção, nos termos em que agora vimos, baseada na experiência comum.

Assim, de acordo com a teoria da adequação um resultado só pode ser imputado a uma acção, quando esta for considerada idónea (adequada) a produzir o resultado ocorrido, de acordo com as regras da experiência.

De acordo com esta teoria afasta-se a imputação do resultado ao agente nas seguintes situações:

– quando o resultado era **imprevisível** para a generalidade das pessoas, para o homem médio e de acordo com os próprios conhecimentos do agente. Assim, no caso da vítima ser um hemofílico e ninguém saber, não pode ser imputada a morte ao agente que lhe provocou uma simples ferida.

Outro caso será o de alguém que parte uma perna a outro e este vem a morrer num desastre de automóvel a caminho do hospital.

– quando o resultado podia prever-se mas é de *verificação rara*. É o caso de alguém que faz entrar outrem num comboio que descarrila, donde sai ferido ou morto. Não pode imputar-se este resultado ao agente embora em rigor haja nexos causal (pois o resultado não se teria verificado sem a conduta do agente que levou a vítima entrar no comboio) e seja previsível, pois é sabido que os comboios descarrilam.

– nos casos de **causalidade acidental**; p. ex. se a vítima, mortalmente ferida, morre por ter contraído infecção hospitalar há causa acidental? – Parece-me que o agente será punido se de acordo com as regras da experiência for previsível que àquele ferimento possa seguir-se a infecção. Será punido pela tentativa no caso de ser infecção provocada pelas bactérias dos hospitais, pois a agressão não foi causa da morte, medicamente aferida.

– nas situações de interrupção da causalidade: a valoração normativa exclui do âmbito dos resultados (causados) aqueles que por valoração da acção e do modo de produção do resultado não devam ser imputados ao agente; v.g. interrupção consistente numa acção intencional de terceiro (homicídio de quem já estava mortalmente ferido ou morte por um raio – antecipação por facto da natureza – de quem já estava mortalmente ferido).

Nestes casos poderá ser punido por tentativa. (desde que se trate de crime doloso punível com pena superior a 3 anos).

1.2.4.4 – A teoria da conexão do risco (Roxin e F. Dias).

Segundo esta teoria o resultado será imputado à acção quando se verificar um duplo circunstancialismo:

- que o agente tenha criado um risco não permitido ou tenha potenciado ou aumentado o risco preexistente, para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito.
- que esse risco se tenha produzido, materializado, no resultado típico.

Como ensina o Prof. F. Dias o problema começa por ser o de determinar o âmbito ou círculo dos riscos que devem considerar-se juridicamente desaprovados e, conseqüentemente, não permitidos, embora, como diz o mesmo mestre, apesar de

todos os esforços doutrinários desenvolvidos, o procedimento é – e, em último termo, tem de ser – eminentemente casuístico, ainda que susceptível de uma certa *tipologia*.

Assim, fora de dúvidas estarão os casos em que o agente, com a sua acção, **diminui ou atenua um perigo** para o ofendido, como sucede no caso de alguém empurrar outrem provocando-lhe pequenas lesões, para evitar que seja atropelado por um veículo.

Igualmente será de excluir a imputação objectiva, quando o resultado tenha sido produzido por uma **acção que não ultrapassou o limite do risco juridicamente permitido**, pois não pode o direito penal, dada a sua natureza de última *ratio* considerar típicos comportamentos ainda no círculo de riscos tolerados de uma forma geral, pela própria sociedade. Assim, na medicina não serão imputadas objectivamente ao médico as lesões provocadas por este em intervenções efectuadas de acordo com as *leges artis*, tal como nas competições desportivas é em nome do risco não proibido que deve negar-se, v.g., a tipicidade de ofensas à integridade física do adversário (Costa Andrade e F. Dias).

Ainda segundo o Prof. F. Dias, que continuamos a seguir de perto, dentro do risco permitido mantém-se o chamado **risco geral de vida**, socialmente adequado, bem como os casos de **co-actuação da vítima ou de terceiro**, em virtude da interposição da auto-responsabilidade daquela ou da responsabilidade deste, ou, noutra perspectiva, do princípio da confiança, segundo o qual se poderá confiar em que os outros não cometerão actos ilícitos. Um exemplo desta última hipótese é o de alguém infectado pelo vírus da SIDA manter contactos sexuais com outrem conhecedor da situação, que aceita o risco de infecção.

Para além destes casos são ainda importantes **as situações de potenciação de um risco** já criado antes da actuação do agente, mas que podem ser-lhe objectivamente imputados se com a sua conduta aumentou esse mesmo risco.

Pode concluir-se, pois, sem prejuízo de outros aprofundamentos – nomeadamente em F. Dias Direito Penal I, pp 304-327 – que de acordo com esta teoria o agente deverá responder criminalmente, na medida em que se verifica um nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado, tendo aquela criado ou aumentado o risco da sua verificação.

Taipa de Carvalho, por seu lado, depois de lembrar que a teoria da causalidade adequada está referida no art. 10º nº1 do C. Penal Português de 1982, entende que a mesma é globalmente válida e apta a resolver os problemas da imputação doo

resultado à conduta, sem que a teoria da conexão do risco resolva as questões menos satisfatoriamente resolvidas pela teoria da adequação, defendendo que, a propor-se uma alternativa a esta última, então optaria por uma **teoria da conexão normativo-típica**, segundo a qual *só deve imputar-se o resultado típico a uma conduta típica, quando entre ambos existir uma conexão típica. Ou seja, só se afirma a imputação do resultado à conduta (acção ou omissão), quando a acção desvaliosa aparece no tipo legal em conexão com o resultado produzido, resultado que precisamente o tipo legal pretendia evitar.*

1.3 – Ilícitude – As causas da Justificação

Sem ignorar as objecções que do ponto de vista *científico-dogmático* pode suscitar a chamada concepção tripartida do crime (vd, por todos, F. Dias, p. 250 e sgs), continuaremos a segui-la na exposição, tendo sobretudo em conta que corresponde a um correcto procedimento prático de análise dos casos penais, pelo que tomado o tipo como o primeiro degrau e autónomo qualificativo da acção (acção típica), cabe agora cuidar das **causas de justificação**, enquanto factor de negação da ilícitude (2º degrau). (F. Dias).

Como vimos, a verificação de uma causa de justificação tem como efeito o afastamento ou exclusão da ilícitude de um dado facto típico.

As causas de justificação não têm que ter natureza penal, antes podem emanar de um outro ramo do direito, pois é entendimento dominante e mesmo positivado na lei penal que o *facto não é punível quando a sua ilícitude (penal) for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade, tal como expresso no art. 32º do C. Penal Guineense e no art. 31º nº1 do C. Penal Português.*

Referem-se-lhe igualmente os art. 44º e 46º do C. Penal de 1886 – que prevê igualmente as causas de exclusão da culpa – sem diferenças significativas, dado o papel decisivo que sempre teve a doutrina penal na explicação e configuração das causas de justificação ou de exclusão da ilícitude.

Não são taxativas as causas de justificação previstas na lei, dado precisamente o apelo à totalidade ou unidade da ordem jurídica, podendo resultar outras causas de justificação dos restantes ramos de direito, para além da analogia que, por ser *bona parte*, é admitida.

Tomando essencialmente como referência os artgs 32º, 33º, 35º e 37º, do Código Penal Guineense e o art. 31º e sgs C. Penal Português, que mencionam exemplificativamente algumas causas de justificação já aceites, entre outras, pela doutrina

reportada ao C. Penal de 1886 (vd Eduardo Correia II, pp 35 – 137), veremos alguns aspectos das principais causas de justificação ou exclusão da ilicitude:

- *legítima defesa*;
- *direito de necessidade*;
- *conflito de deveres*;
- *consentimento expresso ou presumido*.

Ao lado destas podem ainda considerar-se outras, resultantes da ordem jurídica na sua totalidade, como sejam a acção directa, o direito de correcção ou o uso legítimo da coacção estatal.

1.3.1 – *Legítima defesa*

É talvez a mais emblemática das causas de justificação ou exclusão da ilicitude (na linguagem da lei), e, no essencial, têm-se mantido os seus traços principais. Genericamente, a legítima defesa cobre situações da vida em que, para afastar um ataque à esfera jurídica *própria ou de terceiro, alguém reage contra o autor dessa agressão, causando danos à sua pessoa ou património*.

a) *Requisitos*

São os seguintes *os requisitos* impostos pelo art. 32º do C. Penal:

- que se verifique uma agressão proveniente de *conduta humana, ilícita ou antijurídica*. Daqui resulta que a agressão pode não constituir crime, bastando que consista na violação ou colocação em perigo de bens jurídicos protegidos por qualquer ramo do direito (constitucional, administrativo, civil, de mera ordenação social).

Por outro lado, tal violação não carece de ser *culposa*, concebendo-se, assim, legítima defesa contra acto praticado por inimputável (v.g. crianças ou dementes), por motivo de erro ou ainda num situação de inexigibilidade

- a agressão deve ser *actual; i.e. deve apresentar-se como iminente ou em execução, mas não consumada*. Só assim não será nos crimes duradouros ou contínuos em que a consumação material se prolonga no tempo, devendo a agressão considerar-se actual nesses casos, para efeitos da legítima defesa.

Não pode é a agressão estar consumada, no sentido de finda, pois a legítima defesa consiste num meio de impedir a agressão (seja o início, seja sua continuação) e não de desforra ou sanção por agressão já terminada.

Este o lado da agressão.

No que respeita aos requisitos que devem verificar-se no defendente destacam-se dois pressupostos.:

- Um de natureza *subjectiva*: o «*animus defendendi*», que consiste no intuito de preservar o bem jurídico ameaçado.

Para tanto exige-se que o defendente actue **com consciência** de que está iminente ou em execução uma agressão a bem jurídico próprio ou de terceiro e que actue com o apontado intuito, embora não se exija o mesmo em estado puro, ou seja, admite-se que outros propósitos – nomeadamente o de vingança, ou de reposição da justiça – acompanhem o intuito essencial de defesa.

Com este requisito se afasta a exclusão da ilícitude nos casos em que o agente seja levado actuar por outros motivos, mas em que se verificasse perigo iminente de agressão a bem jurídico próprio ou alheio sem que o agente disso tivesse conhecimento.

Por outro lado, afasta-se a relevância da chamada «*agressão pré-ordenada*», ou seja, os casos em que alguém, ciente da sua superioridade, provoca outrem a agredi-lo a fim de, a coberto de uma situação *fictícia* de Legítima Defesa, poder tirar desforço contra o pretenso agressor.

- o segundo requisito imposto do lado do defendente consiste na *necessidade do meio empregue*, (meio necessário para salvaguardar o bem jurídico ameaçado).

Exige-se que:

- se verifique a impossibilidade de recorrer à força pública em tempo útil;
- a actuação do defendente se mostre adequada ou idónea para sustentar a agressão, atentas as características do caso concreto;
- o defendente escolha a conduta que causar menos danos ao lesante, entre as adequadas a sustentar a agressão, com exclusão das desonrosas ou infamantes. (v.g. recurso à fuga perante a iminência de ofensas corporais).

Embora a lei penal não imponha, em regra, limites expressos em função da natureza dos bens jurídicos ameaçados (nomeadamente o carácter pessoal ou patrimonial dos mesmos), alguns instrumentos internacionais, nomeadamente o art.2º nº2 da C.E.D.H., estabelece que a vida humana só pode ser violada quando se trate de agressão a bens pessoais, o que não deixa de ser um princípio a considerar, apesar de aquela Convenção não se aplicar directamente às relações entre particulares.

Ao contrário da legítima defesa civil, em que é expressamente exigido que o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que possa resultar da lesão, a legítima defesa penal não está expressamente sujeita a idêntica limitação, de acordo com a doutrina tradicional entre nós.

Em todo o caso, tem-se chamado a atenção para a necessidade de temperar a desproporção eventualmente existente entre o interesse sacrificado e o interesse ameaçado, o que tem levado à figura do *abuso de direito de legítima defesa e aos limites ético-sociais* à legitimidade. Veja-se o exemplo de A) que para impedir B) de lhe furtar uma laranja, atira sobre ele e o mata.

b) Excesso de legítima defesa

O que a lei penal designa por *excesso de legítima defesa* traduz-se no chamado *excesso intensivo*, o qual consiste na utilização de meios que excedem – em grau ou espécie – os meios idóneos ou adequados, ou seja, os meios necessários para repelir a agressão.

Este excesso pode ser *asténico* (v.g. resultante de medo, perturbação, susto) ou *esténico* (cólera, furor, desejo de vingança) e estão ambos sujeitos ao mesmo regime. Isto é, em ambos os casos a conduta é, em princípio, ilícita, mas a pena pode ser especialmente atenuada; no caso de excesso *asténico*, o agente pode não ser punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis – art. 34º do Código penal Guineense e art. 33º do C. Penal Português, correspondendo no essencial ao que era já o entendimento do Prof. Eduardo Correia no domínio do C. Penal de 1886. (Eduardo Correia II).

Fora do conceito de excesso de legítima defesa estão os casos tradicionalmente designados de) *excesso extensivo*, também conhecido por *legítima defesa putativa*, onde cabem quer as situações de erro sobre as circunstâncias de facto da legítima defesa (erro previsto no art. 16º n.º 2), quer de erro sobre a ilicitude quando o agente conhecendo bem o circunstancialismo de facto, supõe erroneamente que o âmbito da legítima defesa abrange a sua conduta.

Em ambos estes casos o comportamento é ilícito, passando a questão a resolver-se em sede culpa.

1.3.2 – Direito de necessidade. (art. 35º do C. P. Guineense e 34º do C. Penal Português)

A problemática do **estado de necessidade** (em sentido amplo) em direito penal, reporta-se a situações em que, não estando em causa a legítima defesa, só é possível salvar certos interesses ou valores (certos bens) ameaçados ou em perigo,

sacrificando outros interesses juridicamente protegidos, através de um comportamento que preenche um tipo legal de crime.

Sucedem que, por vezes, os interesses a defender e os que é necessário sacrificar são de igual valor, outras vezes sucede que uns são de valor superior aos outros, sendo conhecidos os mais variados exemplos desde a antiguidade.

Foi precisamente a partir desta distinção entre situações em que os bens em confronto são de idêntico valor e outras em que os bens a proteger são manifestamente superiores aos bens a sacrificar, que o legislador português de 1982 optou por criar os artos 34º e 35º do C. Penal.

Na origem desta opção está a chamada *teoria da diferenciação* (Yescheck, p. 317. E. Correia, II, p. 82), segundo a qual é preciso distinguir entre as situações de estado de necessidade em que se **exclui a ilicitude**, das situações em que apenas se **exclui a culpa**: umas vezes o estado de necessidade exclui a ilicitude (casos de sacrifício de valores menores para salvar valores maiores), outras vezes exclui a culpa (casos de sacrifício de valores iguais aos que se salvam, ou mesmo de valores maiores quando ao agente não era exigível outro comportamento).

Ex. desta última situação será o caso daquele que, como único meio de evitar uma grave ofensa corporal não resiste a sacrificar vidas alheias, (v.g. atirando-lhes a bomba que lhe iria explodir nos braços).

Nestes casos a ordem jurídica considerada na sua totalidade não exclui a ilicitude porque não pode considerar a vida de alguém em concreto mais importante que outra ou outras (fora dos quadros da legítima defesa em que é o agressor que dá origem à eventual lesão da vida para defesa do bem ameaçado). No entanto tem que admitir, compreender, não ser exigível a alguém que se deixe morrer só para não ferir ou matar outras.

Reportando-me agora apenas aos casos de direito de necessidade, justificante (art. 35º do C.PG) há a considerar os seguintes pressupostos e requisitos:

- Desde logo encontram-se excluídos do seu âmbito os interesses públicos;
- O perigo deve ser actual, objectivo e real e ser causado por acção humana ou por acontecimentos naturais e *não deve provir do titular do interesse que está em perigo* (distingue-se da legítima defesa por poder provir de acontecimento natural);
- O facto “lesivo” deve ser adequado a afastar o perigo.

O interesse a salvaguardar deve ser **sensivelmente superior** ao interesse sacrificado;

- Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em função da natureza ou valor do interesse em perigo.

Casos de escola de exclusão da ilicitude com fundamento no direito de necessidade, são o de alguém que para salvar uma vida causa a outrem meros danos graves, o comandante do navio que para evitar um naufrágio, tem de lançar ao mar parte da carga; o de alguém que para vencer uma doença grave ou mortal usa remédios pertencentes a outrem, ou ainda o de alguém que para apagar um incêndio que ameaça vidas humanas utiliza ou mesmo danifica coisas pertencentes a outrem, designadamente usando mangueiras e água de poço alheio ou arrombando a porta de um vizinho.

Embora o C. Penal de 1886 não preveja expressamente o direito de necessidade enquanto causa de exclusão da ilicitude, uma vez que os art. 44º § 2º e 45º se referem ao estado de necessidade subjectivo ou desculpante, entende-se ser válida a figura em direito penal a partir da sua previsão no art. 339º do C. Civil de 1966, (Cavaleiro de Ferreira), precisamente em função da totalidade ou unidade da ordem jurídica.

1.3.3 – *Conflito de deveres*

(Art. 37º do Código Penal da Guiné-Bissau e 36º do C. Penal Português de 1982).

Tradicionalmente, as situações abrangidas pela chamada colisão de deveres eram hipóteses consideradas no âmbito do estado de necessidade. Foram autonomizadas porque não exigem que a ordem a cumprir seja sensivelmente superior à sacrificada e porque o agente não é *livre* de se envolver ou não no conflito, uma vez que está adstrito ao cumprimento de, pelo menos, um dos deveres em conflito.

Nas situações aqui previstas impõe-se o sacrifício de um dos interesses alheios (e não próprio) e a prevalência de um outro, em consequência da impossibilidade de cumprimento tempestivo ou simultâneo dos deveres que entre si colidem: “*Ad impossibilita nemo tenetur*”.

a) Requisitos

O interesse a sacrificar deve ser de valor igual ou inferior ao interesse prosseguido, em função da *natureza* ou *valor* dos interesses em conflito, conforme estabelece expressamente o art. 34º al. c) para o direito de necessidade, não podendo sacrificar-se interesse superior ao que se assegura.

O cumprimento de qualquer dos deveres nessas condições justifica a omissão do cumprimento do outro dever, excluindo a ilicitude.

Importa considerar, porém, que assim será apenas nos casos de conflitos de **deveres de acção, ou seja, de omissões puras**, pois o comportamento típico consiste numa omissão.

É o que sucederá no caso do médico de hospital que só pode salvar um dos doentes, porque apenas dispõe de uma única injeção, ou do alpinista ou guia que apenas pode salvar uma das pessoas que lhe estão confiadas”, ou ainda do pai que apenas pode salvar um dos filhos, numa situação de perigo para ambos.

Em todas estas situações, o agente apenas pratica uma das acções necessárias, nada fazendo quanto ao interesse que, em concreto, sacrifica: conflito entre deveres de acção.

Já não será assim, isto é, já não agirá a coberto desta causa de justificação da ilicitude o agente que dê preferência ao cumprimento do dever de acção em detrimento do dever de omissão que lhe é imposto por norma proibitiva (proibição de acção), nomeadamente de natureza penal. Veja-se o caso de alguém que produz a morte de A) para salvar a vida de B). Na ponderação entre ambos os deveres, “... não pode deixar de reconhecer-se mais importante o dever jurídico-penal de não matar do que o dever indirecto, de raiz ou confirmação não penal, de garante da não superveniência da morte de outrem.”. – E. Correia, II, p. 93.

Será assim quer se trate de diferenciação quantitativa entre vidas humanas, quer se trate do que pode chamar-se diferenciação *qualitativa*, pois face aos nossos ordenamentos jurídicos a vida assumirá um cariz absoluto não podendo dizer-se que uma pluralidade de vidas valham mais que uma só, ou que a vida de um valha mais que *a vida de outro*.

Quanto à diferenciação quantitativa é célebre o caso do agulheiro que, verificando que um comboio de mercadorias sem travões se precipita sobre um comboio de passageiros, o faz derivar para outra linha onde trabalham alguns operários, evitando assim a morte de muitos passageiros do comboio, mas sacrificando um número menor de trabalhadores.

Quanto à diferenciação qualitativa, seria o caso de se diferenciar entre o sábio e o ignorante ou entre o indivíduo saudável e o afectado de anomalia psíquica.

Em qualquer destes casos, o agente não pode sacrificar a vida ou vidas que não estavam antes em perigo para salvar a vida ou vidas – em maior número ou de quem quer que sejam – colocadas em perigo pornexo causal já desencadeado.

Veja-se como nestes exemplos acabaria por morrer alguém por **acção do agente** que de outro modo não morreriam, ainda que morressem maior número de pessoas se aquele nada fizesse.

O agulheiro, p. ex., seria punido pela prática de um crime de homicídio, *salvo se considerarmos revelarem-se particulares razões* que façam funcionar a não exigibilidade como princípio de exclusão da culpa, enquadrável actualmente no estado de necessidade desculpante.

É, pois, bem patente a necessidade de fazer transitar o problema do plano da ilicitude para o da culpa.

Na perspectiva das fontes dos deveres em conflito faz-se a distinção entre o conflito de deveres *impostos por lei* e o conflito de deveres resultantes de *ordens legítimas da autoridade*.”. Cav. Ferreira, Lições, 1995, p. 127.

No primeiro grupo de casos enquadram-se todos os que vimos até aqui, no segundo grupo de casos, ou seja, no *conflito de deveres emergentes de ordens legítimas da autoridade*, enquadram-se sobretudo os que no domínio do C. Penal de 1886, se discutiam com relação à obediência devida.

Em primeiro lugar e no que respeita ao dever de obediência hierárquica, determina o art. 36º nº2 do C.Penal de 1982 que o mesmo cessa quando conduzir à prática de um crime, pelo que não se verifica sequer qualquer conflito entre o dever de cumprir ordens do superior hierárquico e o dever de se abster de praticar crimes, genericamente imposto a todos os cidadãos.

b) Situações abrangidas

O conflito de deveres abrangerá, assim:

- os conflitos entre deveres jurídicos fundados na lei;
- os conflitos entre dever jurídico fundado na lei e o dever de obedecer a **ordem legítima;**
- os conflitos entre ordens de valor idêntico, providas ou não do mesmo superior hierárquico, insusceptíveis de serem cumpridas simultânea ou tempestivamente.

Em todos estes casos, valem as regras já enunciadas segundo as quais o agente verá excluída a ilicitude do seu acto desde que garanta valor igual ou superior ao sacrificado.

Esta disposição é praticamente idêntica à do art. 271º nº3, segundo a qual, Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.”.

O dever de obediência hierárquica dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local encontra – se genericamente estabelecido ao lado dos outros deveres conformadores da função, como sejam o de zelo, isenção, lealdade, correcção, etc., definindo-o o nº7 do mesmo preceito:

«O dever de obediência consiste em acatar e cumprir as ordens dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal.».

Desta noção resultam os principais requisitos ou pressupostos das **ordens** a que devem obediência os funcionários ou agentes da administração:

- **serem legítimas** do ponto de vista *substancial e formal*, devendo ser conformes à lei e obedecer às formalidades impostas legalmente para a sua validade;
- **serem regularmente comunicadas**, permitindo ao destinatário entender o conteúdo da intimação.
- **provirem de autoridade competente**; i.e. as ordens devem ser dadas por quem tenha o poder legal de as emitir, quer do ponto de vista *material* (o seu conteúdo caber no círculo de atribuições de quem as profere), quer no *aspecto hierárquico* (ou seja, partirem dos superiores e destinarem-se aos subalternos), quer ainda no *tempo e lugar* previstos na lei.

1.3.4 – O consentimento

Embora se discutisse no domínio do C. Penal de 1886 a relevância do consentimento como causa geral de justificação, era já esse o entendimento do Prof. Eduardo Correia, o qual admitia o consentimento como causa geral de justificação desde que o potencial lesado tivesse o necessário discernimento para consentir, que o consentimento fosse prestado para cada situação concreta, em momento anterior à acção e que esta não contrariasse os bons costumes, exigindo ainda que o consentimento diga respeito a bens jurídicos livremente disponíveis pelo respectivo titular.

O art. 38º do Código Penal Português de 1982 começa por aludir aos casos especialmente previstos na lei em que o consentimento exclui a ilicitude e, de seguida, indica os requisitos a que deve obedecer o consentimento como causa, genérica, de exclusão da ilicitude.

São pressupostos **formais** do consentimento:

- *a capacidade para consentir*, no sentido de ter discernimento para avaliar o significado do consentimento prestado;
- *a seriedade e a liberdade do consentimento*: têm como corolário o dever de informação e esclarecimento. O engano e a ameaça, o erro e a coacção excluem o consentimento eficaz;
- *a anterioridade* em relação à conduta;
- *a revogabilidade* a todo o tempo;
- *a forma inequívoca* da sua expressão.

São pressupostos **materiais**:

- *a disponibilidade* do bem jurídico tutelado, por parte do ofendido, que consente. Excluídos os bens jurídicos da colectividade, serão disponíveis os bens pessoais de natureza patrimonial e mesmo outros dentro dos condicionalismo acolhidos na lei.
- *não ofensa dos bons costumes*. Trata-se de um conceito indeterminado a preencher com cautela. Elemento sistemático importante é a definição contida no art. 149º nº2, *segundo a qual* «Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta nomeadamente os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.».

O critério decisivo será o da *gravidade e reversibilidade da lesão*. Assim, será lícita uma pequena ofensa sado-masoquista e será ilícita grave mutilação por motivos religiosos.

Para além de ser perspectivado como causa de exclusão da ilicitude, o consentimento pode ainda constituir:

- *elemento positivo do tipo*, como é o caso do homicídio a pedido da vítima p. e p. pelo art. 134º;
- *elemento negativo do tipo*, em que a ausência de consentimento é essencial à verificação do crime. Assim nos crimes contra liberdade sexual, violação de domicílio, devassa da vida privada, etc..

Nos termos do art. 39º do C. Penal ao consentimento expresso é equiparado o consentimento *presumido*, o qual se verifica quando a situação em que o agente actua lhe permite razoavelmente supor que o titular do direito daria o seu consentimento se o pudesse fazer.

1.4 – Culpa – As Causas de Exclusão da Culpa

Como vimos a propósito do princípio da culpa, é hoje unanimemente considerado que não há responsabilidade sem culpa, pelo que não é suficiente a afirmação da ilicitude da sua conduta para que o mesmo possa ser sancionado com uma pena. É necessário ainda que a sua conduta seja culposa. Neste sentido se refere a culpa enquanto elemento do crime ou infracção penal.

No entanto, tanto no que respeita ao conceito de culpa, como ao seu fundamento e mesmo à sua relação com a matéria da determinação concreta da pena, são várias as posições doutrinárias e delas não cuidaremos aqui, limitando-nos ao essencial, na perspectiva judiciária.

Tomamos, pois, como conceito operacional, a concepção normativa da culpa, de acordo com a qual a culpa traduz-se num juízo de censurabilidade sobre uma certa conduta típica e ilícita resultante da imputação a alguém desse mesmo comportamento, atribuído à sua vontade, ao seu discernimento e capacidade, relativamente ao qual lhe era exigível que tivesse actuado de modo diverso, de modo conforme ao Direito.

Na perspectiva da aplicação prática do direito, podem agrupar-se em *três categorias* as causas que podem levar à não punição do agente pela ausência de um juízo de culpa:

- *Inimputabilidade, inexigibilidade e falta de consciência da ilicitude não censurável.*

Vejamos, então, cada uma delas.

1.4.1 – Inimputabilidade

A inimputabilidade do agente, seja ela encarada como fundamento da impossibilidade de afirmação, no caso, da culpa jurídico-penal (F. Dias), ou como causa de exclusão da culpa no posicionamento mais comum, conhece duas modalidades:

- inimputabilidade em razão da idade (art. 19º);
- inimputabilidade em razão de anomalia psíquica.

- a) A inimputabilidade em razão da idade assenta na ideia de que a responsabilidade penal deve ser excluída enquanto o agente não atingir uma certa maturidade psíquica e espiritual, que o habilite a avaliar a ilicitude do facto e a determinar-se de acordo com ela.

A imputabilidade penal atinge-se aos 16 anos, como resultava da Organização Tutelar de Menores e do art. 109º do C. Penal de 1886, e é expressamente afirmado no art. 10º do C. Penal Guineense e no art. 19º do C. Penal de 1982, podendo entender-se que a opção pelos 16 anos deve-se, sobretudo, a razões político-criminais, ou seja, ao propósito de subtrair o adolescente com idade inferior àquela, às consequências negativas que uma pena, *maxime*, pena de prisão, num estágio particularmente crítico da formação da sua personalidade.

- b) A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, num modelo essencialmente misto como é o consagrado no art. 13º do C. Penal Guineense, 20º do C. Penal Português ou no art. 20º do C. Penal Alemão, entre outros, depende da verificação cumulativa de dois requisitos ou elementos: um elemento biopsicológico, que se traduz em ser o agente portador de anomalia psíquica no momento da prática do facto, e um elemento normativo, que consiste na incapacidade de avaliação da ilicitude ou de se determinar de acordo com ela, em função da anomalia psíquica que o afecta.

O C. Penal de 1886 acolhia originariamente um modelo essencialmente biológico próprio de um modelo positivista, mecanicista e estritamente causal, em que o juízo de inimputabilidade assentava num fundamento somático – numa doença em sentido estrito, permanente, temporária ou intermitente – biopsicologicamente comprovável.

O Prof. Eduardo Correia, porém, entendia já resultar da correcta interpretação da lei penal que não bastava verificar-se uma perturbação mental, sendo necessário ainda que aquela produzisse tais efeitos que excluísse a possibilidade de o autor se comportar de outra maneira, deixando igualmente bem claro que a questão da inimputabilidade tem que colocar-se em relação ao momento da prática do facto.

A chamada imputabilidade diminuída a que se reporta o art. 20º n.º2 do C. Penal Português de 1982 não tem preceito correspondente no C. Penal da Guiné-Bissau ou no C. Penal de 1886, em face do qual era muito discutível a aceitação daquela figura, pelo que aqui não se abordará.

1.4.2 – Inexigibilidade

Os casos de inexigibilidade correspondem a situações, definidas na lei penal, em que se reconhece que a pressão exterior sobre o facto, seja em função do perigo, seja do bem jurídico lesado, seja de outros factores, ultrapassa a resistência esperada de uma personalidade fiel ao direito (F. Dias)

Os casos de inexigibilidade que abordaremos aqui, ainda que possam considerar-se outros (Vd F. Dias, p. 562-577), são os seguintes: estado de necessidade desculpante, excesso asténico de legítima defesa e obediência devida desculpante.

1.4.2.1 – Estado de necessidade desculpante

Ao contrário do direito de necessidade justificante, só se verifica uma situação desculpante quando estiverem em perigo bens jurídicos de natureza pessoal enumerados no art. 36º do C. Penal da Guiné-Bissau e no art. 35º do C. Penal Português: vida, integridade física, honra e liberdade, do agente ou de terceiro;

- que o perigo não possa ser removido de outro modo;
- que ao agente não possa exigir-se-lhe comportamento diferente;
- que o interesse protegido seja igual ou inferior ao interesse sacrificado.

São exemplos de escola, a disputa pelos náufragos da única tábuia disponível, donde resulta a morte do que dela é excluído em benefício da vida do que dela se apropria; os sobreviventes do navio que, em 1884, mataram o grumete para dele se sustentarem; do alpinista que como único meio de se salvar da morte cortou a corda que o ligava a outro, precipitando-o no abismo.

Como se vê, em todos estes exemplos os interesses ou bens em conflito são de valor equivalente: vida contra vida.

O C. Penal de 1886 prevê igualmente o estado de necessidade desculpante a propósito do medo insuperável de mal igual ou maior (art. 44º nº2 e 45º), o qual deve entender-se como referido a uma escolha inevitável entre dois males, desculpando o agente quando o mal que pretende evitar igual ou superior ao do seu crime. (Cavaleiro de Ferreira.)

1.4.2.2 – Excesso asténico de legítima defesa

Conforme vimos a propósito da legítima defesa pode suceder que o agente actue com *excesso intensivo de legítima defesa*, por via de medo, perturbação ou susto, não censuráveis. Isto é, o agente ao defender-se provocou lesão superior à que seria

necessária para sua defesa por algum daqueles motivos, o que leva à exclusão da culpa e conseqüente não punição se o motivo for compreensível como diz o art. 34º nº2 do C. Penal Guineense.

Se o medo, perturbação ou susto lhe forem censuráveis o facto é ilícito mas a pena pode ser atenuada, nos termos do art. 33º nº1 do C. Penal Português. Apesar de o C. Penal Guineense não ter adoptado preceito idêntico, nada obstará a que aquela situação (medo censurável mas relevante) possa dar origem a atenuação especial da pena nos termos do art. 71º do C. Penal Guineense.

1.4.3 – Falta de consciência da ilicitude não censurável

A terceira categoria de causas de exclusão da culpa enquanto elemento da infracção penal, para além da inimputabilidade e inexigibilidade, que já vimos, é a *falta de consciência da ilicitude não censurável*.

Abordámos o essencial deste erro ao compará-lo com o erro sobre as proibições, ou erro sobre a punibilidade enquanto erro ignorância (supra 1.2.3.f)).

- a) Verifica-se quando o agente actua desconhecendo que a sua conduta é punida pela lei penal, não lhe sendo censurável tal desconhecimento e tem como consequência, precisamente, a exclusão da culpa.

Quanto ao critério para determinar a não censurabilidade do erro, o **Prof. F. Dias**, depois de rejeitar o critério comum da inevitabilidade ou invencibilidade do erro, adianta como critério válido o que chama de “rectitude” da consciência. Neste entendimento, a falta de consciência da ilicitude não será censurável somente quando o engano ou erro da consciência ética, que se exprime no facto, não se fundamente numa **atitude interna desvaliosa**.

Atitude interna desvaliosa que em alguns casos é relativamente evidente para o intérprete, designadamente quando a falta de consciência da ilicitude por parte do agente fica a dever-se a aspectos juridicamente desvaliosos e censuráveis da personalidade, como sucederá quando é a “crueldade” do agente que não lhe permite aperceber-se da ilicitude de uma omissão de auxílio, ou quando a sua “brutalidade” obsta a que se aperceba da ilicitude dos maus tratos que inflige ou ainda quando a “tendência pedófila” lhe obnubila a consciência da ilicitude do abuso sexual de menor.

Noutros casos será menos evidentes, mas em todos eles será de exigir a verificação dos seguintes requisitos para que, conforme o entendimento do Prof. F. Dias que continuamos a expor, possa falar-se numa consciência jurídica recta:

– em primeiro lugar, é necessário que a questão da licitude concreta se revele **discutível e controvertida**, pois só nesses casos se pode dizer que a atitude do agente foi ainda orientada por uma **atitude geral de fidelidade a exigências do direito**. Por outro lado, é necessária a não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude, que o agente tenha actuado com o **propósito de corresponder a um ponto de vista juridicamente relevante**, ou seja, que tenha, pelo menos, feito um esforço no sentido de corresponder às exigências do direito.

b) Quando censurável, o erro sobre a punibilidade pode ainda constituir circunstância atenuante da culpa, levando em sede de determinação judicial da pena à sua atenuação especial.

1.4.3.1 – Obediência indevida desculpante

No entendimento do Prof. F. Dias a chamada obediência indevida desculpante, deve ser incluída nos casos de falta de consciência da ilicitude e não de inexigibilidade, pois trata-se de um *mero* regime especial da falta de consciência da ilicitude que aflorámos agora, aplicável ao subordinado que recebeu e cumpriu a ordem que conduziu à prática do crime.

Conforme vimos a propósito da colisão de deveres, enquanto causa de exclusão da ilicitude, cessa o dever de obediência hierárquica quando esta conduz à prática de um crime, pois prevalece o princípio material da *legalidade* em detrimento do *princípio da autoridade*.

As situações previstas expressamente no art. 37º do C. Penal Português de 1982 correspondem a casos em que, objectivamente, a ordem do superior hierárquico implica a prática de um crime mas o subordinado age em erro, visto não se dar conta que assim é, sem que tal erro lhe seja censurável.

O artigo refere-se à falta de evidência do carácter ilícito do resultado a que leva o cumprimento da ordem, a qual é uma evidência objectiva mas de acordo com as circunstâncias *subjectivamente* representadas pelo agente e não daquelas que podia ou devia representar. Trata-se, assim, de uma evidência para o homem médio colocado perante as circunstâncias que o agente representou.

A sua verificação exclui a culpa, o que não se verificará, porém, quando a ilicitude fosse evidente no quadro das circunstâncias representadas pelo agente. Significa isto, então, que o carácter discutível, obscuro ou controvertido da ilicitude do facto, constituirá caso de obediência indevida desculpante, excludente da culpa.

1.5 – Punibilidade

A categoria da punibilidade enquanto elemento do crime é em si mesma controversa, opondo-se à sua autonomização autores como, na doutrina penal portuguesa, o Prof. Taipa de Carvalho, para quem os chamados *pressupostos adicionais da punibilidade* não justificam que se crie uma nova categoria dogmática do crime, pois aqui devem incluir-se apenas os elementos que respeitem a todo e qualquer crime.

Como condições de punibilidade costumam considerar-se – distinguindo entre condições positivas e negativas – um conjunto de pressupostos que, se bem que não se liguem à ilicitude nem à culpa, todavia decidem da punibilidade do facto, nomeadamente a consumação ou a tentativa no crime de auxílio ao suicídio, o facto de o agente ser encontrado no território nacional para ser aí julgado e punido, a desistência da tentativa, *ou o arrependimento activo, o pagamento do valor de cheque*.

Não iremos aqui tratar destas condições que melhor se analisam a propósito de cada um dos crimes ou mesmo dos institutos de que dependem, caso da desistência na tentativa ou do arrependimento activo, por exemplo.

Fica, porém, a ideia que independentemente da autonomização, ou não, da punibilidade como elementos da teoria geral do crime, as chamadas condições de punibilidade que não devam considerar-se meros pressupostos processuais ou condições de procedibilidade (v.g. a apresentação de queixa ou que o agente se encontre no território nacional), devem a sua relevância a constituírem casos de falta de dignidade penal do facto ou de não verificação da necessidade penal.

Isto é, a situações em que o legislador por razões político-criminais relacionadas exclusivamente com os fins das penas e com o objectivo da preservação do bem jurídico (v.g. a desistência da tentativa) ou da reparação do dano causado pela conduta ilícita e culposa (v.g. pagamento do valor do cheque), entende atribuir a essas condutas (**posteriores à conduta ilícita e culposa**) o efeito de exclusão (não aplicação) da pena. (Taipa de Carvalho).

Vistos em geral os elementos do crime considerados – acção, tipicidade, ilicitude, culpa e condições de punibilidade – é agora altura de abordar sumariamente duas situações especiais que podem ligar-se mais estreitamente à acção e/ou tipicidade e por isso incluídos ainda nesta parte dedicada aos elementos do crime, mas que em regra são tratadas com alguma autonomia, dadas as especificidades que as caracterizam.

Referimo-nos aos **crimes por omissão** e aos **crimes negligentes**, que abordaremos sumariamente.

1.6 – A Omissão

1.6.1 – Noção

Referimos que na “decomposição” e análise do crime, surge-nos deste logo o conceito de acção, pois só o agir humano é susceptível de constituir um acto típico.

Em regra a tal corresponde o conceito corrente de acção, no sentido em que alguém pega numa arma, subtrai uma coisa, atinge com um soco, uma facada, etc..

Todavia, um crime pode também consistir numa *omissão*.

A omissão, que naturalisticamente é um nada, um *non facere*, um *não agir e, portanto*, no sentido comum o contrário de acção, a verdade é que não deixa de constituir uma realidade que supõe uma valoração e que constitui uma conduta do agente, dependente da vontade deste, e que pode ter relevância penal.

É assim, que nos termos do art. 200º do C. Penal Português de 1982 se prevê o crime de Omissão de auxílio, correspondente ao art. 219º anterior, que abrangia já a previsão do antigo art. 60º do C. Estrada.

Comete este crime quem, por si ou por interposta pessoa, não preste - apesar de o poder fazer - auxílio, ajuda, tendente a remover a situação de perigo para **a vida, a integridade física ou a liberdade**, em que outra pessoa se encontre.

Será o caso de alguém que depare com um acidente estradal de que tenham resultado feridos e que não diligencie pelo socorro dos mesmos, podendo fazê-lo, ainda que por meio de um simples telefonema.

Neste crime, a lei não alarga a previsão a outros bens jurídicos, nomeadamente de natureza patrimonial, mas, por outro lado, não exige a verificação de qualquer resultado derivado da conduta omissiva do agente, ou seja, o crime consuma-se independentemente de vir, ou não, a verificar-se dano para algum daqueles bens jurídicos - a morte, a ofensa à integridade física ou a privação da liberdade – bastando-se com a situação de grave perigo de lesão desses bens; trata-se, pois, de um crime de mera actividade.

Este tipo de crime, em que a conduta omissiva está expressa e directamente descrita no tipo legal e é independente da verificação de qualquer resultado, pertence aos chamados *crimes de omissão pura ou omissão própria*.

A Lei penal, porém, prevê a propósito dos crimes de resultado, os chamados crimes de *omissão impura ou imprópria, em que se tratará de comissão por omissão*, ao estabelecer no art. 20º do C. Penal Guineense ou no art. 10º n.ºs 1 e 2 do C. Penal Português de 1982, que, “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a *omissão da acção adequada a evitá-lo...*”.

1.6.2 – *Requisitos*

Este n.º 1 contém em si a primeira limitação, ou seja, que se trate de um crime de resultado, como referido.

A segunda restrição à formulação ampla do n.º1 contém-se no n.º2 do mesmo art. 10º o qual limita a comissão de um resultado por omissão aos casos em que “... sobre o omitente **recair um dever jurídico** que pessoalmente o obriga a evitar esse resultado.”.

Isto é, se um pai deixar afogar um filho, apesar de saber nadar e poder salvá-lo, o mesmo poderá ser condenado pela prática, por omissão, do crime de homicídio, uma vez que este é um crime de resultado e os pais têm o dever imposto pelo C.Civil de zelar pelos filhos.

a) Fontes do dever de agir.

Com este exemplo, aludimos já a uma das fontes do dever de agir que é precisamente (a) **a Lei**. Outros casos em que o dever de agir se funda na Lei é precisamente o das forças de segurança, nomeadamente da GNR, p. ex., que no art. 2º da sua Lei Orgânica (Dec.Lei 231/93 de 26.06) tem por missão geral, “manter e restabelecer a segurança dos cidadãos.”.

Para além da lei, são ainda fontes do dever de agir (b) **o contrato**. – v.g. as pessoas encarregadas de vigiar idosos ou crianças.

Uma outra fonte da maior importância prática é o que costuma chamar-se (c) situação de **ingerência**.

É o caso de quem cria o perigo de verificação do resultado que, por omissão, não remove.

Veja-se o exemplo de quem, com dolo de ofensas corporais, atinge outro com um soco, o qual bate com a cabeça e começa a sangrar. Em vez de o levar ao hospital ou de chamar a ambulância o agente nada faz e a vítima acaba por falecer.

Ainda que o soco não seja causa adequada da morte – pelo que não seria homicídio por acção – foi o agente quem criou o perigo, pelo que estava obrigado a removê-lo; situação de **ingerência**.

Costuma falar-se ainda nas situações (d) de **monopólio** como fonte do dever de agir, ou seja, nos casos em que o agente embora não esteja em nenhuma das anteriores situações é a única pessoa em situação de remover o perigo dada a sua proximidade, nomeadamente física. Não são claras estas situações, no silêncio da lei, atento o princípio da tipicidade.

Embora tenhamos dado exemplos de crimes dolosos, nada obsta ao cometimento de crimes de omissão impura por **negligência**, face à formulação do art. 10º.

Seria o caso do pai que deixou de salvar o filho do afogamento, no exemplo de há pouco apresentado por T. beleza, por estar distraído a olhar para as pequenas. Aí não havia dolo, i.e. conhecimento que o filho estava a afogar-se e a vontade que tal sucedesse, mas mera violação do dever de zelar pela segurança do filho, dever esse a que estava obrigado e de que era capaz.

Outra questão a ponderar tem que ver com o nexos de causalidade nos crimes omissivos impróprios.

Em rigor não há causalidade, pois como a omissão é um nada, um nada não desencadeia processos causais.

A imputação do resultado ao agente supõe, assim, uma causalidade “pensada”: se o agente tivesse actuado, o resultado teria sido evitado? – Se sim, o resultado deve ser imputado ao agente.”. – Veja-se o exemplo do filho sinistrado: só se pudesse ser socorrido no hospital podia falar-se em causalidade entre a omissão e o resultado.

Isto é, se o resultado se produzisse mesmo com uma conduta conforme ao dever, faltaria o necessário nexos fundamentador da responsabilidade e havia que absolver o agente.

Uma última questão é a do concurso entre a omissão impura e o crime de omissão de auxílio, nomeadamente nos casos de ingerência, face ao n.º 2 do art. 200º para cuja verificação, lembremo-lo, não é necessária a produção de qualquer evento ou resultado danoso.

1.7 – Os Crimes Negligentes

É comum a todos os nossos ordenamentos jurídico-penais o princípio segundo o qual apenas são puníveis os factos cometidos com dolo e só quando a lei penal, especialmente, o disser, serão igualmente punidos os factos cometidos por negligência Cfr. artgs 2º e 110º do C. Penal de 1886, art. 13º do C. Penal Português de 1982 e 21º do C. Penal Guineense.

Em épocas anteriores não se previam mesmo crimes negligentes. O primeiro crime negligente contemplado foi o homicídio; actualmente há um incremento na punição da negligência e agrava-se mesma a punição aplicável em determinadas áreas ou sectores de actividade, nomeadamente quanto às condutas estradais por razões político-criminais bem evidentes.

1.7.1 – Modalidades de negligência

A negligência pode assumir, essencialmente, duas formas:

- *negligência consciente*, quando o agente chegou a prever a realização do facto ilícito (embora actuasse por estar convencido que tal evento não teria lugar);
- *negligência inconsciente*: o agente não chegou a prever a possibilidade de verificação do evento ilícito (embora devesse e pudesse tê-la previsto).

Daqui decorre, desde logo, que a **previsibilidade de verificação do facto ilícito** constitui um primeiro requisito para que o agente possa ser punido a título negligente. Se a verificação objectiva do facto, incluindo o resultado, não era a previsível a sua punição sempre redundaria em violação do princípio da culpa, a que aludimos, por redundar em responsabilização objectiva do agente.

1.7.2 – Elementos do tipo negligente.

Elemento objectivo (integra o elemento objectivo do tipo nos crimes negligentes) o cuidado ou diligência que o agente *deve* ter;

Elemento subjectivo (integra o elemento subjectivo do tipo, nestes crimes): o cuidado ou diligência que o agente *pode* ter.

a) Elemento objectivo.

Para considerarmos negligente uma dada conduta, é necessário que a acção (também os crimes de mera actividade podem ser punidos a título negligente) e/ou o respectivo resultado, fosse evitável e ainda que sobre o agente impendesse o dever de evitar tal acção ou resultado.

Sobre o que seja a diligência devida, a própria norma incriminadora pode atingir elevado grau de concretização.

A violação do dever de diligência pode revestir – como se diz no C. Penal de 1886 em diversas disposições que prevêm crimes negligentes –, a forma de imperícia, inconsideração, falta de destreza ou falta de observância de algum regulamento, designadamente, como referia o art. 482º, «violação ou

falta de observância das providências policiais e administrativas contidas nas leis e regulamentos.».

Por exemplo, o art. 150º do C. Penal Português de 1982, na definição da falta de diligência devida, exige que o médico actue de acordo com as “leges artis” independentemente de saber se no caso concreto era capaz para o fazer, pois a qualidade de médico pressupõe tal perícia ou aptidão, o mesmo sucedendo com os pilotos, engenheiros, etc..

Tratar-se-á, pois, de imperícia: actuação em desconformidade com a habilitação necessária ao exercício da actividade. Vale o mesmo para o condutor habilitado, que não realiza correctamente as manobras da condução (acelera em vez de travar, roda o volante para a direcção errada ou de todo não o faz). Nestes casos não há norma concreta a impor um determinado modo de agir ou a prática de uma manobra concreta, mas tal é imposto pela própria natureza da actividade e o agente formalmente habilitado para o efeito deve agir em conformidade.

O médico que não sutura uma ferida porque – em concreto – não aprendeu a fazê-lo, preenche o tipo do 150º n.º2 .

Do ponto de vista prático pode distinguir-se, pois, os casos em que a lei se limita a apelar ou remeter para o conceito geral de negligência (v.g. art. 137º n.º1 ou 148º n.º 1 do C. Penal de 1982) dos casos em que a lei, a norma incriminadora, completa a noção de diligência objectiva que delimita estrutura do facto ilícito.

Aspecto fundamental é sempre o da definição do **dever objectivo** que concretamente impende sobre o agente, pois é a partir desse elemento que deve partir-se para a definição do elementos subjectivos, **nomeadamente se em concreto podia ter agido de modo diligente**.

Um exemplo: se após uma operação médico-cirúrgica o doente vier a morrer em consequência de uma infecção provocada pelo facto de o bisturi não ter sido convenientemente limpo e desinfectado antes da operação, só podemos vir a responsabilizar o médico por tal facto se concluirmos que sobre ele impendia o dever de levar a cabo o acto em falta, ou se, antes, aquela desinfectação era incumbência de um outro profissional de saúde, p.ex. um técnico de enfermagem.

Só assim será se de acordo com as normas escritas ou usuais for o médico quem está obrigado a limpar o bisturi.

Mesmo nesta última hipótese importava ainda averiguar se sobre o médico não impendia o dever geral ou mesmo específico de lembrar a enfermeira para limpá-lo ou verificar se esta o fez.

Neste exemplo podemos ver importância da indagação e juízo sobre a objectiva violação do dever de cuidado.

Se concluíssemos que de acordo com os regulamentos ou usos não escritos, nunca o médico tinha que limpar o bisturi, lembrar ou verificar a realização de tal operação material, não poderíamos concluir ter sido por ele violado tal dever, mas sim outra pessoa.

- b) Elemento subjectivo: o cuidado ou diligência que o agente pode ter: a diligência devida depende das circunstâncias concretas do caso.

Desde logo está em causa a diligência de que cada um é capaz. A lei não se contenta em estabelecer um padrão generalizador de comportamento; em direito penal *subjectiviza o dever de cuidado* medindo-o por aquilo de que o sujeito é capaz.

Por outro lado, a violação do dever de cuidado pode consistir numa *acção* (v.g. acção perigosa de que possa resultar o facto típico) ou numa *omissão* (omissão das cautelas apropriadas para evitar a realização do crime.).

Outro aspecto a considerar, do ponto de vista da tipicidade é que em função da *adequação social* da respectiva actividade a conduta perigosa não é necessariamente reputada negligente, verificando-se portanto a respectiva causa de atipicidade, se a conduta se inscreve no círculo do risco permitido em função de tal adequação.

É assim com muitas actividades perigosas por estarem compreendidas no risco socialmente admitido, como é o caso do tráfego rodoviário, que em si mesmo é uma actividade perigosa, ou com as lesões à integridade física no exercício da actividade desportiva, como aludido supra.

A este último aspecto liga-se o da própria relevância do comportamento nos casos da chamada culpa leve, de difícil distinção face ao chamado caso fortuito, como será o caso de alguém que choca com outra pessoa na rua, e em consequência disso é apanhada por um automóvel e vem a morrer desse embate.

2 – FORMAS DO CRIME

Sob a designação genérica tradicional de *formas do crime*, abordam-se as questões da tentativa, da comparticipação em sentido amplo – autoria, cumplicidade, encobrimento –, e do concurso de crimes.

Seguiremos de perto a Lição do Prof. Eduardo Correia em Direito Penal II, no que respeita ao C. Penal de 1886.

2.1 – Tentativa

Entre a *nuda cogitatio*, o mero pensamento de praticar um Crime (que em si não poderá ser punível num direito penal do facto), e o preenchimento total de um tipo de crime, ou seja, a consumação, medeiam uma série de momentos e actos que, no caso de o crime não se consumir, podem ter relevância autónoma, implicando ou não a sua punição, em atenção ao desvalor da acção.

Trata-se, pois, da problemática da tentativa (incluindo a antiga figura do crime frustrado) e dos actos preparatórios.

2.1.1 – A tentativa no C. Penal de 1886

Os artgs. 8º a 14º do C. Penal de 1886 regulam esta matéria à volta dos conceitos de crime consumado, crime frustrado, tentativa (propriamente dita) e actos preparatórios.

a) Os actos preapratóris não são puníveis, enquanto tais, mas podem os factos que os integram serem previstos pela lei penal como crimes ou contra-venções, caso em que serão punidos nessa qualidade, como sucederá quando alguém detenha em sua possa arma ilegal que adquiriu para praticar um crime de homicídio, mas não chegou sequer a tentá-lo: não deixará por isso de ser punida a detenção ou aquisição da arma, na medida em que seja penalmente punida.

b) Tentativa e crime frustrado.

b.1 – Face à não punição dos meros actos preparatórios enquanto tais, a punição do *iter criminis* só tem início com a tentativa, que supõe um começo de execução, ou seja, a prática de actos de execução. Como distingui-los dos meros actos preparatórios? – Na falta de opção expressa do Código, defendia o Prof. Eduardo Correia, numa concepção puramente objectiva, que devem considerar-se actos de execução, *os que são idóneos a preencher um tipo legal de crime, a causar o resultado nele previsto (quando se trate de crime de resultado). Para além destes são também actos de execução aqueles que, segundo a experiência comum, e salvo um caso imprevisível, sejam de natureza a fazer esperar que lhes sigam actos idóneos a produzir o resultado típico ou que preencham um elemento típico.*

Esta noção de tentativa inclui já a de crime frustrado e corresponde no essencial à que foi acolhida no C. Penal Português de 1982, bem como no art. 28º do C. Penal Guineense.

b.2 – Condições de punibilidade.

A primeira condição de punibilidade da tentativa é a intenção do agente, pelo que não pode conceber-se a tentativa meramente negligente.

Por outro lado, a tentativa só é punida quando o crime consumado seja punível com pena de certa gravidade (pena maior nos termos do art. 11º nº4).

Por último e uma vez que o C. Penal de 1886 distingue entre tentativa e crime frustrado, a punição a título de tentativa implica que a execução tenha tido início mas não tenha sido completa, pois se o foi caímos já na figura do **crime frustrado** tal como a define o art. 11º nº2).

Também no C. Penal português e no C. Penal Guineense uma certa gravidade do crime é condição de punibilidade, consagrando ambos a doutrina de Eduardo correia segundo a qual não que distinguir entre tentativa e crime frustrado: aquela abrange este.

b.3 – A punição da tentativa e do crime frustrado.

As regras gerais de punição da tentativa encontram-se nos artgs 103º a 105º do C. Penal de 1886, funcionando a moldura do crime frustrado como moldura base da pena da tentativa e da cumplicidade.

Nos termos do art. 104º, o crime frustrado será punido com as penas imediatamente inferiores às preditas para o tipo consumado, se estas forem alguma das previstas nos nºs 1, 2, 3 e 4 do art. 55º; se a pena aplicável ao crime consumado for prisão maior de dois a oito anos ou, nos casos especialmente declarados na lei qualquer pena correccional, o máximo da pena aplicável será *reduzido a metade*.

Fixada a punição do crime frustrado de acordo com estas regras gerais, a punição da tentativa em sentido estrito far-se-á de acordo com as regras da atenuação das penas (art. 105º).

Embora sejam estas as regras gerais da punição do crime frustrado e da tentativa, em certos casos pode a lei prever especialmente as penas que lhes correspondem.

2.2 – Participação em Sentido Amplo

Autoria e cumplicidade.

Partindo de um conceito amplo de autoria, abrangendo os chamados casos de autoria mediata ou moral), (incluindo a *instigação*) e a co-autoria, a participação, encarada então num sentido mais restrito, corresponderá à cumplici-

dade, pois a consideração do encobrimento pelo C. Penal de 1886 como uma forma de participação em sentido amplo, não é dogmaticamente aceitável, como referiremos infra.

O quadro descritivo dos agentes do crime no sistema do C. Penal de 1986 tal como previsto no art. 19º será então o seguinte (Maia Gonçalves, C. Penal anotado, 5ª ed.-1980):

- Autores: autoria imediata ou material; autoria mediata, moral ou intelectual (abrangendo a instigação); co-autoria.
- Cúmplices: cumplicidade material; cumplicidade moral.
- Encobridores: favorecimento pessoal; favorecimento real ou receptação.

2.2.1 – *Autoria imediata*

Autor imediato, nos termos da 1ª parte do n.º 1 do art. 20º do C.P. de 1886, é aquele que executa o crime ou toma parte directa na sua execução, o que corresponde parcialmente ao conceito homónimo do C. Penal Português de 1982 (art. 26º) e do C. Penal Guineense (art. 15º).

Trata-se, pois, daquele que pratica por si mesmo os factos que integram um determinado tipo penal.

Não suscita particulares questões.

2.2.2 – *Autoria mediata e instigação.*

Numa primeira aproximação, nos casos de autoria mediata (incluindo a instigação) o agente não executa o facto por suas próprias mãos, antes o faz ou deixa executar por outra pessoa, sem com isso perder o domínio do facto.

- a) Os nºs 2 e 3 do art. 20º contemplam o que pode chamar-se de autoria mediata em sentido estrito, na medida em que o n.º 4º se refere à instigação, que doutrinariamente pode distinguir-se daquela, tal como sucede, aliás, no C. Penal Português de 1982 que distingue as situações de instigação das de autoria mediata, no descritivo do art. 26º.

De comum a todas as situações enumeradas nos nºs 2º a 4º do art. 20º é que em todas elas se exige que sejam a causa da prática do crime, podendo ainda dizer-se com Roxin e F. Dias, com base na teoria do domínio do facto, que nas situações de autoria mediata, o agente imediato, ou seja, aquele que executa materialmente o facto não tem o domínio da acção e, portanto, o domínio do facto. Isto pode ocorrer, em circunstâncias diversas:

- porque o agente material é utilizado como mero instrumento, encontrando-se destituído de capacidade de acção (v.g. através de coacção absoluta ou do aproveitamento de meros reflexos);
- porque o agente mediato actua sem dolo e, portanto, sem domínio do facto, como sucederá quando o este age em erro sobre a factualidade típica que exclui o dolo (ex. A ordena a B, seu empregado, para atirar uns tiros na direcção de um pequeno bosque para espantar os pássaros que lhe comem a colheita, sabendo que ali está a dormir C., a quem quer ferir, o que, no entanto é completamente ignorado por B.);
- porque o agente mediato, tendo capacidade de acção, não têm domínio da vontade, como sucede, v.g., quando o agente mediato é inimputável, sendo instrumentalizado pelo autor.

Serão ainda casos de autoria mediata, as hipóteses de crimes organizados dentro e por dentro de um aparelho de pressão ou de força, em que os chefes são os verdadeiros *senhores do facto* realizado por meio do aparelho organizatório, sendo indiferente a pessoa do executante material, pelo que pode dizer-se que o autor mediato não precisa de aproveitar uma situação de falta de dolo ou de culpa por parte deste para deter o pleno domínio do facto. (Roxin)

Vejamos agora a situação do instigador.

- b) *Instigador* é aquele que determina o executor à prática do facto, sendo certo que este deve ser considerado autor imediato do facto e não mero executor material do mesmo, assim se distinguindo da autoria mediata em sentido estrito.

Nestes casos é o instigador que cria no autor imediato a decisão de cometer o facto, por qualquer meio, embora a actuação do instigador deva constituir condição necessária da conduta do instigado, a qual deve traduzir-se na prática de um facto típico concreto. Não é, pois, suficiente, o mero incentivo verbal ao início ou continuação de uma carreira criminosa, abstractamente encarada.

Embora não seja a ocasião para desenvolver a questão, entende a Prof. Conceição Valdágua face ao actual Código Penal Português que, não obstante, a epígrafe do art. 26º, a instigação deve considerar-se uma forma de comparticipação, ao lado da cumplicidade, e não de autoria, essencialmente por lhe faltar domínio do facto, ao contrário do que acontece na autoria mediata, o que não deixa de ser argumento a considerar. A ser assim, no direito penal português actual e também da Guiné-Bissau, seria

de considerar que são autores os autores mediatos, os autores materiais e os co-autores, sendo participantes, em sentido restrito, os cúmplices e os instigadores, cuja responsabilidade estará sujeita ao princípio da acessoriedade limitada. Significa isto que o instigador, tal como o cúmplice, apenas serão punidos se o autor do facto deu início, com dolo, à execução do mesmo. – Cfr Conceição Valdágua, Início da tentativa do co-autor, 1993.

Para a generalidade da Doutrina e Jurisprudência a instigação constitui uma das formas de autoria previstas no art. 26º do C.Penal de 1982, ao lado da autoria imediata e da autoria mediata.

2.2.3 – Co-autoria

Co-autores são os que, por acordo e conjuntamente, cometem ou executam um crime. Exemplo claro é o de duas pessoas que praticam um crime de sequestro, encarregando-se um de captura e imobilizar a vítima, cabendo a outro, por acordo entre ambos, transportá-la para lugar ermo. Participaram ambos na execução realizando as tarefas acordadas e tinham ambos o domínio do facto (e não, apenas, um deles).

A co-autoria depende, pois, de decisão conjunta e da contribuição objectiva para a realização do facto, para além do necessário domínio conjunto do facto.

Duvidoso é o caso da chamada autoria sucessiva, em que um dos agentes só toma parte no caso depois de este se encontrar parcialmente realizado, pois a punição de ambos como co-autores (pela totalidade do facto) sempre implicaria fazer retroagir a autoria a momento anterior ao da decisão conjunta, embora tal solução seja em regra aceite por boa parte da doutrina e jurisprudência alemãs. Será o caso de alguém que encontra um conhecido quando este já furtou alguns produtos de um estabelecimento comercial e decidem voltar atrás para subtrair mais alguns bens, dividindo em partes iguais o produto total do furto.

Da co-autoria distinguem-se claramente os casos de *autorias paralelas*, em que uma pluralidade de agentes não actua por acordo ou em associação, em conjugação com outros, antes desenvolvendo cada um por si a actividade criminosa dirigida ao mesmo objecto. Será o caso de duas pessoas que decidem matar uma terceira, por envenenamento, sem nenhum deles saber do outro, concluindo-se mais tarde que nenhuma das doses era letal, e só a soma de ambas as quantidades acabou por causar a morte. Não é claramente um caso de autoria, levando a que – conforme ensina Conceição Valdágua – ambos os autores devem ser punidos por tentativa de homicídio e não como autores do crime consumado.

2.2.4 – Cumplicidade

Será a altura de lembrar que a teoria da comparticipação criminosa que distingue entre autores e participantes, respeita apenas aos crimes dolosos, pois nos crimes negligentes vale o conceito unitário de autor, segundo o qual é autor todo aquele que contribui causalmente para a realização do facto mediante a violação de um dever objectivo de cuidado.

- a) Para proceder à distinção entre autoria e participação, várias foram as teorias que se desenvolveram ao longo do tempo. A *teoria formal objectiva*, segundo a qual é autor todo aquele que leva a cabo ou executa, por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo legal. A *teoria subjectiva*, que partindo da ideia de impossibilidade da distinção objectiva entre os participantes em sentido amplo, entende ser autor quem actua com *ânimus auctoris* (quem quer o crime como seu) e participante quem só quer participar no crime de outrem. A *teoria material objectiva*, que assenta a distinção na diferença na causalidade dos contributos de uns e de outros, que se determinaria pela célebre fórmula de Farinacio (*auxiliator causam dans e auxiliator causam non dans*): seria autor quem dá causa essencial ao facto e participante quem não lhe dá causa essencial.

Por último, importa considerar a *teoria do domínio do facto* de Roxin, hoje claramente dominante, a que já aludimos supra, segundo a qual é autor quem tem o domínio do facto, ou seja, quem tem o poder de fazer gorar a execução do crime (a que C. Valdágua chama o domínio negativo do facto) ou de a fazer prosseguir até à consumação (domínio positivo do facto para a mesma autora).

O domínio do facto pode manifestar-se por três formas que correspondem às três formas de autoria:

- domínio da acção, próprio da autoria singular imediata, em que o autor domina a execução do crime através do domínio da sua própria acção;
- domínio da vontade do executor que é próprio da autoria mediata;
- domínio funcional do facto característico da co-autoria, em que cada co-autor domina a execução do facto através do domínio do seu próprio contributo para o facto.

- b) Fundamento e requisitos da cumplicidade.

A punição da cumplicidade significa sempre um alargamento da punibilidade a comportamentos que de outro modo ficariam impunes, que se

fundamenta na participação do agente no facto de outrem, o autor, cuja ilicitude pressupõe. (teoria da participação no ilícito).

- A acessoriedade exigida para a *punibilidade* da cumplicidade traduz-se na chamada **acessoriedade limitada** (F. Dias), que pressupõe que o facto do autor seja típico e ilícito, afastando-se assim da teoria da hiper-acessoriedade que exige que o autor seja concretamente punido e também da chamada acessoriedade mínima, de acordo com a qual bastaria que o facto do autor fosse formalmente típico.
- Exige-se ainda que o facto do autor tenha atingido pelo menos o estágio da tentativa.
- Por outro lado, a cumplicidade só é +possível enquanto o facto do autor não se encontrar consumado.

c) Formas de cumplicidade

Embora o art. 22º do C. Penal 1886 pareça contemplar duas formas distintas de cumplicidade (cumplicidade moral no nº1 e cumplicidade material no nº2), ou mesmo uma verdadeira instigação – quando não coubesse na autoria – ao lado da cumplicidade ou auxílio por funcionário público, auxílio em sentido próprio, o Prof. F. Dias nas suas soluções de 1975 negava tal leitura, desde logo por não ser possível uma determinação de quem está determinado, concluindo por um conceito unitário de cúmplice. É-o aquele que presta um contributo real ao facto do autor, seja qual forma que tal contributo assuma em concreto: a de conselho ou auxílio factual, a de colaboração psíquica ou material. Desde que com a actuação do agente o facto do autor tenha sido, pelo menos, facilitado há cumplicidade.

Do art. 110º do C. Penal de 1886, resulta que apenas é considerada a cumplicidade dolosa – tal como no domínio do actual Código Penal Português – não sendo punida a cumplicidade por negligência.

A pena da cumplicidade é a mesma que caberia ao crime frustrado, nos termos do art. 103º.

2.2.5 – O encobrimento

Ainda que nos termos dos artgs a 19º, 23º e 24º, do C. Penal de 1886, o encobrimento se encontre previsto como uma forma de comparticipação em sentido amplo, admitindo, assim, de forma criticável, a comparticipação post-factum, esta não corresponde verdadeiramente à participação no facto de outrem, pois quando tal participação tem lugar já o crime alheio se consumou.

Daí que a versão originária de 1852 tratasse aqueles casos como tipos de crime autónoma – crime de favorecimento pessoal e crime de favorecimento real ou recepção – o que voltou a acontecer com o Código Penal Português de 1982.

Nada há de particular a referir, para além de lembrar que o art. 23º exige que a participação se dê a título de dolo directo ou específico sob os diversos propósitos ou intuitos referidos no preceito.

2.3 – Concurso de crimes

Procuraremos contribuir agora para lembrar algumas noções essenciais com vista à melhor delimitação do concurso de crimes com figuras próximas.

2.3.1 – Noção

Numa primeira abordagem importa distinguir entre *unidade e pluralidade de crimes*, verificando-se esta sempre que um mesmo agente preenche com a sua conduta uma mesma ou diversa norma penal incriminadora, de forma plural.

A pluralidade de crimes, neste sentido amplo, abrange tanto os casos em que ao preenchimento plural de normas penais incriminadoras corresponde a punição por igual número de crimes (*concurso efectivo de crimes*), como as situações em que embora a conduta do agente preencha um ou mais tipos penais de modo plural, o agente apenas deverá ser punido por um dos crimes, atentas as especiais relações que se estabelecem entre normas incriminadoras (*concurso aparente de crimes*).

O concurso efectivo de crimes pode consistir, por sua vez, num concurso de penas (matéria do cúmulo jurídico) ou numa sucessão de penas (v.g. reincidência ou pena relativamente indeterminada), conforme tenham, ou não, sido praticados antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles, de acordo com a regra positivada no art. 38º do C. Penal de 1886 e, actualmente, no art. 77º do C. Penal Português na versão de 1995 e art. 75º do C. Penal Guineense (relativamente à pena de prisão). A estas categorias voltaremos adiante a propósito da determinação judicial da pena, matéria a que respeitam.

Cuidaremos aqui apenas do *concurso aparente (legal ou impuro) de crimes*, matéria relativa à teoria geral da infracção.

2.3.2 – As formas do concurso aparente – relações entre normas

No *concurso aparente de crimes* conclui-se, da análise das relações entre normas penais incriminadoras que versem sobre o mesmo objecto, que a aplicação de uma

delas exclui a aplicabilidade das restantes. O conteúdo ou a relevância *criminosa do comportamento* é esgotada pela aplicação de um só dos tipos violados, pelo que os restantes tipos penais igualmente preenchidos recuam perante aquele tipo penal, subordinando-se ou hierarquizando-se perante tal aplicação.

Por isso, do ponto de vista da aplicação do direito, há que comprovar em primeiro lugar se a conduta do agente dá lugar a uma pluralidade de qualificações para analisar então as relações entre elas, fundamentalmente em função do bem jurídico protegido, e concluir qual é a norma prevalecente, o que não é uma questão de interpretação mas de relação entre normas como aludido, pois estas integram-se num sistema, subordinando-se umas às outras, sobrepondo-se, limitando-se reciprocamente. O concurso aparente de normas pode ser real ou ideal, consoante se trate de *várias ações ou omissões* distintas ou de *uma única conduta*, distinguindo-se ainda em concurso homogéneo ou heterogéneo consoante esteja em causa a violação plúrima da mesma ou de diferentes normas penais incriminadoras.

Distinguem-se tradicionalmente as várias formas que pode assumir o concurso aparente em função do tipo de relação verificada em concreto entre as normas em concurso, embora, como ensina o Prof. F. Dias, o significado da distinção é muito mais conceitual-classificatório do que prático-normativo, pelo que apenas as referiremos de forma breve.

Entende-se comumente que se verifica o concurso aparente de crime quando entre as normas concorrentes se verifique uma relação de *especialidade, de subsidiariedade ou de consumpção*.

a) Especialidade.

Verifica-se uma relação de especialidade entre normas, quando toda a matéria de facto subsumível à norma especial cabe inteiramente no âmbito mais vasto da norma geral, relativamente à qual a primeira é norma especial, o que corresponde em regra à relação que se estabelece entre um tipo fundamental e um tipo qualificado ou privilegiado: a aplicação desta (*lex specialis*) derroga a aplicação daquela (*lex generalis*), pelo que só o tipo *especializado* deverá ser concretamente aplicado. É esta a relação que se estabelece entre o crime de homicídio simples p. e p. pelo art. 349º do C. Penal de 1886 e o crime de homicídio qualificado p. e p. pelo art. 351º do mesmo Diploma Legal.

b) Consunção ou consumpção.

Na sua acepção estrita, a relação de consumpção dá-se quando a realização de um tipo de crime – mais grave – inclui a realização de um outro tipo de

crime, mais leve, aceitando-se que, em regra, o legislador ao fixar a pena mais grave, tenha já entrado em linha de conta com a circunstância de esta incluir já a *punição pelo crime mais leve*, pois o crime mais grave abarca totalmente a tutela jurídica relativamente ao facto que cabe na tutela comum de ambas as normas.

Exemplo desta categoria é a relação que se estabelece, v.g, entre o roubo por arrombamento p. e p. pelo art. 432º § único do C. Penal de 1886 (referem-se a este Diploma Legal os preceitos citados sem outra indicação) e a introdução em casa alheia (art. 380º) ou o crime de dano (art. 472º e sgs), na medida em que o facto *concreto* preencher os elementos constitutivos de todos estes três tipos penais, como é vulgar suceder.

Aqui se consideram abrangidos também os factos anteriores ou posteriores puníveis autonomamente, mas a relevância penal desses factos é absorvida ou integrada pelo facto principal, que os integra como modalidade de um seu elemento constitutivo, em regra como circunstância agravante, em resultado do que costuma dizer-se que os *factos anteriores e posteriores ficam impunes*. São exemplos desta relação o que sucede *tipicamente* quando à tentativa punível, que no caso de o crime se consumir é integrada na punição do crime consumado, tal como sucede relativamente às situações que seriam de encobrimento mas que não são puníveis quando os factos são praticados pelo próprio (v.g. alteração ou eliminação dos vestígios do crime e ocultação dos instrumentos do crime outras provas para assegurar a impunidade.).

c) Subsidiariedade.

Há subsidiariedade quando certas normas penais intervêm só de forma auxiliar ou subsidiária, quando o facto não seja punido por norma mais grave.

Há que verificar, em função do facto concreto, qual das normas concorrentes determina a aplicação de pena mais grave; esta valora completamente o facto, de modo que a aplicação das duas normas equivaleria à violação do princípio *non bis in idem*.

Muitas vezes é a própria lei que subordina a aplicabilidade da norma à não aplicabilidade de uma outra com ela concorrente (subsidiariedade explícita). Entre muitos outros, são exemplos de subsidiariedade explícita a que se verifica entre o crime de falsificação de atestados e certificados p. e p. pelo nº4 do art. 224º (com intervenção de funcionário público), e o crime p. e p. pelo art. 218, uma vez que o art. 224º expressamente faz depender a sua

aplicação de não ser aplicável ao caso o art. 218º que pune, precisamente, a falsificação praticada por empregado público no exercício das suas funções. Também o § único do art. 368º que pune o homicídio involuntário, expressamente faz recuar a sua aplicabilidade quando ao facto ilícito de que foi consequência o homicídio couber pena mais grave, porque neste caso será somente esta a aplicada.

Mais difíceis são os casos de subsidiariedade implícita, os quais devem ser identificados pelo intérprete a partir das regras que se extraem dos casos expressamente previstos na lei. O intérprete deve, pois, averiguar se a aplicação de duas ou mais normas potencialmente aplicáveis não constituirá uma dupla penalização pelo mesmo facto; concluindo nesse sentido, há-de, em regra, aplicar-se a que prevê pena mais grave, por dever presumir-se que é a que melhor ou mais completamente realiza os fins da penas.

Exemplo desta situação será o caso de, em concreto, ter sido praticada introdução em casa alheia (art. 380º) eventualmente por meio de violência, ameaças ou arrombamento, os quais são incrimináveis de *per si*, devendo prevalecer a incriminação que der lugar a pena mais grave no caso concreto. Do mesmo modo o crime de dano p. e p. pelo art. 472º pode ser cometido com qualquer fim, pelo que no caso ser instrumental da introdução em casa alheia (art. 380º), deve ser aplicada a norma que, em concreto, aplique pena mais grave, ainda que, como no caso anterior, a subsidiariedade não esteja expressa na lei.

Embora a regra seja a da aplicação da norma que prevê a punição mais grave (consumpção pura). Pode suceder que a relação de consumpção seja admitida em sentido inverso, ou seja, em que o legislador não ressalva a aplicação da pena mais grave e, portanto, deva aplicar-se a pena mais leve (consumpção impura). É o que sucede nos casos de burla que se traduz na passagem de moeda falsa (artgs 451º e 207º) ou no caso de falsificação de escrito usado para fins de defraudação de pequeno valor (artgs 216 e 451º, com referência ao 421º).

Concluimos deste modo a parte relativa à teoria geral da infracção ou teoria geral do crime. Veremos de seguida algumas questões estruturais relativas às consequências jurídicas do crime.

III – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

1 – O SISTEMA DE REACÇÕES CRIMINAIS

Depois de apreciados algumas questões da teoria geral da infracção na parte II, ocupamo-nos agora de matéria da maior importância prática que integra ainda a parte geral do ordenamento jurídico-penal.

Partindo sobretudo do estudo sistemático levado a cabo pelo Prof. F. Dias, procurar-se-á caracterizar um sistema de reacções criminais que, na perspectiva da protecção e defesa dos direitos humanos, possa considerar-se integrado no chamado *movimento internacional de reforma penal*, penetrado por um património de ideias que radicam num fundo político-criminal comum, de que podem apontar-se como matrizes, as seguintes (F. Dias):

- a restrição do âmbito e da frequência de aplicação das medidas privativas da liberdade,
- luta decidida contra as penas de prisão de curta duração, conducente à sua substituição na generalidade ou mesmo na totalidade dos casos, por penas não detentivas ou não institucionais;
- tentar limitar por todos os meios, o efeito estigmatizante – e, conseqüentemente, criminógeno – das reacções criminais, sem frustrar as expectativas sociais que subjazem às normas violadas;
- esforço para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia do estado de Direito, sem por isso prejudicar ou deixar de aprofundar o seu conteúdo social.

Já falámos, aliás, de princípios estruturais do Direito Penal que se reflectem justamente nesta matéria das consequências jurídicas do crime e que se inserem neste mesmo movimento de reforma penal nas e das medidas de segurança.

1.1 – Penas e medidas de segurança

Num direito penal moderno, resultante da sucessiva evolução que tem sofrido, no sentido de melhor satisfazer as exigências do Estado de Direito, as consequências jurídicas do crime correspondem, essencialmente, às reacções ou sanções

criminais, ou seja, às **penas e medidas de segurança** de cuja articulação, na resposta ou reacção ao mesmo facto, depende a caracterização do sistema como monista, dualista ou híbrido.

Num direito penal do facto, crescentemente garantístico e subsidiário ou fragmentário, **as medidas de segurança apenas são concebíveis enquanto reacção ao facto**, com carácter pós-delitual, ao contrário da concepção subjacente ao C. Penal de 1886 que prevê diversas medidas de segurança pré-delituais (vd *infra*, *espécies de medida de segurança*).

Toda a **pena** tem como pressuposto e limite a culpa do agente pelo cometimento de um facto passado. **A medida de segurança** pressupõe que a *perigosidade* do agente, demonstrada na prática de facto ilícito grave, continue a existir no futuro. O fim específico das medidas de segurança encontra-se na necessidade de defesa da sociedade, independentemente da culpa do agente.

Sucedem, porém, que se tem entendido que em alguns casos a *perigosidade* do agente excede os limites da culpa no caso concreto, o que tem levado à discussão sobre a adequação de um de dois modelos de fazer face à especificidade dessas situações: os modelos *dualistas* optam por aplicar ao agente sanções diversificadas (pena e medida de segurança complementar), correspondentes à diferenciação dos seus pressupostos, ou seja, a culpa e a perigosidade, enquanto as soluções monistas atendem sobretudo às semelhanças na execução de ambas as reacções criminais, optam por aplicar ao agente apenas uma delas.

O sistema do C. Penal de 1886, na sua versão mais recente, tal como o C. Penal Português de 1982 permitem caracterizar o sistema de reacções criminais por eles abrangidos como *tendencialmente monista* (*Germano Marques da Silva*), na medida em que não são cumulativamente aplicáveis ao mesmo agente, pelo mesmo facto, **penas e medidas de segurança privativas da liberdade**.

O carácter monista ou dualista do sistema, constitui, porém, querela doutrinária não resolvida no âmbito do C. Penal de 1886 face aos artgts 67º e 68º daquele Diploma Legal, discutindo-se se a prorrogação aí prevista é uma pena aplicada por culpa por não formação da personalidade ou uma medida de segurança, (Maia Gonçalves), ainda que a aplicação da medida de segurança de internamento do art. 70º a imputáveis, tal como prevê o art. 68º, corpo, *in fine*, *pareça constituir* uma solução dualista, na medida em que (primeiramente) permite a aplicação de uma pena e depois de uma medida de segurança, a um imputável, com base nos mesmos factos.

O Código Penal Português de 1982 prevê a **Pena Relativamente Indeterminada**, aplicável a delinquentes por tendência e a alcoólicos ou equiparados, a qual, porém, não obstante a designação legal (pena) constitui uma reacção mista de pena e medida de segurança como é comumente considerada.

Para além disso, o C. Penal Português de 1982 permite a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança não detentiva a imputáveis, pelo mesmo facto, o que todavia não é motivo de descaracterização de um sistema monista para a maioria dos autores.

Este sistema combina-se ainda com o *regime do vicariato* (sistema vicarial ou de vicariato, que funciona como forma de racionalização do dualismo entre penas e medidas de segurança) na fase de execução das sanções criminais, pois desde 1995 o C. Penal manda descontar na pena de prisão o tempo que a medida de segurança durar, devendo esta ser executada antes da pena (art. 99º do C. Penal de 1982).

Mais coerente na consagração de um modelo ou sistema monista é o C. Penal Guineense, que considera a especial tendência criminosa como mera circunstância modificativa que agrava o limite máximo da pena aplicável ao crime cometido, mantendo a duração da pena privativa de liberdade dentro dos limites da culpa e não aplicando ao mesmo facto pena e medida de segurança privativas da liberdade.

1.1.1 – *Espécies de penas*

a) De acordo com a classificação adoptada pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira, as penas podem ser de diversas espécies.

a.1 – Quanto ao seu **objecto**, isto é, quanto à natureza dos direitos afectados pela pena (sob a forma da sua privação ou restrição), podem ser (numa perspectiva histórica e comparada) (1) *penas corporais*: as que atingem o direito à vida ou à integridade física; (2) *penas privativas da liberdade*, paradigmaticamente a prisão; (3) *penas restritivas da liberdade* (as antigas penas de degredo e de desterro); (4) *penas pecuniárias*, ou seja, as que atingem o património do delincente, como é o caso das multas e coimas. Também o confisco é uma pena pecuniária, pois traduz-se na apropriação pelo Estado, directa ou indirectamente, de todo o património do condenado, sendo actualmente rejeitado pela generalidade dos ordenamentos jurídico-penais; (5) *penas privativas de direitos civis, profissionais ou políticos*: incluem-se aqui a pena de suspensão dos direitos políticos (art. 55º nº6 do C. Penal de 1886),

privação definitiva (demissão) ou temporária (suspensão) do exercício de funções públicas; (6) também numa perspectiva histórica e comparada podem ainda considerar-se as penas *humilhantes*, que são as que afectam os condenados na sua reputação e consideração social, como era o caso da *infâmia*, (efeito gravíssimo das penas) e das penas de pelourinho e barço e pregão.

a.2 – Quanto à sua **gravidade**.

Com base nestas pode proceder-se a uma *escala de penas*, como a consagrada no C. Penal de 1886 que distingue entre:

- *penas maiores e penas correcionais*, para além da categoria das penas especiais para empregados públicos, Desde a reforma de 1954 as penas maiores são todas de prisão.

No C. Penal Português de 1982 a penalidade aplicável nunca é feita por referência a uma escala de penas, que não existe; para além da fixação dos limites gerais ou supletivos, os limites da pena aplicável a cada crime constam unicamente da norma incriminadora, embora esta possa estabelecê-los para a respectiva norma supletiva, como sucede com alguma frequência com a pena de multa. Sistema idêntico é adoptado no C. Penal Guineense.

a.3 – Quanto à sua **duração**.

Quanto à sua duração as penas classificam-se ainda em penas perpétuas ou temporárias, sendo certo que, como vimos, apenas a constituição da República da Guiné-Bissau prevê expressamente a prisão perpétua.

a.4 – Quanto à sua **graduabilidade**, as penas podem ser *fixas ou variáveis*.

Com a reforma de 1954 o C. Penal de 1886 deixou de prever penas não graduáveis, apenas tendo mantido tal característica a pena de suspensão dos direitos políticos, por períodos fixos 15 ou 20 anos.

- b)* Seguindo a classificação **doutrinária** adoptada, designadamente, pelo Prof. F. Dias e pela Prof. Anabela Rodrigues, as penas podem distinguir-se entre **penas principais, penas acessórias e penas de substituição**.

Penas principais são as penas cominadas nos diversos tipos legais de crime previstos na parte especial do código penal ou em legislação penal secundária e que podem ser concretamente aplicadas na sentença condenatória, independentemente de quaisquer outras; são penas principais aplicáveis a pessoas singulares a pena de prisão (pena privativa da

liberdade) e a pena de multa (pena pecuniária). – Vd, por todos. Anabela Rodrigues, 1984 p. 34 (nota 30) e F. Dias, 1993, pp. 89 e 90. A reforma de 1995 pôs fim à condenação cumulativa em prisão e multa.

Penas acessórias são as que, previstas na parte geral ou especial do C. Penal ou, ainda, em legislação avulsa, apenas são aplicáveis juntamente com uma pena principal ou pena de substituição aplicada em seu lugar.

São penas acessórias, entre outras, a proibição do exercício de função e a proibição de conduzir veículos com motor previstas nos artgs 66º e 69º, do C. Penal Português de 1982, ou a inibição do poder paternal cominada no art. 179º do mesmo C. Penal, a expulsão de estrangeiro: art. 101º do Dec.Lei 244/98 de 8 de Agosto (ex- art. 68º do Dec.Lei 59/93 e art. 34º do Dec.Lei 15/93 (lei da droga), integrados pelas decisões do Tribunal Constitucional edo STJ, que obrigam à fundamentação da decisão em função de critérios específicos que negam a aplicação automática proibida pelo art. 30º n.º 4 da CRP.

- O AUJ do STJ n.º 14/96 no DR I Série-A de 27/11/96 fixa a seguinte Doutrina obrigatória: “A imposição a estrangeiro da pena de expulsão prevista no nº2 do art. 34º do Dec.Lei 430/83 de 23 de Dezembro, não pode ter lugar como consequência automática da sua condenação por qualquer dos crimes previstos nos seus artgs 23º a 30º, devendo ser sempre avaliada em concreto a sua necessidade e justificação.”.

O chamado direito penal secundário é fértil em penas acessórias, nomeadamente as que se encontram previstas para as pessoas colectivas, cuja punição é aí regime regra. – Vd. art. 8º do Dec.Lei 28/84: perda de bens, caução de boa conduta, entre outras.

O C. Penal de 1886 não se refere a penas acessórias mas antes a *efeitos da condenação ou das penas*.

Tais efeitos seguem-se necessariamente à condenação e podem ser efeitos penais ou não penais. Entre os primeiros, a perda a favor do Estado dos instrumentos do crime (art. 75º nº1, apesar da epígrafe), em casos de condenação em pena maior, a perda de qualquer emprego ou funções públicas, dignidades, títulos de nobreza ou condecorações, incapacidades de eleger e ser eleito ou nomeado para cargos públicos, ser tutor, curador, ou outros.

Os efeitos não penais (civis) são, entre outros, a obrigação de restituição ao ofendido das coisas ali referidos e de indemnizar o ofendido pelos danos causados (art. 75º).

Penas de substituição são as penas de carácter não institucional ou detentivo aplicadas no lugar de uma pena principal, após prévia determinação desta.

São penas de substituição em sentido próprio, as penas de suspensão da execução da prisão, multa de substituição, prestação de trabalho a favor da comunidade e de admoestação.

Destas penas o *C. Penal de 1886* prevê a **multa** de substituição (art. 86º) e a **suspensão da execução da prisão** (art. 88º e sgs). O *C. Penal Guineense* prevê como penas de substituição (não obstante serem legalmente classificadas de penas principais ou não se lhe referir sequer como pena autónoma): a **multa de substituição** (art. 42º), a **Prestação de Trabalho Social** (art. 43º), a **Admoestação** (50º) e a **Suspensão da Execução da Pena** (art. 57º). Esta classificação doutrinária não tem correspondência directa no *C. Penal de 1886*, nem tão pouco no *C. Penal Português de 1982* ou no *C. Penal Guineense*. Este último apenas se refere a penas principais e acessórias, incluindo naquelas, tanto a prisão e a multa (penas directamente previstas nos tipos penais) como a prestação de trabalho social e a admoestação – que podem substituir aquelas - o mesmo sucedendo com a versão originária do *C. Penal Português de 1982*, que dedicava um capítulo às penas principais e um outro às penas principais, incluindo naquele primeiro capítulo todas as penas de substituição, tal como faz o *C. Penal Guineense*. A revisão de 1995 do *C. Penal Português* manteve apenas, na nova divisão, a distinção entre *penas e penas acessórias, deixando de referir-se a penas principais*, o que, porém, não corresponde a nenhuma alteração do sistema de penas que se manteve essencialmente o mesmo.

Na classificação legal são penas principais todas as que podem ser aplicadas sem quaisquer outras e acessórias as que se sempre acompanham, complementam, uma pena principal.

A consideração autónoma das **penas de substituição** é, porém, dogmaticamente justificada e tem virtualidades práticas, nomeadamente no que respeita à compreensão e aplicação do procedimento para determinação concreta da pena (vd infra), sendo perfeitamente ajustada à classificação legal e às espécies de penas adoptadas em todos aqueles códigos. Mesmo o *C. Penal de 1886* prevê como claros casos de substituição da pena a substituição da prisão aplicada em medida não superior a 6 meses (art. 86º) e a suspensão da execução da pena, em caso de condenação em prisão ou multa, onde prisão e multa: em todos estes casos se visa sobretudo evitar o efeito estigmatizante e criminógeno da pena de prisão e, mesmo, da pena

principal nos casos de substituição da multa, sendo certo que sempre a suspensão pressupõe a prévia determinação concreta da pena principal.

Relacionados de perto com as penas de substituição e a luta contra os efeitos criminógenos e de desintegração social da pena curta de prisão, O C. Penal Português de 1982 prevê ainda *modalidades especiais de cumprimento ou execução da pena de prisão*, a decidir pelo juiz de julgamento (e não pelo juiz de Execução das Penas).

- *prisão por dias livres* (art. 45º) e
- *prisão em regime de semidetenção* (art. 46º).

Também o cumprimento da pena de multa por trabalho que o C. Penal de 1886 consagra nos artgs 123º e 124º, e que o C. Penal Guineense acolhe no art. 46º e o C. Penal Português de 1982 no actual art. 48º, constituem modalidades de cumprimento ou execução da pena principal que, em última análise, podem obstar à privação da liberdade, na medida em que evitarão o eventual cumprimento de prisão em alternativa ou subsidiária da multa.

c) Em síntese, são as seguintes as penas que referimos até agora.

c.1 – No **C. Penal de 1886** são *penas principais* no sentido de penas directamente previstas nos tipos penais, as seguintes:

- As penas maiores (enumeradas no art. 55º;
- As penas correcionais enumeradas no art. 56º;
- As penas especiais para empregados públicos, elencadas no art. 57º.

Penas de substituição são a multa e a suspensão da execução da pena. Embora o art. 90º preveja a substituição da suspensão dos direitos políticos por prisão, trata-se de uma racionalidade em tudo distinta da que preside à das penas de substituição enquanto meio de obviar ao efeito estigmatizante e criminógeno das penas institucionais, *maxime* a pena de prisão.

O ordenamento jurídico-penal de São Tomé e Príncipe contempla ainda a pena de *Prestação de Trabalho a Favor da Comunidade*, introduzida pela Lei 5/2003 de 2 de Junho como pena substitutiva da prisão não superior a um ano (art. 7º da Lei 5/2003) ou em todos os casos de prisão alternativa à multa.

Como vimos, O C. Penal de 1886 não prevê *penas acessórias, qua tale*, antes a *efeitos da condenação ou das penas que são, no essencial*, os referidos nos artgs art. 75º e 76º.

c.2 – O C. Penal Guineense prevê como *penas principais, em sentido amplo*, ou seja, de penas aplicáveis independentemente de quaisquer outras, a prisão, a multa (penas principais em sentido estrito) a prestação de trabalho social, a admoestação e a suspensão da execução da pena (*penas de substituição*), bem como a suspensão provisória de profissão, a demissão e a expulsão de estrangeiros, como *penas acessórias*.

Prevê ainda este Código expressamente as penas aplicáveis às pessoas colectivas, diferentemente do que sucede com os outros diplomas, que apenas as contemplam em legislação avulsa. São elas, a multa, a exclusão temporária de concursos públicos ou de acesso a subsídios estatais ou de organizações supra estaduais, o encerramento temporário e a dissolução.

c.3 – É o seguinte o quadro das penas aplicáveis a pessoas singulares em face do C. Penal Português de 1982:

- Penas principais em sentido estrito: prisão e multa;
- Penas acessórias: a proibição do exercício de funções; a proibição de conduzir veículos com motor previstas, a inibição do poder paternal (art. 179º do C. Penal) e a expulsão de estrangeiro;
- Penas de substituição, em sentido próprio: multa de substituição, suspensão da execução da pena de prisão, Prestação de Trabalho a Favor da Comunidade e Admoestação.

1.1.2 – *Espécies de medidas de segurança*

a) A primeira distinção a fazer é entre medidas de segurança **pré-delituais e pós-delituais**, a que já se aludiu, de acordo com a qual as primeiras têm a pretensão de evitar a futura prática de crimes mediante a sua aplicação a situações de *perigosidade social, ligada a determinadas actividades ou estilos de vida, de origem essencialmente exógena*, como são os casos de chamada *perigosidade dos associats* (C. Ferreira) previstas no art. 71º do C. Penal de 1886, v.g. as medidas de internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola, ou a caução de boa conduta, aplicáveis a vadios, mendigos e equiparados.

As medidas de segurança pós-delituais são – como o indica a sua designação –, aplicáveis na sequência da prática pelo agente de um facto qualificado como crime pela lei penal, de acordo, aliás, com o princípio da Dignidade Humana inerente a um Estado de Direito e, portanto, a um direito penal da culpa e não do agente, isto é, em que se reprimem factos ilícitos e não personalidades ou meras opções de vida, sem efectiva violação da lei penal.

Como aludido, as medidas de segurança são uma reacção criminal cuja aplicação tem como pressupostos a prática de, pelo menos um facto típico e ilícito, pelo agente e a sua *perigosidade criminal* no presente e para o futuro, revelada no facto.

- b) As medidas de segurança podem distinguir-se ainda entre as que são **aplicáveis apenas a inimputáveis**, atendendo à necessária relação de causalidade entre a anomalia psíquica de que são portadores e a perigosidade – criminal – manifestada no facto, e as que, prescindindo da culpa mas podendo coexistir com ela, podem ser **aplicáveis a imputáveis e inimputáveis**.

Medidas de Segurança unicamente aplicáveis a inimputáveis são *o internamento de inimputáveis (art. 91º do C. Penal Português de 1982, tal como os restantes preceitos infra citados) – a suspensão da execução do internamento (art. 98º do C. Penal) e a expulsão de inimputável estrangeiro do território nacional.*

Medidas de segurança aplicáveis em ambos os casos, são *a interdição de actividades (art. 100º) e a cassação do título e interdição da concessão do título condução de veículo com motor (at.º 101º) ou a aplicação das regras de conduta (art. 102º).*

- c) As medidas de segurança podem ser ainda **privativas da liberdade e não privativas da liberdade**.

É privativa da liberdade o internamento de inimputáveis previsto no art. 77º do C. Penal Guineense e no art. 91º do C. Penal português de 1982, bem como as medidas de *internamento em manicómio criminal e internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola*, acolhidas no art. 70º do C. Penal de 1886.

São medidas de segurança não privativas da liberdade todas as demais, nomeadamente a liberdade vigiada, a caução de boa conduta ou a interdição do exercício de actividade enumeradas no mesmo art. 70º do C. Penal de 1886, a expulsão do território nacional ou a interdição profissional acolhidas nos artgs 80º e 81º do C. penal Guineense e ainda as demais previstas no actual ordenamento jurídico-penal português:

- a suspensão da execução do internamento (art. 98º do C. Penal);
- a expulsão de inimputável estrangeiro do território nacional;
- interdição de actividades (art. 100º);
- cassação do título e interdição da concessão do título condução de veículo com motor (at.º 101º);
- aplicação das regras de conduta (art. 102º).

Embora não caiba no espaço e tempo desta acção uma apreciação das diversas penas e medidas de segurança, deixava ainda referência breves ao regime das penas de multa, de suspensão da execução da pena e da Pena de Prestação de Trabalho a Favor da Comunidade (equivalente à Prestação de Trabalho Social do ordenamento jurídico Guineense).

1.1.2.1 – A pena de multa

- a) No âmbito do movimento internacional de reforma do direito penal, a multa era inicialmente encarada como a pena do futuro e o principal instrumento de luta contra a pena de prisão, assistindo-se por todo o lado ao alargamento do seu âmbito de aplicação e à preferência por ela em detrimento da pena privativa da liberdade. Como referia Yescheck: tal mudança não é menos significativa que aquela outra que no séc. XVIII aconteceu entre as penas corporais medievais e a pena privativa da liberdade iluminista.

Diferentemente da multa em quantia determinada ou a fixar entre um mínimo e um máximo previstos na lei, que é ainda o sistema a que se refere a al. a) do art. 63º do C. Penal de 1886, os sistemas modernos seguem antes o modelo que o mesmo art. 63º já previa na al.b), ou seja, o chamado sistema de **dias-de-multa** a fixar dentro de um limite máximo estabelecido em cada tipo penal, directamente ou por remissão, seguido do estabelecimento da quantia a pagar diariamente, a qual é determinada em função da situação económica do condenado (ou, como diz aquele art. 63º, de modo proporcional os proventos do condenado, entre um mínimo e um máximo estabelecidos com carácter de generalidade.

- b) Formas de previsão da multa no tipo penal.

A pena de multa pode encontrar-se prevista nos diversos tipos penais nas seguintes modalidades:

- **autonomamente**, quando seja a única pena prevista no tipo legal;
- **em alternativa**, quando é prevista em alternativa no próprio tipo penal como pena a aplicar em face dos mesmo pressupostos que determinam a aplicabilidade da pena de prisão;
- **como multa complementar ou cumulativa**, a aplicar juntamente com a pena de prisão prevista no tipo que, assim, prevê uma verdadeira pena principal *compósita* para punir determinados factos.

1.1.2.2 – Suspensão da execução da pena

- a) Pressuposto formal desta pena é a condenação do arguido em determinada medida concreta de prisão no C. Penal Guineense - prisão aplicada não superior a três anos - o mesmo sucedendo com o C. Penal Português de 1982. O C. Penal Guineense (art. 60º) prevê ainda a suspensão da pena de multa por impossibilidade económica de a pagar e o C. Penal de 1886, para além da prisão, prevê igualmente a suspensão da multa, a qual faz depender de o agente não ter sido antes condenado em pena de prisão (art. 88º).

A execução da pena de prisão apenas terá lugar se houver lugar à revogação da suspensão durante o período desta, o que em regra não funciona automaticamente, variar entre um tempo mínimo e máximo a duração da suspensão da pena. (2-5 anos no C. Penal de 1886, 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da decisão, tanto no C. Penal Guineense (art. 57º) como C. Penal Português de 1982 (art. 50º)

- b) Modalidades que pode revestir a suspensão da execução da pena:

- simples.
- sujeita a deveres e/ou regras de conduta (art. 88º do C. Penal de 1886, artgs s 58º do C. Penal Guineense, 51º e 52º, do C. Penal Português);
- suspensão com regime de prova ou equivalente: suspensão com acompanhamento social a que se reporta o art. 59º do C. Penal Guineense e o regime dos artgs 50º n.º 3 e 53º e 54º do C. Penal Português de 1982;

- c) Consequências do incumprimento das condições: modificação ou revogação da suspensão da pena (art. 89º do C. Penal de 1886, artgs 62º e 63º do C. Penal da Guiné-Bissau, artgs 55º e 56º, do C. Penal Português de 1982).

1.1.2.3 – Prestação de trabalho a favor da comunidade

A Prestação de Trabalho a favor da comunidade (PTFC) ou a Prestação de Trabalho Social (P.T.S.), consistem na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou a entidades privadas cujos fins o tribunal considere de interesse para a comunidade.

- a) Pressuposto formal: condenação em pena de prisão não superior a 1 ano – art. 43º do C. Penal Guineense, art. 7º da Lei 5/2003 da RDSTP e art. 58º do C. Penal Português de 1982.

Pode ainda substituir a pena de multa, a requerimento do condenado, de acordo com os artgs 1º e 8º da Lei 5/2003 e 46º do C. Penal Guineense.

A exigência de aceitação do condenado é comum a todos aqueles ordenamentos jurídicos.

1.2 – Fins das Penas

1.2.1 – Fins das penas

Relativamente à questão dos **fins das penas**, são três as teorias tradicionais, ou como diz Roxin, são, no essencial, três as respostas que até hoje se encontraram para a pergunta sobre os *pressupostos que justificam que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida:*

- a) A primeira resposta é dada pela **teoria da retribuição**. Para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal

A pena visa retribuir ou reparar o mal do crime e é medida por esse mal, pelo mal passado. A ideia de retribuição significa que se impõe um mal a alguém que praticou outro mal. O seu sentido está ligado à ideia de castigo, expiação, o que tem a ver com a ideia religiosa de punição.

A teoria da retribuição assenta na *compensação da culpa* do agente através da imposição do mal da pena; ela seria de exigir sempre que houvesse culpa para compensar ou retribuir.

A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça."⁸

Modernamente a teoria da retribuição parte das concepções de Kant (a pena como imperativo categórico de justiça), por um lado, e Hegel por outro (a pena como negação da negação do direito constituída pelo crime).

No exemplo dado por KANT, se uma sociedade civil se dissolvesse e todos os seus membros se dispersassem pelo mundo, o último assassino que se encontrasse preso teria de ser executado para sofrer a pena correspondente ao seu acto e para

⁸ Roxin: 1998, 16

que o sangue derramado por ele não fosse recair sobre o povo que poderia ser considerado cúmplice dessa violação da justiça.

b) *A teoria da prevenção⁹ geral*, nos termos da qual o sentido e fim das penas encontra-se, não na influência – quer retributiva, quer correctiva ou protectora – sobre o próprio agente, mas nos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas. Esta ideia apresenta-se sob dois aspectos:

- **um aspecto negativo**, que consiste na ideia de que a pena tem por função fazer desistir (intimidar) autores potenciais.¹⁰
- **um aspecto positivo** (prevenção geral positiva ou integradora), segundo a qual pune-se para manter e reforçar a confiança dos indivíduos no Direito. A Pena tem a função de mostrar a solidez da ordem jurídica face à comunidade jurídica e, por essa via, de reforçar ou fortalecer a confiança jurídica da população.^{11 12}

⁹ Ao falar-se de prevenção em matéria de determinação da pena, não se tem em vista, “... o conceito de prevenção em sentido amplo, como finalidade de toda a política criminal, ou seja, como conjunto dos meios e estratégias preventivas de luta contra o crime. O que está aqui em causa é ... a aplicação de uma concreta consequência jurídico-penal, num momento em que o crime já foi cometido e não pode, por isso, falar-se com sentido de prevenção na acepção referida. «Prevenção» tem, no contexto que aqui releva – só pode ter – o preciso sentido que possui quando se discute o sentido e as finalidades da aplicação de uma pena, quando se discute, numa palavra, a questão das finalidades das penas.” – F. Dias: 1993, 216.

Sem invocar aqui o modelo de prevenção que, partindo dos modelos de prevenção de doenças no âmbito da saúde pública, classifica as estratégias de prevenção do crime em **primárias, secundárias e terciárias**, falamos de *prevenção terciária* ao tratarmos da determinação da pena, pois esta tem lugar – necessariamente – depois de cometido o crime e visa-se evitar o cometimento de outros crimes. – Sobre as vantagens expositivas daquele modelo de análise e os perigos do mesmo no desenho de políticas de prevenção do crime, vd. Edgardo Rotman: 1998, 324-326.

¹⁰ Como impressivamente descreve Roxin, «Imaginava-se a alma do delinquente potencial que havia caído em tentação como um campo de batalha entre os motivos que o empurravam para o delito e os que lhe resistiam. (...); no manual de Feuerbach, [continua o autor] pode ler-se um resumo exacto daquela concepção, tanto racionalista como determinista:

- “Todas as infracções têm o seu fundamento psicológico na sensualidade, até ao ponto em que a faculdade de desejo do homem é incitada pelo prazer da acção de cometer o facto. Este impulso sensitivo pode suprimir-se ao saber cada um que com toda a segurança o seu acto será seguido de um mal inevitável [a pena] que será maior que o desagrado resultante do impulso não satisfeito pela comissão.” - cfr Roxin: 1999, 90 (traduzido livremente do castelhano).

¹¹ Como escreve Jakobs « Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação das relações sociais. Conteúdo da pena é uma resposta, que tem lugar à custa do infractor, face ao questionamento da norma.» - cfr Jakobs: 1997, 14

¹² Por sua vez, ensina Roxin que, «... na prevenção geral positiva podem ainda distinguir-se três finalidades e efeitos distintos, embora bem imbricados entre si: o efeito de aprendizagem, motivado sociopedagogicamente; o “exercício na confiança do direito que se provoca na população mercê da actividade da justiça penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, relativamente à violação da lei e considera solucionado o conflito com o autor. Sobretudo ao efeito de pacificação ... alude-se hoje frequentemente para justificação das reacções penais com o termo, “prevenção integradora”» - cfr Roxin: 1999, 91-2 (tradução livre do castelhano).

c) *Teoria da prevenção especial*, segundo a qual a pena não tem por fim retribuir o facto passado, mas antes evitar a prática de futuros crimes pelo próprio delinquentes que a sofre, o que pode fazer-se de três formas distintas:

- corrigindo o que é corrigível, isto é, o que hoje de **prevenção especial positiva, de integração ou ressocialização**;
- intimidando o que, pelo menos, é intimidável, com o que falamos em prevenção especial **negativa ou de intimidação** e, finalmente, – tornando inofensivos os que não são corrigíveis nem intimidáveis: **inocuidade**.¹³

d) **Teorias ecléticas**

Actualmente, são várias as teorias ecléticas, que conciliam aspectos das três teorias clássicas, variando na hierarquização e peso relativo de cada uma delas.

Assume particular importância a chamada *teoria dialéctica unificadora da prevenção de Roxin*, segundo a qual a pena só tem fins de prevenção geral e especial (recusa a retribuição como fim das penas), cabendo a ideia de ressocialização nos fins de prevenção especial. O art. 40º do C. Penal de 1982, está próximo desta concepção ao referir-se à protecção de bens jurídicos (prevenção geral) e reintegração do agente na sociedade (prevenção especial), omitindo qualquer referência a retribuição ou compensação da culpa. O Código Penal de 1982, tal como a generalidade dos códigos penais, não consagra nenhum preceito específico, por se entender que é matéria que cabe à Doutrina e Jurisprudência desenvolverem.

A culpa funciona antes como limite da pena o que significa, desde logo, que ninguém pode ser punido com pena mais elevada em atenção a fins de prevenção geral ou especial.

¹³ Sobre estes conceitos vd. Roxin:1998, 20, Roxin: 1999, 85-89 e F. Dias: 2001, 78-83, bem como autores aí citados. A importância crescente da ideia de prevenção especial positiva, de ressocialização, deriva também de se mostrar particularmente concordante com a finalidade do Direito penal, "... enquanto se obriga exclusivamente à protecção do indivíduo e da sociedade, pois ao mesmo tempo quer ajudar o autor, quer dizer, não expulsá-lo nem marcá-lo, mas integrá-lo, com o que cumpre melhor que qualquer outra as exigências do princípio do Estado social. Ao exigir um programa de execução que assente no treino social e no tratamento de ajuda, possibilita reformas construtivas e evita a esterilidade prática do princípio da retribuição.» Roxin: 1999, 87

1.3 – As Reacções Criminais e Outras Sanções de Natureza Pública – Nótula sobre as Contra-Ordenações

A mais significativa distinção a fazer no campo das sanções de natureza pública é com o chamado ilícito administrativo, ou mero ilícito de contra-ordenação social.

Foi sobretudo a partir do alargamento crescente da intervenção do Estado no funcionamento da vida em sociedade, com o conseqüente aumento das suas funções em variados domínios, desde o económico, social, cultural até ao tráfego, por exemplo, e, por outro lado, da tendência para o uso indiscriminado das penas criminais, como meio de proteger todo e qualquer tipo de interesses do Estado, que se fez sentir com o carácter de inevitabilidade a necessidade, de criar um novo regime sancionatório, fora dos quadros do direito criminal.

A este novo ramo do direito se passou a chamar, mercê da influência determinante da dogmática alemã em todo este processo, **direito de ordenação social**.

Do ponto de vista formal pode ser simples distinguir, no direito positivo de cada ordenamento jurídico, as contra-ordenações dos crimes, quando a própria lei define formalmente o novo ilícito com base na sanção que lhe corresponde, como sucede no ordenamento jurídico português e também no ordenamento jurídico Caboverdiano. Na verdade, o art. 1º do Decreto – Legislativo n.º 9/95 de 27 de Outubro, que estabelece o Regime Jurídico das Contra-Ordenações em Cabo Verde, vem definir contra-ordenação – em termos idênticos ao Dec.Lei 433/82 de 27 de Outubro que define o regime geral das Contra-ordenações no ordenamento Português –, como “... o facto ilícito censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”, pelo que pela natureza e designação da sanção se distingue a contra-ordenação, aspecto cuja importância prática não é desprezível.

Bem mais difícil e controversa é a distinção material entre o ilícito de mera ordenação social e o crime, sobretudo nos casos em que a diversificação sancionatória se faz com referência a elementos essencialmente quantitativos.

Em todo o caso, pode assentar-se a distinção material entre as duas figuras na dignidade social da conduta tipificada, de tal sorte que, “ a contra-ordenação é um *aliud* que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respectivo ilícito e as sanções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, são condutas axiologicamente neutras e, por isso, não estão sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal, esse sim regulador das condutas ético-socialmente relevantes. (F. Dias).

No conjunto do ordenamento jurídico-sancionatório, as contra-ordenações visam substituir as contravenções ou transgressões na punição das infrações de menor relevância social,

Nesta perspectiva, entendem alguns autores que as sanções contra-ordenacionais têm um sentido de mera advertência ou reprimenda, ou seja, de prevenção geral negativa, ao contrário das penas que visam finalidades de prevenção geral e especial, como vimos.

a) Aspectos essenciais de regime do regime das contra-ordenações.

As contra-ordenações – tal como os crimes – apenas são puníveis a título de dolo a não ser que a lei expressamente preveja a punição da conduta negligente.

A lei pode prever – e fá-lo profusamente – a aplicação de sanções acessórias, juntamente com a coima.

Tratando-se de sanções administrativas, as contra-ordenações são julgadas por entidades administrativas que aplicam as respectivas coimas; só por via de recurso têm os cidadãos acesso à via jurisdicional.

Ao contrário da pena pecuniária – a multa – o incumprimento da sanção administrativa – a coima – nunca poderá levar à conversão em prisão.

Serão mesmo estes dois últimos, os dois principais traços diferenciadores da contra-ordenação face ao crime.

2 – A ESCOLHA E DETERMINAÇÃO DAS PENAS, EM PARTICULAR O CÚMULO JURÍDICO

Dada a importância nuclear que detém na tarefa da aplicação do direito que, do ponto de vista prático, sempre é o que norteia a intervenção do magistrado, dedicaria agora alguma atenção ao procedimento judicial para determinação da pena, em especial ao procedimento comum a todos os casos em que na sentença há lugar à aplicação de uma pena, traçando ainda o quadro do procedimento especial para determinação da pena única no caso de concurso de penas (cúmulo jurídico).

Veamos então.

Ultrapassada a fase de plena discricionariedade judicial, ligada na sua génese à Escola positivista, que encarava a determinação da pena – dentro dos limites com que passaram a cominar-se as penas variáveis, sucessoras das penas fixas, características do iluminismo jurídico-penal – como manifestação paradigmática da arte

de julgar, a determinação judicial da pena é actualmente encarada como questão dogmática, com a mesma hierarquia jurídico-científica que a doutrina do crime.

Neste quadro se discutem questões da maior complexidade como a da definição do modelo de medida da pena, ou seja, o modo como, no processo de determinação da pena, se relacionam a culpa e a prevenção e, dentro desta, a prevenção geral e especial, ou a definição do substrato da medida da pena, isto é, o conjunto de circunstâncias do complexo total do facto, determinantes para a quantificação da pena por via da culpa e da prevenção, que constituem os **factores de medida da pena**,¹⁴ que vão levar à individualização ou quantificação da pena, aos quais se refere o art. 84º do C. Penal de 1886, o actual art. 71º do C. Penal Português de 1982 e art. 74º do C. Penal Guineense.

Se procura compreender melhor o actual sistema de determinação da pena em muitos outros aspectos.

Essencial à caracterização e compreensão deste sistema é o procedimento que, de modo racional, conduz o tribunal em cada caso concreto até à individualização da pena a cumprir pelo arguido, em consequência da prática de um crime, de acordo com as regras de direito substantivo e processual relevantes, procurando atingir em cada caso concreto a melhor forma de dar satisfação às finalidades das penas.

2.1 – A Escolha e Determinação da Pena

Delimitação.

Por determinação da pena podemos considerar, com o Prof. F. Dias, “*o procedimento através do qual o juiz fixa a espécie e a medida da pena cabidas no caso concreto*”¹⁵.

A locução está aqui usada em sentido amplo,¹⁶ correspondendo, pois, à actividade **judicial** que tem lugar após o encerramento da discussão da causa¹⁷ e que é

¹⁴ Dos concretos factores de medida da pena diz Anabela Rodrigues que o tema só por si e em relação a cada um dos factores, justificaria uma investigação autónoma. – cfr Anabela Rodrigues 1995, 20.

¹⁵ F. Dias: 1993, 186.

¹⁶ Corresponde *grosso modo* ao conteúdo da expressão inglesa *sentencing*, “... enquanto a expressão francesa “*traitement*” (em inglês “*treatment*”) vai mais além, porquanto designa todo o processo de tratamento do delinquent desde que se inicia o procedimento penal até que termina a execução da pena ou medida.” – cfr Jescheck: 1993, 785.

¹⁷ O Código de Processo Penal de 1987 prevê, no seu art. 369º, que o tribunal delibere e vote sobre a espécie e a medida da sanção a aplicar com autonomia relativamente à decisão da questão da culpabilidade (art. 368º CPP) e o seu art. 371º prevê a possibilidade de reabertura da audiência de julgamento quando se torne necessária a produção de prova suplementar para determinação da sanção, o que representa, no campo processual, o reflexo da importância que têm as respectivas operações, no plano substantivo.

constituída pelo conjunto de operações, com carácter necessário ou eventual, tendentes à individualização da *pena* ou *penas* correspondentes à prática de um facto típico, ilícito, culposo e punível.¹⁸

Do seu âmbito encontra-se excluído, desde logo, tudo o que respeita ao momento *legislativo* da determinação da pena, ou seja, tudo o que respeita «... às diversas técnicas a que o legislador pode recorrer para determinar qual a pena aplicável para os tipos de crimes que prevê na Parte Especial do Código Penal e em legislação extravagante ou para os casos em que esses crimes se verificam em circunstâncias especiais.»^{19 20}

Fora do âmbito daquela operação situa-se igualmente tudo o que respeite a outras consequências jurídicas do crime, designadamente medidas de segurança (quer as medidas de segurança unicamente aplicáveis a inimputáveis quer medidas de segurança igualmente aplicáveis a imputáveis, algumas *medidas de carácter misto*²¹ e ainda a indemnização civil por dano emergente de um crime, bem como tudo o que respeite à fase de execução ou cumprimento das reacções criminais que, por definição, apenas têm lugar após a aplicação *definitiva* da pena.

2.1.1 – As operações para determinação da pena

A determinação da pena em sentido amplo abrange, essencialmente três tipos de operações²²:

- Determinação da moldura legal ou abstracta da pena;
- Determinação da medida concreta da pena;
- Escolha da pena.

Na *determinação da pena* devem incluir-se as operações tendentes à individualização da pena principal, naturalmente, mas também das penas de substituição e das penas acessórias, a aplicar no caso concreto, o que parece aconselhar, desde

¹⁸ Aqui se incluindo a decisão sobre eventual *dispensa de pena* no caso concreto. (vd infra pp.10- 11.

¹⁹ Anabela Rodrigues: 1995, 15 e 16.

²⁰ Sobre aspectos gerais da *Teoria da Legislação Penal* pode ver-se G.Canotilho: 1984, 844 e sgs.

²¹ Usa-se aqui a expressão no sentido, que lhe confere o Prof. F. Dias, de medidas "...cuja natureza parece apresentar, num certo sentido, por referência à distinção entre penas e medidas de segurança, *carácter misto* e cuja qualificação e ordenação doutrinal-sistemática se torna (embora por motivos diversos, consoante os casos) particularmente duvidosa. É o caso da liberdade condicional, da pena relativamente indeterminada, do internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis, da perda de coisas ou direitos relacionados com o crime (e mesmo do registo criminal e da reabilitação). – cfr. F. Dias, 1993/43.

²² Vd, por todos, F. Dias, 1993, pp. 198, fazendo-lhes corresponder três fases distintas no procedimento de determinação da pena.

logo, alguma precisão terminológica, capaz de auxiliar na identificação das realidades abrangidas e na clarificação de sentido das expressões usadas.

Assim, como melhor veremos infra, a primeira das operações agora indicadas (moldura abstracta) reporta-se apenas à pena principal, enquanto a determinação da medida concreta da pena, a sua quantificação ou medida judicial, se refere no nosso ordenamento às três espécies de penas consideradas (principais, acessórias e de substituição), pois também relativamente a penas de substituição e a penas acessórias há que seguir o procedimento legal para encontrar o *quantum respectivo* em operações de complexidade variável mas que, por regra, se afastam de meras correspondências automáticas.²³

Por último, relativamente à escolha da pena, há que considerar sobretudo a escolha entre as penas principais e, em momento subsequente à determinação da medida concreta da pena de prisão²⁴, a escolha entre penas de substituição.²⁵

2.1.2 – As modalidades de determinação da pena

Conjugando as três operações supra referidas e as considerações ora expendidas sobre as mesmas, com outros factores como a precedência lógica entre elas e o carácter comum ou especial do procedimento, poderemos lograr uma maior aproximação à realidade do procedimento judicial e às diversidades do mesmo, tendo em conta a complexidade que o sistema de determinação da pena já apresenta.

²³ A título ilustrativo veja-se, quanto às penas de substituição, a multa de substituição (art. 44º nº1, que ao remeter para o regime geral do art. 47º, ambos do C. Penal, implica a determinação do *quantum* de multa a cumprir *independentemente do tempo concreto de prisão que substitui*) ou, com regime idêntico, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) – art. 58º nº3 C. Penal; para as penas acessórias veja-se o art. 66º nº1 do C. Penal que estabelece um mínimo de 2 e um máximo de 5, anos, para duração da pena acessória de proibição do exercício de função.

²⁴ Relativamente à pena de multa apenas se prevê a sua substituição pela pena de admoestação (art. 60º do C. Penal); a substituição da multa por trabalho regulada no art. 48º do C. Penal constitui uma das modalidades de cumprimento daquela pena.

²⁵ Embora a determinação concreta de algumas das penas acessórias passe pela escolha da concreta modalidade de fixação e cumprimento, as especificidades das respectivas operações e a sua função político-criminal (vd infra nota 31), afastam estas penas das razões comuns ou, em todo o caso, muito próximas, que justificam a consideração conjunta – **num primeiro momento** - da escolha da pena principal e das penas de substituição.

Sobre a tarefa de determinação concreta da pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados, na versão de 1995, pode ver-se, António João Latas, A Pena Acessória de Veículos Motorizados in sub júdice – justiça e sociedade, nº17 publicada em Maio de 2001, p. 93.

Em síntese, considerar-se-ão, por um lado, as diferentes espécies de pena (penas principais, acessórias e de substituição), por outro lado as diferenças entre o procedimento comum e as especialidades de casos particulares, no que respeita à determinação concreta das penas principais (*maxime* da pena de prisão) e por último a distinção entre a operação de escolha da pena principal e a de escolha da pena de substituição (a que deve juntar-se a eventual opção, em alternativa, pelo cumprimento descontínuo da pena de prisão).

Poderão, assim, configurar-se as seguintes modalidades na determinação da pena, em sentido amplo:

- a) Procedimento comum para determinação de pena principal;
- b) Procedimento especial para determinação da pena principal, nos casos de:
 - 1) Reincidência (arts 75º e 76º, do C. Penal);
 - 2) Pena relativamente indeterminada (artgs 83º e 86º, do C. Penal);
 - 3) Concurso de penas (artgs 77º e 78º, do C. Penal)²⁶.
- c) Procedimento para determinação de pena de substituição ou opção por modalidade de execução descontínua da pena de prisão *efectiva*.
- d) Procedimento para determinação de pena acessória.²⁷

O procedimento comum para determinação de pena principal tem lugar em todos os casos em que há lugar à aplicação de uma pena ou à decisão de dispensa da mesma e precede lógica e necessariamente as operações específicas de determinação da pena nos casos de procedimento especial para determinação da pena principal indicados em B) e no procedimento para determinação de pena de substituição ou opção por modalidade de execução descontínua da pena de prisão *efectiva* (C), uma vez que é seu pressuposto, podendo operar ainda como pressuposto da determinação de pena acessória (vg. art. 66º do C. Penal).

²⁶ Dá-se um concurso de penas quando uma pluralidade de infracções foram cometidas pelo mesmo agente antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer delas, caso em que há lugar à aplicação de uma pena única em cúmulo jurídico de todas as penas parcelares concretamente determinadas. – Nestes precisos termos, Dá Mesquita: 1997 p. 20.

²⁷ As penas acessórias (ou mesmo, mais latamente, as sanções acessórias, incluindo aqui medidas de segurança aplicáveis a imputáveis, juntamente com pena principal ou de substituição) podem desempenhar “... um papel adjuvante da função da pena principal, que reforcem e diversifiquem o conteúdo penal sancionatório da condenação. O que importa então é que tais sanções se assumam como verdadeiras penas, indissolúvelmente ligadas ao facto praticado e à culpa do agente, dotadas de uma moldura penal específica e permitindo assim a tarefa judicial de determinação da sua medida concreta em cada caso;” - Cfr F. Dias 1993:181.

a) Procedimento comum.

No procedimento comum podem considerar-se *três fases* distintas que, abstraindo do seu carácter necessário ou eventual, se sucederão, tendencialmente, pela ordem seguinte:

- determinação da moldura legal abstracta da pena principal;
- escolha da pena principal;
- determinação da medida concreta da pena principal.

Destas três fases apenas a primeira tem carácter *necessário*, pois quando o tribunal conclui pela prática de facto típico, ilícito, culposo e punível, sempre o tipo legal respectivo conterà a indicação da penalidade aplicável.

Já a fase de escolha da pena tem carácter claramente eventual, dado que nem sempre o tipo legal preenchido prevê em alternativa ambas a penas principais e a fase de determinação da medida concreta da pena principal é *tendencialmente necessária*, por se seguir, em regra, a uma das anteriores, mas pode verificar-se quando o tribunal se decidir pela dispensa de pena.

- b) Também no procedimento para **determinação de pena de substituição** podemos distinguir entre **(a) escolha** da pena de substituição, sempre que for possível a opção por mais que uma delas, como ocorre actualmente se a pena de prisão concretamente fixada não for superior a um ano ou a 3 anos (cfr. artgs 44º nº1, 58º nº1 e 50º nº1, todos do C. Penal) e **(b) determinação concreta** da pena de substituição, que não se resume à *quantificação* da mesma, podendo consistir num conjunto mais ou menos complexo de operações e actos tendentes à escolha da concreta modalidade a aplicar, como sucede, v.g., no caso de suspensão da execução da prisão em que o julgador poderá optar entre a panóplia de possibilidades postas à sua disposição pelo legislador. (cfr. artgs 51º, 52º e 53º, do C. Penal). Esta distinção – tal como a antecedente autonomização das operações de determinação da pena de substituição, designadamente face à operação de escolha da pena principal –, justificar-se-á ainda à luz de uma espécie de “teoria geral” das penas de substituição, de que seria um dos temas precisamente o critério ou a cláusula geral da substituição e da respectiva escolha da espécie de pena a aplicar efectivamente,²⁸ embora restrito a cada um dos ordenamentos.

Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos nas sessões passamos agora à descrição do procedimento comum para determinar a pena principal e dos aspectos mais relevantes do procedimento especial para determinação da pena principal no caso de concurso de penas, dada a impossibilidade de abordar aqui todas os procedimentos.

²⁸ Vd F. Dias 1993: 329.

2.1.3 – As fases do procedimento comum para determinação de pena principal

Como vimos, são três as fases que, abstraindo do seu carácter necessário ou eventual, se sucederão, tendencialmente, pela ordem seguinte:

- determinação da moldura legal abstracta da pena principal;
- escolha da pena principal;
- determinação da medida concreta da pena principal.

Abordaria agora, de forma perfunctória, as três fases do procedimento comum para determinação de pena principal, deixando para outra oportunidade o seu aprofundamento, bem como a análise das operações relativas às penas de substituição, aos casos especiais de determinação da medida concreta da pena principal e às penas acessórias.

a) Determinação da moldura abstracta da pena.

A primeira das operações a realizar pelo tribunal, no âmbito da determinação da pena em sentido amplo, consiste na *determinação da moldura penal aplicável* o que implica, em primeiro lugar, decidir sobre o tipo legal de crime aplicável no caso concreto.

Isto é, quando não resulte da factualidade provada que o arguido deve ser absolvido da prática do crime que lhe vinha imputado, o tribunal começará por confirmar as hipóteses de qualificação jurídica constantes da acusação, da pronúncia ou resultantes da discussão da causa, conforme os casos, e concluirá pelo preenchimento de um dado tipo de crime, a que corresponde uma certa penalidade, estabelecida entre um mínimo e um máximo, como referido supra.

A previsão legal pode consistir na cominação para o crime de uma só ou de ambas as penas principais acolhidas no nosso ordenamento jurídico-penal, em alternativa ²⁹.

²⁹ A reforma do C. Penal levada a efeito em 1995 pelo Dec.Lei 48/95 de 15 de Março (DR Série I-A de 15 de Março de 1995), pôs termo às penas de multa complementares da pena de prisão previstas em diversos tipos de crime, passando a prever apenas a fixação da pena de multa em **alternativa** com a pena de prisão, ao mesmo tempo que aumentou de forma considerável o número de tipos penais em que tal sucede. Nestes casos é o próprio tipo legal de crime que prevê, em alternativa, a moldura penal da pena de prisão e de multa, quer indicando expressamente os respectivos limites mínimo e máximo, quer fazendo-o total ou parcialmente por remissão implícita para os limites gerais (e, nesta medida, limites *supletivos*) estabelecidos na parte geral do C. Penal para cada uma das penas principais. Assim, o art. 41º nº1 do C. Penal estipula que, “A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de 1 mês e a duração máxima de 20 anos” e o art. 47º nº1 do mesmo diploma legal, estabelece que, em regra, o limite mínimo da pena de multa é de 10 dias e o seu limite máximo de 360.”.

Depois de determinada qual a *moldura legal prevista no tipo*, pode ter que prosseguir-se na tarefa de determinação da moldura abstracta, caso se verifique alguma *circunstância* modificativa da pena que o legislador não considerou ao configurar o tipo, mas que seja aplicável no caso.³⁰

As circunstâncias modificativas propriamente ditas (i.e. não incluídas pelo legislador no tipo legal) podem ser atenuantes ou agravantes e, umas e outras, podem ser comuns, quando são aplicáveis independentemente do tipo crime em causa, ou especiais se valem apenas para certo ou certos tipos legais de crimes.³¹

No que respeita à *reincidência*, que é a única agravante comum prevista no C. Penal de 1982, a agravação opera de modo mais complexo, devendo o respectivo procedimento ser considerado entre os **casos particulares de determinação da pena ao lado da pena relativamente indeterminada e do concurso de penas (vd supra)**, uma vez que em todos estes casos deverá seguir-se primeiramente o **procedimento comum** para encontrar a pena principal concreta correspondente ao crime ou crimes sob julgamento, e só depois se lhe seguirão as particularidades de procedimento impostas pela eventual verificação dos respectivos pressupostos formais e materiais.

A dispensa de pena.

Após a *mera identificação ou determinação da moldura legal prevista no tipo legal* – seja ele fundamental, qualificado ou privilegiado – ou depois de concluídas as operações com vista à completa determinação da moldura abstracta da pena, consoante as hipóteses, pode o tribunal ter que ponderar sobre a efectiva aplicação, ou não, da pena correspondente à declaração de culpa do agente no caso concreto.

³⁰ As circunstâncias modificativas – agravantes ou atenuantes – têm por efeito a modificação (em regra), ou substituição (excepcionalmente) da moldura legal prevista no tipo legal e, não obstante as divergências na Doutrina ao nível da “teoria” das circunstâncias, nomeadamente no que respeita ao seu enquadramento dogmático, sempre a apreciação dos respectivos pressupostos de facto e de direito, bem como a concretização dos efeitos que a lei lhes atribui, terá lugar no momento da determinação da moldura abstracta aplicável.

Discute-se, desde logo, como resumidamente dá nota Santiago Mir Puig, «... se as circunstâncias modificativas hão-de estudar-se no **seio da teoria do crime ou dentro da teoria da pena**. O segundo é o caminho seguido na Alemanha, enquanto o primeiro é o usual em Espanha.» - Cfr. Derecho Penal, Parte General 5ª edición, Barcelona, 1998, p. 629.

Entre nós ensina o Professor **Figueiredo Dias** que, «Dogmaticamente (...) o estudo das circunstâncias não pertence já à doutrina geral do crime mas à das sua **consequências jurídicas**, nomeadamente à **doutrina da determinação da pena**.» - Cfr. F. Dias: 1993, 200.

³¹ Não se abordará aqui a problemática do concurso de circunstâncias modificativas, quer se trate de circunstâncias de igual efeito, quer de efeito antinómico, por não ser essencial às pretensões essencialmente descritivas desta parte da exposição. vd, por todos, Robalo Cordeiro: 1998, 42-3.

Refiro-me à dispensa de pena ³² prevista genericamente no art. 74^o do C. Penal para crimes puníveis com prisão até 6 meses ou só com multa não superior a 120 dias e em algumas disposições da parte especial,³³ a qual pressupõe um comportamento que integre todos os pressupostos da punibilidade (i.e. que constitua uma acção típica, ilícita, culposa e punível), mas em que se conclua pela *desnecessidade de pena* em virtude do carácter bagatelar do facto e da sua falta de dignidade punitiva em concreto, desenvolvendo-se a respectiva problemática do ponto de vista, dogmático e de política criminal, ao nível da *determinação da pena* e não das condições de punibilidade no âmbito da doutrina do crime.³⁴

b) Escolha da pena principal.

b.1 – O procedimento para escolha da pena principal tem lugar, como sobejamente aludido, quando o tipo legal prevê, em alternativa, as penas de prisão ou multa.

Esta fase ou momento da determinação da pena em sentido amplo tem carácter eventual, como resulta dos respectivos pressupostos, embora seja cada vez mais frequente a fixação de multa em alternativa à pena de prisão no próprio tipo penal.

A escolha da pena principal tem lugar após a determinação da medida abstracta da pena – se não tiver lugar a dispensa de pena – e antes de se proceder à determinação da sua medida concreta.

b.2 – A relevância concreta das opções de política criminal em matéria de fins das penas na escolha da pena principal.

O art. 65^o do C. Penal Guineense, tal como o actual art. 70^o do C. Penal Português, que mantém a opção clara desde 1982 pela pena não privativa da liberdade, determinam que o tribunal deve dar preferência à pena de multa sempre que esta satisfizer adequadamente os fins das penas. Ou seja, desde que seja possível formular um juízo positivo sobre a sua adequação às

³² Na reforma do C. Penal operada em 1995 o legislador suprimiu todos os casos de isenção de pena e o regime de prova, enquanto pena autónoma, pelo que, actualmente, apenas no caso de dispensa de pena se coloca a hipótese de não prosseguir para as fases de escolha ou determinação concreta da pena apesar de se concluir pela responsabilidade penal do arguido.

³³ V.g. artgs 148^o, (*Ofensa à integridade física por negligência*), 186^o – *crimes contra a honra* – 206^o n^o2 – *restituição ou reparação parciais nos crimes contra a propriedade* – ou 286^o – *remoção voluntária do perigo antes da verificação do dano, em alguns dos crimes de perigo comum*.

³⁴ Vd F. Dias: 1990, 196-198.

finalidades de prevenção geral positiva e de prevenção especial, nomeadamente de prevenção especial de ressocialização, no caso concreto, e deve preterir-la na hipótese inversa.

Vejamos um pouco melhor.

Não obstante encontra-se ali afloramento claro e significativo do princípio incontroverso da preferência pela pena não privativa da liberdade em todos os casos em que a opção é possível para o julgador, a alteração verificada em 1995 na sua letra (foi acrescentada a expressão **em alternativa**) e a repetição da locução final (*realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.*) nos actuais artgs 48º, 50º e 58º, todos do C. Penal de 1982, parecem reflectir o propósito de que aquela norma funcione sobretudo como regra de escolha da pena principal.

Ora, na sua concreta formulação, o art. 70º deixa claro que no momento de escolha da pena principal, o que o julgador terá que avaliar é se a pena de multa prevista no tipo legal realiza suficientemente as finalidades preventivas das penas, sem cuidar de contrapor-lhe, nesse momento, a eventual necessidade de impor o cumprimento da pena privativa de liberdade prevista, em alternativa, no tipo.

Isto é, a opção neste momento – nesta fase de escolha da pena principal – pela pena de prisão, não é sinónimo de opção pela execução ou cumprimento da pena privativa de liberdade³⁵, pois no nosso sistema de escolha e determinação da pena, as restantes penas *alternativas* à prisão são penas de substituição, o que significa que as mesmas apenas são aplicáveis depois de escolhida e concretamente determinada a medida da pena principal privativa de liberdade, sendo nessa altura que terá de avaliar-se da necessidade de sujeitar o condenado ao efectivo cumprimento da mesma.

c) Determinação da medida concreta da pena

Logo após a determinação da moldura abstracta da pena ou depois de escolhida a pena principal estabelecida no tipo legal, em alternativa, há que proceder à determinação da medida concreta da pena, ou seja, à sua quantificação, pois tanto a pena de prisão como a pena de multa requerem esta operação.

³⁵ Apelando aos critérios de *conveniência e adequação* para escolha da pena principal, a que igualmente se referem F. Dias: 1993, 363-4 e M.João Antunes: 2001, 710, refere a Professora Anabela Rodrigues que, “a opção pela aplicação de uma ou outra pena à disposição do tribunal não envolve um juízo, feito em função das exigências preventivas, sobre a necessidade da execução da pena de prisão efectiva – que o juiz sempre terá de demonstrar para fundamentar a aplicação da prisão –, mas sim um juízo de maior ou menor *conveniência ou adequação de uma das penas em relação à outra, em nome da realização das referidas finalidades preventivas.*” - cfr A.Rodrigues: 1999, 664.

O *quantum da* pena de prisão, estabelecida no tipo legal entre um mínimo e um máximo, é fixado de acordo com os critérios genericamente acolhidos no actual art. 71º do C. Penal, ou seja, em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, critérios este igualmente válidos para a determinação dos dias de multa, na medida em que entre nós vigora o sistema dos dias-de-multa, que implica ainda uma segunda operação: a fixação pelo tribunal do quantitativo diário a suportar pelo arguido, de acordo com a situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais. (art. 47º do C. Penal).

Na determinação da medida concreta da pena de prisão ou da pena de multa são determinantes os chamados factores de determinação da pena a que se referem as diversas alíneas do n.º 2 do art. 71º do C. Penal, os quais devem ser tomados em conta pelo tribunal de acordo, essencialmente, com o modelo adoptado para compreender a forma de relacionamento, entre si, da culpa e da prevenção, bem como da prevenção geral com a prevenção especial, e, sobretudo, procurar resolver os inevitáveis conflitos entre as finalidades de aplicação das penas.

Desenvolvidos sobretudo na doutrina alemã, são clássicos os chamados modelos ou teorias da *margem de liberdade*, da *pena exacta*, do *valor de posição* ou de *emprego*.

Entre nós, o Professor Figueiredo Dias vem defendendo uma solução que passa pelo entendimento que a medida da pena há-de ser encontrada dentro de uma moldura de prevenção geral positiva e que será definitiva e concretamente estabelecida em função de exigências de prevenção especial positiva, solução esta que corresponderá ao modelo assumido pelo legislador de 1995 nos nºs 1 e 2 do art. 40 do C. Penal.

Segundo o Prof. Figueiredo Dias, este modelo, pode resumir-se assim:

- 1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial.
- 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa.
- 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela penal dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.
- 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial,

em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.»³⁶

Será de acordo com este modelo que o tribunal deve valorar os diversos factores de determinação da pena, ou seja, as circunstâncias – v.g. as condições pessoais do agente, a sua situação económica, ou a gravidade das consequências do facto – que, nos termos do art. 71º do C. Penal, não fazendo parte do tipo depuserem a favor do agente ou contra ele.

2.2 – Procedimento para determinação especial da pena única no caso de concurso de penas (cúmulo jurídico) – aspectos essenciais

Depois de identificarmos uma situação de concurso de penas, que implique a realização do cúmulo jurídico com vista à aplicação de uma pena única, ou seja, desde que alguém tenha praticado vários crimes sem ter sido condenado, com trânsito em julgado por qualquer deles, há que orientar o procedimento com vista à aplicação daquela pena única.

Como aludido supra, a aplicação de uma pena única implica, no sistema adoptado, a determinação prévia de cada uma das penas parcelares em concurso. Assim, há que seguir o **procedimento comum** relativamente a cada um dos crimes em concurso – para determinar qual a pena parcelar que lhes cabe – para depois seguir o procedimento especial para determinação da pena única, que incluirá todas aquelas penas parcelares. Alternativo ao cúmulo jurídico seria o sistema de cúmulo material, ou seja, de mera soma das penas parcelares da mesma espécie.

No sistema adoptado, formar-se-á nova moldura penal a partir das penas parcelares, a qual terá como limite mínimo a pena elevada daquelas penas e como limite máximo a respectiva soma material.

Dentro deste *nova moldura* o tribunal considerará a globalidade dos factos e a personalidade do agente, determinando então a pena única correspondente ao cúmulo jurídico das penas abrangidas.

³⁶ - Cfr F. Dias: 2001 p. 110-1; já anteriormente no mesmo sentido, F. Dias: 1993 pp. 227-231 e F. Dias: 1991 pp. 22-30-

Igual entendimento é seguido pela Prof. Anabela Rodrigues, cuja identidade de pontos de vista com o Prof. F. Dias é expressamente assinalada por este em F. Dias: 2001, 110, nota 87.; vd ainda A.Rodrigues: 2002, 204-208.

3 – PRESSUPOSTOS DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEIS

Uma vez que vimos já o essencial dos pressupostos das medidas de segurança em geral, destacaremos apenas pela especificidade que encerra e pelo valor de referência que pode conter, alguns aspectos dos pressupostos e do regime da medida de segurança de internamento de inimputáveis, servindo o texto sobretudo como elemento de base da discussão a encetar nas sessões.

3.1 – Requisitos

A medida de segurança de internamento constitui a única medida de segurança privativa da liberdade aplicável a inimputáveis, dependendo a sua aplicação da verificação cumulativa dos requisitos constantes do art. 91º do C. Penal Português de 1982: prática de um *facto típico e ilícito*, por portador de anomalia psíquica declarado *inimputável*, nos termos do art. 20º, relativamente ao qual se verifique receio fundado que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, venha a praticar outros factos da mesma espécie (prognose positiva sobre a perigosidade criminal do agente).

Compete ao tribunal de julgamento decidir da verificação daqueles requisitos, designadamente no que respeita à actualidade do receio de que o arguido venha a praticar outros factos da mesma espécie, em função da anomalia psíquica que ainda persista.

Se concluir ainda pela inadequação ou insuficiência da suspensão da execução do internamento para satisfazer a *finalidade* perseguida pelo internamento – qual seja, no essencial, “... uma finalidade de prevenção especial ou individual da repetição da prática de factos ilícitos típicos.”, não excluindo “... considerações de prevenção geral de integração sob uma forma que, a muitos títulos, se aproxima das (ou mesmo se identifica com as) *exigências mínima de tutela do ordenamento jurídico*”^{37 38} – decidirá ainda o tribunal de julgamento, nos termos dos artgs 369º e, eventualmente, 371º, ambos do C.P.P., sujeitar o arguido a medida de segurança de internamento.

³⁷ Cfr F. Dias, *Fundamento, Sentido e Finalidades da Medida de Segurança Criminal in* Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora-2001, pp.117 e 127, respectivamente.

³⁸ Que pode igualmente expressar-se pela, “*finalidade primária de socialização do agente e a finalidade secundária de segurança da sociedade face à perigosidade comprovada*” – Cfr F. Dias: 1993, p. 447. O Prof. Taipa de Carvalho não se refere a prevenção geral positiva de **integração** mas a prevenção geral positiva de **pacificação social** – cfr. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais – Porto, Publicações Universidade Católica-2003, p. 99.

3.2 – Aspectos de regime

À parte algumas hesitações ainda visíveis em jurisprudência publicada,³⁹ parece não restarem dúvidas que apenas **há que fixar os limites mínimo e máximo do internamento**, se for caso disso (art. 501º do Código de Processo Penal Português de 1987), sem que, em caso algum, deva proceder-se na sentença à quantificação da medida de segurança, precisamente por valer nesta matéria um princípio da maior importância – que apenas conhece limites abstractamente estabelecidos (vd infra) – nomeadamente para a delimitação dos contornos da execução da medida, o qual se encontra claramente expresso no art. 92º nº1 do C. Penal: “... o internamento finda quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem.”.

Esta regra é limitada por duas outras normas, respeitando uma ao **limite mínimo** do internamento e outra à sua **duração máxima**, sendo esta última condicionada, por sua vez, pela possibilidade de prorrogação do internamento em casos de maior gravidade, como veremos.

3.2.1 – Limite mínimo

Relativamente ao **limite mínimo**, é o art. 91º nº2 do C. Penal de 1982 a estabelecer que, por razões de prevenção geral positiva, de integração⁴⁰ como já era entendido na redacção originária de 1982 pelo Prof. F. Dias,⁴¹ nos casos de crime contra as pessoas ou crime de perigo comum, puníveis com prisão superior a 5 anos, o arguido apenas pode ser libertado antes do *limite mínimo de 3 anos*, se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

Uma vez que o art. 93º n.º 3 expressamente ressalva o prazo mínimo fixado no citado art. 91º nº2, tal significa que no período de 3 anos a que se reporta este

³⁹ Vd o tratamento da questão no Acórdão do STJ de 12 de Abril de 2000, comentado por Nuno Brandão, RPCC ano 10, 4, pp. 613-624

⁴⁰ “... tendo sido cometido um crime grave contra as pessoas ou violento, há razões particulares de *tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas* a que a política comunitária tem de responder, mesmo perante inimputáveis, através da aplicação de uma medida de segurança” - F. Dias: 1993, p. 428. Vd ainda Taipa de Carvalho, ob. cit. na n. 71.

⁴¹ Sobre a divisão de opiniões, no domínio da anterior redacção, vd F. Dias: 1993, pp 426 e. 476-478 e . Maria João Antunes, O Internamento de Imputáveis em estabelecimentos Destinados a inimputáveis, Coimbra Edotira-1993, pp. 56 e 144; após as alterações de 1995 também M.J. Antunes entende que, “... a duração mínima do internamento se deve, agora claramente, a considerações de prevenção geral...” - cfr. Alterações ao Sistema Sancionatório-As Medidas de Segurança, p. 130. atente-se na semelhança entre os pressupostos da regra contida neste art. 91º nº2 e os acolhidos no art. 61º nº4, em matéria de liberdade condicional, que traduz uma mesma preocupação com razões de prevenção geral positiva.

preceito, apenas pode ser declarado findo o internamento por cessação da perigosidade, se a libertação se mostrar compatível com as necessidades de prevenção geral positiva nele consideradas.

3.2.2 – Prazo máximo

No que respeita ao **prazo máximo** de duração da medida de segurança, prevê o art. 92º nº2 que a mesma não deve ir além do limite máximo da pena abstracta correspondente ao crime cometido pelo inimputável pelo que, independentemente de qualquer prognose do tribunal em matéria de *perigosidade criminal*, o internamento findará, *ope legis*, logo que se mostre atingido aquele limite.

Só assim não será, se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com prisão superior a 8 anos e o perigo de prática de outros factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação (art. 92º nº3). Neste caso terá lugar a **prorrogação** do internamento por períodos sucessivos de dois anos até que cesse o estado de perigosidade criminal.

Esta hipótese, que pode levar na prática à perpetuidade da medida de segurança, embora encontre cobertura constitucional no art. 30º nº2 da CRP, que sujeita a possibilidade de prorrogação ao princípio da necessidade (demonstração da impossibilidade de terapêutica em meio aberto) e ao princípio da reserva de decisão judicial,⁴² não deixa de representar um entorse ao princípio da natureza temporária e limitada das penas e das medidas de segurança, acolhido no nº1 do mesmo art. 30º, para além de poder consubstanciar, conforme entende o Prof. Taipa de Carvalho, “... violação do princípio da igualdade, princípio não só consagrado constitucionalmente (CRP, art. 13º) mas, já antes, princípio inerente ao Estado-de-Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, dignidade que é comum tanto ao imputável como ao inimputável”.⁴³

3.3 – A prorrogação do internamento

3.3.1 – Pressupostos

Como vimos, a prorrogação do internamento apenas pode ter lugar nas situações excepcionais a que se refere o art. 92º nº3 do C. Penal, por períodos sucessivos de dois anos, até que se verifique a cessação do estado de perigosidade criminal que

⁴² Vd Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, anotada, 3ª ed. – 1993 p. 197.

⁴³ Cfr Taipa de Carvalho, ob. cit. n.71, p. 110, onde coloca ainda a hipótese de as necessidades de defesa social decorrentes da subsistência da prognose de reincidência em ilícitos criminais graves, serem satisfeitas por recurso à medida não criminal do internamento compulsivo, com base na **Lei de Saúde Mental** (Lei n.º 36/98 de 24 de Julho), como forma de obviar à prorrogação da medida de segurança.

lhe deu origem, o que implica a obrigatoriedade de apreciação da situação do internado com aquela periodicidade, tendo em vista decidir, em alternativa:

- se cessou a perigosidade, declarando-se findo o internamento;
- se é possível intervenção terapêutica em meio aberto – princípio da necessidade ou subsidiariedade do internamento, expressamente afirmado no art. 30º nº2 da CRP (vd infra e art. 94 nºs 1 e 2 do C. Penal);
- se deve prorrogar-se o internamento por mais dois anos.

Nesta última hipótese, não fica prejudicada a possibilidade de revisão a pedido e de apreciação oficiosa da cessação da perigosidade, a todo o tempo, antes de completado o período de dois anos, que é, a todos os títulos, um prazo máximo e não um prazo mínimo de duração da medida, pois continua a valer em toda a linha e até com maior intensidade, se pode dizer-se assim, o princípio da necessidade e subsidiariedade do internamento, que implicam a **cessação** deste logo que cesse o estado de perigosidade do internado e a sua colocação em **liberdade para prova** logo que a finalidade do internamento possa ser alcançado em meio aberto.

4 – OUTRAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

Entre a diversidade de matérias que podem considerar-se entre as consequências jurídicas do crime para além das reacções criminais, isto é, das penas e das medidas de segurança, incluem-se institutos de natureza tão diversa como a liberdade condicional, a pena relativamente indeterminada (atenta a sua natureza mista de pena e medida de segurança), o internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis, para além do registo criminal e da reabilitação, mas sobretudo, a *indenização de perdas e danos emergentes do crime ou a perda de coisas ou direitos relacionados com o crime*. (F. Dias).

A extensão, complexidade e relevância destas matérias, justifica um tratamento que o presente contexto não permite.

Atenta, porém, as profundas alterações que vem sofrendo e a importância crescente que assume, desde o chamado direito penal secundário à chamada criminalidade organizada, deixava aqui apenas um breve enquadramento, no campo dos princípios e linhas de evolução, da *perda de coisas e direitos relacionados com o crime*, seguindo de perto a lição do Prof. F. Dias Em direito Penal Português II.

4.0 – Significado político criminal da *perda de coisas e direitos relacionados com o crime*

A perda de instrumentos (*instrumenta sceleris*) e a perda de produtos (*producta sceleris*) e vantagens do crime, visavam sobretudo objectivos de *retribuição*, ligados

ao propósito de apagar todos os resquícios do crime enquanto ilícito, enquanto manifestação do não-direito, mas também de *prevenção geral*, demonstrando a verdade do aforismo popular, segundo o qual *o crime não compensa*. Mas também desde sempre necessidades de *prevenção especial* nortearam o instituto, no sentido de obviar à repetição criminosa, particularmente no que respeita aos instrumentos do crime, em virtude de os mesmos serem, em geral, aptos para o efeito.

Esta diversidade de objectivos fez com que o instituto tenha sofrido evoluções diferentes em diversos ordenamentos jurídicos, consoante se acentuassem mais as finalidades retributivas ou as finalidades preventivas e, entre estas, as de prevenção geral ou especial, o que se reflecte igualmente na indefinição sobre a sua natureza jurídica. Assim, enquanto em algumas legislações o instituto tem sobretudo a natureza de pena *accessória*, que em regra se associa a uma concepção retributiva das penas, ou de efeito da pena, já noutras se assinala a natureza de medida de segurança, visando sobretudo fins de prevenção especial e, portanto, ligando o instituto à perigosidade do agente e não à sua culpa. Noutras legislações - e será esse o caso mais frequente - fruto da concorrência das finalidades de prevenção geral e de prevenção especial, a *perda de bens e direitos relacionados com o crime* tende a assumir *natureza mista*, ora análoga à da pena, ora análoga à da medida de segurança, embora a tendência seja para, em certo tipo de criminalidade, nomeadamente contra o património, ganhar crescentemente feição análoga à pena.

No C. Penal de 1886 a perda de bens e direitos era considerada entre os efeitos das penas ou da condenação, dada a concorrência entre finalidades retributivas claras e fins de prevenção, assumindo essencialmente natureza híbrida, a meio caminho entre a pena e a medida de segurança. Este enquadramento do instituto à luz de finalidades retributivas implicava a aplicação de uma pena ao arguido, pressupondo necessariamente a culpa, o que implicava, contra legítimos objectivos político-criminais, que muitas situações ficassem fora do âmbito de incidência do instituto. Por outro lado, a ênfase na sua dimensão retributiva levava à aplicação do instituto em casos de duvidoso respeito pelo princípio da proporcionalidade.

O C. Penal Português de 1982 representa uma evolução clara nesta matéria, sobretudo a partir da revisão de 1995, assentando agora o instituto em **razões exclusivamente preventivas**, conforme resulta, desde logo, de não ser agora previsto como efeito das penas ou pena *accessória* e de a lei penal deixar clara a sua vinculação à prevenção de futuros crimes.

Se esta pode ser a realidade para a chamada pequena e média criminalidade, um pouco por todo o lado a perda de bens e direitos relacionados com o crime é chamado a desempenhar um papel cada vez mais relevante entre os instrumentos

de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, onde assume mesmo a forma de *nova* sanção, como designa o Prof. Damião da Cunha a *perda de bens a favor do Estado* prevista na Lei portuguesa n.º 5/2002 de 11 de Janeiro como consequência da prática dos crimes de catálogo indicados naquele Diploma legal, que se caracterizam por serem crimes susceptíveis de gerarem grandes proveitos, por se presumir que o património do arguido provém da respectiva actividade económica.

Ficamos, pois, por aqui, num ponto que espelha bem a linha de evolução do direito penal moderno, de uma criminalidade associada à *marginalidade do indivíduo (lower class criem)* até uma criminalidade desenvolvida por estruturas de corte empresarial (a chamada criminalidade de empresa), que constitui apenas um dos aspectos da crescente tensão provocada pelo fenómeno de expansão punitiva e correlativa diminuição de garantias.

Tensão que parece apontar – como refere entre muitos o Magistrado e Académico espanhol, José António Choclán Montalvo – para a necessidade de propostas conciliadoras que permitam uma luta eficaz contra aquele tipo de criminalidade, cada vez mais preocupante na sociedade moderna, sem diminuição de garantias fundamentais do indivíduo, irrenunciáveis num Estado de Direito Democrático que assuma como princípio fundamental o respeito pela dignidade humana.

Bibliografia

- Andrade, José Carlos Viera de** – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina – 2001.
- Beleza, Teresa** – Direito Penal, 1º vol., Lisboa, AAFDL – 1985.
- Brito, José de Sousa** – *A lei penal na constituição* in textos de direito penal, AAFDL – 1983/4;
- Canotilho, Gomes** – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Coimbra, Almedina – 2002.
- Canotilho, Gomes/ Moreira, Vital** – Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora – 1993.
- Carvalho, Taipa de**
- Direito Penal-Parte Geral – Questões Fundamentais Porto, Publicações Universidade Católica – 2003.
 - Direito Penal – Parte Geral, Vol II-Teoria Geral do Crime, Porto, Publicações Universidade Católica – 2004.
 - Sucessão de Leis Penais, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora – 1997.
- Correia, Eduardo** –
- Direito Criminal I, Reimpressão, Livraria Almedina Coimbra – 1968;
 - Direito Criminal II, Reimpressão, Livraria Almedina Coimbra – 1968;
- Dias, Figueiredo** –
- Direito Penal, Parte Geral –Tomo I, Coimbra, Coimbra-Editora – 2004;
 - Direito Penal Português – Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas Editorial de Notícias – 1993.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de**
- Direito Penal Português, Parte Geral I, Lisboa, Verbo – 1982.
 - Lições de Direito Penal – Parte Geral II, Penas e Medidas de Segurança, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo – 1989.
- Fonseca, Jorge Carlos** – *Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo Combate à Criminalidade Organizada – Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste* in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora – 2003, p. 156.
- Gonçalves, M.Maia** – Código Penal português, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Almedina – 1980.
- Jescheck, Hans-Heinrich** – Tratado de Derecho Penal, Parte General, Granada, Ed. Comares – 1993 (Tradução de José Luís Manzanares Samaniego da 4ª ed. do original alemão: Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil – 1988).

Neves, Castanheira – *O Princípio da Legalidade Criminal – o seu problema jurídico e o seu critério dogmático* in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da FDC-Número especial – 1984.

Olivares, Gonzalo Quintares – Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Editorial Aranzadi, SA – 2000.

Palma, Fernanda – A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade in pejus in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, AAFDL – 1998.

Rodrigues, Anabela Miranda – Critério de Escolha das Penas de Substituição do Código Penal Português in *Estudos de Homenagem ao Prof. ERduardo Correia I, Coimbra, BFDC, Número Especial* – 1984.

Roxin, Claus – Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Madrid, Civitas – 1999 (reimpressão) (tradução espanhola da 2ª edição da versão alemã – 1994).

Silva, Germano Marques da – Direito Penal Português, Parte Geral III – Teoria das Penas e das Medidas de Segurança, Lisboa – Verbo – 1999.

Valdágua, Maria da Conceição – Apontamentos de Direito Penal (Parte Geral), policopiados – 1995-6.

Veloso, José António – Erro em Direito Penal, 2ª ed., Lisboa – AAFDL – 1999.

Parte 2

CRIMES CONTRA AS PESSOAS

Dr. Jorge Dias Duarte

Sub-índice

I – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA	131
1 – Homicídio Simples	131
2 – Tipos de Homicídio Qualificado	133
3 – Tipos de Homicídio Privilegiado	135
4 – Exposição ou Abandono	141
II – HOMICÍDIO POR NEGLIGÊNCIA	146
III – CRIMES DOLOSOS DE OFENSAS À INTEGRIDADE FÍSICA	149
1 – Ofensa à Integridade Física Simples	149
2 – Tipos de Ofensas Qualificadas	153
3 - Tipos de Ofensas Privilegiadas	156
4 – Maus Tratos	157
IV – CRIMES DE AMEAÇAS E DE COACÇÃO	163
1 – Ameaça	163
2 – Coacção.....	165
3 – Coacção Grave.....	167
V – CRIMES DE SEQUESTRO, ESCRAVIDÃO, RAPTO E TOMADA DE REFÊNS	169
1 – Sequestro	169
2 – Escravidão	171
3 – Rapto	172
4 – Tomada de Refêns	174
5 – Privilegiamento	176
VI – VIOLAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	178
1 – Coacção Sexual	180
2 – Violação	185
3 – Abuso Sexual de Pessoa Incapaz de Resistência	187
4 – Abuso Sexual de Pessoa Internada	189
5 – Fraude Sexual	190
6 – Procriação Artificial Não Consentida	191
7 – Tráfico de Pessoas	192
8 – Lenocínio	195
9 – Actos Exibicionistas	199

VII – ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E OUTROS CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	201
1 – Abuso Sexual de Crianças	202
2 – Abuso Sexual de Menores Dependentes	206
3 – Actos Sexuais com Adolescentes	208
4 – Actos Homossexuais com Adolescentes	209
5 – Lenocínio e Tráfico de Menores	215
6 – Agravação	216
7 – Queixa	220
8 – Inibição do Poder Paternal	223
VIII – DIFAMAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A HONRA	225
1 – Difamação.....	225
2 – Injúria.....	227
3 – Equiparação.....	228
4 – Publicidade e Calúnia.....	229
5 – Agravação	229
6 – Ofensa à Memória de Pessoa Falecida.....	230
7 – Dispensa de Pena.....	232
8 – Ofensa a Pessoa Colectiva, Organismo ou Serviço	233
9 – Procedimento Criminal	235
10 – Conhecimento Público de Sentença Condenatória	235
IX – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E OUTROS CRIMES CONTRA A RESERVA DA VIDA PRIVADA	237
1 – Violação de Domicílio	237
2 – Introdução em Lugar Vedado ao Público	240
3 – Devassa da Vida Privada	240
4 – Devassa por Meio de Informática	242
5 – Violação de Correspondência ou de Telecomunicações	243
6 – Violação de Segredo.....	245
7 – Aproveitamento Indevido de Segredo.....	246
8 – Agravação.....	247
9 – Queixa.....	248
10 – Crimes Contra o Património.....	248
11 – Burla.....	249
12 – Burla Qualificada.....	252
13 – Burla Informática e nas Comunicações.....	253
14 – Abuso de Cartão de Garantia ou de Crédito.....	255
15 – Branqueamento de Capitais.....	258

I – CRIMES DOLOROSOS CONTRA A VIDA

Sendo certo que a própria Constituição da República proclama no n.º 1 do seu artigo 24º que “a vida humana é inviolável”, a parte especial do actual Código Penal português inicia-se com o Capítulo I do Título I (*Dos crimes contra as pessoas*), capítulo este que, sintomaticamente, se intitula *Dos crimes contra a vida*, sendo o primeiro dos crimes aí tipificados o crime de *homicídio* – cfr. artigo 131º.

E esta opção bem se compreende já que, conforme assinala Nelson Hungria, “a pessoa humana, do ponto de vista material e moral é um dos mais relevantes objectos da tutela penal. Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade”, acrescentando o mesmo autor que “todos os direitos partem assim do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é exactamente o bem da vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social”¹.

1 – HOMICÍDIO SIMPLES

Conforme dispõe o artigo 131º do actual Código Penal português, “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

Da própria leitura da norma torna-se nítido que o bem jurídico tutelado é a vida humana, e mais precisamente a vida humana de outrem (do que resulta, também, que não é punível o suicídio).

Agente do crime de homicídio pode ser qualquer pessoa, enquanto **vítima** “é o *homem*, enquanto vivo (pessoa humana já completamente nascida e com vida)”² – assim cabendo distinguir as hipóteses que integrarão a previsão do crime de homicídio das situações em que o agente actua sobre um embrião ou feto humano,

¹ *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, V, pag. 15 e 26/27, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 13.

² Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 14.

ainda no ventre materno, pondo fim à respectiva vida, que consubstanciarão a prática de um crime de aborto (cujo regime se encontra estatuído nos artigos 140º a 142º do Código Penal), assim como as situações em que é a própria mãe que mata o filho durante ou logo após o parto e ainda sob a influência perturbadora do mesmo, situações que consubstanciarão a prática do crime de infanticídio (da previsão do artigo 136º do mesmo diploma legal).

Essencial no crime de homicídio é que o mesmo seja perpetrado contra a vida de qualquer pessoa, independentemente, por exemplo, da respectiva idade, estado de saúde, sexo, nacionalidade ou raça, pese embora a *qualidade* da vítima possa ser determinante para uma eventual qualificação do crime de homicídio, como acontece, por exemplo com o homicídio de pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 132º do Código Penal)³.

O tipo objectivo do crime de homicídio consiste em matar outra pessoa, ou seja, pressupõe uma **conduta**, consubstanciada na produção do **resultado típico**: a morte de outra pessoa, objecto da acção ou omissão do agente, sendo que se tal evento não se verificar estaremos perante um crime de homicídio na forma tentada⁴;

A tal acresce, ainda, que se tem de verificar o **nexo de causalidade**, ou seja, o elemento que permita afirmar que entre a conduta (activa ou omissiva) do sujeito activo e a morte do sujeito passivo existe um elo de ligação que alicerça a conclusão de que a morte resultou directamente daquela conduta. A este propósito importa realçar que, para preenchimento do crime de homicídio, não interessa o tempo que medeia entre o momento da prática da conduta apta a produzir o resultado morte e o momento em que a morte concretamente se verifica, pois tanto é culpado da prática de um crime de homicídio aquele agente que ministra à sua vítima um veneno de efeitos fulminantes, como aquele agente que causa na respectiva vítima ferimentos de tal modo graves que deles sobrevivem, necessariamente, a morte, mesmo passados vários dias em que esta é, por exemplo, submetida a tratamentos médicos e/ou cirúrgicos que, todavia, se revelam infrutíferos.

Sublinhe-se também que o crime de homicídio pressupõe o elemento típico do **dolo**⁵ (ou seja, a vontade de realizar o resultado típico) em qualquer das formas

³ Quanto a outras situações em que “a *qualidade* da vítima ... pode determinar uma tipificação específica do crime de homicídio”, vejam-se igualmente Simas Santos e Leal-Henriques, op. cit., pag. 15.

⁴ Tentativa essa punível de harmonia com o disposto nos artigos 22º e 23º do Código Penal.

⁵ Note-se que, nos termos do artigo 13º do Código Penal, “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”.

contempladas no artigo 14º: dolo directo, dolo necessário e/ou dolo eventual⁶; a este propósito salienta Figueiredo Dias⁷ que “...para se verificar o dolo eventual relativamente a condutas objectivamente e mesmo extremamente perigosas, não basta que o agente preveja o perigo de resultado e se conforme com ele..., tornando-se antes sempre necessário que aquele preveja e se conforme com o próprio resultado...”.

Retenha-se que a actual formulação do artigo 131º corresponde essencialmente à anterior redacção que dispunha que “quem matar outrem é punido com prisão de 8 a 16 anos”.

2 – TIPOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

De harmonia com o disposto no artigo 132º, n.º 1, do Código Penal “se a morte for produzida em condições que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos”.

Note-se que o n.º 2 do mesmo artigo elenca, exemplificativamente, algumas situações⁸⁻⁹ que, a verificarem-se, são susceptíveis de traduzirem a *especial censurabilidade ou perversidade do agente*.

⁶ Convém, assim, ter presente que, nos termos do artigo 14º do Código Penal “age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar” (cfr. respectivo n.º 1), assim como “age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta” (cfr. respectivo n.º 2), correspondendo estas formulações, respectivamente, às situações de dolo directo e de dolo necessário; finalmente, o n.º 3 do normativo em referência prevê as situações de actuação com dolo eventual, quando dispõe que “quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização”.

⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 17.

⁸ E que são as seguintes: o agente ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante da vítima (al. a), praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (al. b), empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima (al. c), ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil (al. d), ser determinado por ódio racial, religioso ou político (al. e), ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime (al. f), praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de um crime de perigo comum (al. g), utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso (al. h), agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas (al. i), praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Ministro da República, magistrado, membro do governo próprio das Regiões Autónomas ou do território de Macau, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força

Sublinhe-se, todavia, que para além de tais situações não serem taxativas (ou seja, outras condições que não as mencionadas na lei podem revelar a adequação de um tal juízo de valor sobre o agente, tanto mais que a lei utiliza a expressão “é susceptível”) poderá também suceder que, apesar de se verificar preenchida uma (ou mesmo mais) daquelas circunstâncias referidas na lei, a conduta do agente não seja, em concreto, apta a conduzir à qualificação do crime por ele cometido, pois que, ao nível da respectiva culpa nada justifica aquele juízo de especial censurabilidade ou perversidade.

Neste mesmo sentido afirma Figueiredo Dias¹⁰ que as circunstâncias contempladas no n.º 2 do artigo 132º “não são taxativas, nem implicam por si só a qualificação do crime; isto é, pode o juiz considerar como homicídio qualificado a conduta do agente que não se acompanhasse das circunstâncias descritas, mas sim de outras, e pode, por outro lado, deixar de operar tal qualificação apesar da existência clara de uma ou mais dessas circunstâncias...”, mais acrescentando que “... face ao seu funcionamento não automático e à sua não taxatividade, tais circunstâncias apenas podem ser compreendidas enquanto *elementos da culpa...*” (sublinhado meu).

Será, pois, preciso analisar a concreta culpa do agente, os exactos motivos que “determinaram” a respectiva conduta (activa ou omissiva) assim como o concreto circunstancialismo em que a mesma ocorreu, para se determinar se o agente revelou, ou não, a especial perversidade ou censurabilidade que a qualificação do crime de homicídio pressupõe¹¹.

pública, jurado, testemunha, advogado, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente ou examinador, ou ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas (al. j), e/ou ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade (al. l).

⁹ Conforme assinala Figueiredo Dias, o legislador português seguiu, em matéria de qualificação do homicídio, um método particular ...: a combinação de um critério generalizador, determinante de um especial **tipo de culpa**, com a técnica chamada dos **exemplos-padrão...** – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 17.

¹⁰ Cfr. *Homicídio Qualificado - Parecer*, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo IV, pag. 51.

¹¹ A este propósito refere Figueiredo Dias que “o especial tipo de culpa do homicídio é em definitivo conformado através da verificação da “**especial censurabilidade ou perversidade**” do agente”, acrescentando o mesmo autor que “à primeira vista dir-se-ia que, traduzindo-se a culpa jurídico-penal, em último termo, em um juízo de censura, apelar tipicamente para uma especial censurabilidade só poderia ter o significado tautológico e, como tal, inútil e equívoco, de apelar para uma culpa especial. Parece ser outro, todavia, o pensamento da lei e, na verdade, o de pretender imputar à “especial censurabilidade” aquelas condutas e, que o juízo especial de culpa se fundamenta na refracção, ao nível da atitude do agente, de formas de realização do *facto* especialmente desvaliosas, e à “especial perversidade” aquelas em que o especial juízo de culpa se fundamenta directamente na documentação no facto de qualidades da *personalidade* do agente especialmente desvaliosas...” – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 29.

Refira-se, também, que para além de algumas diferenças nas circunstâncias que podem levar à qualificação do crime de homicídio, a actual redacção do tipo do artigo 132º difere da anterior também no que concerne à medida da pena aplicável (agora é de 12 a 25 anos quando anteriormente era de 12 a 20 anos).

3 – TIPOS DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Contrariamente às situações anteriormente referidas os casos de homicídio privilegiado correspondem a situações em que o agente recebe uma censura mais leve que a que corresponde ao tipo base do homicídio, em razão dos motivos que determinaram a respectiva perpetração.

Assim, e com a epígrafe de *homicídio privilegiado*, dispõe o artigo 133º do Código Penal português que “quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

Importa realçar que, para que se dê o *privilegiamento* da censura aqui previsto, qualquer das circunstâncias apontadas no normativo transcrito tem de se traduzir numa diminuição sensível da culpa do respectivo agente!

Ou seja, “esta diminuição não pode ficar a dever-se nem a uma imputabilidade diminuída, nem a uma diminuída consciência do ilícito, mas unicamente a uma exigibilidade diminuída de comportamento diferente”, pois “do que se trata, em último termo, é da verificação no agente de um hoje dogmaticamente chamado, em geral, **estado de afecto**”¹².

Procurando precisar as situações a que se aplicará o conceito de *compreensível emoção violenta* acompanha-se Figueiredo Dias quando afirma que “**compreensível emoção violenta** é um *forte* estado de afecto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e à qual também o homem normalmente “fiel ao direito” não deixaria de ser sensível...”¹³.

A este propósito referem Simas Santos e Leal-Henriques¹⁴ que “qualquer que seja... a determinante da emoção que impulsionou a intenção de matar, sempre terão que reunir-se certos *requisitos* para que essa mesma emoção possa merecer o favor atenuativo que o legislador prevê neste artigo, a saber:

¹² Cfr. Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 47.

¹³ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 50.

¹⁴ Cfr. *Código Penal Anotado, 2º Volume*, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 70.

- a) carácter violento da emoção¹⁵;
- b) nexos de causalidade entre a emoção e a conduta que levou à morte;
- c) aceitabilidade da emoção (isto é, que a emoção seja compreensível, natural)“.

Abrangendo a previsão normativa em referência também os casos de *actuação após provocação suficiente*, importa realçar que a nível jurisprudencial tem sido predominantemente entendido que tem de haver **proporcionalidade** entre a reacção do agente que culmina com a prática do homicídio e o facto que gera tal reacção.

Neste sentido vejam-se, por todos, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Fevereiro de 1986¹⁶, no qual se lê que “a verificação do estado de compreensível emoção violenta, necessário para que a conduta do agente integre o crime de homicídio privilegiado previsto e punido pelo art. 133º do C. Penal de 1982, implica a existência de adequada relação de proporcionalidade entre o facto injusto do provocador e o facto ilícito provocado”, e de 10 de Novembro de 1989¹⁷, no qual se lê que “o artigo 133º do C. Penal de 1982 exige, como requisitos, uma emoção violenta que leve à prática do crime, que essa emoção seja compreensível e que entre ela e o crime exista uma *relação de proporcionalidade adequada...*”, mais se lendo na mesma decisão que “...a emoção violenta há-de ainda ser *compreensível para o comum das pessoas, e proporcional ao crime*” (sublinhados meus).

Já quanto ao conceito de *compaixão*, verifica-se que o mesmo corresponderá às situações em que o agente já não actua sob a influência de um impulso súbito como sucede nos casos anteriormente referidos, mas sim a situações em que o agente é movido por um sentimento de piedade ou comiseração para com a vítima, assim procurando, por exemplo, pôr termo ao estado de sofrimento em que a mesma se encontra (previamente à sua actuação).

Por sua vez, o conceito de *desespero* corresponderá não só às situações em que o agente descrê no futuro como também às situações de depressão, angústia

¹⁵ Conforme ensina Nelson Hungria, *emoção* “é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afectividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vaso-motoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenómenos musculares, alterações das secreções, suor, lágrimas, etc)”, acrescentando o mesmo autor “...na crise aguda da emoção, os motivos inibitórios da conduta tornam-se inócuos freios sem rédea, e são deixados a si mesmos os centros motores de pura execução. Dá-se a desintegração da personalidade psíquica” – cfr. *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, V, pag. 132 a 135, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 69.

¹⁶ Cfr. *BMJ* n.º 354, pag. 285.

¹⁷ Cfr. *BMJ* n.º 391, pag. 224.

profunda ou ainda os casos de *humilhação prolongada*¹⁸ (frequentemente registados, por exemplo, nas vítimas de maus tratos)¹⁹.

No que concerne ao conceito de *motivo de relevante valor social*, ensina Nelson Hungria²⁰ que será “aquele que corresponde, mais particularmente aos interesses colectivos, ou é suscitado por específicas paixões ou preocupações sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a actual organização da sociedade”.

Finalmente e no que concerne ao *motivo de relevante valor moral*, anotam Simas Santos e Leal-Henriques que “constitui *motivo de valor moral* todo aquele que é apoiado pela *moralidade média*”²¹, o que é, todavia, rejeitado por Figueiredo Dias para quem “tal relevância tem de avaliar-se à luz da ordem axiológica suposta pela ordem jurídica”²².

Conforme se realçou já, é essencial para que se dê o *privilegiamento* previsto no artigo 133º que as situações descritas conduzam a uma sensível diminuição da culpa do agente, ou seja, é necessário que a sua actuação seja “dominada” por tais situações, de tal forma que se possa afirmar que em elas não existindo, a conduta do agente seria outra!

Estamos, pois, perante situações em que é reconhecido valor desculpante à inexigibilidade de outra conduta, afirmando Figueiredo Dias que “presente me parece aqui a ideia de que nas situações de inexigibilidade não está em causa a negação do inaferrável «poder agir de outra maneira na situação», mas antes um ponto de vista de *dever*. Ponto de vista através do qual a lei verifica que, em certos casos e dentro de pressupostos que nomeia, a prática do facto fica a dever-se à pressão de circunstâncias externas que não encontram na personalidade do agente um «eco» favorável, mas pelo contrário «obstruíram» ou «estorvaram» o normal cumprimento das intenções fundamentais da pessoa”²³.

¹⁸ Cfr. designação adoptada por Teresa Serra em “Homicídios em Série”, in Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial, Vol. II, CEJ, 1998, pag. 160 e ss.

¹⁹ A este propósito referem Simas Santos e Leal-Henriques que “há *homicídio por paixão* sempre que o agente provoca a morte de alguém por piedade, movido pelo exclusivo propósito de poupar a vítima ao sofrimento físico com que se debate” sendo que “*desespero* é o estado de alma em que se encontra quem já perdeu a esperança na obtenção de um bem desejado, de quem enfrenta uma grande contrariedade ou uma situação insuportável, enfim, de quem está sob a influência de um estado de cólera ou de irritação, por aflição, desânimo, desalento, angústia ou ânsia” – cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 71.

²⁰ Cfr. *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, V, pag. 125, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 72.

²¹ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 72.

²² Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 53.

²³ Cfr. “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, em *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e legislação complementar*, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pag. 78.

Retenha-se, finalmente, que, para além de algumas alterações de forma, este preceito corresponde ao artigo 133º do texto anterior.

Cabe, ainda, neste domínio fazer uma breve referência ao *Homicídio a pedido da vítima*, relativamente ao qual dispõe o n.º 1 do artigo 134º do Código Penal português que “quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos”, acrescentando o n.º 2 do mesmo normativo que “a tentativa é punível”²⁴.

Importa sublinhar que neste tipo de crime o facto da produção da morte resulta do exercício autoresponsável da autodeterminação da vítima, situação que explica o regime de privilégio que a lei lhe dispensa, pressupondo o homicídio a pedido da vítima que:

- a) o agente *mate* outra pessoa;
- b) exista um *pedido sério, instante e expresso* da própria vítima, no sentido de lhe ser posto termo à respectiva vida; e
- c) o agente actue *determinado* por tal pedido²⁵.

Note-se que a situação prevista no n.º 1 deste artigo tem um âmbito de aplicação distinto do artigo 133º mesmo quando neste artigo consagra o *privilegiamento por compaixão* – é que sempre que exista um pedido sério, insistente e expresso da vítima no sentido de lhe ser posto fim à vida (nomeadamente por estar num estado terminal de uma doença que lhe provoca já fortíssimo e intolerável sofrimento), estaremos no potencial âmbito da previsão do artigo 134º; quando tal pedido não existir (maxime com a conformação exigida pelo artigo 134º) estaremos numa situação potencialmente subsumível ao disposto no artigo 133º.

Refira-se, ainda, que para além da expressa previsão da punibilidade da tentativa, a redacção actual afasta-se da versão anterior do Código nos seguintes aspectos: eliminação da referência a *pessoa imputável e maior* (assim passando a abranger o pedido de qualquer pessoa), nova caracterização do pedido (*sério, instante e expresso*, em vez de *instante, consciente, livre e expresso*), e alteração da pena (prisão até 3 anos, em vez de prisão de 6 meses a 3 anos).

²⁴ E esta expressa ressalva da punibilidade da tentativa bem se compreende atenta a moldura penal cominada no nº1 e o disposto no artigo 23º, nº 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

²⁵ Assim não cabendo no âmbito de previsão deste normativo as situações em que o agente já estava previamente determinado a matar a vítima, e a quem o pedido apenas confirmou tal propósito, assim como as situações em que o agente desconhecia o pedido.

Ainda neste domínio cumpre referir o artigo 135º do Código Penal português que, com a epígrafe de *Incitamento ou ajuda ao suicídio*, dispõe no seu n.º 1 que “quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se”, acrescentando no seu n.º 2 que “se a pessoa incitada ou a quem for prestada ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”²⁶.

Conforme resulta da simples leitura da própria norma, nestes casos (e ao invés do que sucede nos crimes de homicídio, mesmo que praticados a pedido da vítima) é necessário o elemento *suicídio*, ou seja, o processo (instantâneo ou mais ou menos prolongado no tempo) através do qual uma determinada pessoa põe (ou tenta pôr) termo à sua própria vida.

Note-se também que não obstante a lei distinguir as situações em que o agente incita (isto é, determina outra pessoa, influenciando-a psiquicamente) das situações em que o agente ajuda (ou seja, coopera, de forma moral ou material) ao suicídio, e tais condutas serem alternativas, qualquer delas é bastante para, por si só, realizar o ilícito típico.

Registe-se, também, que, para além de algumas alterações de forma, assinalam-se as seguintes diferenças relativamente ao texto anterior: retirou-se do n.º 2 a referência a pessoa *inimputável ou que tiver sensivelmente diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral*, registando-se também uma diminuição das molduras penais (agora as penas cominadas são de prisão até 3 anos no caso do n.º 1, e de prisão de 1 a 5 anos no caso do n.º 2, quando anteriormente as penas eram, respectivamente, de prisão de 6 meses a 3 anos, e de prisão de 2 a 8 anos, podendo esta última ser especialmente atenuada).

Breves palavras também para o crime de *Infanticídio*, da actual previsão do artigo 136º, que dispõe que “a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

Conforme resulta do próprio texto da norma em referência são dois os requisitos para que se possa falar de infanticídio que mereça o tratamento privilegiado acima indicado:

²⁶ Situação distinta é aquela a que se refere o artigo 139º que, com a epígrafe de *Propaganda do suicídio*, dispõe que “quem por qualquer meio, fizer propaganda ou publicidade de produto, objecto ou método preconizado como meio para produzir a morte, de forma adequada a provocar suicídio, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

- o primeiro é que a morte seja provocada durante ou logo após o parto, assim se tornando evidente que se o trabalho de parto ainda se não iniciou a factualidade em apreço poderá constituir um crime de aborto; paralelamente, este crime tanto abrange também as situações de morte provocada “logo após o parto”, sendo este período variável, abrangendo não só os momentos imediatamente seguintes à expulsão da placenta e do corte do cordão umbilical, mas também o período de tempo que corresponderá ao *estado puerperal*, consistindo o puerpério no “período que abrange o parto e o sobreparto”, o “período de tempo desde o parto até ao restabelecimento da mãe”, normalmente acompanhado de “dores e ânsias”, sendo que “esse estado pode conduzir, e muitas vezes conduz, à alteração das *condições psíquicas da mulher*, necessariamente determinantes de uma atenuação da responsabilidade, justificativa do enfraquecimento do castigo penal”²⁷.
- o segundo requisito consiste no facto de a conduta da mãe ter tido lugar sob a influência do estado puerperal, ou seja, é necessário que a mãe se encontre, “no momento da prática do facto sob a influência de desarranjos físicos ou psíquicos decorrentes do parto e que foram determinantes do comportamento assumido”²⁸.

Importa ainda realçar que na anterior versão do Código Penal este crime se encontrava previsto no artigo 137º, que tinha a epígrafe de *Infanticídio privilegiado*, e que dispunha que “a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto, estando ainda sob a sua influência perturbadora ou para ocultar a desonra, será punida com prisão de 1 a 5 anos”; conforme resulta do confronto entre as duas versões, a principal alteração operada consiste na eliminação da referência à circunstância “ou para ocultar a desonra”, alteração essa decorrente do facto, assinalado pelo Professor Figueiredo Dias, de que “ter um filho não pode ser nunca uma desonra para ninguém; o sentido tradicional da referência perdeu-se hoje em dia, não podendo constituir fundamento autónomo para um privilégio. Fundamento legítimo representa a influência perturbadora, a qual pode estar inclusive ligada à ideia de desonra”²⁹.

²⁷ Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 99.

²⁸ *Ibidem* nota anterior.

²⁹ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 21, pag. 201.

4 – EXPOSIÇÃO OU ABANDONO ³⁰

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 138º do actual Código Penal português “quem colocar em perigo a vida de outra pessoa:

- a) expondo-a em lugar que a sujeite a uma situação de que ela, só por si, não possa defender-se; ou
- b) abandonando-a sem defesa, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir;

é punido com pena de 1 a 5 anos de prisão”.

Por sua vez, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “se o facto for praticado por ascendente ou descendente, adoptante ou adoptado da vítima, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos”.

Finalmente, dispõe o n.º 3 do mesmo normativo que “se do facto resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

Sendo certo que o próprio tipo legal se refere a uma situação de perigo, importa ter presente que “delitos de perigo são aqueles cujo facto constitutivo não causa um dano efectivo e directo em interesses juridicamente protegidos, mas criam para os mesmos um perigo efectivo”, sendo que “por perigo deve entender-se a probabilidade de produção, mais ou menos próxima, de um resultado danoso”³¹.

Essencial em ambas as situações descritas no tipo – exposição ou abandono – é que o agente aja sabendo que com a sua actuação ou conduta vai colocar em perigo a vida da pessoa que abandona ou expõe, acrescentando ainda o facto de o legislador exigir, quanto ao abandono, que da parte do agente haja o dever de guardar, vigiar ou assistir o abandonado³², sendo que o crime tanto pode ser praticado por acção, em sentido estrito, como por omissão³³.

³⁰ Sobre este tema veja-se o nosso “O crime de Exposição ou Abandono”, in *Maia Jurídica*, Ano I, n.º 1, pag. 125/140.

³¹ Cfr. Cuello Callón, *Derecho Penal*, 13ª edição, Editora Bosch, Barcelona, Tomo I, pag. 280; ainda segundo este autor, “entre as múltiplas categorias de perigo assinaladas pelos autores destaca-se a dos **crimes de perigo comum**, que ameaçam um número indeterminado de pessoas ou as coisas em geral (v.g. deitar substâncias nocivas à saúde numa fonte de água utilizada para ser bebida numa localidade) e a dos **crimes de perigo individual**, que ameaçam uma pessoa ou pessoas determinadas (ex: abandono de crianças)”.

³² Assim, as situações subsumíveis à alínea b) do n.º 1 do artigo 138º do Código Penal configuram **crimes específicos**, que apenas podem ser cometidos por um certo círculo de agentes.

³³ Como exemplo de exposição por omissão pense-se no caso de a vítima, (v.g., uma criança de tenra idade), se deslocar espacialmente para um local onde fica em risco e o agente, que a tem ao seu cuidado e se apercebe daquela situação, não actua, não evita essa conduta ou a ela não põe termo.

Estamos perante um *crime de perigo concreto*, pois que "o perigo é claramente elemento do tipo e não mera motivação do legislador, não suposto "iuris et de iure" mas exigido na sua verificação concreta", como afirmam Faria Costa³⁴, e Eduardo Correia³⁵.

Sendo um crime de perigo concreto as circunstâncias da respectiva prática têm de ser, pois, idóneas para produzir tal perigo, e o dolo do autor tem de referir-se a uma situação concreta de perigo para a vida da vítima, ou seja, o agente tem de actuar querendo, ou pelo menos representando e aceitando, que com a sua conduta irá colocar em perigo a vida da pessoa que expõe ou abandona; paralelamente, e como decorre da própria noção de crime de perigo concreto, apenas em cada situação se pode aferir se tal resultado típico – a criação de perigo para a vida da pessoa exposta ou abandonada – se verificou.

Importa referir que se a *exposição* pressupõe a mudança de sítio da vítima relativamente ao local em que se encontra ou em que se encontra o agente para outro local em que fique desamparada e em perigo (sendo que se a vítima é colocada em condições de ser pronta e seguramente ajudada e protegida antes que ocorra algum perigo não existirá crime) o *abandono* poderá cometer-se por outros meios, nomeadamente sem qualquer deslocação da vítima (conforme sucederá em grande parte dos casos) ou do agente que, permanecendo junto da vítima, omite os deveres de guarda, vigilância ou de assistência que lhe competia assegurar, isto é, omite o auxílio que, em concreto, lhe era imposto que prestasse; não será também necessário que o abandono se verifique num sítio deserto, podendo executar-se na via pública, sendo indiferente a sua duração, e sendo igualmente indiferente que seja definitivo ou temporário, sempre que a interrupção dos cuidados e vigilância coloquem o abandonado numa situação de perigo.

Sublinhe-se que **vítima do crime de exposição** pode ser qualquer pessoa que seja colocada em situação de que não possa por si só defender-se.

Assim, verifica-se que vítima deste ilícito será todo aquele que, por si só, se revele incapaz de fazer face a uma situação que coloca em perigo a sua própria vida, nomeadamente quando tal incapacidade seja resultante não só da própria idade do agente, como também de deficiência física ou de doença de que a vítima padeça. Não é, pois, a idade que dá ao acto a sua natureza criminal, ou a sua perigosidade, sendo apenas a impossibilidade em que a vítima se encontra de, pelos seus próprios meios, se subtrair à situação em que é colocada que lhe confere

³⁴ Cfr. *O Perigo em Direito Penal*, páginas 620/621.

³⁵ Cfr. *Direito Criminal – Vol. I*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 287/288.

tal natureza, podendo tal incapacidade ser resultante quer do desenvolvimento ou estado físico quer do estado intelectual da vítima; desta forma, tanto é tutelada a criança de 4 anos de idade que é abandonada num pinhal ou monte, como o alienado ou idiota, que é colocado nessa situação, ou o parálítico que mantém na íntegra as suas faculdades mentais;

Já no caso do **abandono** apenas pode ser **vítima** a pessoa (independentemente do respectivo sexo ou idade) em relação à qual recai sobre o agente recai o dever de guardar vigiar ou assistir a pessoa abandonada quando a mesma seja colocada em situação de que não possa, por si só, defender-se.

Retenha-se também que com a alteração efectuada à alínea b) do n.º 1 do artigo 138³⁶ – que passou a dispor que comete este crime aquele que "abandonando-a, (à vítima), sem defesa, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir" – alargou-se o âmbito da incriminação a todos os casos em que o agente deixe a vítima indefesa, desde que sobre ele recai o dever de a guardar, vigiar ou assistir, pois que é da violação deste dever – e não da debilidade da vítima – que resultará o carácter desvalioso e censurável da conduta; assim, terá passado a ser punida a conduta de qualquer agente que, pelos mais variados motivos, se encontre numa situação enquadrável como "de garante", independentemente das condições inerentes ou intrínsecas da própria vítima, mas apenas tendo-se em consideração o concreto circunstancialismo em que a mesma se encontre.

Podendo o crime em análise ser preenchido por uma conduta omissiva, importa salientar que não poderá considerar-se culpado deste crime, por omissão, aquele que, encontrando abandonado um menor em perigo de vida, o não entrega às autoridades e/ou à família³⁷, pois aí estaremos perante um *Crime de Omissão de Auxílio*, da previsão do actual artigo 200º do Código Penal, no qual se tutela um dever de solidariedade social, i. e., o dever que incumbe a qualquer pessoa de, nas circunstâncias descritas em tal tipo, socorrer ou promover o socorro idóneo a afastar o perigo para a vida, integridade física ou liberdade em que se encontre qualquer outra pessoa³⁸.

³⁶ Cfr. alteração operada pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

³⁷ Tal realidade era expressamente prevista no artigo 346º do Código Penal de 1886, que dispunha que "aquele que achando exposto em qualquer lugar ermo recém-nascido, ou que, encontrando nesse lugar ermo um menor de sete anos ao abandono, o não apresentar à autoridade administrativa mais próxima, será condenado a prisão de um mês a dois anos".

³⁸ Dispõe o nº 1 do artigo 200º do Código Penal que "quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio

Não obstante o crime de exposição ou abandono e o crime de omissão de auxílio poderem conduzir a resultados idênticos, nas situações subsumíveis ao tipo do artigo 138º o dever de actuar pré-existe à criação do risco, enquanto nas situações subsumíveis ao crime de omissão de auxílio o dever de actuar nasce da situação de risco verificada em determinado momento³⁹.

Importa referir que, como se trata de um crime de perigo, as situações previstas no n.º 3 do artigo 138º – produção de ofensa à integridade física grave ou da própria morte – correspondem já a uma situação de resultado não previsto ou pelo menos não querido "ab initio" pelo agente, assim se estando perante a figura do *evento agravado*, (ou, na designação tradicional, *crimes preterintencionais*)⁴⁰, relativamente à intenção do agente, desta forma sendo o mesmo punido pelo dolo com que agiu relativamente à conduta prevista no n.º 1 do artigo, (ou seja, quanto à exposição ou abandono propriamente ditos), sendo que quanto ao resultado do n.º 3 se coloca a questão da punição a título de negligência ou mera culpa.

Regista-se, assim, nestes casos uma estrutura composta por um crime doloso de exposição ou abandono, causalmente conexionado com um crime negligente de ofensa à integridade física grave ou de homicídio.

Na verdade, nos casos agora em referência, se o agente, podendo prever o resultado, se conforma com a respectiva produção, (dolo eventual), ele terá de ser punido pelo crime de ofensa à integridade física grave ou homicídio, sendo pois nítido que o âmbito de aplicação do artigo 138º, n.º 3, se restringirá às situações em que o agente, podendo prever o resultado, age com inconsideração, confiando que o resultado se não produzirá, ou não se conformando com a sua verificação⁴¹.

necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que “se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias”; nos termos do n.º 3 do artigo citado, “a omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível”.

³⁹ Poderão configurar-se, todavia, situações de concurso efectivo entre estes dois ilícitos, como, por exemplo, a actuação do agente que não só não cumpre o dever que nasce de um acidente, como também evita, ou procura evitar, a acção de quem acorre em auxílio dos sinistrados.

⁴⁰ Como apontamento refira-se que os crimes agravados pelo resultado procedem da teoria, elaborada pelo direito canónico, da chamada “*versare in re illicita*”, segundo a qual qualquer pessoa responderá, ainda que não tenha culpa, por todas as consequências que derivam da sua acção proibida, assim se estando perante uma nítida excepção ao princípio da culpabilidade.

⁴¹ A este propósito refere Aragão Seia que “as lesões e a morte devem ser sempre consequência não querida do autor da exposição ou abandono, pois que se este se propusesse tais consequências a sua actuação mais não seria que o meio de execução utilizado para cometer a ofensa corporal ou o homicídio” – cfr. *Algumas Considerações sobre o Crime de Exposição ou Abandono de Infantes*, em Separata da Revista *Scientia Iuridica*, Tomo XVII, n.º 90, Março-Abril de 1968.

Temos, assim, nestes casos "um agravamento da censura em função do resultado da acção" conforme anotam Simas Santos e Leal Henriques⁴², na esteira, aliás, de Figueiredo Dias, que, já em 1961, afirmava que "é o perigo normal, típico, quase se poderia dizer necessário, que, para certos bens jurídicos está ligado à prática de certos crimes, que constitui a razão de ser do crime preterintencional e a razão de ser do agravamento da pena nele determinado"⁴³, desta forma se avançando, entre outros, o exemplo de "quem expõe ou abandona uma criança de tenra idade, deve saber que pratica acções especialmente perigosas e tem pois um particular dever de representar que, de tais condutas, pode resultar um evento mais grave, e nomeadamente, a morte de alguém"⁴⁴.

Assim, nestes crimes, mais que uma situação de concurso de um crime doloso com um crime cometido com negligência, regista-se uma íntima fusão dos dois crimes, ensinando Eduardo Correia que "no *perigo típico* que envolvem certas actividades para bens jurídicos reside a justificação histórica dos crimes preterintencionais; na *negligência grosseira* que deriva do desrespeito pelo particular dever de representação, que a prática do crime fundamental doloso envolve, reside a justificação para a pesada agravação da pena neles cominada"⁴⁵.

Sendo crimes compostos por um crime fundamental doloso a que acresce um evento agravante, (que não foi abrangido pelo dolo do agente), verifica-se uma especial agravação da pena, (prescrita para a reunião daquele tipo fundamental doloso com o evento agravante), ficando a agravação sempre condicionada pela imputação desse resultado ao agente, pelo menos a título de negligência, de harmonia com o disposto no artigo 18º do Código Penal.

⁴² Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 114.

⁴³ Cfr. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*, Diss., Coimbra, 1961.

⁴⁴ Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal – Vol. I*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 442/443.

⁴⁵ Cfr. *Direito Criminal – Vol. I*, Almedina, Coimbra, 1971, pag. 443.

II – HOMICÍDIO POR NEGLIGÊNCIA

Sendo o direito penal um direito da culpa o artigo 13º do actual Código Penal português dispõe que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”, acrescentando o artigo 15º do mesmo diploma legal que “age com negligência quem por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

- a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou
- b) não chegar a representar a possibilidade de realização do facto”.

Temos, pois que, contrariamente ao que sucede com os crimes dolosos em que o agente visa alcançar o resultado típico previsto na norma incriminadora, ou, pelo menos, se conforma com a produção desse resultado (situações de dolo eventual), nas situações punidas a título de negligência ou o agente não se conforma com a produção de tal resultado embora o tenha previsto como possível (casos que correspondem a situações de *negligência consciente*, a que se refere a al. a) do artigo 15º) ou não representa sequer a possibilidade de produção do resultado típico (situações configuradas como de *negligência inconsciente*, referidas na al. b) do artigo 15º)⁴⁶.

Atenta a distinção entre os níveis de actuação dolosa e negligente, dispõe o n.º 1 do actual artigo 137º do Código Penal português que “quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, acrescentando o n.º 2 do mesmo normativo que “em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos”.

Como realçam Simas Santos e Leal-Henriques “para a perfeição do delito não basta, como se sabe, a culpabilidade. É necessário também o preenchimento da conduta típica. E, aqui, integrar a conduta típica é violar o dever objectivo de cuidado ou dever de diligência, aferida essa violação pelos padrões do homem médio”⁴⁷.

⁴⁶ Importa realçar desde já que por vezes é difícil a destrição entre as situações em que o agente actua com dolo eventual das situações de actuação com negligência consciente, apontando Simas Santos e Leal-Henriques como critério para tal distinção o facto de que “enquanto no dolo eventual o agente aceita a produção do resultado, que lhe é indiferente, assumindo o risco da sua produção, na culpa consciente o sujeito não quer o resultado, não assume o risco da sua produção, nem isso lhe é indiferente (ele representa o resultado mas confia em que ele se não produz, quando era legítimo e normal que não fosse tão confiado)” – cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 104.

⁴⁷ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 105.

A este propósito importa realçar, acompanhando Figueiredo Dias, que as capacidades individuais do agente, quando “inferiores à média não podem relevar logo ao nível do tipo de ilícito, no sentido de excluir a tipicidade, mas só devem ser consideradas ao nível do tipo de culpa”, assim como “as capacidades superiores à média devem ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito do homicídio negligente”; igualmente se acompanha o mesmo autor quando afirma que “a conclusão geral a tirar é pois a de que em matéria de tipo de ilícito negligente vale um critério **generalizador** relativamente aos agentes dotados de capacidades médias ou inferiores à média, um critério **individualizador** relativamente a todos os agentes dotados de especiais capacidades (superiores à média)”⁴⁸.

Quanto à noção de *negligência grosseira*, tem-se por perfeitamente elucidativo o entendimento acolhido no Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 25 de Junho de 1992 (Processo n.º 42714), no qual se lê que “«negligência grosseira» (n.º 2 do art. 136º do C. Penal de 1982) é uma negligência qualificada, em que a culpa é agravada pelo elevado teor de imprevisão ou de falta de cuidados elementares, exigidos pela mais elementar prudência, ou aconselhado pela previsão mais elementar que deve ser observada nos actos da vida corrente, ou em uma conduta de manifesta irreflexão ou ligeireza. Para tanto deve tomar-se como ponto de referência, a precaução ou previsão de um homem normal ou homem médio suposto pela ordem jurídica”⁴⁹.

A este propósito refere Figueiredo Dias que “seguro é que a negligência grosseira constitui um **grau essencialmente aumentado ou expandido** de negligência”, dando razão a Roxin “... quando defende que o conceito implica uma especial **intensificação** da negligência não só ao nível da culpa, mas também ao nível do tipo de ilícito”; ainda segundo Figueiredo Dias “a este último nível torna-se indispensável que se esteja perante uma *acção particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável* à luz da conduta adoptada...mas daqui não pode deduzir-se sem mais que também o tipo de culpa resulta logo dali inevitavelmente aumentado, antes se tem de alcançar a prova autónoma de que o agente, não omitindo a conduta, revelou *uma atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido* perante o comando jurídico-penal...”⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 110/111.

⁴⁹ Acórdão indicado por Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 111.

⁵⁰ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 113.

Refira-se, finalmente, que a norma em referência corresponde no essencial ao anterior artigo 136º (que tinha a mesma epígrafe), registando-se as seguintes alterações: a moldura penal do n.º 1 foi agravada (a pena é agora de prisão até 3 anos, quando anteriormente era cominada uma pena de prisão até 2 anos) e foi acrescentada a pena de multa alternativa, tendo também sido agravada a pena cominada no n.º 2 (prisão até 5 anos, em vez de 3 anos).

III – CRIMES DOLOSOS DE OFENSAS À INTEGRIDADE FÍSICA

Os crimes contra a integridade física (artigos 143º a 152º) constituem o Capítulo III do Título I – *Dos crimes contra as pessoas* – do Livro II – *Parte especial* – do actual Código Penal português.

Verifica-se existir (à semelhança do que sucede com o crime de homicídio) um tipo legal fundamental, que é o actual crime de *ofensa à integridade física simples*, da previsão do artigo 143º, do qual *derivam* tipos qualificados e privilegiados, cabendo um lugar próprio ao crime de “maus-tratos”, da previsão do actual artigo 152º.

Essencial neste domínio é termos presente que o que está em causa é o bem jurídico *saúde*, quer na sua vertente física, quer na sua vertente psicológica e/ou psíquica, assim se acolhendo a noção de saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”, constante do Preâmbulo da *Constituição da Organização Mundial de Saúde*.

Assim, desde que se verifique a produção de uma ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, a conduta do respectivo agente activo será punível diferentemente consoante o tipo:

- a) ofensas à integridade física dolosas, da previsão dos artigos 143º, 144º, 145, 147º ou 147º; ou
- b) ofensas à integridade física negligentes, da previsão do artigo 148º.

1 – OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA SIMPLES

Conforme o disposto no n.º 1 do artigo 143º do Código Penal, “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, dispondo o n.º 2 do mesmo preceito que “o procedimento criminal depende de queixa, salvo quando a ofensa seja cometida contra agentes das forças e serviços de segurança, no exercício das suas funções ou por causa delas”⁵¹.

⁵¹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 100/2001, de 25 de Agosto.

Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo “o tribunal pode dispensar de pena quando:

- a) tiver havido lesões recíprocas e se não tiver provado qual dos contendores agrediu primeiro; ou
- b) o agente tiver unicamente exercido retorsão sobre o agressor”.

Analisando o crime ora em apreço, verifica-se que **agente** do crime pode ser qualquer pessoa, podendo ser **vítima** do mesmo crime também qualquer pessoa, independentemente, por exemplo, do respectivo sexo ou idade⁵².

Mais se verifica que o crime em apreço é um **crime material** e de **dano**, abrangendo um determinado resultado, que é a lesão do corpo ou da saúde de outrem, independentemente da dor ou do sofrimento causados; conforme assinala Paula Ribeiro de Faria “estamos também perante um crime de **realização instantânea**, bastando para o seu preenchimento a verificação do resultado descrito, (a gravidade dos efeitos ou a sua duração poderão conduzir à qualificação da lesão como ofensa à integridade física grave ou ser valoradas no âmbito da determinação da medida da pena)”⁵³.

Naturalmente que, atenta a estrutura do tipo, apenas relevam as lesões provocadas a *outra pessoa*, assim não sendo aqui enquadráveis as auto-lesões, nomeadamente a *mutilação para serviço militar*⁵⁴.

Essencial é, também, que a vítima do crime se encontre *com vida* no momento da actuação do arguido (podendo os casos em que a conduta do agente visa uma pessoa já morta configurarem situações subsumíveis ao crime de *profanação de cadáver*⁵⁵).

Realce-se que este crime tem por via de regra natureza semi-pública, isto é, o respectivo procedimento criminal depende de queixa, excepto quanto às situações

⁵² Não obstante, deve ter-se em atenção que (à semelhança do que sucede com o crime de homicídio) a *qualidade da vítima* pode ser relevante para efeitos de qualificação do crime aqui em apreço, nos termos do disposto no artigo 146º, nºs 1 e 2.

⁵³ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 204.

⁵⁴ Note-se que actualmente o crime de *Mutilação para isenção do serviço militar* encontra-se tipificado no artigo 78º do *Código de Justiça Militar*, aprovado pela Lei nº 100/2003, de 15 de Novembro, sendo punido, na sua forma mais grave, com pena de prisão de 2 a 8 anos.

⁵⁵ Com o título de *Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*, dispõe o nº 1 do actual artigo 254º do Código Penal que “quem: sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida (cfr. al. a), profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos (cfr. al. b); ou profanar lugar onde repousa pessoa falecida ou monumento aí erigido em sua memória, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos (cfr. al. c), é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”, acrescentando o nº 2 da mesma norma que “a tentativa é punida”.

a que se refere o n.º 2, em que assume natureza de crime público; note-se, todavia, que mesmo em relação a tais casos o bem jurídico tutelado continuará a ser a saúde, embora não seja aqui difícil descortinar um reforço da tutela conferida pelo Estado a agentes seus, vítimas de agressões no exercício, ou exactamente por causa do exercício, das respectivas funções.

Quanto à solução consagrada na alínea a) do n.º 3, regista-se que a mesma para além de ter um carácter eminentemente pragmático, traduzido no facto se poder haver dispensa de pena quando, mesmo finda a produção de prova, se não conseguir determinar qual dos agentes foi o primeiro agressor (assim não se conseguindo, por exemplo, determinar se o segundo agente actuou em legítima defesa), assenta “num princípio de *compensação* e de *desnecessidade da pena*, uma vez que ambos os agentes foram simultaneamente agressor e agredido”⁵⁶.

Já a solução consagrada na alínea b) do n.º 3, correspondendo aos casos de retorsão, pressupõe que a vítima da agressão tenha, de alguma forma, provocado o agente, afigurando-se essencial que entre a provocação da vítima e a reacção do agente haja proporcionalidade (note-se que a lei utiliza a expressão *tiver unicamente*); paralelamente, deve entender-se que o agente que provoca não beneficiará de dispensa de pena, nos termos previstos nesta norma.

Note-se, finalmente, que a tentativa da prática do crime de ofensa à integridade física simples não é punível, atenta a moldura penal cominada e o disposto no artigo 23º, n.º 1.

Importa ainda referir que o presente artigo substituiu o crime previsto no artigo 142º original, que tinha a epígrafe de *Ofensas corporais simples*, dispondo no seu n.º 1 que “quem causar ofensa no corpo ou na saúde de outrem será punido com pena de prisão até 2 anos ou com multa até 180 dias”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “o procedimento criminal só terá lugar mediante queixa”.

Questão que ganha especial relevo neste tipo de crime é a do eventual *consentimento do ofendido*, importando realçar que, nos termos do n.º 1 do artigo 149º, “para efeitos de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo disponha que “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”.

⁵⁶ Cfr. Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 220.

Note-se que este artigo tem de ser lido considerando o “regime-geral” do consentimento, consagrado nos artigos 38º e 39º do Código Penal, assim se tendo em atenção nomeadamente o n.º 1 do artigo 38º que dispõe que “além dos casos expressamente previstos na lei, o consentimento⁵⁷ exclui a ilicitude do acto quando se referir a bens jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”, bem como o disposto no n.º 2 do artigo 39º quando estatui que “há consentimento presumido⁵⁸ quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

Quanto ao que se deve entender por *bons costumes*, refere Figueiredo Dias que “feitas todas as contas, parece-me ser o carácter *grave e irreversível* da lesão que deve servir para integrar, essencialmente embora não só, a cláusula dos bons costumes”, acrescentando que “... mal se compreenderia a razão por que o direito penal não haveria de dar eficácia ao consentimento, *v.g.*, numa insignificante ofensa sadista ou masoquista, mas já a daria ao consentimento numa grave mutilação por motivos religiosos”⁵⁹.

Questão que vive “paredes-meias” com a das ofensas à integridade física é a das intervenções e dos tratamentos médicos e cirúrgicos, importando referir que, nos termos do artigo 150º (que tem a epígrafe de *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”.

Conforme assinalam Simas Santos e Leal-Henriques fora das situações previstas no artigo 150º “são ilícitos os factos praticados, ficando sujeitos às penalidades previstas na lei, consoante a expressão que assumam”⁶⁰.

⁵⁷ Realce-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 38º, “o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”, acrescentando o n.º 3 da mesma norma que “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”; por sua vez, dispõe o n.º 4 da norma aqui em referência que “se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”.

⁵⁸ Que, nos termos do respectivo n.º 1, é equiparado ao consentimento efectivo.

⁵⁹ Cfr. “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, em *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e legislação complementar*, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pag. 60.

⁶⁰ Adiantando os mesmos autores que “assim, serão criminalmente puníveis os actos que: *não visem fins curativos ou terapêuticos* (como sucede com as intervenções exclusivamente estéticas; para estudo;

Questão distinta da abordada e à qual dá resposta o artigo 156º é a das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, assim estatuidando o n.º 1 do normativo ora em referência que “as pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo normativo “o facto não é punível quando o consentimento:

- i. só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
- ii. tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”⁶¹.

Refira-se, finalmente, que em relação a estes casos existe um *dever de esclarecimento*, assim dispondo o artigo 157º que “para efeitos do disposto no artigo anterior, o consentimento só é válido e eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

2 – TIPOS DE OFENSAS QUALIFICADAS

Partindo do tipo-base do crime de ofensa à integridade simples, o primeiro crime qualificado que neste âmbito surge é o crime de *Ofensa à integridade física grave*, da previsão do artigo 144º do actual Código Penal português, o qual dispõe que “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:

investigação ou experiência; colheita, em pessoa viva, de tecidos ou órgãos para transplante; etc); *invadam campos ainda não dominados pela ciência* (v.g. intervenções de êxito não assegurado por ainda não testadas); *desrespeitem as leges artis* (como sucede quando não se utiliza a técnica mais perfeita estando ela ao alcance do utilizador); *sejam executados por pessoas não habilitadas* (v.g. por quem não seja profissional de saúde devidamente credenciado) – cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 172.

⁶¹ Note-se que, nos termos do estatuído no n.º 3 do normativo em referência “se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias”, sendo o crime semi-público, atento o disposto no n.º 4 do mesmo normativo.

- a) privá-la de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-la grave e permanentemente;
- b) tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais ou de procriação, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;
- c) provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou
- d) provocar-lhe perigo para a vida;

é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.

Temos, assim, três tipos de lesões⁶², que podem conduzir à aplicação do tipo qualificado de ofensas à integridade física:

- 1 – lesões graves do corpo – al. a);
- 2 – lesões graves funcionais –al. b);
- 3 – lesões graves da saúde - als. c) e d),

impondo-se realçar que a respectiva produção tem de ser querida (dolo directo ou necessário), ou pelo menos representada conformando-se o agente com tal resultado (questão do dolo eventual) para que lhe possa ser imputado, em concreto, este tipo de crime. Sublinhe-se, também que “relativamente à al. d) exige-se o conhecimento das circunstâncias que tornam o comportamento perigoso sob o ponto de vista do bem jurídico protegido (neste caso, a vida), não se tornando necessária a vontade da lesão efectiva do mesmo bem jurídico”⁶³.

Retenha-se também que o presente artigo corresponde no essencial ao crime de *Ofensas corporais graves*, previsto no artigo 143º, na redacção de 1982, embora se registem as seguintes diferenças: eliminou-se da alínea c) a referência a “doença que ponha em perigo a vida”, acrescentou-se a alínea d), que prevê as ofensas que provoquem perigo para a vida, e agravou-se substancialmente a pena (anteriormente a pena prevista era de prisão de 1 a 5 anos); paralelamente foi eliminado o antigo artigo 144º, que tinha a epígrafe de *Ofensas corporais com dolo de perigo*, pois essas situações encontrar-se-ão abrangidas pela actual alínea d) do artigo 144º.

Reportando-se às situações em que o resultado produzido ultrapassa o que era visado pelo agente, com a epígrafe de ***Agravação pelo resultado*** dispõe o artigo

⁶² Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 145.

⁶³ Cfr. Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 234.

145º do Código Penal, no seu n.º 1, que “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa e vier a produzir-lhe a morte é punido:

- a) com pena de prisão de 1 a 5 anos no caso do artigo 143º;
- b) com pena de prisão de 3 a 12 anos no caso do artigo 144”.

Por sua vez, estatuí o n.º 2 do mesmo normativo que “quem praticar as ofensas previstas no artigo 143º e vier a produzir as ofensas previstas no artigo 144º é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

Conforme se afirmou já anteriormente, o princípio da culpa é um princípio essencial do direito penal, motivo pelo qual as soluções agora em referência têm de ser vistas também à luz deste princípio – assim sendo, a censura ao agente não se faz, nestes casos, pelo respectivo dolo (que, aliás, não existirá em relação ao evento agravado, mas apenas em relação ao evento simples, pois ele não quis o resultado em concreto produzido), mas pelo que ocorreu negligentemente, ou seja, é exigida a previsibilidade, para o agente, da conduta mais grave. Note-se que, se não houver sequer previsibilidade o agente só poderá ser responsabilizado pelo facto que queria praticar, independentemente do que concretamente se verificou, importando também sublinhar que bastará a negligência simples – isto é, não se exige uma negligência grosseira por parte do agente – para que se dê a incriminação pelo crime preterintencional.

Temos, assim, que a lesão da integridade física tem que ter sido praticada a título doloso (sendo suficiente o dolo eventual) enquanto em relação ao resultado (morte ou, nos casos previstos no n.º 2, ofensa à integridade física grave) deve o agente ter actuado pelo menos com negligência.

Note-se que através deste tipo legal protege-se simultaneamente a integridade física e a vida, existindo uma punição agravada em relação aos dois crimes (fundamental doloso e a agravante negligente) que pressupõe bens jurídicos distintos⁶⁴.

Retenha-se, ainda, que, com ligeiras alterações na redacção, o actual artigo 145º corresponde essencialmente ao artigo 145º do texto anterior, registando-se as seguintes diferenças: foi eliminada a referência ao antigo artigo 144º (que se referia às ofensas corporais com dolo de perigo), quer no n.º 1, quer no n.º 2; foi eliminada na parte final do n.º 2 a agravação pelo resultado (ofensas corporais graves quando o crime projectado tivesse sido o do artigo 142º) e foram alteradas as

⁶⁴ Cfr. Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 240/241.

molduras penais (anteriormente o n.º 1 do artigo 145º previa uma pena de prisão de 6 meses a 3 anos, ou de 2 a 8 anos de prisão, e o n.º 2 previa penas de 6 meses a 3 anos de prisão ou de 1 a 4 anos de prisão).

Ainda no âmbito dos crimes qualificados de ofensas à integridade física, importa reter que, com a epígrafe de *Ofensa à integridade física qualificada*, o n.º 1 do artigo 146º do Código Penal dispõe que “se as ofensas previstas nos artigos 143º, 144º ou 145º forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”, acrescentando o n.º 2 do mesmo normativo que “são susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132º”.

Tendo esta norma sido introduzida à alteração efectuada ao Código Penal pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, a solução da mesma constante faz directo apelo à solução consagrada também para a qualificação do crime de homicídio, assim apenas cabendo aqui voltar a sublinhar que, sendo o elenco das circunstâncias eventualmente aptas a demonstrar a *especial censurabilidade ou perversidade* do agente meramente exemplificativo⁶⁵, bem pode acontecer que outras condições que não as mencionadas na lei revelem, em concreto, a justeza de um tal juízo de valor sobre o agente, podendo acontecer também que, apesar de se verificar preenchida uma (ou mesmo mais) daquelas circunstâncias referidas na lei, a conduta do agente não seja, em concreto, apta a conduzir à qualificação do crime por ele cometido, pois que, ao nível da respectiva culpa nada justifica aquele juízo de especial censurabilidade ou perversidade.

Note-se que a presente norma não tinha correspondente no texto anterior, sendo que o artigo 146º original incriminava o *Envenenamento* como crime autónomo (incriminação que não tem correspondência autónoma no actual texto).

3 – TIPOS DE OFENSAS PRIVILEGIADAS

Com a epígrafe de *Ofensa à integridade física privilegiada*, dispõe o artigo 147º do Código Penal que “a pena aplicável à ofensa à integridade física é especialmente atenuada quando se verificarem as circunstâncias previstas no artigo 133º”.

Atenta a semelhança entre a solução agora em referência e a que foi já analisada quando se tratou do crime de homicídio privilegiado, nada mais aqui se acrescenta ao anteriormente escrito.

⁶⁵ Método dos **exemplos-padrão**, já anteriormente referido.

Importa, apenas, referir que o artigo ora em referência corresponde ao anterior artigo 147º, que tinha a epígrafe de *Ofensas corporais privilegiadas*, e para além de alterações formais, registam-se as seguintes diferenças: alteraram-se as penas (anteriormente eram estabelecidas molduras variadas, consoante a situação – crime simples, grave, com dolo de perigo ou agravado pelo resultado) e transpôs-se para o n.º 3 do actual artigo 143º parte da matéria constante do precedente n.º 2 do artigo 147º (isenção de pena em caso de lesões recíprocas sem identificação do primeiro agressor).

4 – MAUS TRATOS

Na sua redacção actual, e com o título de *Maus tratos e infracção de regras de segurança*, dispõe o n.º 1 do artigo 152º do Código Penal que “quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

- a) lhe infligir maus-tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente;
- b) a empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) a sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 144”.

Nos termos do n.º 2 da norma em referência “a mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus-tratos físicos ou psíquicos”

Registe-se que “a mesma pena é também aplicável a quem infligir a progenitor de descendente comum em 1º grau maus-tratos físicos ou psíquicos” – cfr. n.º 3 da norma em referência – sendo igualmente “a mesma pena aplicável a quem, não observando disposições legais ou regulamentares, sujeitar trabalhador a perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou saúde” – cfr. n.º 4 da mesma norma.

Nos termos do n.º 5 da norma em apreço “se dos factos previstos nos números anteriores resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

Finalmente, dispõe o n.º 6 do artigo 152º que “nos casos de maus-tratos previstos nos nºs 2 e 3 do presente artigo, ao arguido pode ser aplicada a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, pelo período máximo de dois anos”.

Escreve Taipa de Carvalho que “a **função** deste artigo é prevenir as frequentes e, por vezes, tão “subtis” quão perniciosas – para a saúde física e psíquica e/ou para o desenvolvimento harmonioso da personalidade ou para o bem-estar – formas de violência no âmbito da família, da educação e do trabalho”⁶⁶.

Quanto ao bem jurídico tutelado pelo crime em referência refere Américo A. Taipa de Carvalho (op. cit., pag. 332) que “a *ratio* do tipo não está, pois, na protecção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua **dignidade humana**”, acrescentando que “o âmbito punitivo deste tipo de crime inclui os comportamentos que, de forma reiterada, lesam essa dignidade”; ainda segundo o mesmo Professor, “deve dizer-se que o bem jurídico protegido por este tipo de crime é a **saúde** – bem jurídico complexo que abrange a saúde psíquica, física e mental, e bem jurídico este que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agrave as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge, prejudiquem o bem-estar dos idosos ou doentes, ou sujeitem os trabalhadores a perigos para a sua vida ou saúde”. Por sua vez, Maria Cândida Almeida entende e prefere “apreender no normativo a preocupação de proteger, autonomamente, não só o bem jurídico saúde, como também, e de forma individualizada, a **dignidade humana**”⁶⁷, entendendo Eduardo Maia Costa que “o fenómeno da violência conjugal ofende um bem jurídico perfeitamente identificável (**saúde física e psíquica do cônjuge**), e denota, relativamente ao crime de ofensas corporais simples, uma maior ilicitude, pela violação dos deveres inerentes ao contrato conjugal, para além de normalmente beneficiar do segredo e da intimidade do «lar» para a sua consumação”⁶⁸.

Da análise deste artigo tem sido extraída a conclusão de que o respectivo campo de aplicação não abrangerá situações como as de uma agressão pontual⁶⁹, isto é,

⁶⁶ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 329.

⁶⁷ Cfr. “A protecção da vítima e a perseguição penal do infractor”, in *Violência Doméstica*, edição conjunta da Procuradoria-Geral da República e do Gabinete da Ministra para a Igualdade, Junho de 2000, pag. 149.

⁶⁸ Cfr. “Maus tratos entre cônjuges: punir a pedido da vítima ou independentemente da sua vontade”, in *Do Crime de Maus Tratos*, Cadernos Hepátia, edição da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2001, pag. 41.

⁶⁹ Não se consideram igualmente aqui, situações de ameaças e/ou de injúrias, também quando cometidas isoladamente, pois então estaremos perante situações subsumíveis aos tipos de crime previstos e punidos, respectivamente, pelos artigos 153º e 181º do Código Penal, sendo os primeiros crimes semi-públicos e os segundos crimes particulares.

não habitual, pois nestes casos teremos, eventualmente, um crime de ofensa à integridade física simples, da previsão do artigo 143º do Código Penal, crime punido com pena de prisão até 3 anos ou com multa.

Neste mesmo sentido pronunciam-se Taipa de Carvalho, quando refere que “o tipo de crime em análise pressupõe, segundo a *ratio* da autonomização deste crime, uma **reiteração** das respectivas condutas. Um tempo longo entre dois ou mais dos referidos actos afastará o elemento reiteração ou habitualidade pressuposto, implicitamente, por este tipo de crime”⁷⁰, assim como Simas Santos e Leal-Henriques ao afirmarem que “não basta uma acção isolada do agente para que se preencha o tipo (estaríamos então no domínio das ofensas à integridade física, pelo menos), mas também não se exige habitualidade da conduta. Afigura-se-nos que o crime se realiza com a reiteração do comportamento em determinado período de tempo”⁷¹.

Todavia, afigura-se-me que tal conclusão não é, em si mesma, devidamente alicerçada pela configuração do tipo de crime em análise, nomeadamente se tivermos em linha de conta o específico bem jurídico pelo mesmo tutelado – o qual será um bem jurídico complexo”, em que para além da dimensão da saúde (física ou psíquica) está, também em causa, a própria dignidade da pessoa humana, assim como mesmo uma “certa ideia de tutela da família”, ou pelo menos das relações familiares⁷², o que, de alguma forma, torna este tipo de crime num **crime “específico”** face aos crimes, por exemplo, de ofensa à integridade física, injúrias, ameaças, assim como mesmo face a tipos criminais que tutelam *agressões* contra o património⁷³.

Assim sendo, afigura-se-me que o “tradicional” elemento da reiteração não será imprescindível para que se verifique a consumação deste crime, podendo o mesmo ter-se por preenchido nos seus elementos típicos ainda nos casos em que exista uma só conduta do respectivo agente.

Sublinhe-se que o crime em apreço é um **crime específico**, pois **agente** do mesmo apenas pode ser a pessoa que se encontra numa determinada posição relativamente ao sujeito passivo, posição essa derivada de uma relação familiar ou

⁷⁰ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 334.

⁷¹ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 182.

⁷² Circunstância que explica que se dê relevo incriminador, nesta sede, ao facto de a conduta do agente se dirigir contra o “outro progenitor de descendente comum”...

⁷³ Note-se, a este propósito, que muitas vezes uma das forma que assume o mau trato a idosos consubstancia-se no facto de os mesmos serem desapossados (nomeadamente pelos familiares com quem vivem) dos respectivos rendimentos e/ou reformas, situação esta que tem sido, sem particulares sobressaltos, subsumida a uma forma de prática de maus tratos.

equiparada, de uma relação de trabalho ou ainda do facto de a vítima se encontrar ao cuidado ou à guarda do agente, ou sob a responsabilidade da sua direcção ou educação; paralelamente **vítima** do crime só pode ser a pessoa que esteja ao cuidado, à guarda, sob a responsabilidade da direcção ou educação do agente⁷⁴, que trabalhe ao serviço do agente, que esteja ligada ao agente por uma relação conjugal ou análoga, ou, ainda, que seja “progenitor de descendente comum em 1º grau” (cfr. n.º 3).

Importa reter que o crime em apreço é um **crime doloso**, sendo o *conteúdo do dolo variável*, necessariamente, em função da conduta concretamente adoptada pelo agente, pois o crime tanto se pode consubstanciar por formas de acção (como, por exemplo, castigar fisicamente a vítima, humilhá-la pelo uso reiterado de expressões que ponham em causa a respectiva honra ou consideração, ou mesmo que pretendam evidenciar atributos físicos – reais ou imaginários – da vítima, ou sujeitar a vítima a actividades perigosas ou proibidas) como pode consistir em omissões (como por exemplo, o encarregado do lar em que se encontra internada pessoa idosa e retida no leito, e que propositadamente lhe não dá a respectiva medicação, ou não lhe muda a roupa de cama com a frequência exigível); do exposto resulta também evidente que o crime em referência tanto pode ser um **crime de resultado** (como sucederá nitidamente no caso dos maus tratos físicos) como um **crime de mera conduta** (como acontecerá, por exemplo, quando a conduta do agente integra a previsão a alínea c) do n.º 1 – sobrecarga com trabalhos excessivos).

Consagrando o actual n.º 6 do artigo 152º casos de **agravação pelo resultado** são aqui plenamente válidas as considerações já expendidas quanto a idêntica situação na anotação ao artigo 145º, ou seja, o resultado mais grave e não representado pelo agente tem de poder ser-lhe imputado pelo menos a título de negligência, conforme resulta do artigo 18º. Sublinhe-se que se o agente representa o risco de produção resultado (ofensa à integridade física grave ou morte) e de alguma forma se conforma com o risco da respectiva produção (elemento diferenciador das situações de dolo eventual das de negligência consciente, em que o agente representa o risco de ocorrência do resultado mas não se conforma com tal risco) estaremos perante um crime de ofensas à integridade física grave, da previsão do artigo 144º (conforme dispõe, aliás, a parte final do n.º 1 do artigo 152º), ou um crime de homicídio da previsão do artigo 131º (eventualmente qualificado, nos termos do artigo 132º).

⁷⁴ Falando a este propósito Taipa de Carvalho numa relação de *subordinação existencial*, em relação à qual “... exige-se, ainda, que seja *menor* (de 18 anos) ou *particularmente indefesa*, em razão de *idade, doença, deficiência física ou psíquica, ou gravidez*” – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 333.

Como referência final, note-se que a presente norma tem remota correspondência no artigo 153º (*Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*) do Código Penal de 1982, o qual dispunha no seu n.º 1 que “o pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha ao seu cuidado ou à sua guarda ou a quem caiba a responsabilidade da sua direcção ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias quando, devido a malvadez ou egoísmo: lhe infligir maus-tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem (cfr. al. a), ou o empregar em actividades perigosas, proibidas ou desumanas, ou sobrecarregar, física ou intelectualmente, com trabalhos excessivos ou inadequados de forma a ofender a sua saúde, ou o seu desenvolvimento intelectual, ou a expô-lo a grave perigo (cfr. al. b). Acrescentava o n.º 2 da norma ora citada que “da mesma forma será punido quem tiver como seu subordinado, por relação de trabalho, mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor, se se verificarem os restantes pressupostos do n.º 1”, dispondo o n.º 3 da norma em referência que “da mesma forma será ainda punido quem infligir ao seu cônjuge o tratamento descrito na alínea a) do n.º 1 deste artigo”.

Com a reforma operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, o artigo 152º do Código Penal passou a intitular-se *Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge*, dispondo o respectivo n.º 1 que “quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou como subordinado por relação de trabalho, pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica e: a) lhe infligir maus-tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente; b) a empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou c) a sobrecarregar com trabalhos excessivos; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 144”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “a mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges maus-tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa”. Por sua vez, o n.º 3 da mesma norma estatuiu que “se dos factos previstos nos números anteriores resultar: a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos; b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”. Como notas dignas de realce das alterações efectuadas pela Reforma de 95 sublinha-se não só o facto de terem passado a ser contemplados os maus-tratos psíquicos, assim como o facto de terem passado a ser incluídos no âmbito de tutela da norma os maus-tratos praticados contra pessoas doentes ou idosas, e ainda o facto de se ter eliminado a anterior referência à *malvadez ou egoísmo*; paralelamente, registou-se também um substancial agravamento das penas.

Com a Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, este artigo passou a intitular-se *Maus tratos e infracção de regras de segurança*, dispondo o respectivo n.º 1 a dispor que “quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença e gravidez”, mantendo-se inalterada a restante parte dispositiva deste número. Paralelamente, foi alterado o n.º 2 deste artigo que passou a dispor que “a mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges maus-tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa, mas o Ministério Público pode dar origem ao procedimento se o interesse da vítima o impuser e não houver oposição do ofendido antes de ser deduzida acusação”. Também o n.º 3 da mesma norma foi radicalmente alterado, assim passando a dispor que “a mesma pena é aplicável a quem, não observando disposições legais ou regulamentares, sujeitar trabalhador a perigo para a vida ou a perigo grave de ofensa para o corpo ou a saúde”. Foi, finalmente, aditado um n.º 4 de teor correspondente ao anterior n.º 3 da mesma norma.

Finalmente, a Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio, deu ao artigo a redacção actualmente em vigor, salientando-se as seguintes diferenças: o crime reveste agora, em qualquer das suas conformações, a natureza de crime público, podendo ser aplicada ao respectivo agente a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, nos termos do actual n.º 6 do artigo. Sublinhe-se que a Lei n.º 7/2000 alterou também o regime da suspensão provisória do processo quando esteja em causa o crime de maus-tratos – cfr. respectivo artigo 2º que introduziu significativas especificidades neste âmbito no actual n.º 6 do artigo 281º e no n.º 4 do artigo 282º do Código de Processo Penal.

IV – CRIMES DE AMEAÇAS E DE COACÇÃO

Os crimes de ameaças e de coacção caracterizam-se por serem crimes contra a *liberdade pessoal*⁷⁵, a qual é “... assim chamada porque diz mais directamente com a afirmação da personalidade humana. Compreende o interesse jurídico do indivíduo à imperturbada formação e actuação da sua vontade, à sua liberdade de ir e vir, à livre disposição de si mesmo ou ao seu *status libertatis*, nos limites traçados pela lei. Trata-se, em suma, do direito à independência de injusto poder estranho sobre a nossa pessoa”, conforme ensina Nelson Hungria⁷⁶.

Realce-se que, conforme refere Taipa de Carvalho “a tutela penal da liberdade é, por excelência, uma tutela negativa e pluridimensional: *negativa*, na medida em que visa impedir as acções de terceiros que afectem a liberdade de decisão e de acção individual; *pluridimensional*, uma vez que assume as diversas manifestações da liberdade pessoal (liberdades de autodeterminação, de movimento, de acção, sexual) como autónomos objectos de protecção penal”⁷⁷.

1 – AMEAÇA

Nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 153º do Código Penal português, “quem ameaçar outra pessoa com a prática de crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de autodeterminação, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”, estatuidando o n.º 2 do mesmo artigo que “se a ameaça for com a prática de crime punível com pena de prisão superior a 3 anos, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

⁷⁵ Note-se que na actual sistemática do actual Código Penal português os *Crimes contra a liberdade pessoal* integram o Capítulo IV do Título I – Dos Crimes contra as pessoas, do Livro II – Parte Especial, sendo este capítulo constituído pelos seguintes crimes: *ameaça* (art. 153º), *coacção* (art. 154º), *coacção grave* (art. 155º), *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* (art. 156º), *sequestro* (art. 158º), *escravidão* (art. 159º), *rapto* (art. 160º) e *tomada de reféns* (art. 161º); integram também este capítulo os artigos 157º (dever de esclarecimento) e o artigo 162º (*privilegiamento*).

⁷⁶ *Comentário ao Código Penal Brasileiro, II*, pag. 145, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 184.

⁷⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 341.

Da simples leitura deste normativo resulta clara a conclusão de que o bem jurídico protegido é a liberdade de decisão e de acção, sendo que bastará a conduta do agente que *seja apta a provocar medo ou inquietação ou a prejudicar a liberdade de determinação* da sua vítima para que o crime se deva considerar consumado. A este propósito assinala Figueiredo Dias que “...o que se exige, para preenchimento do tipo, é que a acção reúna certas circunstâncias, não sendo necessário que em concreto se chegue a provocar o medo ou a inquietação. Por exemplo: preenche o tipo o indivíduo que ameaça outro com uma arma, embora este último esteja no interior de uma casa perfeitamente defendido da acção, pois tal acção é normalmente adequada quer do ponto de vista do agente, quer do que é geralmente reconhecido”⁷⁸.

Conforme referem Simas Santos e Leal-Henriques “*medo* é o temor ou receio que o mal ameaçado ou prometido venha a acontecer”, enquanto “*inquietação* é a intranquilidade, o desassossego que a ameaça provoca no destinatário”, sendo que “há *prejuízo na liberdade de determinação* quando o ameaçado fica constringido pela ameaça e em vez de agir de acordo com a sua livre vontade actua por forma a não desagradar o ameaçador, ainda que isso lhe custe”⁷⁹.

Relativamente ao critério a adoptar para se aferir da “credibilidade” da ameaça, isto é, da adequação da ameaça a provocar medo ou inquietação, ou de modo a prejudicar a liberdade de determinação é **objectivo-individual**: *objectivo*, no sentido de que deve considerar-se adequada a ameaça que, tendo em conta as circunstâncias em que é proferida e a personalidade do agente, é susceptível de intimidar ou intranquilizar qualquer pessoa (critério do “homem-comum”); *individual*, no sentido de que devem relevar as características psíquico-mentais da pessoa ameaçada (relevância das “sub-capacidades” do ameaçado)⁸⁰.

Note-se, ainda, que a ameaça pode ser transmitida por qualquer meio que seja apto a torná-la conhecida da vítima, isto é, tanto pode ser verbalizada (directa e pessoalmente ao visado ou por interposta pessoa) como escrita ou transmitida por gestos, ou qualquer outra forma de comunicação, desde que o respectivo conteúdo seja inequivocamente dado a conhecer ao ameaçado, que assim fica a saber que sobre ele pende a “promessa” de um mal futuro.

Importa também realçar que o mal prometido tem de corresponder à prática de um crime, isto é um facto ilícito típico (contra a vida, a integridade física, a

⁷⁸ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 45, pag. 500.

⁷⁹ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 185.

⁸⁰ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 348.

liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor), sendo o crime de ameaça um crime de perigo concreto, pois exige-se que a ameaça seja, na situação concreta, adequada a provocar medo ou inquietação); sublinhe-se, todavia, que é irrelevante que o agente tenha, ou não, a intenção de concretizar a ameaça.

Saliente-se, ainda, que tem de se distinguir o “destinatário da ameaça” da “pessoa objecto do crime ameaçado”, pois conforme refere Figueiredo Dias “o sujeito passivo da ameaça pode ser ou não a vítima do crime. O que vale aqui é a ameaça com a prática de um crime, seja ou não na pessoa do ameaçado...”⁸¹⁻⁸².

Refira-se, finalmente, que o presente artigo corresponde ao artigo 155º do Código Penal na versão de 1982, que tinha a epígrafe de *Ameaças*; comparando os dois preceitos, constata-se que enquanto o n.º 1 do artigo anterior se bastava com a ameaça da prática de um crime, actualmente a ameaça tem de consistir na prática de um dos crimes elencados no n.º 1 do artigo 153º; paralelamente, passou a exigir-se também que a ameaça seja de *forma adequada* a provocar medo, inquietação ou a prejudicar a liberdade de determinação do ofendido; de igual modo, regista-se que no tipo actual as penas de multa são mais elevadas que anteriormente (pois que no n.º 1 do artigo 155º a pena de multa podia atingir os 100 dias e no n.º 2 do mesmo artigo podia atingir os 180 dias, quando, actualmente, pode alcançar o máximo de, respectivamente, 120 e 240 dias).

2 – COACÇÃO

Nos termos do n.º 1 do artigo 154º do Código Penal “quem, por meio de violência ou de ameaça com um mal importante, constranger outra pessoa a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que “a tentativa é punível”⁸³.

Paralelamente, o n.º 3 do mesmo normativo consagra situações de não punibilidade, assim dispondo que “o facto não é punível:

- a) se a utilização do meio para atingir o fim não for censurável; ou
- b) se visar evitar o suicídio ou a prática de facto ilícito típico”.

⁸¹ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 24, pag. 232.

⁸² Na verdade, o agente do crime tanto pode, por exemplo, ameaçar o sujeito passivo dizendo que lhe irá bater, como o pode ameaçar dizendo que vai bater no filho deste.

⁸³ Esta expressa ressalva da punibilidade da tentativa bem se compreende atenta a moldura penal cominada no n.º 1 e o disposto no artigo 23º, n.º 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

Quanto à específica situação em que o facto tenha lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes ou adoptantes e adoptados, ou entre pessoas que vivam em situações análogas às dos cônjuges, dispõe o n.º 4 do mesmo artigo que “o procedimento criminal depende de queixa”, ou seja, em tais casos o crime reveste a natureza de crime semi-público.

Da simples leitura deste artigo e do seu confronto com o crime de ameaça ressalta, desde logo, uma distinção essencial entre ambos os ilícitos – é que no crime de coacção a conduta do agente pode consistir na *ameaça com mal importante* (o qual tanto pode ser ilícito como não ilícito, como, por exemplo, o revelar de um segredo de família, ou o caso do empregador que ameaça um seu contratado a termo que não lhe renovará o contrato de trabalho se ele se sindicalizar⁸⁴) enquanto no crime de ameaça, conforme oportunamente se salientou, a ameaça tem de ser a da prática de um crime, isto é, de um facto ilícito típico.

Paralelamente, no crime de coacção (consistindo a *coacção* na imposição a uma pessoa de uma conduta contrária à respectiva vontade) o constrangimento da vontade da vítima pode ser alcançado também através de *violência*, entendendo-se que esta tanto compreende a força física como abrange também a violência psíquica.

A este propósito refere Taipa de Carvalho que “...esta desmaterialização, espiritualização ou sublimação do conceito de violência faz com que possam ser consideradas violências **condutas omissivas** (como, p. ex., não fornecer alimentos ao familiar paralítico enquanto este não praticar a conduta imposta pelo agente) e condutas que, apesar de não se traduzirem na utilização da força física, todavia eliminam ou diminuem a capacidade de decisão ou de resistência da vítima, como no caso de hipnose ou de embriaguez mediante engano”⁸⁵.

Refira-se, ainda, que o actual artigo 154º corresponde ao artigo 156º anterior, que tinha igualmente a epígrafe de *Coacção*, registando-se entre ambos os tipos, para além de diferenças na redacção adoptada, as seguintes distinções: no n.º 1 a formulação anteriormente utilizada de “ameaça de violência, ameaça de queixa criminal ou de revelação de um facto atentatório da honra e da consideração, ou ameaça com a prática de um crime” foi substituída pela formulação “por meio de violência ou ameaça de um mal importante”; actualmente a pena é de prisão até 3 anos ou multa, quando na redacção anterior a pena era de prisão até 2 anos ou multa até 180 dias, ou uma e outra pena, cumulativamente; foi aditada ao n.º 3 a

⁸⁴ Cfr. exemplo adiantado por Taipa de Carvalho no *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 356.

⁸⁵ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 355.

actual alínea b); o n.º 4 anterior (que dispunha que “a punição por este crime não consome aquela que couber aos meios empregados para o executar”) foi convertido no n.º 4 actual que confere, conforme se assinalou já, natureza semi-pública ao crime em determinadas circunstâncias.

3 – COACÇÃO GRAVE

Nos termos do n.º 1 do artigo 155⁹⁸⁶ do Código Penal “quando a coacção for realizada:

- a) por meio de ameaça com a prática de crime punível com pena de prisão superior a 3 anos;
- b) contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;
- c) contra uma das pessoas referidas na alínea j) do n.º 2 do artigo 132º, no exercício das suas funções ou por causa delas; ou
- d) por funcionário com grave abuso de autoridade;

o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

Conforme o disposto no n.º 2 da norma em referência “a mesma pena é aplicável se, por força da coacção, a vítima ou a pessoa sobre a qual o mal deve recair se suicidar ou tentar suicidar”.

Importa realçar que constituindo este tipo, afinal, um tipo qualificado em relação ao crime de coacção consagrado no artigo anterior, a agravação constante do n.º 2 se aplica a “toda a coacção”, e assim também à coacção simples, ou seja, às situações a que se refere o artigo 154⁹⁸⁷.

Conforme sublinha Taipa de Carvalho “esta agravação pressupõe, necessariamente, a **previsibilidade do resultado**, isto é, pressupõe que nas circunstâncias concretas conhecidas ou que o agente devia conhecer, a coacção aparecesse como susceptível de levar o coagido ou o terceiro “sobre o qual o mal deve recair... a suicidar-se ou tentar suicidar-se”, sendo que “segundo pressuposto da agravação é, por força do princípio da culpa, que o resultado (suicídio ou tentativa de suicídio) **possa ser imputado** ao coactor **a título de negligência** (art. 18º). Significa isto que é necessário que, face às circunstâncias concretas, o agente pudesse e devesse ter representado que a sua conduta coactiva continha sérios riscos de levar o coagido ou o terceiro a suicidar-se ou tentar suicidar-se”⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

⁸⁷ Neste mesmo sentido veja-se o *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 24, pag. 236.

⁸⁸ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 374.

Quanto à *coacção praticada por funcionário com grave abuso de autoridade*, acompanha-se Taipa de Carvalho quando afirma “...para haver coacção não basta que o coactor seja funcionário público ou equiparado, sendo necessário que, apesar da coacção exorbitar claramente das sua competência abstracta de actuação ou das suas funções, ele a tenha exercido, instrumentalizando a sua qualidade de funcionário”⁸⁹.

Note-se, finalmente que o conceito de *funcionário* referido na alínea d) deve ser lido tendo em atenção o disposto no n.º 1 do artigo 386⁹⁰.

Analisando o presente artigo verifica-se que o mesmo corresponde, no essencial, ao anterior artigo 157º, que tinha a mesma epígrafe, assinalando-se, todavia, as seguintes diferenças: a matéria contida na alínea c) do anterior n.º 1 foi autonomizada, tendo passado a constituir o actual n.º 2 do artigo; o anterior n.º 2 (que agravava a pena caso a coacção fosse praticada por funcionário com grave abuso da sua autoridade – cfr. alínea b) do n.º 1 – ou se o móbil do agente fosse “obter dinheiro, serviços ou qualquer outra coisa que não seja devida”) foi eliminado; a moldura penal foi agravada, pois actualmente é cominada pena de prisão de 1 a 5 anos, quando anteriormente a pena era de prisão de 6 meses a 3 anos, apenas podendo elevar-se a 5 anos nos termos do respectivo n.º 2.

⁸⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 373.

⁹⁰ Dispõe, assim, o n.º 1 do artigo 386º (na redacção resultante da Lei nº 108/2001, de 28 de Novembro), que “para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange: a) o funcionário civil; b), o agente administrativo; c) quem, mesmo provisoriamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou particular”. Nos termos do n.º 2 da mesma norma “aos funcionários são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos”; o conceito de funcionário para efeitos do disposto nos artigos 372º (corrupção passiva para acto ilícito) 373º (corrupção passiva para acto lícito) e artigo 374º (corrupção activa) integra, ainda, nos termos do n.º 4 do artigo 386º: “os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência” (al. a), “os funcionários nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português” (al. b), assim como “todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português” (al. c); no que estritamente concerne ao desempenho de funções políticas, dispõe o n.º 4 do artigo 386º que “a equiparação a funcionário... é regulada por lei especial”, aqui cabendo apenas mencionar a Lei nº 34/87, de 16 de Julho, que determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

V – CRIMES DE SEQUESTRO, ESCRAVIDÃO, RAPTO E TOMADA DE REFÊNS

1 – SEQUESTRO

Nos termos do n.º 1 do artigo 158º do actual Código Penal português⁹¹ “quem detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo “o agente é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos se a privação da liberdade:

- a) durar por mais de 2 dias;
- b) for precedida ou acompanhada de ofensa à integridade física grave, tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano;
- c) for praticado com o falso pretexto de que a vítima sofria de anomalia psíquica;
- d) tiver como resultado suicídio ou ofensa à integridade física grave da vítima;
- e) for praticado contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;
- f) for praticado contra uma das pessoas referidas na alínea j) do n.º 2 do artigo 132º, no exercício das suas funções ou por causa delas;
- g) for praticado mediante simulação de autoridade pública ou por funcionário com grave abuso de autoridade”.

Realce-se, ainda, que, conforme o disposto no n.º 3 do normativo em análise, “se da privação da liberdade resultar a morte da vítima o agente é punido com pena de prisão de 3 a 15 anos”.

Conforme resulta da leitura da norma ora em apreço (assim como da respectiva inserção sistemática) no crime de sequestro tutela-se a liberdade pessoal, embora sob um prisma específico, qual seja, o da *liberdade ambulatória*, isto é, “a liberdade de ir e de vir”, ou, como referem Vital Moreira e Gomes Canotilho⁹², “a liberdade

⁹¹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

⁹² *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, pag. 184.

física, ... liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser aprisionado ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço ou impedido de se movimentar”.

Importa salientar que o crime de sequestro é um crime doloso, abarcando o dolo em qualquer das suas conformações, isto é, o dolo directo, necessário ou eventual; note-se também que o dolo deve abarcar todas as circunstâncias típicas a que se refere o n.º 2 do artigo (a este propósito retenha-se que a situação a que se refere a alínea d) do n.º 2 se aproxima das situações a que se refere o n.º 3 do mesmo artigo).

Refira-se que o n.º 2 rege situações de agressão à liberdade que dão lugar ao *agravamento da pena*, importando realçar que o elenco da lei é taxativo, pois que apenas as circunstâncias indicadas no mesmo poderão conduzir àquele agravamento.

Importa salientar que a referência a *ofensa à integridade física grave* deve ser integrada tendo em atenção o disposto no artigo 144º, abrangendo, tal como sucede com este artigo, quer a ofensa no corpo da vítima, quer a lesão da saúde física ou psíquica.

Por seu turno a expressão *tortura de outro tratamento cruel, degradante ou desumano* deverá ser integrada tendo em atenção o disposto no n.º 3 do artigo 243º, segundo o qual “considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima”.

Estabelecendo quer a alínea d) do n.º 2 quer o n.º 3 do artigo em referência *situações de agravação pelo resultado* (resultado consistente, respectivamente, no suicídio ou ofensa à integridade física grave, ou na morte de vítima) importa salientar que, encontrando-nos mais uma vez perante a figura do crime preterintencional, é necessário que seja possível imputar aquele resultado ao agente do crime de sequestro a título de negligência, conforme resulta do artigo 18º, sendo irrelevante o momento em que se verifica tal resultado desde que entre o mesmo e o resultado se verifique uma *conexão causal*⁹³.

⁹³ Acompanhamos, assim, Taipa de Carvalho quando refere que “o momento da ocorrência do resultado (morte, lesão da saúde ou mesmo suicídio, sendo certo que este, a ocorrer em consequência adequada do sequestro, por regra só acontecerá durante o sequestro ou depois da libertação) é irrelevante: que seja durante o sequestro ou depois da libertação, é indiferente” – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 420.

Analisando o artigo ora em referência, verifica-se que o mesmo corresponde ao artigo 160º (que tinha a mesma epígrafe) na redacção de 1982, assinalando-se as seguintes diferenças: a pena actualmente cominada no n.º 1 (prisão até 3 anos ou pena de multa) diverge da anteriormente cominada no mesmo número (prisão até 2 anos); no n.º 2 foram eliminadas as anteriores alíneas f) e g), que se referiam, respectivamente, à atracção fraudulenta da vítima a local inacessível à ajuda de terceiros, e à prática do crime por duas ou mais pessoas; foi também alterada a alínea b) – eliminação da expressão “ou com emprego de outros meios violentos”; paralelamente, a alínea d) passou a constituir a actual alínea g), substituindo-se a anterior formulação “com grave abuso dos poderes inerentes às suas funções públicas” pela formulação “funcionário com grave abuso de autoridade”; foram aditadas as actuais alíneas e) e f); foi eliminado o anterior n.º 3, correspondendo o actual, na essência, ao anterior n.º 4, embora a pena seja distinta, pois actualmente é cominada uma pena de prisão de 3 a 15 anos, quando anteriormente a pena cominada era a de prisão até 15 anos.

2 – ESCRAVIDÃO

Sendo a *escravidão* “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual são exercidos os requisitos do direito de propriedade ou alguns deles”⁹⁴, torna-se nítido que, com a incriminação de tal realidade, se visa tutelar a liberdade individual em todas as suas vertentes, pois que a mesma é, afinal, expressão da dignidade intrínseca a todo e qualquer ser humano.

A este nível dispõe o artigo 159º do actual Código Penal português que “quem:

- a) reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo; ou
- b) alienar, ceder ou adquirir pessoa ou dela se apossar com a intenção de a manter na situação prevista na pena anterior;

é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos”.

Conforme assinalam Simas Santos e Leal-Henriques⁹⁵ com a incriminação da escravidão “foi intenção do legislador acautelar a liberdade individual contra todos os comportamentos que visem transformar o cidadão num puro objecto, passível de compra e venda, cedência ou troca”.

⁹⁴ Cfr. definição contida na **Convenção de Genebra sobre a Escravatura**, assinada em 25 de Setembro de 1926. Tal convenção foi complementada pela Convenção Suplementar de Genebra relativa à abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, assinada em 5 de Setembro de 1956.

⁹⁵ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 215.

Agente do crime pode ser qualquer pessoa, assim como **vítima** do crime pode também ser qualquer pessoa, independentemente do respectivo sexo ou idade; note-se que apesar da lei não descrever tipicamente os meios aptos a integrar a previsão normativa, bastando-se com a redução da pessoa à condição de coisa sujeita ao poder do agente do crime, caso a vítima do crime seja imputável a respectiva redução à condição de escravo pressuporá, por via de regra, a utilização de meios coactivos, físicos, ou mesmo a exploração de uma situação de dependência económica; note-se que a coacção pode também ser utilizada contra outra pessoa que não a vítima directa do crime, isto é, outra pessoa que não aquela que passa à condição de escravo, podendo também a conduta do agente traduzir-se na exploração de uma situação de absoluta dependência económica (pense-se, por exemplo, na compra de um filho a uma pessoa que se encontra numa situação de mais extrema miséria...).

Sendo o crime aqui em apreço um **crime doloso**, afigura-se essencial que o dolo do agente revista sempre a forma de dolo directo ou necessário, não sendo a incriminação plasmada na alínea a) compatível com uma actuação a título de dolo eventual; todavia, já no caso da alínea b) tal configuração do dolo será também possível.

Note-se, finalmente, que, sendo possível, a tentativa da prática deste crime é sempre punível, atenta a respectiva moldura penal e o disposto no artigo 23º, nº1.

Retenha-se, ainda, que a norma ora em referência corresponde ao artigo 161º (que tinha a mesma epígrafe) na redacção de 1982, registando-se, para além de alterações na redacção, um desagravamento da pena no seu limite mínimo, pois a pena anteriormente cominada era de prisão de 8 a 15 anos.

3 – RAPTO

Dispõe o n.º 1 do artigo 160º do actual Código Penal português⁹⁶ que “quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de:

- a) submeter a vítima a extorsão;
- b) cometer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima;
- c) obter resgate ou recompensa; ou
- d) constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade;

é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”.

⁹⁶ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Nos termos do n.º 2 do mesmo normativo “se no caso se verificarem as situações previstas:

- a) no n.º 2 do artigo 158º, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 15 anos;
- b) no n.º 3 do artigo 158º, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

Conforme resulta nítido da leitura da norma em referência, também o crime de rapto consubstancia uma agressão à liberdade de movimentos da vítima, embora esta agressão, contrariamente ao que sucede com o crime de sequestro, vise um objectivo específico que não se esgota na própria privação da liberdade, pressupondo o rapto, também, por via de regra, a deslocação da vítima relativamente ao local em que se encontrava antes da actuação do agente, ao contrário do que sucede no sequestro.

Agente do crime pode ser qualquer pessoa, assim como **vítima** do crime pode ser qualquer pessoa, independentemente da respectiva idade ou sexo, embora a *qualidade* da vítima seja apta a qualificar este crime, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2, que remete para o n.º 2 do artigo 158º, cuja alíneas e) e f) consagram situações de qualificação do sequestro (e por via da remissão agora referida também do rapto) quando, respectivamente, a vítima seja “pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”, ou quando a vítima tenha “qualidade pública”.

Referindo a lei, como meios executivos do rapto, a violência, a ameaça e a astúcia, acompanhando Simas Santos e Leal-Henriques⁹⁷ na definição de tais conceitos temos que “*violência* é toda a acção levada a cabo pela força, pela tirania, pela coacção. São actos violentos, portanto, os que forcem alguém a algo contra a sua vontade”, enquanto “*ameaça* é o prenúncio de um mal futuro. Ameaçar será, pois, coagir alguém a algo através da promessa ou anúncio de um evento que a pessoa ameaçada não procurou nem quer”, ao passo que a “*astúcia* é a habilidade, a arte, o engenho, usados para se obter um determinado resultado. Utiliza-se astúcia quando se procura levar alguém ao engano, que não aceitaria a situação se não fosse convencida, de uma forma fraudulenta, que essa situação lhe é favorável”.

Note-se que o crime de rapto é um **crime doloso**, devendo o dolo do agente abarcar não só a privação da liberdade da vítima, como também o deslocamento espacial desta, e ainda qualquer das finalidades referidas na previsão típica do artigo 160º.

⁹⁷ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 219.

Sublinhe-se ainda que pese embora o princípio geral de aplicação da lei portuguesa no espaço obedeça ao *princípio da territorialidade* consagrado no artigo 4º do Código Penal⁹⁸, no que concerne ao crime de rapto a lei portuguesa é aplicável mesmo aos casos em que o ilícito tenha sido cometido fora do território nacional (independentemente da nacionalidade do agente) desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado, por força do princípio subsidiário da *universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma legal⁹⁹.

Comparando o actual regime com a redacção de 1982, verifica-se que para além de o crime de rapto se encontrar então tipificado no artigo 162º (cuja epígrafe era idêntica à actual), se registam as seguintes notas distintivas: actualmente apenas é utilizada a expressão “raptar”, quando anteriormente se utilizavam as expressões “raptar ou privar da liberdade”; o tipo legal actual indica os meios executivos (“violência, ameaça ou astúcia”), enquanto o texto anterior se referia a “sem... consentimento ou com o consentimento obtido através de ameaça ou astúcia”; actualmente indicam-se os fins visados com a prática do crime, que são mais “amplos que os constantes da redacção anterior, que falava em “... para obter um resgate ou para forçar a autoridade pública ou um terceiro a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique”; o limite mínimo actual (prisão de 2 a 8 anos) é mais baixo que o anterior (prisão de 4 a 8 anos); alteraram-se também as penas correspondentes às situações actualmente previstas nas alíneas a) – prisão de 3 a 15 anos – e b) – prisão de 8 a 16 anos – do n.º 2, em confronto com as penas anteriormente cominadas e que eram, respectivamente, de prisão de 4 a 10 anos e de prisão até 15 anos.

4 – TOMADA DE REFÉNS

Dispõe o n.º 1 do artigo 161º do actual Código Penal português que “quem com intenção de realizar finalidades políticas, ideológicas, filosóficas ou confessionais, sequestrar ou raptar outra pessoa, ameaçando matá-la, infligir-lhe ofensas à integridade física graves ou mantê-la detida, visando desta forma constranger um Estado, uma organização internacional, uma pessoa colectiva, um agrupamento de

⁹⁸ Segundo o qual a lei penal portuguesa se aplica no espaço aos factos praticados em território nacional, seja qual for a nacionalidade do agente – cfr. alínea a) – assim como aos factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas – cfr. al. b).

⁹⁹ Na redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro dispõe a alínea b) do n.º 1 do artigo 5º do Código Penal que “salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional: quando constituírem os crimes previstos nos artigos 159º, 160º, 169º, 172º, 173º, 176º, e 236º a 238º, no n.º 1 do artigo 239º e no artigo 242º, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado”.

peçoas ou uma pessoa singular a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito “é correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 160º”¹⁰⁰, acrescentando o respectivo n.º 3 que “quem se aproveitar da tomada de reféns cometida por outrem, com a intenção e para as finalidades de constrangimento referidas no n.º 1, é punido com as penas previstas nos números anteriores”.

Verifica-se, assim, que o crime de tomada de reféns é caracterizado pelo “elemento finalístico, isto é, a intenção de realizar determinadas finalidades”¹⁰¹, para o que “o agente ou agentes lançam mão de um dos meios de actuação enumeradas na lei (sequestro, rapto, etc.) para *obrigarem* o Estado, organização, grupo ou pessoa a ceder às suas pretensões, impondo-lhes condições para porem termo à situação criada, que se podem traduzir numa exigência de carácter negativo (absterem-se de actuar) ou de carácter positivo (actuaem de determinada maneira ou sujeitarem-se a uma determinada actividade)”¹⁰².

Mas para além deste elemento finalístico – animado por uma motivação política, ideológica, filosófica ou confessional – o crime de tomada de reféns caracteriza-se também pelo facto de existirem *duas vítimas*: uma “vítima directa”, que é raptada, sequestrada ou alvo directo da actuação do agente (numa palavra, o *refém*), e uma “vítima indirecta”, que é a pessoa ou entidade objecto da coacção do agente do crime, assim se podendo afirmar que o refém mais não representa que um instrumento utilizado pelo agente do crime para exercer pressão sobre a “vítima indirecta”.

Note-se que o crime de tomada de reféns é um **crime doloso**, acompanhando-se Taipa de Carvalho quando refere que “o art. 161º-1 exige uma dupla componente subjectiva: “**intenção de realizar finalidades** políticas, ideológicas, filosóficas ou confessionais” e **intenção de “constranger”** um terceiro, trate-se de pessoa colectiva ou singular, pública ou particular. A intenção referida em primeiro lugar, é sinónimo de motivação, objectivo ou finalidade mediata do agente; a segunda intenção é sinónimo de objectivo ou finalidade imediata do agente e da sua conduta de tomada de refém(s)”¹⁰³.

O artigo 161º, n.º 2, consagra situações de agravamento da censura da conduta do(s) agente(s) do crime de tomada de reféns, quer em função da duração da

¹⁰⁰ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

¹⁰¹ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 24, pag. 244.

¹⁰² Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 224.

¹⁰³ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 435.

privação da liberdade dos reféns, do específico modo de actuação do agente ou da qualidade da vítima – cfr. remissão efectuada para o n.º 2 do artigo 160º, cuja alínea a), por sua vez, remete para o n.º 2 do artigo 158º quer – quer em função de, em resultado da privação da liberdade, se verificar o resultado morte da vítima – cfr. remissão efectuada, via alínea b) do n.º 2 do artigo 160º, para o n.º 3 do artigo 158º.

Breves palavras quanto à solução consagrada no n.º 3 do artigo em referência, e apenas para sublinhar que esta solução pressupõe que se esteja perante crimes sucessivos de tomada de reféns: ou seja, para que este preceito tenha aplicação é necessário que a tomada de reféns ocorrida em primeiro lugar esteja já consumada, perdurando ainda, sendo também necessário que os agentes do segundo crime se encontrem animados da intenção e visem uma das finalidades de constrangimento referidas no n.º 1 (embora, naturalmente, não seja necessário haver coincidência entre as finalidades prosseguidas pelos agentes que se sucedem na tomada de reféns).

Sublinhe-se que, à semelhança do que sucede com o crime de rapto, também no que concerne ao crime de tomada de reféns é aplicável a lei penal portuguesa, mesmo aos casos em que o ilícito tenha sido cometido fora do território nacional (independentemente da nacionalidade do agente) desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado, por força do princípio subsidiário da *universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, al. b), do Código Penal.

Refira-se que o normativo ora em referência não tinha correspondência no texto anterior.

5 – PRIVILEGIAMENTO

Nos termos do artigo 162º “no caso dos artigos 160º e 161º, se o agente voluntariamente renunciar à sua pretensão e libertar a vítima, ou se esforçar seriamente por consegui-lo, pode a pena ser especialmente atenuada”.

Da leitura desta norma resulta nítido que a solução agora em referência apenas se aplica aos crimes de rapto e de tomada de reféns (quando, coerentemente, o privilegiamento aqui concedido deveria abranger também o crime de sequestro¹⁰⁴)

¹⁰⁴ Importa, todavia, referir que (nomeadamente nos casos em que o agente desiste da sua intenção e, por exemplo, liberta a vítima anteriormente sequestrada) poderá ser aplicável ao agente do crime de sequestro a atenuação especial da pena a que se refere o 72º do Código Penal, quer por força do estatuído no respectivo nº 1 (*circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada... a necessidade da pena*), quer por força da alínea c) do nº 2 do mesmo preceito (*ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente...*). Neste sentido pronuncia-se também Taipa de Carvalho – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 403/404 e 440.

sendo que “a intenção do legislador está, pois, na preocupação de preservar a vida, a integridade física e a liberdade da vítima – bens que, em situações como estas, se encontram normalmente em perigo – através de um encorajamento e cessação da actividade criminosa”¹⁰⁵.

Naturalmente que o benefício concedido ao agente do crime depende de o mesmo voluntariamente renunciar à sua pretensão¹⁰⁶ e libertar a vítima anteriormente raptada ou tornada refém, ou de se esforçar seriamente em pôr fim a tais situações (nomeadamente indicando o paradeiro da vítima).

Tal acontecendo **poderá** haver lugar à atenuação especial da pena, que, a ter lugar, será efectuada de harmonia com o regime estabelecido nos artigos 72º e 73º do Código Penal¹⁰⁷.

Relativamente à possibilidade de atenuação especial da pena, acompanha-se a posição assumida por Taipa de Carvalho quando refere que “... a pena não deve ser objecto de atenuação especial, quando a pessoa privada de liberdade sofreu sérios danos, durante a acção de rapto ou de sequestro, ou durante a situação de privação da liberdade”¹⁰⁸.

Este normativo não tinha correspondência no texto anterior.

¹⁰⁵ Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 226.

¹⁰⁶ Relativamente às situações em que revelará a renúncia à pretensão do agente veja-se a posição assumida por Taipa de Carvalho, no *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 440.

¹⁰⁷ Na parte que ora interessa, dispõe o nº 1 do artigo 73º do Código Penal que “sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável: o limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço” – cfr. al. a – e “o limite mínimo da pena de prisão é reduzido de um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal se for inferior” – cfr. al. b, acrescentando o nº 2 do mesmo artigo que “a pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais”.

¹⁰⁸ Acrescentando o mesmo autor que “assim, será de não recorrer à atenuação especial, quando se verificarem as circunstâncias descritas nas als. b) e d) do nº 2 do art. 158º (para as quais remetem os arts. 160º e 161º. Note-se que não há qualquer absurdo na referência às circunstâncias previstas na al. d) do nº 2 e no nº 3, uma vez que os resultados aí considerados (suicídio ou morte da vítima) não têm, necessariamente, de ocorrer durante a privação de liberdade, mas podem acontecer depois da libertação da vítima...” – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 439/440.

VI – VIOLAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Não obstante o actual Código Penal português ter sido aprovado pelo D.L. 400/82, de 23 de Setembro, desde tal data o mesmo tem sido alvo de sucessivas alterações, a mais significativa das quais terá sido a operada no âmbito dos *crime sexuais* pelo D.L. 48/95, de 15 de Março.

A este propósito e no seio da própria Comissão Revisora assinalou-se que “o Direito Penal Sexual foi o que revelou uma maior evolução, a qual acarretou mesmo uma alteração quanto à protecção do bem jurídico. Agora estamos perante a protecção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade. Daí a importante e significativa alteração sistemática: inserido nos crimes contra a sociedade, vê-se agora colocado nos crimes contra as pessoas, uma regra essencial da tipificação legal: *não é crime qualquer actividade sexual (qualquer que seja a espécie) praticada por adultos, em privado e com consentimento...*”¹⁰⁹ (sublinhado meu).

Tal alteração foi também expressamente sublinhada no preâmbulo do D.L. 48/95, no qual se lê que “é de assinalar a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe «Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», abandonando-se a concepção moralista («sentimentos gerais de moralidade») em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”.

Assim, o Capítulo V do Título II – *Crimes contra as pessoas* – do Livro II – *Parte especial* – do actual Código Penal português intitula-se *Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, contendo as seguintes secções:

- *Secção I – Crimes contra a liberdade sexual*, integrando os seguintes crimes:

- a) coacção sexual (art. 163º);
- b) violação (art. 164º);
- c) abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165º);

¹⁰⁹ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 24, pp. 246/249.

- d) abuso sexual de pessoa internada (art. 166º);
- e) fraude sexual (art. 167º);
- f) procriação artificial não consentida (art. 168º);
- g) tráfico de pessoas (art. 169º);
- h) lenocínio (art. 170º);
- i) actos exibicionistas (art. 171º).

- *Secção II – Crimes contra a autodeterminação sexual*, integrando os seguintes crimes:

- a) abuso sexual de crianças (art. 172º);
- b) abuso sexual de menores dependentes (art. 173º);
- c) actos sexuais com adolescentes (artigo 174º);
- d) actos homossexuais com adolescentes (art. 175º);
- e) lenocínio e tráfico de menores (artigo 176º).

Secção III – Disposições comuns, integrando as seguintes normas:

- a) agravação (art. 177º);
- b) queixa (art. 178º);
- c) inibição do poder paternal (art. 179º).

Quanto à sistematização utilizada neste Capítulo V do Código Penal importa reter as assertivas palavras de Figueiredo Dias quando afirma que “a distinção entre as duas primeiras secções exige uma palavra de explicação, que servirá para melhor apreender a natureza dos bens jurídicos que a uma e outra presidem”, assim afirmando “que as duas secções pertençam a um mesmo capítulo denominado crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual é coisa que se compreende e justifica pela circunstância de, em uma como na outra, estarem em causa bens jurídicos que primariamente se prendem com a esfera sexual da pessoa...”; todavia, alerta o mesmo Professor para que “seria de todo apressado – e em definitivo equívoco – que se pensasse, seguindo literalmente as expressões utilizadas pela lei, que na primeira secção o bem jurídico é a *liberdade sexual*, no segundo a *autodeterminação sexual*, e se procurasse, muito provavelmente sem êxito, traçar a linha de fronteira por sobre a via que hipoteticamente separaria a liberdade da autodeterminação. A razão de ser da distinção é toda uma outra: a de que a Secção I protege a liberdade (e/ou a autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer acepção de idade; enquanto na Secção II estende essa protecção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou, em todo o caso, um menor de certa

idade. O que conduz à conclusão de que, se na Secção II o bem jurídico protegido é também, como na Secção I, a liberdade e autodeterminação sexual, é-o quando ligado a outro bem jurídico, a saber, o do **livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual**. Numa palavra, a Secção II, se trata efectivamente de crimes sexuais, pode considerar-se com razão como um capítulo importante da **função de protecção penal das crianças e dos jovens** até certos limites de idade... . Se todavia o código acentua, ainda aqui, a circunstância de se tratar de crimes atinentes à esfera sexual (do menor), então o respectivo bem jurídico complexo deve com propriedade designar-se, numa fórmula abreviada, como o do **desenvolvimento da vida sexual**...¹¹⁰.

É, pois, à luz destes elucidativos ensinamentos que se têm de analisar os diversos tipos criminais acima indicados, iniciando o respectivo estudo pelos se integram na Secção I - *Crimes contra a liberdade sexual*, e que são os seguintes:

1 – COACÇÃO SEXUAL

Dispõe o n.º 1 do artigo 163º que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Paralelamente dispõe o n.º 2 do mesmo artigo¹¹¹ que “quem, abusando de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos”.

Da leitura do n.º 1 do artigo em referência resulta claro que vítima deste crime pode ser qualquer pessoa, assim se tutelando de igual forma a prática de acto sexual de relevo hetero ou homossexuais, desde que tal prática seja levada a cabo no circunstancialismo descrito no tipo, ou seja, desde que a liberdade sexual da vítima seja colocada em causa.

Quanto ao conceito de *acto sexual de relevo* afirma Figueiredo Dias que “acto sexual” é, no sentido do art. 163º, todo aquele (comportamento activo, só muito excepcionalmente omissivo: talvez, p. ex., em certas circunstâncias, permanecer

¹¹⁰ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 441/442.

¹¹¹ Número aditado pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, e que criminaliza, como resulta da respectiva leitura, a realidade comumente designada por “assédio (ou constrangimento) sexual”.

nu) que, de um ponto de vista predominantemente **objectivo**, assume uma **natureza**, um **conteúdo** ou um **significado** directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica», acrescentando também que deve ser considerado “...irrelevante... o *motivo*¹¹² da actuação do agente. Sem todavia deixar de acentuar-se que a circunstância de se não conferir relevo típico à intenção libidinosa não significa, atenta a multiplicidade de formas que a sexualidade pode assumir, que o carácter do acto sexual do acto deva ser examinado na sua pura individualidade exterior; relevante para determinação do seu conteúdo e significado pode ser também o circunstancialismo de lugar, de tempo, de condições que o rodeia e que o faça ser reconhecível pela vítima como sexualmente significativo”^{113,114}.

Mas, paralelamente, com a exigência de que o *acto sexual* seja *de relevo* “a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os actos insignificantes ou bagatelares, mas que investigue do seu relevo **na perspectiva do bem jurídico protegido (função positiva)**; é dizer, que determine – ainda aqui de um ponto de vista objectivo – se o acto representa um entrave com importância para a liberdade de autodeterminação sexual da vítima”¹¹⁵.

Conforme referem Simas Santos e Leal-Henriques¹¹⁶ “não é qualquer acto de natureza sexual que serve ao espírito do artigo, mas apenas aqueles actos que constituem uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo e invadam, de uma maneira objectivamente significativa¹¹⁷, aquilo que constitui a reserva pessoal, o património último que, no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano”.

¹¹² Ou seja, a designada *intenção libidinosa* (traduzida na *intenção do agente de despertar ou satisfazer em si ou em outrem a excitação sexual*).

¹¹³ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 447/448.

¹¹⁴ Em sentido oposto, ou seja, conferindo relevo à *intenção libidinosa*, manifesta-se Sénio Reis Alves, para quem “acto sexual de relevo é todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais, (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes), que ofende, em grau elevado o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas”, afirmando este autor que “a relevância ou irrelevância de um acto sexual só lhe pode ser atribuída pelo sentir geral da comunidade”, e que “esta considerará relevante ou irrelevante um determinado acto sexual consoante ofenda com gravidade, ou não, o sentimento de vergonha e timidez, (relacionado com o instinto sexual), da generalidade das pessoas” – cfr. *Crimes Sexuais – Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pag. 11 e ss.

¹¹⁵ Cfr. Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pag. 449.

¹¹⁶ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, página 230.

¹¹⁷ Neste sentido veja-se também Teresa Pizarro Beleza quando anota que “à semelhança do Código Penal alemão, o Projecto optou por explicitar uma cláusula de *adequação social* como delimitadora dos tipos nos *crimes sexuais*” – cfr. “Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, CEJ, Lisboa, Vol. I, pag. 168.

Por sua vez, escreve Mouraz Lopes¹¹⁸ que “importará não esquecer que o acto sexual de relevo terá de configurar, em primeiro lugar, um acto sexual. Mas não só. É o carácter grave, «de importância», do acto que o faz transportar para o *iter criminis*”, acrescentando também que “importará nunca perder de vista que é a liberdade sexual que está em causa nestes crimes. Se se entender que “liberdade sexual” tem como limite, não apenas o respeito pelo exercício da liberdade sexual alheia, mas também o costume social, ou seja, o conjunto de regras que os costumes sociais impõem ao comportamento sexual e que são recebidos pelo direito positivo, variando de uma sociedade para outra e, na mesma sociedade, ao longo do tempo teremos uma definição de liberdade sexual no seu sentido positivo que porventura concretizará alguns dos limites da “relevância” do acto sexual”.

Em termos jurisprudenciais aponte-se aqui o Acórdão da Relação de Coimbra de 12 de Janeiro de 1996¹¹⁹, onde se afirma que “acto sexual de relevo a punir é todo o acto que viole intensamente a liberdade de expressão sexual da vítima”.

Atento o exposto, poder-se-á concluir que “o acto sexual será de relevo sempre que signifique um entrave importante para a liberdade de autodeterminação da vítima, considerada esta como pessoa concreta inserida num concreto ambiente social, económico e relacional, resultante da também concreta época em que vive, desta forma se verificando, a todo o tempo, uma interacção recíproca entre a vítima do acto e a sociedade em que vive, sendo que, em última instância, será do resultado dessa interacção que surgirá a caracterização do acto sexual como sendo, ou não, de relevo. Ressalte-se, todavia, que em sede de crimes sexuais, em caso algum se pode afirmar que no Código Penal actual estão em causa bens supra-individuais, da comunidade ou do Estado, mas apenas e tão-somente bens individuais, maxime a liberdade individual que permite a todos e a cada um dos membros de uma dada comunidade relacionar-se com quem quer, da forma que quiser, quando quiser e enquanto o quiser – pressupondo sempre esta liberdade, naturalmente, que os parceiros envolvidos sejam adultos, com a consequente capacidade ou maturidade para perceber e aderir ao tipo de relação que lhes é proposto”^{120,121}.

¹¹⁸ Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 28.

¹¹⁹ Cfr. *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXI, 1996, Tomo I, página 35.

¹²⁰ Cfr. Jorge Dias Duarte, “Homossexualidade com menores – Artigo 175º do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público*, nº 78, pp. 86/87.

¹²¹ É esta, aliás, a lição de Figueiredo Dias quando afirma que “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consintam. Se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada e, mais do que isso, torna-se necessária” – cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 439/440.

Quanto às modalidades de acção, verifica-se que o crime em questão consubstancia uma forma de coacção (note-se que a formulação típica utiliza a expressão *constranger*, ou seja, obrigar, forçar) traduzida na prática de um acto sexual de relevo, na forma passiva ou activa (assim se esclarecendo os conceitos utilizados no tipo de crime de “*sofrer ou praticar*”), com o próprio agente ou com um terceiro.

Assinale-se, todavia, que para efeitos deste artigo o acto sexual não pode ser a cópula, o coito anal ou o coito oral, pois que estes actos se integram na previsão típica do crime de violação (cfr. artigo 164º, n.º 1); sublinhe-se, contudo, que não sendo exigível, para que o crime em apreço se consume, o mútuo contacto corporal, afigura-se que o conceito de acto sexual de relevo se verá preenchido ou integrado, por exemplo, nos casos em que o agente, ou um terceiro, ejacula, urina ou defeca sobre o corpo da vítima, assim como nos casos de contacto do corpo da vítima com objectos, ou de introdução no corpo da vítima (*v.g.* na vagina ou no ânus) de quaisquer objectos¹²².

Sublinhe-se, ainda, que a acção típica, para além de representar um acto praticado contra a vontade da vítima, tem de ser alcançada através de violência, ameaça grave ou depois de o agente, para tal fim, ter tornado a vítima inconsciente ou a ter colocado na impossibilidade de resistir.

Quanto ao conceito de *violência* afigura-se que a mesma deverá ser *física*, bastando que a mesma seja adequada a vencer a resistência oferecida ou esperada¹²³, sendo que não é exigível que a vítima ofereça, efectivamente, resistência, assim se dando tutela penal aos casos em que a vítima, por se aperceber da inutilidade de tal esforço, se submete às exigências do agente do crime. Essencial é que seja afectada a liberdade de determinação sexual da vítima, sendo que a violência tanto poderá ser dirigida contra a própria vítima como contra um terceiro – *v.g.* um parente ou pessoa que com a vítima se encontre numa relação de proximidade existencial; note-se, todavia (e sem prejuízo do anteriormente afirmado) que a violência exercida contra terceiro se aproximará, na prática, de uma situação de *violência psíquica*, a enquadrar talvez com mais propriedade no conceito de *ameaça grave*.

¹²² A este propósito Mouraz Lopes assume uma posição mais restritiva, entendendo que “...essa situação só poderá integrar um crime contra a liberdade sexual, quando o objecto utilizado tiver uma «natureza» sexual, caso dos «vibradores», estiver pré-destinado à prática de actos sexuais ou for utilizado em circunstâncias de envolvimento sexual, que denotem expressamente essa utilização. Caso contrário, a conduta em causa será passível de integrar um crime de ofensas corporais qualificadas mas não um crime contra a liberdade sexual” – cfr. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pp. 28/29.

¹²³ Neste sentido Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 453/454.

No que concerne à *ameaça grave* sublinha-se que a mesma deve consistir na “promessa” de um mal ou perigo futuro – dirigido contra a vítima ou contra um terceiro – se a vítima não se submeter às exigências do agente, ou seja, se a vítima não consentir em sofrer ou praticar, com o agente ou com terceiro, acto sexual de relevo.

Finalmente, uma breve referência à conduta do agente consubstanciada no constrangimento da vítima *depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de reagir*; pese embora o crime assim cometido revelar alguma proximidade com o crime previsto no artigo 165º (*abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*) no crime do artigo 163º o que releva é “o momento em que funciona o dolo do agente”, ou seja, o facto de o agente se encontrar pré-determinado à submissão da vítima à prática de acto sexual de relevo (com ele próprio ou com terceiro) no momento em que a coloca num estado de inconsciência ou na impossibilidade de reagir; se assim não acontecer e o agente só formular aquela resolução depois de a vítima se encontrar inconsciente ou na impossibilidade de reagir o crime praticado será o do artigo 165º, n.º 1, e não o aqui em análise¹²⁴.

Conforme resulta da própria estrutura do tipo, o crime em referência é um crime doloso, compreendendo o dolo em todas as suas formas, verificando-se a consumação do crime com a realização de qualquer acto sexual de relevo (mesmo que seja um acto distinto daquele que o agente inicialmente visava realizar).

Já quanto ao crime tipificado no n.º 2 do artigo 163º do Código Penal, importa reter que todas as considerações anteriormente tecidas quanto ao conceito de acto sexual de relevo se aplicam também a este ilícito¹²⁵.

Todavia, já no que concerne ao específico modo de actuação do agente impõe-se duas considerações distintas:

- a) a primeira é a que o agente deve abusar de uma autoridade que, de facto, exerça sobre a vítima, autoridade essa resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho existente entre agente e vítima;

¹²⁴ Particularmente elucidativo é o exemplo adiantado por Figueiredo Dias: “se A coloca B em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, v.g. por ingestão de bebidas alcoólicas ou de drogas, para constranger a vítima a acto sexual, preenche o crime do art. 163º-1 (relação meio fim); se a coloca nessa situação por divertimento e depois decide aproveitar-se dela para fins sexuais preenche o tipo do art. 165º.” – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 455/456.

¹²⁵ Para uma análise profundamente crítica deste novo tipo de crime veja-se Figueiredo Dias, *ibidem* nota anterior, pp. 460/465.

b) a segunda é a de que a ameaça a que se refere este normativo não pode ser grave, uma vez que o n.º 1 especificamente consagra a *ameaça grave* como um dos meios típicos para alcançar o constrangimento da vítima, enquanto no crime agora em apreço é referida a *ameaça não compreendida no número anterior*, o que, de alguma forma, parece ser contraditório nos próprios termos, pois que não sendo a ameaça grave dificilmente será adequada a constranger a vítima...

Finalmente e atenta a moldura penal cominada (prisão até 2 anos) registe-se que a tentativa deste crime não é punível por força do disposto no artigo 23º, n.º 1, do Código Penal¹²⁶.

Note-se que o n.º 1 do artigo aqui em referência substituiu o anterior *Crime de atentado ao pudor com violência*, então previsto e punido pelo artigo 205º do Código Penal, cujo n.º 1 dispunha que “quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a tornar inconsciente ou a ter posto na impossibilidade de resistir, praticar contra outra pessoa atentado ao pudor, será punido com prisão até 3 anos”, dispondo o respectivo n.º 2 que “na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, praticar atentado ao pudor contra menor de 14 anos”; por sua vez, estabelecia o n.º 3 da mesma norma que “entende-se por atentado ao pudor o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”. Registam-se, assim, as seguintes diferenças: a expressão “praticar com outra pessoa atentado ao pudor” foi substituída pela expressão “constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo”, tendo sido alterada a pena, pois agora é cominada pena de prisão de 1 a 8 anos no n.º 1 do artigo 163º em vez da anterior pena de prisão até 3 anos; já o actual n.º 2 do mesmo artigo não tinha correspondência na lei anterior.

2 – VIOLAÇÃO

Dispõe o n.º 1 do artigo 164º¹²⁷ que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de reagir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

¹²⁶ Normativo que dispõe que “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena de prisão superior a 3 anos”.

¹²⁷ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Por sua vez, e nos termos do n.º 2 do mesmo normativo “quem, abusando da autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos”.

Conforme resulta da simples leitura do n.º 1 do normativo agora em apreço, o crime de violação pode, agora, ser perpetrado contra qualquer pessoa, independentemente do respectivo sexo (i.e., quer a vítima seja mulher, quer seja homem) e agente do crime “pode ser, sob qualquer forma de participação uma pessoa de qualquer sexo. Apesar de a natureza do acto exigir sempre a intervenção de um homem... autor, mesmo imediato, e vítima podem ser mulheres (“consigo ou com outrem”)”¹²⁸.

Sendo seguro que a maioria dos elementos típicos do crime ora em apreço corresponde a elementos já analisados anteriormente e relativos ao crime de coacção sexual, importa agora precisar os conceitos de *cópula*, *coito anal* e *coito oral*.

No que concerne ao conceito de *cópula* o mesmo corresponderá à penetração da vagina pelo pénis, ou seja, à conjugação carnal entre órgão sexual masculino e feminino, assim se exigindo – sempre – a introdução, total ou parcial, da vagina pelo pénis.

Já quanto à chamada *cópula vestibular ou vulvar* (que se verifica “quando o acto sexual, consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos, atinge a consumação pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina”¹²⁹) a mesma integrará o conceito de acto sexual de relevo, assim sendo as situações respectivas subsumíveis ao crime de coacção sexual anteriormente analisado.

No que se refere aos conceitos de *coito anal* e de *coito oral* os mesmos correspondem, respectivamente, às situações de penetração do ânus e da boca pelo pénis, sendo que se tal penetração é efectuada por qualquer outro órgão¹³⁰ ou objecto tais situações corresponderão, conforme se assinalou já, a actos sexuais de relevo, para efeitos da previsão do artigo 163º, nº1.

¹²⁸ Cfr. Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 471.

¹²⁹ Cfr. Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 36.

¹³⁰ Como sucede, por exemplo, com o *fisting*, prática sexual consistente, para além do mais na introdução de dedos, da mão ou do punho nas cavidades corporais, nomeadamente no ânus e/ou na vagina.

No que concerne ao tipo agora previsto no n.º 2 do artigo em referência, nada mais há a acrescentar em relação ao que se disse quando da análise do crime de assédio sexual consagrado no n.º 2 do artigo 163º, com a ressalva de que, para efeitos do normativo agora em apreço, o acto praticado tem de ser a cópula, o coito anal ou o coito oral, sendo cominada uma pena mais grave (prisão até 3 anos).

Note-se que o crime previsto no n.º 1 tem correspondência no artigo 201º (*Violação*) do Código na sua versão original, que dispunha no seu n.º 1 que “quem tiver cópula, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, tiver cópula ou acto análogo com menor de 12 anos ou favorecer estes actos com terceiro”; por sua vez o n.º 3 da mesma norma dispunha que “no caso do n.º 1 deste artigo, se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação ao agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada”. Verifica-se, pois, que a pena foi agravada tendo sido retirada a matéria anteriormente constante do n.º 2 daquele artigo, tendo, também, sido eliminado o anterior n.º 3. Por sua vez o crime agora previsto no n.º 2 do artigo 164º não tinha correspondência na legislação anterior.

3 – ABUSO SEXUAL DE PESSOA INCAPAZ DE RESISTÊNCIA

Nos termos do n.º 1 do artigo 165º do Código Penal “quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos”.

Paralelamente, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “quem, nos termos do número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”¹³¹.

Analisando os crimes tipificados no artigo agora em referência verifica-se que os mesmos, ao contrário do que sucede com os crimes previstos nos artigos 163º e 164º, não exigem que seja o agente a colocar a vítima num estado de inconsciência ou de incapacidade de oferecer resistência, antes definindo o tipo objectivo de

¹³¹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

ilícito que o agente se aproveite de uma incapacidade da vítima (de formar ou de transmitir a sua vontade) já anteriormente existente¹³²⁻¹³³.

Quanto ao que deve entender-se por *aproveitamento* de tal situação acompanha-se Figueiredo Dias quando afirma que “é necessário e suficiente que o estado ou incapacidade torne possível ao agente o abuso sexual ou significativamente o facilite”¹³⁴.

Para além de abranger a prática do acto sexual de relevo (no caso do n.º 1), ou da cópula, do coito anal ou do coito oral (no caso do n.º 2), o dolo tem de abranger também a inconsciência ou a incapacidade da vítima de opor resistência e o seu aproveitamento pelo agente.

Note-se também que, contrariamente ao que sucede com os crimes previstos nos artigos anteriores, no crime ora em apreço não se faz referência à prática de actos sexuais “com outrem”, pelo que estamos perante **crimes de mão própria**¹³⁵.

Aponte-se, finalmente, que o crime agora em apreço no n.º 1 do artigo 165º corresponde aos n.ºs 1 dos artigos 202º (*Violação de mulher inconsciente*) e 205º (*Atentado ao pudor com violência*) do Código Penal de 1982, purgando-se a norma de qualquer referência a conceitos de ressonância moral (“... capacidade para avaliar o sentido moral do acto” e “... acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”) tendo-se igualmente alterado as penas. Tendo-se já anteriormente transcrito o artigo 205º do Código Penal de 1982, verifica-se que o n.º 1 do artigo 202º do mesmo diploma dispunha que “quem tiver cópula com mulher inconsciente, incapaz fisicamente ou portadora de anomalia psíquica que lhe tire a possibilidade para avaliar o sentido moral da cópula ou se determinar de acordo com essa avaliação, ou com mulher menor de 14 anos, será punido com prisão de 2 a 5 anos”, dispondo o n.º 2 do mesmo normativo que “na mesma pena incorre quem, nas circunstâncias descritas no número anterior, constringer a mulher à cópula ou favorecer esta com terceiro”.

Por sua vez o actual n.º 2 do artigo 165º não tinha correspondência no texto anterior.

¹³² Conforme se referiu já, preenche este tipo de crime o agente que se aproveite de uma incapacidade provocada por ele próprio, desde que o momento da formulação da resolução da prática do acto sexual seja posterior ao do momento da verificação da situação da incapacidade da vítima.

¹³³ Quanto “ao direito à sexualidade dos incapazes”, veja-se Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 52.

¹³⁴ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 479.

¹³⁵ Quanto às consequências a extrair desta conclusão veja-se Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 480/481.

4 – ABUSO SEXUAL DE PESSOA INTERNADA

Dispõe o n.º 1 do artigo 166º que “quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

- a) estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade;
- b) hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou
- c) estabelecimento de educação ou correcção;

praticar acto sexual de relevo com pessoa que aí se encontre internada e que de qualquer modo lhe esteja confiada ou se encontre ao seu cuidado é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

Por sua vez, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”¹³⁶.

Conforme assinala Figueiredo Dias “... pode porventura caracterizar-se com razoável exactidão o bem jurídico complexivo que anima as condutas referidas no art. 166º como o da **independência sexual da pessoa internada**”¹³⁷.

Conforme resulta da própria estrutura do artigo em referência, autor deste ilícito apenas pode ser a pessoa que, a qualquer título, exerça funções ou detenha um lugar num dos estabelecimentos expressamente indicados no tipo, e a quem a vítima esteja confiada ou esteja ao seu cuidado, assim se estando perante um **crime específico**. Paralelamente, **vítima** deste crime apenas pode ser a pessoa internada num dos estabelecimentos em questão.

Importa também reter que a conduta típica pode consubstanciar-se na prática de um acto sexual de relevo, da cópula, de coito anal ou de coito oral, sendo *sempre* exigido que o agente *se aproveite das funções ou do lugar, que a qualquer título, exerce ou detém* assim como que a vítima *esteja, de qualquer modo, confiada ao agente ou ao seu cuidado*.

Quanto ao conceito de *aproveitamento*, sublinha-se que é necessário demonstrar que foi a situação, originada pelo respectivo internamento, de dependência (física

¹³⁶ Cfr. redacção resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

¹³⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 484.

ou psíquica) da vítima que a levou a não se opor ou a oferecer resistência à prática do acto pelo agente¹³⁸.

Já quanto à exigência de que a vítima esteja, de qualquer modo, confiada ao agente ou ao seu cuidado, ela mais não significa que têm de existir (ao nível da relação fáctica do internamento) contactos, mais ou menos regulares, mais ou menos formais ou formalizados, que permitam que o agente tenha qualquer tipo de ascendência sobre a vítima, ascendência essa que pode pôr em causa o bem jurídico – independência sexual da pessoa internada – que a norma visa tutelar.

Note-se que a norma ora em apreço tem relativa correspondência no artigo 209º do Código na versão de 1982 (*Cópula ou atentado ao pudor relativamente a pessoas detidas ou equiparadas*) que dispunha que “quem, exercendo funções ou trabalhando, a qualquer título que seja, em prisão ou em outro estabelecimento onde se executem reacções criminais, asilos, clínicas de convalescença ou de saúde, ou outros estabelecimentos destinados a pessoas carecidas de assistência ou tratamento, escolas, colégios ou casas de educação ou correcção e aproveitando-se da sua situação, realizar cópula ou atentado ao pudor contra quem aí se encontra internado, será punido com prisão de 6 meses a 3 anos, se por força de outros preceitos lhe não couber pena mais grave”, assim se verificando, na actual redacção do n.º 1 do artigo 166º um maior rigor no que concerne à exigência de que a vítima esteja, de qualquer modo, confiada ao agente ou ao cuidado deste.

Também o n.º 2 desta norma não tinha correspondência na legislação anterior.

5 – FRAUDE SEXUAL ¹³⁹

Nos termos do n.º 1 do artigo 167º do Código Penal “quem, aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até 1 anos”.

Paralelamente, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral, é punido com pena de prisão até 2 anos”.

¹³⁸ Referindo-se especificamente à prática de actos sexuais no interior de estabelecimentos prisionais, levados à prática entre reclusos e não reclusos, nomeadamente funcionários do estabelecimento criminal, refere Costa Andrade que “o legislador português propôs-se definir a área de tutela de incriminação na perspectiva da liberdade (pessoal) de expressão sexual de que o recluso é exclusivo portador.... . Assim parece não ser de incluir como ilícitas condutas que expressem uma verdadeira relação de amor entre recluso e o “agente” do crime” – cfr. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pag. 400.

¹³⁹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Conforme resulta do preceito agora em apreço o seu âmbito de tutela, protegendo também a autoconformação da vida e da prática sexuais de pessoa, incide sobre as *agressões mediatizadas por erro sobre a identidade da outra pessoa*, no sentido de uma pessoa se fazer passar por outra, sendo que a “identidade não é referenciada às qualidades da pessoa (engenheiro, canalizador), mas sim (e só) a outra pessoa física”¹⁴⁰.

Verifica-se, ainda, que é necessário que o agente se aproveite do erro da vítima (e já não da sua incapacidade de resistir), independentemente de esse erro (sobre a identidade pessoal do agente) da vítima ser resultante do acaso, ter origem na própria vítima, ou ter sido provocado, pelo agente ou por um terceiro; realce-se, todavia, que nos casos em que o erro não é provocado pelo agente é necessário que o mesmo tenha conhecimento daquele erro em que labora a vítima, ou pelo menos represente essa possibilidade, conformando-se com ela.

O acto sexual previsto na lei – acto sexual de relevo, cópula, coito anal ou coito oral – tem, pois, de ser praticado pela vítima como resultado de uma *vontade iludida*¹⁴¹.

Sublinhe-se que, atentas as molduras penais cominadas (prisão até 1 ano ou prisão até 2 anos), a tentativa, sendo possível, não é punível, de harmonia com o disposto no artigo 23º, n.º 1.

Note-se, finalmente, que o artigo em análise tem alguma correspondência no artigo 203º do Código Penal de 1982 (*Cópula mediante fraude*) que dispunha que “quem tiver cópula com mulher, fazendo-a supor a existência de casamento, ou provocando ou aproveitando um erro de forma que a vítima considere a cópula conjugal, será punido com prisão de 6 meses a 3 anos”.

6 – PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL NÃO CONSENTIDA

Nos termos do disposto no artigo 168º “quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

¹⁴⁰ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 24, pag. 256.

¹⁴¹ Neste sentido Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 265.

Conforme assinala Anabela Miranda Rodrigues Dias “com a incriminação da procriação artificial não consentida o legislador optou decididamente por proteger, neste contexto, uma expressão da liberdade pessoal da mulher, a **liberdade de e para a maternidade...**” a qual “tem uma *dupla dimensão*: a **dimensão negativa** (não querer ser mãe) e a **dimensão positiva** (querer ser mãe)...”, sendo que “... ao incriminar a procriação artificial sem consentimento da mulher, o legislador optou por proteger penalmente apenas o exercício da dimensão negativa”¹⁴².

Face a esta configuração do bem jurídico tutelado, evidente se torna que o crime em apreço se encontrará sistematicamente “deslocado”¹⁴³, a não ser que se entenda-se que “aqui tudo se passa como se existisse uma violação sem pénis...”¹⁴⁴.

Referindo-se o tipo em análise à *falta de consentimento* da mulher, tal expressão abrangerá todas as situações em que é utilizada a violência ou a ameaça com um mal importante (casos em que o crime aqui em apreço se aproximará do crime de coacção), assim como todos os demais casos de realização de um acto de procriação artificial¹⁴⁵ que contendam com a vontade contrária expressa da mulher, ou de ausência de consentimento.

Refira-se que o presente artigo tem correspondência no artigo 214º (*Inseminação artificial*) do Código Penal de 1982, cujo n.º 1 dispunha que “quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 1 a 5 anos”, acrescentando o n.º 2 que “o procedimento criminal depende de queixa”. Verifica-se, pois, que para além da alteração da anterior referência a “inseminação artificial” pela actual expressão “acto de procriação artificial” se alterou substancialmente a moldura penal cominada.

7 – TRÁFICO DE PESSOAS

Dispõe o artigo 169º do Código Penal¹⁴⁶ que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando qualquer situação de especial vulnerabilidade, aliciar, transportar, proceder ao alojamento

¹⁴² Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 501.

¹⁴³ Assim afirmando, por exemplo, Teresa Pizarro Beleza que esta incriminação deveria integrar o capítulo dos crimes contra a integridade física, ou contra a intimidade, ou, melhor ainda, ... um capítulo autónomo sobre a liberdade de procriar...” – cfr. *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, 1990, pag. 515.

¹⁴⁴ Cfr. Figueiredo Dias, *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Rei dos Livros, pag. 257.

¹⁴⁵ Note-se que a formulação legal engloba todas as práticas médicas existentes para alcançar a procriação.

¹⁴⁶ Cfr. redacção resultante da Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto.

ou acolhimento de pessoa, ou propiciar as condições para a prática por essa pessoa, em país estrangeiro, de prostituição ou de actos sexuais de relevo, é punido com prisão de 2 a 8 anos”.

Neste artigo pune-se o *tráfico internacional de pessoas*, perpetrado através de um dos meios típicos previstos – *violência, ameaça grave, arдил, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando qualquer situação de especial vulnerabilidade* (conceitos estes já anteriormente dilucidados) – e exercido com a finalidade da prática, em qualquer país estrangeiro¹⁴⁷, da prostituição ou de actos sexuais de relevo.

Conforme já anteriormente escrevi, “... no que estritamente concerne ao crime de tráfico de pessoas, resulta também nítida a conclusão de que se o agente passivo aceitar - de forma livre, consciente e perfeitamente esclarecida - praticar os actos descritos no respectivo tipo legal, (i.e., a prostituição ou actos sexuais de relevo), em país estrangeiro, sem qualquer tipo de constrangimentos impostos pelo agente que a conduz a esse país, essa conduta do agente activo não será punida, pois que, então, não se encontra preenchida a previsão típica do crime de tráfico de pessoas.

Na verdade, a tutela da norma incriminadora passou, antes do mais, a incidir sobre a situação das pessoas que são “encaminhadas” para um país estrangeiro, onde se irão dedicar à prática da prostituição ou de actos sexuais de relevo, tendo-se em vista os casos em que o respectivo processo de vontade foi viciado, quer através de meios arditos ou fraudulentos – v.g. a enganosa promessa de um emprego particularmente bem remunerado – ...”¹⁴⁸.

Em sentido idêntico refere Anabela Miranda Rodrigues que “em causa estão actuações (a utilização de meios) que, por diferentes formas embora, todas têm como efeito privar a pessoa da capacidade de livremente e de forma esclarecida optar por dedicar-se à prostituição ou à prática de actos sexuais de relevo”¹⁴⁹.

Retenha-se que o crime apenas se consuma quando a vítima pratica a prostituição ou actos sexuais de relevo, pelo que se tal não acontecer estaremos perante este crime, mas na forma tentada¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Se a prática da prostituição ou dos actos sexuais de relevo se verificar não em país estrangeiro mas no território nacional, já a situação em apreço não configurará a prática deste crime, podendo, no entanto, ser subsumível ao crime de lenocínio, da previsão do artigo 170º.

¹⁴⁸ Cfr. Jorge Dias Duarte, “Tráfico e exploração sexual de mulheres”, na *Revista do Ministério Público*, Nº 85, pp. 51/71.

¹⁴⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 512.

¹⁵⁰ Tentativa essa punível, de harmonia com o disposto no artigo 23º, nº1.

Sublinhe-se que vítima deste crime pode ser qualquer pessoa, independentemente da respectiva idade (conforme resulta nítido da agravação constante do artigo 177º, n.º 4) ou sexo.

Note-se, também, que pese embora o princípio geral de aplicação da lei penal portuguesa no espaço obedeça ao *princípio da territorialidade* consagrado no artigo 4º do Código Penal, no que concerne ao crime de tráfico de pessoas a lei portuguesa é também aplicável aos casos em que o ilícito tenha sido cometido fora do território nacional (independentemente da nacionalidade do agente) por força do princípio subsidiário da *universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma legal.

Este artigo tem antecedentes no artigo 217º (*Tráfico de pessoas*) do Código Penal de 1982, que dispunha no seu n.º 1 que “quem realizar tráfico de pessoas, aliciando, seduzindo ou desviando alguma, mesmo com o seu consentimento, para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, será punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “se o agente praticar as condutas referidas no número anterior com intenção lucrativa, profissionalmente ou utilizar violência ou ameaça grave, será a pena agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”; por sua vez, o n.º 3 do mesmo normativo estatuiu que “se a vítima for cônjuge, ascendente, descendente, filho adoptivo, enteado ou tutelado do agente, ou lhe foi entregue em vista da sua educação, direcção, assistência, guarda ou cuidado, será a pena agravada de metade, nos seus limites mínimo e máximo”.

A conformação típica do tipo legal do crime de tráfico de pessoa conheceu radical alteração com o D.L. 48/95, de 15 de Março, altura a partir da qual passou a integrar, tal como actualmente, o artigo 169º, que então passou a dispor que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”. Confrontando tal redacção com a anterior resulta nítida a depuração do tipo dos elementos anteriormente constantes do artigo 217º e relativos a “actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual”, assim se tendo passado apenas a prever (para além da prostituição) a prática de actos sexuais de relevo; de igual modo foi alterada a própria caracterização do “tráfico”, que passou a consistir em “levar outra pessoa à prática”, deixando de ter relevância as condutas anteriormente enquadráveis na formulação “aliciando, seduzindo ou desviando alguma, mesmo com o seu consentimento”; foram eliminadas as circunstâncias agravantes anteriormente constantes do n.º 2, e consistentes no facto de o agente praticar as condutas típicas “com intenção lucrativa ou

profissionalmente” e foram aditadas as circunstâncias de o agente explorar “situação de abandono ou de necessidade da vítima”; foi suprimido o anterior n.º 3; foi também alterada a formulação do processo executivo que passou a considerar a actuação através de “violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta”, em vez da anterior referência a “violência ou ameaça grave”.

Por sua vez, com a alteração operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, passou o artigo 169º do Código Penal a dispor que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”, salientando-se a eliminação, relativamente à redacção anterior, da exigência que o agente explorasse uma “situação de abandono ou de necessidade” em que a vítima se encontrasse.

8 – LENOCÍNIO

Nos termos do n.º 1 do artigo 170º do Código Penal “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”¹⁵¹.

Paralelamente, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”¹⁵².

No n.º 1 da norma agora em apreço exige-se que o agente *fomente, favoreça ou facilite* o exercício da prostituição ou de actos sexuais de relevo por outra pessoa.

Tal situação conduz a que seja particularmente difícil encontrar uma justificação dogmática para a criminalização das condutas aqui em apreço nos casos em que aquelas práticas (da prostituição e/ou de actos sexuais de relevo¹⁵³) sejam efectuadas por decisão livre e consciente de quem a elas se dedica, pois que não se

¹⁵¹ Cfr. redacção resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

¹⁵² Cfr. redacção resultante da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto.

¹⁵³ Se a caracterização dos actos sexuais de relevo foi já anteriormente efectuada, não merecendo aqui qualquer referência adicional, por *prostituição* deve entender-se a prática de actos sexuais mediante uma contrapartida, normalmente traduzida em dinheiro.

vê como, em tais casos, se pode dizer que a liberdade de autodeterminação sexual da vítima foi, de alguma forma afectada pela conduta do agente...

Na verdade, a norma constante do n.º 1 tem suscitado acesa polémica quanto à própria necessidade de tutela penal das condutas aí tipificadas, assim referindo Mouraz Lopes que “o que é tutelado, agora, no n.º 1 como bem jurídico, é uma determinada concepção da vida que não se compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição. Trata-se essencialmente da punição de situações de proxenetismo¹⁵⁴, hoje em dia uma actividade manifestamente em expansão, eticamente censurável, mas de duvidosa possibilidade de criminalização”, adiantando mesmo que “poderão inclusive suscitar-se dúvidas quanto à compatibilização deste tipo de crime com o artigo 18º da CRP”¹⁵⁵.

Tais dúvidas foram mesmo expressas na Comissão Revisora do Código Penal, em cujo seio o Professor Figueiredo Dias se mostrou favorável “a uma acção descriminalizadora neste domínio”, pois que “no fundo trata-se de um problema social e de polícia”¹⁵⁶, assim não se justificando a intervenção penal; em idêntico sentido pronuncia-se também Anabela Miranda Rodrigues quando afirma que «... pode pois dizer-se que o crime de lenocínio do art. 170º-1 é um “crime sem vítima”»¹⁵⁷.

Não obstante tais dúvidas (de que aqui apenas se quis dar brevíssima notícia) passando a analisar o tipo em referência, verifica-se que **agente** do crime em apreço pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que actue profissionalmente ou com intenção lucrativa (elemento comum aos ilícitos consagrados nos nºs 1 e 2 da norma em apreço), enquanto **vítima** do crime de lenocínio pode ser qualquer pessoa (também independentemente do respectivo sexo) adulta, considerando-se para este efeito adulta a pessoa com mais de 16 anos de idade (conforme resulta *a contrario* do crime de lenocínio de menor, tipificado no artigo 176º).

¹⁵⁴ Quanto à distinção entre proxenetismo e rufianismo adiantam Simas Santos e Leal-Henriques que “no proxenetismo o agente é um mediador, que actua para satisfação da lascívia alheia, favorecendo a prática da prostituição ou de actos sexuais relevantes, em troca de uma paga que o compense da actividade desenvolvida” enquanto “no rufianismo o que em rigor existe é o aproveitamento de uma actividade sexual alheia, sem que previamente se tenha criado a situação que a desencadeou” – cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 281.

¹⁵⁵ Cfr. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 71.

¹⁵⁶ Cfr. *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Rei dos Livros, Acta nº 24, página 258.

¹⁵⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 519.

Consiste a conduta do agente em *fomentar, favorecer ou facilitar* (a prática da prostituição ou de actos sexuais de relevo pela vítima) sendo que tais expressões típicas mais não significam que, afinal, o agente não determina a vítima àquelas práticas, pois a respectiva decisão de praticar a prostituição ou os actos sexuais de relevo já anteriormente tinha sido formulada pela vítima – assim sendo não se pode falar em qualquer tipo de “coacção” por parte do agente (o que necessariamente recoloca a questão da descriminalização destas condutas...).

Paralelamente, exige o n.º 1 do artigo 170º que o agente se dedique profissionalmente ou com intenção lucrativa aos comportamentos descritos no tipo.

Quanto ao requisito da *profissionalidade* e partindo do entendimento de que “é essencialmente o *exercício de uma actividade permanente*, ainda que não exclusiva, aquilo que caracteriza a profissão”, referem Simas Santos e Leal-Henriques que “poderá assim dizer-se que é profissional do lenocínio quem dele faz o seu principal modo de vida”¹⁵⁸.

Já quanto ao requisito da *intenção lucrativa* deverá ter-se o mesmo por preenchido sempre que o agente, mesmo que através de um acto isolado ou de uma actividade esporádica, vise alcançar um benefício económico (nomeadamente correspondente à diferença positiva entre os “montantes investidos” e os “custos” da sua actividade), independentemente de tal ganho vir, ou não, a verificar-se no caso concreto.

Passando a analisar agora o tipo de crime constante do n.º 2 do artigo 170º do Código Penal, verifica-se que é no mesmo que se encontra efectivamente tutelado o bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual da pessoa¹⁵⁹.

Assim, exige o tipo agora em análise que o agente use de *violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou se aproveite de incapacidade psíquica da vítima ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade*.

As expressões *violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho* são, todas elas, significativas da exigência de que o agente interfira de modo significativo no processo de formação de vontade da vítima, assim a determinando ou constringendo à prática da prostituição ou de actos sexuais de relevo, para que se possa ter por preenchido este tipo de crime (assim não se limitando o agente, conforme sucede com o crime tipificado no n.º 1, a aproveitar

¹⁵⁸ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 281.

¹⁵⁹ Neste mesmo sentido pronuncia-se Anabela Miranda Rodrigues – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 521.

uma decisão já anteriormente formulada por outra pessoa no sentido de se dedicar à prática da prostituição ou de actos sexuais de relevo).

Paralelamente, o crime agora em apreço realiza-se também quando o agente *se aproveite de incapacidade psíquica da vítima ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade*. Nestes casos é suficiente que o agente, conhecendo a situação de incapacidade psíquica da vítima ou de outra condição de especial vulnerabilidade (ou fragilidade)¹⁶⁰ em que a mesma se encontre, se aproveite de tais circunstâncias assim a utilizando na prática da prostituição ou de actos sexuais de relevo, em seu benefício.

Ainda a este propósito acompanha-se Anabela Miranda Rodrigues quando afirma que “... tudo leva à conclusão de que o agente do crime de lenocínio qualificado só pode ser quem actue “profissionalmente ou com intenção lucrativa. Ao ter querido, no n.º 1 do art. 170º, limitar a punição do lenocínio fundamental a estes casos, o legislador, em coerência, não podia ter querido coisa diferente quanto ao lenocínio qualificado...”¹⁶¹.

Note-se, finalmente, que o crime em apreço é um crime doloso, sendo que o dolo do agente tem de abranger a totalidade dos elementos constitutivos do tipo objectivo (assim abrangendo, por exemplo e no caso do n.º 2 do artigo 170º, quer o conhecimento da incapacidade psíquica da vítima, quer a vontade de aproveitar essa incapacidade para utilizar a vítima na prática da prostituição e/ou de actos sexuais de relevo), não sendo necessário que o agente actue *para satisfação de interesses de terceiros*¹⁶².

Note-se que os crimes agora tipificados no artigo 170º têm antecedentes remotos nos artigos 215º (*Lenocínio*) e 216º (*Lenocínio agravado*) da versão originária do Código Penal de 1982.

Disponha o n.º 1 do artigo 215º que “quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente: a) a pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica; b) a qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica; será punido com prisão até 2 anos e multa até 100 dias”, acrescentando o n.º 2 que “na mesma pena incorre quem explorar o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas”.

¹⁶⁰ Quanto à situação de *especial vulnerabilidade* da vítima refere Mouraz Lopes “como por exemplo, deficiência física da vítima ou situação social de desamparo” – cfr. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 74.

¹⁶¹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 529/530.

¹⁶² Contrariamente ao que sucedia à luz do artigo 405º do Código Penal de 1886, em que era necessário que o agente actuasse “... para satisfazer os desejos desonestos de outrem...”.

Já o artigo 216º dispunha que “relativamente aos comportamentos descritos no artigo anterior, a pena será: a) a de prisão de 2 a 4 anos e multa até 150 dias se o agente os realizar com intenção lucrativa; b) a de prisão de 2 a 6 anos e multa até 180 dias se os realizar profissionalmente; c) a de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se usar fraude, violência ou ameaça grave; d) a de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se a vítima for cônjuge, ascendente, descendente, filho adoptivo, enteado ou tutelado do agente, ou lhe foi entregue em vista da sua educação, direcção, assistência, guarda ou cuidado”.

Já com a alteração resultante do D.L. 48/95, de 15 de Março, ambos os artigos anteriormente referidos foram “fundidos” no artigo 170º, que passou a dispor no seu n.º 1 que “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”, dispondo o n.º 2 do mesmo normativo que “se o agente usar de violência, ameaça, ardis ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

A redacção do n.º 1 do artigo 170º foi alterada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, assim se tendo passado a ler naquele normativo que “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”, ou seja, foi eliminada a referência à exploração de situações de abandono ou de necessidade económica da vítima.

9 – ACTOS EXIBICIONISTAS

Nos termos do artigo 171º do Código Penal português “quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Conforme referem Simas Santos e Leal-Henriques “por exibicionismo entende-se o comportamento de alguém que incomoda outrem através da prática directa de acto relacionado com o sexo”¹⁶³, adiantando Anabela Miranda Rodrigues que “característica decisiva do acto exibicionista é que ele ocorra **perante** a vítima, isto é, independentemente do corpo da vítima ser tocado”¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 290.

¹⁶⁴ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 533.

Importa salientar que a própria definição típica, que exige a *prática de actos* de carácter exibicionista, exclui do respectivo âmbito de previsão os casos em que o agente “actua por palavras”, maxime verbalizando expressões ou mantendo “conversa obscena”¹⁶⁵ (nomeadamente vangloriando-se dos seus dotes físicos e/ou façanhas sexuais, em termos mais ou menos explícitos) – tal comportamento, a ter relevo criminal, poderá eventualmente ser subsumido ao crime de injúrias (da previsão do artigo 181º), mas não ao tipo criminal aqui em apreço.

Sublinhe-se, também, que o comportamento do agente apenas será relevante nesta sede se o mesmo for apto a colocar em perigo a liberdade sexual da vítima, isto é, se a mesma for, em concreto, importunada (i.e., incomodada) pelo acto (ou gesto) que, contra a sua vontade, é obrigada a presenciar¹⁶⁶.

Note-se que pode ser agente deste crime qualquer pessoa (homem ou mulher), podendo ser vítima qualquer pessoa, independentemente do respectivo sexo, sendo o acto exibicionista praticado perante menor de 14 anos punido nos termos do disposto no artigo 172º, n.º 3, alínea a) – com a eventual agravação do n.º 4 do mesmo artigo - e o acto exibicionista praticado perante menor com idade superior a 14 anos e inferior a 18 anos (e que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência) punido nos termos do n.º 2 do artigo 173.

O presente artigo corresponde de forma remota ao artigo 212º (*Exibicionismo e ultraje público ao pudor*) do Código Penal de 1982, que dispunha que “quem publicamente e em circunstâncias de provocar escândalo, praticar acto que ofenda gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias”. Do confronto de tal redacção com a actual ressaltam as seguintes diferenças: foi eliminada toda a referência ao carácter público da conduta (“publicamente e em circunstâncias de provocar escândalo”), assim como foi eliminada a referência ao “sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual”; foi também alterada a pena aplicável: prisão até 1 ano ou multa até 120 dias em vez de prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

¹⁶⁵ Sublinhe-se que já terá relevo a *conversa obscena* proferida perante menor de 14 anos, nos termos do disposto na alínea b) do nº 3 do artigo 172º.

¹⁶⁶ Refere Anabela Miranda Rodrigues que “com efeito, há uma certa realidade que deve ser criminalizada. Mas apenas e só na medida em que o acto dito exibicionista representa, para a pessoa perante a qual é praticado, **um perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual por forma a constituir crime**. Só assim se pode dizer que é a liberdade sexual da pessoa visada com o acto exibicionista, já quando esta liberdade está em perigo, que a incriminação visa proteger” – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 534.

VII – ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E OUTROS CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

A temática em referência integra a Secção II – *Crimes contra a autodeterminação sexual* – do Capítulo V – *Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual* – do Livro II do Código Penal, importando reter as palavras de Teresa Pizarro Beleza quando afirma que “poder-se-á dizer que não é a experiência vivencial das crianças que está plasmada nos tipos legais. Na verdade, as crianças aparecem nos preceitos do Código Penal cristalizadas na sua imagem de *inocência*, o que corresponde à fantasia dos adultos. Por isso elas surgem tipicamente enquanto vítimas de *crimes sexuais* qualificados”¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

Analisando os diversos tipos legais constantes desta Secção II, verifica-se que o legislador nacional considerou diversos estágios de desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, assim sendo a protecção concedida à respectiva liberdade e autodeterminação sexual distinta, conhecendo diferentes graus em função da idade da vítima:

- a) até aos 14 anos¹⁶⁹: artigos 172º e 176º, n.º 3, parte final;
- b) entre os 14 e os 18 anos: artigo 173º (que exige que o menor tenha sido confiado para educação ou assistência ao agente do crime);
- c) entre os 14 e os 16 anos: artigos 174º, 175º e 176º.

Tendo presente tal realidade passa-se a analisar os diferentes tipos criminais que integram esta Secção, e que são os seguintes:

¹⁶⁷ “O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, pag. 169.

¹⁶⁸ De forma perfeitamente acutilante afirma Francisco Muñoz Conde que “no caso dos menores o exercício da sexualidade com eles é proibido, na medida em que pode afectar o desenvolvimento da respectiva personalidade e produzir mesmo alterações importantes que incidam na sua vida ou no seu equilíbrio psíquico no futuro. Certo é que não está cientificamente comprovado que tal seja assim, e inclusivamente, quando a sexualidade não é exercida com violência, diz-se precisamente o contrário: que favorece o desenvolvimento psíquico e uma melhor afectividade nas relações interpessoais futuras. A verdade é que nesta matéria quase nada é seguro e a maioria das afirmações baseiam-se no sentimento, na própria experiência pessoal e noutros dados difíceis de explicar e de compreender racionalmente...” – cfr. *Derecho Penal – Parte Especial*, 11ª edição, Tirant Lo Blanc, pag. 177.

¹⁶⁹ Na fixação deste limite etário ter-se-á considerado que a idade de 14 anos corresponde normalmente à fronteira entre a infância e a adolescência.

1 – ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

Nos termos do n.º 1 do artigo 172º, “quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Por sua vez, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “se o agente tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”¹⁷⁰.

Paralelamente, dispõe o n.º 3 da norma em referência que “quem:

- a) praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos; ou
- b) actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos; ou
- c) utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou
- d) exhibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior; ou
- e) detiver materiais previstos na alínea c) com o propósito de os exhibir ou ceder;

é punido com pena de prisão até 3 anos¹⁷¹.

Finalmente, dispõe o n.º 4 da mesma norma que “quem praticar os actos descritos na alíneas a), b), c) e d) do número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

Relativamente ao bem jurídico protegido pelo tipo agora em apreço, escreve Figueiredo Dias que “trata-se ainda nele, pode dizer-se, de proteger a autodeterminação sexual, mas sob uma forma muito peculiar: não face a condutas que representem a extorsão de contactos sexuais por forma coactiva ou análoga, mas face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, **prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade**”¹⁷².

Pode-se caracterizar o crime em apreço como um **crime de perigo abstracto**, pois que o crime ter-se-á por verificado mesmo que se não verifique a possibilidade de um perigo concreto para o livre desenvolvimento (físico ou psíquico) do menor ou o dano correspondente possa vir a não ter lugar.

¹⁷⁰ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

¹⁷¹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto, que igualmente alterou o nº 4 do mesmo artigo.

¹⁷² Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 541.

Registe-se que **agente do crime** pode ser qualquer pessoa, independentemente da respectiva idade (contrariamente ao que sucede nos crimes tipificados nos artigos 174º e 175º, nos quais se exige que o agente seja *maior*), enquanto **vítima** deste crime é necessariamente uma criança ou um jovem menor de 14 anos de idade, independentemente de ter, ou não, experiência sexual anterior, assim como do papel (activo ou passivo) que lhe couber na prática dos actos a que se refere o tipo legal do crime, e independentemente, ainda, do facto de compreender, ou não, o acto em si.

Sendo seguro que os conceitos de *acto sexual de relevo*, *cópula*, *coito anal*, *coito oral* e de *acto exibicionista* não oferecem, neste âmbito, nenhuma especificidade quanto à forma como anteriormente foram caracterizados, verifica-se que o tipo de crime se refere também a *conversa obscena* assim como a *escrito*, *espectáculo*, *objecto*, *fotografia*, *filme* ou *gravação pornográficos*.

A este propósito referem Santos e Leal-Henriques que “costuma chamar-se *obsceno* a tudo aquilo que é contrário à decência e ao pudor, que é indecoroso sob o ponto de vista sexual; e *pornográfico* o que descreve ou representa comportamentos sexuais explícitos”, acrescentando ainda que “todos nós temos acerca destas realidades uma ideia mais ou menos esclarecida. O difícil está no aferimento, em cada situação concreta, do peso do facto e da sua vocação para o enquadramento legal”¹⁷³.

Socorrendo-nos, uma vez mais, dos ensinamentos de Figueiredo Dias temos que “**conversa obscena** não é uma qualquer conversa que recaia sobre temas – ou mesmo descrições – sexuais, *v.g.*, aquela que possui carácter pedagógico ou didáctico. Tão-pouco se torna indispensável que a conversa possua um elemento subjectivo, uma finalidade dirigida à excitação ou à corrupção sexual do menor, embora deva ser objectivamente adequada a alcançar aquela finalidade. Necessário e suficiente é que a conversa tenha uma natureza e uma intensidade pesada e baixamente sexuais, de tal modo que ela se revele instrumento **idóneo** para *prejudicar um livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade da criança na esfera sexual*. Que ela seja, numa palavra, dotada de características análogas às da pornografia”¹⁷⁴.

Quanto ao conceito de pornografia, e tendo como certo que a mesma consistirá essencialmente na representação, em termos explícitos, de comportamentos sexuais ou conotados com o sexo, tem-se por adquirido que não poderá, neste

¹⁷³ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 296.

¹⁷⁴ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 544/545.

âmbito, ser utilizado o conceito de objectos pornográficos e obscenos plasmado no artigo 1º, n.º 2, do D.L. 245/76, segundo o qual “para efeitos do disposto neste diploma, são considerados pornográficos ou obscenos os objectos e meios referidos no número antecedente que contenham palavras, descrições ou imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou a moral pública”, atento o bem jurídico aqui em causa que é *apenas* o da autodeterminação sexual¹⁷⁵.

Assim “a qualificação de um instrumento (de qualquer uma das espécies descritas no tipo) como pornográfico deve exprimir, segundo o seu conteúdo objectivo, que ele é idóneo, segundo as circunstâncias concretas da sua utilização, a excitar sexualmente a vítima, ultrapassando por isso notoriamente, em abstracto, os limites permitidos por um desenvolvimento sem entraves da personalidade do menor na esfera sexual”¹⁷⁶.

Quanto às modalidades de acção, merece uma palavra de destaque a conduta tipificada no n.º 2 do artigo 172º, nomeadamente tendo em atenção o artigo 163º, já anteriormente analisado.

É que enquanto no n.º 1 a conduta do agente pode consistir em praticar com ou em menor de 14 anos acto sexual de relevo, ou em levar o menor a praticar tal acto com o próprio agente ou com outra pessoa¹⁷⁷, já no n.º 2 – e esta é uma diferença essencial - o legislador exige que o agente tenha, **ele próprio**, cópula, coito anal ou coito oral com o menor de 14 anos. Paralelamente, no tipo de crime do artigo 163º a conduta do agente pode consistir em levar a vítima a praticar tais actos com outra pessoa.

Assim sendo, nos casos em que o agente leve o menor à prática de qualquer um dos actos referidos com terceiro, a respectiva conduta não poderá integrar o crime previsto no n.º 2 (em homenagem ao princípio da legalidade, mas o que não deixa de significar uma incongruência punitiva...) mas apenas o crime previsto no n.º 1 do artigo 172º!

Uma palavra, também, para a situação agora tipificada na alínea e) do n.º 3, que exige que o agente detenha os materiais referidos na alínea c) com “o propósito de exhibir ou ceder”. É, assim, nítido que existe aqui um *plus* quanto à intenção do

¹⁷⁵ Neste mesmo sentido também Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pp. 87/88.

¹⁷⁶ Cfr. Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 545.

¹⁷⁷ Assim correspondendo as modalidades de acção aqui em apreço às analisadas a propósito do disposto no artigo 163º.

agente, tornando-se necessário demonstrar que a detenção daqueles materiais era animada da intenção acima referida para que o agente possa ser punido pela previsão normativa em referência; tal não acontecendo (como por exemplo, no caso de o agente deter aqueles materiais para fins de investigação científica, ou apenas para sua utilização pessoal) não pode a mera detenção dos materiais em questão ser abrangida, para efeitos de responsabilização criminal, pela alínea referida¹⁷⁸.

Refira-se também que o crime em apreço, em qualquer das configurações típicas, é um **crime doloso**, sendo que o dolo deve abarcar todos os elementos do tipo e assim, também, a idade da vítima. Assim sendo, o **erro** sobre qualquer um desses elementos é um erro que exclui o dolo, nos termos do disposto no artigo 16º, n.º 1¹⁷⁹.

Uma palavra, também, relativa à forma qualificada de crime prevista no n.º 4 da norma em apreço, que dispõe que o crime de abuso sexual tipificado no n.º 3 é qualificado se o agente tiver praticado os factos típicos *com intenção lucrativa*; é, pois, necessário que a intenção do agente seja a de obter, para si próprio, um enriquecimento patrimonial com a prática de qualquer dos actos referidos no n.º 3: existindo tal intenção verificam-se preenchidos os pressupostos de aplicação da agravação em referência, independentemente de, em concreto, aquele objectivo ser, ou não, efectivamente alcançado.

Sublinhe-se, finalmente, que também o crime de abuso sexual de crianças é um dos crimes em relação aos quais é aplicável a lei penal portuguesa mesmo que o facto ilícito tenha sido praticado fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado, por força do *princípio subsidiário da universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

Note-se que pese embora o crime aqui em apreço tenha, parcialmente, antecedentes remotos no artigo 205º do Código Penal de 1982, já anteriormente transcrito, consiste, de facto, numa disposição inovadora.

A redacção do actual artigo 172º resulta, pois, essencialmente da versão do Código Penal resultante da revisão operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, embora na mesma o n.º 3 apenas fosse constituído apenas pelas alíneas a) e b), correspondendo esta última às actuais alíneas b) e c).

¹⁷⁸ Neste sentido se pronuncia também Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pp. 87/88.

¹⁷⁹ Diferentemente, dispunha o artigo 210º (*Erro sobre a idade*) do Código Penal na versão de 1982 que “quando o tipo legal de crime supuser uma certa idade da vítima e o seu agente, censuravelmente, a ignorar, a pena respectiva reduzir-se-á de metade no seu limite máximo”.

Com a revisão operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, foi aditada ao n.º 2 a referência a coito oral, tendo também sido a alínea b) do n.º 3 desdobrada nas actuais alíneas b) e c), acrescentando-se a alínea d).

Finalmente, com a revisão operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, foi aditada a alínea e) ao n.º 3, tendo sido, conseqüentemente, alterado o n.º 4 do normativo em referência.

2 – ABUSO SEXUAL DE MENORES DEPENDENTES ¹⁸⁰

Nos termos do n.º 1 do artigo 173º do Código Penal “quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos nºs 1 ou 2 do artigo 172º, relativamente a menor entre os 14 e os 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Conforme o disposto no n.º 2 da mesma norma “quem praticar acto descrito nas alíneas do n.º 3 do artigo 172º, relativamente a menor compreendido no número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano”.

Finalmente, dispõe o n.º 3 do normativo em referência que “quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 3 anos”.

Analisando o n.º 1 do preceito agora em referência verifica-se que o mesmo tutela também o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, assim atribuindo uma tutela penal aos adolescentes com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos correspondente à concedida às crianças no n.º 1 do artigo 172º, desde que os mesmos tenham sido confiados para educação ou assistência ao agente que vem a praticar a conduta típica.

Assim sendo, **agente** deste crime apenas pode ser a pessoa (homem ou mulher) a quem o adolescente tenha sido confiado, enquanto **vítima** do mesmo apenas pode ser o adolescente (independentemente do respectivo sexo, desde que tenha idade compreendida entre os 14 e os 18 anos) confiado ao agente; torna-se, pois, evidente que o tipo em análise pressupõe uma *relação de especial dependência* existente entre a vítima e o agente, relação essa que justifica a especial tutela concedida, pois a mesma pode não só facilitar a prática dos actos em questão pelo agente como pode, paralelamente, dificultar as possibilidades de resistência da vítima e/ou de ulterior denúncia dos factos.

¹⁸⁰ Cfr. epígrafe resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, que alterou igualmente os nºs 1 e 2 do mesmo artigo.

Quanto à forma de prática do(s) acto(s) tipificado(s), sublinhe-se que do texto do n.º 1 do artigo em referência resulta que apenas se incluem no âmbito da previsão típica os actos em que é o próprio agente que pratica ou leva o menor a praticar (com ele próprio, agente) acto sexual de relevo, cópula, coito anal ou coito oral, conceitos estes que são aqui integrados, sem qualquer especificidade distintiva, pelas considerações já anteriormente tecidas quando da análise dos artigos 163º e 164º.

De igual modo, e em relação ao n.º 2 do artigo 173º, nenhuma consideração adicional relativamente ao que se disse em relação ao artigo 172º, n.º 3, compete fazer para além de se afirmar que, também aqui, tem de existir uma relação de dependência pessoal entre agente e vítima (resultante do menor com idade compreendida nos limites etários definidos ter sido confiado ao agente para educação ou assistência) para que esta norma legal tenha aplicação.

Já o n.º 3 da norma em referência consagra uma agravação da punição, em função do agente actuar com intenção lucrativa, situação esta que também não merece qualquer aditamento em relação ao já anteriormente afirmado.

Sublinhe-se, finalmente, que o crime aqui em apreço é um **crime doloso**, sendo que o dolo do agente deve incidir sobre todos os elementos do tipo, (e assim também sobre a idade da vítima e sobre a circunstância do menor ter sido confiado ao agente para educação ou assistência), relevando o **erro** nos termos do disposto no artigo 16º, n.º 1, ou seja, afastando o dolo; deve, contudo, conforme o faz Maria João Antunes “... chamar-se a atenção de que, dada a especial relação entre o agente e o menor – este foi entregue àquele para fins de educação e assistência – deverem ser escassos os casos em que poderá ser afirmado tal tipo de erro”¹⁸¹.

Importa, finalmente, referir que também o crime de abuso sexual de menores dependentes integra o elenco de crimes em relação aos quais é aplicável a lei penal portuguesa mesmo que o facto ilícito tenha sido praticado fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado, por força do *princípio subsidiário da universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

O tipo aqui em apreço é essencialmente um tipo novo, pese embora alguns vagos antecedentes nos artigos 205º (*Atentado ao pudor com violência*) e 206º, n.º 2, (*Atentado ao pudor em pessoa inconsciente*) do Código Penal de 1982; tendo-se já anteriormente transcrito o artigo 205º, importa reter que o n.º 2 do artigo 206º

¹⁸¹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 557.

acima indicado dispunha que “quem, independentemente das circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo 205º e no número anterior, praticar atentado ao pudor contra menor de 16 anos será punido com prisão até 1 ano”.

Foi a reforma ao Código Penal operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março que introduziu o actual artigo 173º, que então se intitulava *Abuso sexual de adolescentes e dependentes*, dispondo no seu n.º 1 que “quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 172º, relativamente: a) a menor entre 14 e 16 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência; b) a menor entre 16 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, com abuso da função que exerce ou da posição que detém; é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”; por sua vez o n.º 2 do mesmo artigo dispunha que “quem praticar acto descrito nas alíneas do n.º 3 do artigo 172º, relativamente a menor compreendido nas alíneas do número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano”, acrescentando o n.º 3 da mesma norma que “quem praticar ou levar a praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 3 anos”.

3 – ACTOS SEXUAIS COM ADOLESCENTES ¹⁸²

Nos termos do artigo 174º do actual Código Penal português “quem, sendo maior, tiver cópula, coito anal ou oral 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”.

Atenta a redacção da lei dúvidas não existem que o **agente** do crime pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que civilmente maior, isto é, desde que tenha pelo menos 18 anos de idade¹⁸³, enquanto **vítima** do crime pode ser qualquer jovem com idade compreendida nos limites etários referidos no tipo, desde que seja de sexo diferente do agente, pois que o tipo aqui em apreço só incrimina actos de natureza heterossexual.

Paralelamente, é necessário que o agente *abuse da inexperiência da vítima*, requisito este que não pode ser linearmente interpretado como correspondendo à exigência tradicional da *virgindade* da vítima, ou, como expressivamente refere Figueiredo

¹⁸² Cfr. epígrafe resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, que igualmente alterou o corpo do artigo.

¹⁸³ Do que resulta, nomeadamente, a conclusão de que não são punidos actos da natureza dos descritos no tipo desde que praticados por jovens até aos 18 anos de idade, assim se procurando assegurar alguma possibilidade de “descoberta da sexualidade” na adolescência, ou pelo menos entre os 15 e os 18 anos...

Dias, ao “... **carácter (sexualmente) impoluto da vítima**”¹⁸⁴; o que se exige é que o agente explore a (ou se aproveite da) inexperiência sexual¹⁸⁵ da vítima e a sua consequente menor capacidade para resistir, para assim lograr levá-la a praticar com ele próprio¹⁸⁶ (agente) um dos actos referidos no tipo – e que têm de ser, necessariamente a cópula, o coito anal ou o coito oral.

O crime em apreço é um crime doloso, devendo o dolo do agente abarcar todos os elementos do tipo (neles se incluindo, naturalmente, também a idade da vítima), relevando o eventual erro do agente nos precisos termos já anteriormente indicados.

Note-se que o crime aqui em referência corresponde ao crime de *Estupro*, previsto no artigo 204º do Código Penal na redacção de 1982, o qual dispunha que “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”.

Com a alteração operada ao Código Penal pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, pese embora continuasse a denominar-se por *Estupro*, o crime em apreço passou a constar do artigo 174º cuja previsão típica era então a seguinte: “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”.

4 – ACTOS HOMOSSEXUAIS COM ADOLESCENTES¹⁸⁷

Dispõe o artigo 175º do Código Penal português que “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”.

¹⁸⁴ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 567.

¹⁸⁵ Note-se que neste conceito de *inexperiência sexual* se englobarão tanto as situações de total e absoluta falta de experiência sexual, como as situações de *relativa inexperiência sexual* (assim sendo abrangidos pela previsão típica, por exemplo, os casos em que a vítima manteve já contactos sexuais, mas em que existe uma total desproporção entre o seu nível de maturidade e a maturidade do agente, que, assim, manifesto *ascendente* sobre a vítima).

¹⁸⁶ Estamos, assim, perante um **crime de mão própria**, só sendo punido o agente que tiver cópula ou coito anal ou oral com a vítima que, ele próprio, *seduziu*, não sendo abrangidas pelo âmbito de protecção da norma as situações em que a pessoa seduzida pratica a cópula ou o coito com um terceiro que não o *sedutor*.

¹⁸⁷ Cfr. epígrafe alterada pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Da leitura da norma resulta nítido que **agente** deste crime pode ser qualquer pessoa, desde que maior, enquanto **vítima** do crime é qualquer jovem com idade compreendida entre os 14 e os 16 anos, *desde que* do mesmo sexo que o agente, ou da pessoa com quem o menor é levado pelo agente a praticar o acto.

De igual modo necessário é que o acto em questão seja um *acto homossexual de relevo*, aqui valendo a caracterização anteriormente efectuada de acto sexual de relevo, com a especificidade de que no âmbito de previsão típica da norma agora em apreço apenas cabem os actos homossexuais, isto é, os actos praticados por pessoas do mesmo sexo (quer esteja em causa o sexo feminino quer o masculino).

Conforme já anteriormente escrevi¹⁸⁸, «quanto ao crime de homossexualidade com menores, cremos que o fundamento da incriminação não será ... linear nem pacífico,... assim importando esclarecer até que ponto o actual artigo 175º do Código Penal não representa, ainda, uma reminiscência, (para não dizer excrescência), moralista num diploma que se pretende – tanto quanto possível – purgado de tais referências.

Tais dúvidas foram mesmo objecto de expressa discussão no seio da Comissão Revisora, assim tendo o Dr. Costa Andrade referido que “a lógica levaria à eliminação do artigo”, e assumindo como “evidente que não há criminalização estando presente dois menores ou dois maiores, e que no caso do Projecto o menor não é punido” afirma que “apesar de tudo a heterossexual idade representa a situação mais normal”, desta forma concluindo que “a partir de determinada idade, (16 a 18 anos), cada um que escolha o seu caminho”¹⁸⁹.

Na mesma ocasião também o Professor Figueiredo Dias referiu que “a dúvida relevante neste dispositivo está na admissão de desvalor especial relativo à homossexualidade”, sublinhando que “mesmo nos países onde se reconhece com latitude o direito à diferença, a verdade é que existe algo de estatisticamente anormal”.

A ser assim, importará reflectir até que ponto o facto de um maior – e aqui a formulação legal não deixa margens para dúvidas: o autor do crime terá de ser maior de 18 anos de idade – praticar um acto homossexual com um(a) menor de idade compreendida entre os 14 e os 16 anos, (ou que leve esse(a) menor a praticar tal acto com outrem), poderá – deverá – ser um acto merecedor de censura

¹⁸⁸ Cfr. “Homossexualidade com menores (art. 175º do Código Penal)”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20, 1999, pp. 73/113.

¹⁸⁹ Cfr. *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Rei dos Livros, página 265.

jurídico-penal, tanto mais que, relativamente à versão do artigo 207º do Código Penal de 1982, na sua redacção original, o actual artigo 175º mereceu uma depuração conceptual, correspondente à eliminação do verbo “desencaminhar”, este com uma nítida e óbvia conotação moralista¹⁹⁰.

Na realidade, se no crime previsto no artigo 174º do Código Penal revisto, a prática de cópula, sexo anal ou oral com menor de 14 a 16 anos, apenas é punida quando o agente “abuse da inexperiência” desse menor, que valor ou valores, que representações, poderão justificar este diferente tratamento das relações homossexuais, tanto mais que, como se disse já, no seio da Comissão Revisora se fez apelo a um critério de normalidade estatística, que, como salienta Teresa Pizarro Beleza, será “um argumento muito pouco convincente e de legitimidade constitucional assaz duvidosa”¹⁹¹? ...

Sendo certo que “um dos aspectos essenciais da moral sexual das sociedades resultantes da civilização judaico-cristã consistiu no atribuir à sexualidade uma significação profundamente negativa e a associar-lhe sentimentos de vergonha e eventualmente de culpabilidade, pois que o cristianismo herdou o tabu anti-sexual da religião judaica, sendo a virgindade e a castidade no celibato, ou a procriação, no casamento, uma das únicas possibilidades de expressão sexual propostas pela doutrina cristã, tendo a doutrina católica tradicionalmente classificado os comportamentos sexuais humanos em “naturais” e “contra-natura”¹⁹², importará reflectir até que ponto tal visão não contribuirá, ainda hoje, para a manutenção, nos moldes acima indicados, do tipo legal em análise, pois que, tradicionalmente, e na nossa envolvência cultural, a homossexualidade está, como se referiu já, associada à prática de actos considerados “contra natura”, quando não mesmo “aberrantes”¹⁹³.

¹⁹⁰ A este propósito tenha-se presente que, na versão original do Código Penal de 1982, Carmona da Mota, no estudo “Dos crimes sexuais”, publicado na *Revista do Ministério Público*, ano IV, 1983, nº 14, página 9 e ss., referia que “a razão da diferença acentuada das sanções correspondentes ao atentado ao pudor sem violência contra menor de 16 anos e ao descaminho homossexual de menor de 16 anos reside, por um lado, no elemento típico adicional deste último, (o descaminho), e, sobretudo, no facto de o 1º ser livre e em regra heterossexual (...) e de o outro ser ou não livre e, sempre, homossexual, (e, por isso, culturalmente contra naturam, isto é, perverso ou pervertido e, eventualmente, perversor)” – sublinhado meu.

¹⁹¹ “Sem sombra de pecado – o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, vol. I, página 181.

¹⁹² Cfr. Karl Prehaz Natscheradetz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 80/81.

¹⁹³ Como afirma Fernando João Ferreira Ramos “não se criminaliza a homossexualidade (só) entre maiores ou (só) entre menores, pois se exige que o agente seja maior (repare-se que o menor nunca é punido)”, acrescentando que “de qualquer modo dever-se-á admitir que a punição da homossexualidade traduz um juízo de desvalor especial. Ponderou-se, porém, que sempre se deverá reconhecer que a heterossexual idade (ainda) representa a situação mais “normal”, segundo revelam as estatísticas” – cfr. “Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI”, in *Revista do Ministério Público*, ano 15, nº 59, página 29 e ss.

Na realidade, caracterizando-se o ser humano pela apetência e capacidade que tem para realizar o acto sexual em alturas que não se reduzem a épocas biologicamente determinadas, assim podendo – e as mais das vezes querendo – praticar o acto sexual com um fim que não o da mera reprodução, (ou seja, procurando no acto sexual outra satisfação ou outra razão de ser que não o mero assegurar da perpetuação da espécie), que sentido faz punir o acto homossexual de relevo praticado, por maior, com menor entre os 14 e os 16 anos, (ou levando o(a) menor a praticar tal acto com outrem), ainda que a pena para tal acto seja, (agora), igual à cominada para o crime de estupro, tanto mais que para funcionamento do tipo do artigo 175º não se exige, contrariamente ao que sucede no artigo 174º, que o agente abuse da inexperiência da vítima?

Ou seja, que motivos válidos podem levar a que se tenha por válido o consentimento dado por um(a) menor, “não inexperiente”, de 15 anos para a prática da cópula, sexo anal ou oral com pessoa de outro sexo, e, ao mesmo tempo, levam a que se esse mesmo menor pratique um acto homossexual de relevo com um maior de 18 anos, este último incorre, necessária e inapelavelmente na prática do crime do artigo 175º?¹⁹⁴

Partindo do princípio – que nos parece indiscutível – de que com o crime de homossexualidade com menores não se visa assegurar, (ainda que de forma muito remota), a perpetuação da espécie – pois a ser este o caso, teríamos também que perseguir criminalmente, por exemplo, os casais que decidem não ter filhos... – apenas podemos fazer a leitura de que este tipo criminal mais não representa, ainda, que uma censura, (mais que implícita, explícita), da homossexualidade em si mesma considerada.

Na verdade, se considerarmos que o bem jurídico titulado na secção em que este crime se insere é a autodeterminação sexual, ou seja, o direito de crescer até uma dada idade na “relativa inocência” do que são contactos sexuais, até que, uma vez

¹⁹⁴ A este propósito veja-se Sénio Reis Alves quando afirma que “é de concluir que face ao actual artigo 175º do CP, a prática de actos homossexuais de relevo com menores de 16 anos, (posto que o agente seja maior) é punida, ainda que deles não resulte descaminho de menor; por outras palavras: ainda que a conduta tenha sido querida e provocada pelo menor, o agente será punido. O legislador quis, de forma inequívoca, estender o regime de protecção dos menores até ao limite do possível: o regime de protecção absoluta dos menores justifica resguardá-los deles próprios, dos seus desejos e instintos. E isto porque o legislador presume, com base nas regras da experiência comum, que o menor não tem a maturidade e desenvolvimento psíquico adequados a formar livremente a sua vontade. Correspondentemente, entendeu que os adultos se devem abster da prática de actos homossexuais com menores de 16 anos, ainda que solicitados para tal pelos próprios, punindo condutas violadoras desse dever” – cfr. *Crimes Sexuais – Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 104/105.

formada a personalidade, se possa livremente exercer a liberdade de escolha de parceiro(s)/parceira(s) e tipos de práticas sexuais em que cada um se decide envolver, não se entende que se tutele esse direito contra práticas homossexuais e não se faça idêntica tutela contra práticas heterossexuais; assim, e a título de provocação, (?), pense-se que motivos poderão levar a perseguir juridicamente o jovem de 20 anos de idade que desafia o seu vizinho de 15 anos, do mesmo sexo, para com ele manter relações de sexo oral e que motivos poderão conduzir a que o mesmo jovem de 20 anos não seja perseguido se convidar a sua vizinha, também com 15 anos de idade e sexualmente “experiente”, a participar em jogos sadomasoquistas...

Se, como assinalava Lopes Rocha no seu comentário acima indicado, “o interesse protegido não é a moralidade sexual, mas sim o das vítimas potenciais à preservação da sua liberdade na matéria; considerando a lei que até aos 16 anos elas são particularmente vulneráveis a influências que podem comprometer uma vontade livre e consciente de se determinarem sexualmente”, uma sociedade que se pretenda neutral em termos de moralidade sexual apenas pode tratar de forma diversa aquilo que se apresente de forma diversa; assim, apenas deverá ser penalmente perseguido o agente que conduza o menor entre 14 e 16 anos de idade à prática de actos homossexuais – de relevo – nos casos em que o mesmo actue de forma a que seja posta em causa concreta liberdade de autodeterminação sexual desse menor¹⁹⁵, do mesmo modo que, em idênticas circunstâncias, deverá ser punido o agente que levar o mesmo menor à prática de actos heterossexuais de relevo, pois só desta forma se assegurará uma efectiva tutela da liberdade de escolha – futura – daquele concreto jovem no que se refere à sua orientação e consequente escolha de parceiros(as) sexuais.

Parece-nos, pois, não existir actualmente qualquer motivo válido que leve a que se faça a distinção plasmada actualmente no artigo 175º do Código Penal a qual surge, assim, como uma reminiscência moralista, traduzindo ainda – mais que implícita, explicitamente – o desvalor com que a homossexualidade é, ainda hoje, entre nós, encarada em determinados meios sociais.

Desta forma, afigura-se-me que tal tipo criminal deveria ser alterado, de forma a garantir idêntica tutela aos contactos sexuais mantidos com jovens entre os 14 e os

¹⁹⁵ A este propósito tenha-se, por exemplo, em atenção que, segundo José Rui da Costa Pinto – cfr. *Questões Actuais de Ética Médica*, Editorial A. O., Braga, 1984, pp. 121/122 – um dos objectivos constantes do programa reivindicativo da *Front d’Alliberament Gay de Catalunya*, (FAGC), é a abolição de “todos os artigos do código penal e militar que castigam a homossexualidade, o escândalo público, a corrupção de menores, a prostituição, (...), **sempre que não intervenham força, engano, violência ou abusos de qualquer tipo**”, (sublinhado meu).

16 anos de idade, independentemente de serem contactos de natureza hetero ou homossexual, maxime, através da fusão dos artigos 174º e 175º num único artigo.

Em sede da última revisão do Código Penal, ter-se-á adoptado a ideia de procurar uma aproximação entre a criminalização da prática de actos homossexuais com menores e o crime do artigo 174º, pois passou-se a exigir que o agente deste ilícito seja também maior, mas tendo-se ficado aquém daquela que terá sido a redacção apresentada a Conselho de Ministros¹⁹⁶.

Impõe-se, pois, concluir que a reforma – nesta pequena mas significativa área – se limitou à acima indicada alteração, não deixando de ser sintomático que, (embora de forma mais atenuada, em resultado da apontada aproximação entre os tipos dos artigos 174º e 175º), se continue a discriminar, criminalizando, a prática de actos homossexuais...».

Pese embora a extensão do texto transcrito, apenas se salienta que apesar de o mesmo ter sido escrito em 1999, só agora é conhecida a intenção do Governo em alterar esta norma no sentido por nós preconizado, não deixando de ser significativo que um dos fundamentos de tal alteração será o facto de, entretanto, a Bélgica ter sido condenada no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por o respectivo Código Penal conter uma disposição de alguma forma semelhante à acima referida, e a qual foi considerada discriminatória...

Note-se que o crime em apreço corresponde ao artigo 207º (*Homossexualidade com menores*) do Código Penal de 1982, que dispunha que “quem, sendo maior, desencaminhar menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo, será punido com prisão até 3 anos”.

Com a revisão do Código Penal pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, este crime passou a constar do artigo 175º (*Actos homossexuais com menores*) que tinha a seguinte redacção: “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”.

¹⁹⁶ Tanto quanto é do nosso conhecimento, era projectada que o artigo 175º passaria a estatuir que “quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam praticados com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”.

5 – LENOCÍNIO E TRÁFICO DE MENORES

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 176º do Código Penal “quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor entre 14 e 16 anos, ou a prática por este de actos sexuais de relevo, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

Por sua vez, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que “quem aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor de 16 anos, ou propiciar as condições para a prática por este, em país estrangeiro, de prostituição ou de actos sexuais de relevo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”¹⁹⁷.

Estatui o n.º 3 do normativo em referência que “se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade, ou se esta for menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.

Conforme resulta da respectiva leitura, a norma agora em apreço como que “combina” os crimes de tráfico de pessoas (cfr. artigo 169º) e de lenocínio (cfr. artigo 170º), assim mantendo validade, com as devidas adaptações, as considerações tecidas quando da análise de tais crimes.

Agente do crime pode ser qualquer pessoa, enquanto **vítima** tem de ser, necessariamente, um menor de 16 anos, distinguindo o legislador os casos em que a vítima é um menor de 16 anos (cfr. n.º 2) um menor com idade compreendida entre 14 e 16 anos (cfr. n.º 1) e um menor de 14 anos (cfr. n.º 3) – assim se tutelando também o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.

O crime em referência é um **crime de resultado**, que se consuma com a prática, pelo menor, do exercício da prostituição ou de actos sexuais de relevo, e é **um crime doloso**, carecendo, pois, o dolo do agente de abranger todos os elementos típicos e assim também a idade do menor; quanto ao eventual erro do agente – nomeadamente o erro relativo à idade – são aplicáveis as considerações anteriormente tecidas.

Note-se que o n.º 3 do artigo 176º consagra *modalidades agravadas* de lenocínio e de tráfico de menores *em função dos meios utilizados pelo agente* (violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação

¹⁹⁷ Cfr. redacção introduzida pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto, que igualmente alterou o nº 3.

de dependência hierárquica, económica ou de trabalho) *dos objectivos prosseguidos* (quando o agente actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa) *ou das condições* (incapacidade psíquica ou outra situação de especial vulnerabilidade) *ou da idade da vítima* (menor de 14 anos).

Sublinhe-se, finalmente, que também o crime de lenocínio e tráfico de menores integra o elenco de crimes em relação aos quais é aplicável a lei penal portuguesa mesmo que o facto ilícito tenha sido praticado fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado, por força do *princípio subsidiário da universalidade* consagrado no artigo 5º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

Note-se que o artigo 176º é um preceito totalmente novo, embora algumas das situações que tipifica fossem já integradas no artigo 216º do Código Penal de 1982, que se transcreveu na anotação ao artigo 170º.

Com a reforma do Código Penal operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, o crime passou a estar tipificado no artigo 176º (*Lenocínio de menor*) que no seu n.º 1 dispunha que “quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor entre 14 ou 16 anos, ou a prática por este de actos sexuais de relevo, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, ou se esta for menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.

Com a alteração operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, o crime passou a designar-se por Lenocínio e tráfico de menores, tendo o n.º 2 passado a dispor que “quem levar menor de 16 anos à prática, em país estrangeiro, da prostituição ou de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”, tendo sido aditado o n.º 3, cujo teor era integrado pelo do anterior n.º 2.

Finalmente, com a alteração efectuada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, foi dada ao artigo em referência a sua actual redacção.

6 – AGRAVAÇÃO

O artigo 177º do Código Penal consagra várias situações de agravação das penas previstas nos crimes anteriormente analisados, assim dispondo que¹⁹⁸:

“1 – As penas previstas nos artigos 163º a 165º e 167º a 176º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

¹⁹⁸ Cfr. redacção resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

- a) for ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente, ou se encontrar sob a sua tutela ou curatela; ou
 - b) se encontrar numa relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente, e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.
- 2 – As penas previstas nos artigos 163º a 167º e 172º a 175º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível, nomeadamente doença venérea ou sífilítica.
 - 3 – As penas previstas nos artigos 163º a 168º e 172º a 175º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida ou de formas de hepatite que criem perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.
 - 4 – As penas previstas nos artigos 163º, 164º e 168º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.
 - 5 – A agravação prevista na alínea b) do n.º 1 não é aplicável nos casos dos artigos 163º, n.º 2, e 164º, n.º 2.
 - 6 – Se no mesmo comportamento concorrerem mais do que uma das circunstâncias referidas nos números anteriores só é considerada para efeito de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena”.

Analisando este normativo escreve Maria João Antunes que “as penas previstas nas secções I e II do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual são agravadas, nos seus limites mínimo e máximo, atendendo à existência de relações especiais entre a vítima e o agente, à circunstância de o agente ser portador de doença sexualmente transmissível, à produção de determinado resultado e à idade da vítima. Deve, contudo, fazer-se aqui uma distinção: nos nºs 1, 2 e 4 estamos perante **crimes qualificados ao nível do ilícito**, uma vez que os elementos previstos contendem com um desvalor mais acentuado da acção e da conduta do agente; no n.º 3 estamos especificamente perante **crimes agravados pelo resultado**”¹⁹⁹.

Analisando as circunstâncias agravantes constantes do nº 1 do artigo em referência verifica-se que as mesmas dizem exigem que exista entre o agente e a vítima uma relação familiar ou equiparada – cfr. al. a) – ou então uma relação de dependência (hierárquica, económica ou de trabalho) – cfr. al. b), desde que o agente actue

¹⁹⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 584/585.

aproveitando-se de tal relação; assim se compreende, pois, que, em decorrência do princípio do *ne bis in idem*, o n.º 5 estipule que esta última agravação não se aplica aos casos dos artigos 163º, n.º 2, e 164º, n.º 2, uma vez que nestes normativos (normas que se referem ao *assédio sexual*), é já pressuposto do tipo que o agente perpetre as condutas nos mesmos descritas exactamente abusando de uma relação como a aqui em referência.

Quanto à agravação constante do n.º 2, verifica-se que a mesma respeita aos casos em que o agente é portador de doença sexualmente transmissível²⁰⁰ (nomeadamente doença venérea ou sífilítica); embora (contrariamente ao que sucedia com o n.º 2 do artigo 208º do Código Penal de 1982) não se faça expressa referência à necessidade de conhecimento do agente de que tem uma tal doença, afigura-se que é essencial que tal conhecimento exista, uma vez que, também aqui, está em causa o dolo do agente, sendo que tal elemento só se poderá verificar quando o agente sabe que é portador de uma doença sexualmente transmissível e, não obstante (ou mesmo, exactamente, porque tem tal conhecimento...) não se abstém de praticar os actos sexuais referidos nos tipos criminais aqui em questão e que serão, assim, agravados²⁰¹.

Quanto à agravação constante no n.º 3 da norma agora em referência verifica-se que a mesma consagra, conforme acima se referiu, crimes agravados pelo resultado. Assim sendo e em plena decorrência do disposto no artigo 18º do Código Penal²⁰², impõe-se que a par da conduta dolosa do agente quanto à prática do crime fundamental se registre a produção do resultado, resultado esse que, pelo menos a título de negligência, tem de ser imputável à conduta do agente.

²⁰⁰ A este propósito importa reter que o conceito de doença sexualmente transmissível abrange, para além das doenças venéreas (as quais abarcam, para além da sífilis, a blenorragia, a úlcera mole e o linfogranuloma inqual), todas doenças que apresentam como característica comum o facto de se poderem transmitir por via sexual – v.g. SIDA, herpes, condilomas, uretrites não gonocócicas, candidíase, tricomoníase, pediculose púbica, hepatite, *moluscum contagiosum*, sarna – cfr. elementos apontados por Maria João Antunes no *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 587/588.

²⁰¹ Neste mesmo sentido pronunciam-se Maria João Antunes – *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 587, Simas Santos e Leal Henriques – *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 310, assim como Sénio Reis Alves – *Crimes Sexuais – Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 115 e ss.; embora sem deixar de assinalar a pouca compreensibilidade de tal solução legal, no sentido de que “... a agravação da pena surge aqui não por virtude do resultado de um comportamento, como no n.º 3, mas como consequência do próprio acto, independentemente das consequências”, também Mouraz Lopes se pronuncia no mesmo sentido – cfr. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 116.

²⁰² Note-se que o artigo 18º expressamente dispõe que “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”.

Por sua vez o n.º 4 da norma em referência consagra um agravação “genérica”, qual seja a da idade da vítima, assim consubstanciando uma maior censura da conduta do agente sempre que a mesma incida sobre menor de 14 anos. A este propósito importa reter o afirmado pelo legislador nacional no preâmbulo do D.L. 48/95, de 15 de Março: “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foram objecto de especial atenção, especialmente quando praticados contra menor. Nessa conformidade, o crime sexual praticado contra menor é objecto de uma dupla agravação: por um lado a que resulta de elevação geral das molduras penais dos crimes de violação e coacção sexual, quer no limite mínimo, quer no máximo; e, por outro, a agravação estabelecida para os casos em que tais crimes sejam praticados contra menor de 14 anos. Donde resulta que **o crime praticado contra menor de 14 anos é sempre punido mais severamente que o crime praticado contra um adulto, atenta a especial vulnerabilidade da vítima**” (destaque meu).

Uma palavra final quanto ao n.º 6 da norma em referência que consagra que, em caso de concurso de circunstâncias agravantes relativamente ao mesmo comportamento, apenas é considerada para efeito de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena. Optou, assim, o legislador nacional por um critério de **exasperação** da pena a aplicar, fazendo funcionar apenas a circunstância de maior peso agravativo para determinação da pena aplicável ao comportamento do agente, relevando as demais circunstâncias, que no caso concreto eventualmente agravassem também aquele comportamento, para o cálculo da concreta medida da pena a aplicar

O normativo em análise corresponde ao artigo 208º (*Agravação*) do Código Penal de 1982, que dispunha que no seu n.º 1 dispunha que “as penas previstas nos artigos 201º a 207º são aumentadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o ofendido: a) for ascendente ou descendente, filho ou neto do outro cônjuge, parente em segundo grau, filho adoptivo, pupilo ou estiver sob tutela, curatela, custódia ou autoridade do agente; b) for aluno, aprendiz, confiado aos cuidados, assistência ou, em vista da sua educação ou correcção, à guarda do agente ou for fiel de qualquer culto de que este seja ministro ou eclesiástico; c) estiver numa relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente, ou, sendo este funcionário público, dele depender a satisfação de qualquer seu negócio ou pretensão, e o crime for praticado com grave ofensa dessas funções ou relações”, acrescentando o n.º 2 da mesma norma que “o disposto no número anterior aplica-se ao caso de o agente ser portador de doença venérea ou sífilítica e disso tiver conhecimento”; por sua vez dispunha o n.º 3 do mesmo normativo que “as penas previstas nos artigos 201º, 202º, 205º e 206º serão agravadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se dos actos aí descritos resultar gravidez, ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima”.

Com a reforma operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, a agravação passou a constar do artigo 177º, sendo a redacção dos respectivos nºs 1 e 2 igual á que ainda hoje se regista, e correspondendo o n.º 5 de então ao actual n.º 6 da mesma norma. Por sua vez, na redacção de 1995, dispunha o n.º 3 do artigo 177º que “as penas previstas nos artigos 163º a 168º e 172º a 175º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida, suicídio ou morte da vítima”, dispondo o n.º 4 da mesma norma que “as penas previstas nos artigos 163º, 164º, 168º e 169º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos”.

7 – QUEIXA ²⁰³

Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 178º do Código Penal “o procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163º a 165º, 167º, 168º e 171º a 175º depende de queixa, salvo nos seguintes casos:

- a) quando de qualquer deles resultar suicídio ou morte da vítima;
- b) quando o crime for praticado contra menor de 14 anos e o agente tenha legitimidade para requerer procedimento criminal, por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a tiver a seu cargo”.

Nos termos do n.º 2 da mesma norma “nos casos previstos na alínea b) do número anterior, pode o Ministério Público decidir-se pela suspensão provisória do processo, tendo em conta o interesse da vítima, ponderado com o auxílio de relatório social”, acrescentando o respectivo n.º 3 que “a duração da suspensão pode ir até ao limite máximo de 3 anos, após o que dá lugar a arquivamento, em caso de não aplicação de medida similar por infracção da mesma natureza ou de não sobrevir naquele prazo queixa por parte de vítima, nos casos em que possa ser admitida”.

Finalmente, dispõe o n.º 4 da norma em referência que “sem prejuízo do disposto nos nºs 2 e 3, e quando os crimes previstos no n.º 1 forem praticados contra menor de 16 anos, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser”.

Da leitura do normativo agora em referência ressalta uma conclusão primeira, qual seja, a de que os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual tipificados nos artigos 163º a 165º, 167º 168º e 171º a 175º do Código Penal são, em

²⁰³ Cfr. redacção resultante da Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto.

princípio, **crimes semi-públicos**, isto é, o respectivo procedimento criminal depende de queixa do ofendido ou de outras pessoas²⁰⁴.

Tal regra conhece, todavia, uma primeira excepção, consagrada na alínea a) do n.º 1 do artigo 178º e correspondente aos casos em que do crime resulte suicídio ou morte da vítima, isto é, aos casos em que seja posto em causa o bem jurídico fundamental que é a vida humana (cfr. a este propósito os comentários tecidos em relação ao artigo 131º), assim passando o crime a ter a natureza de **crime público**.

De igual modo a alínea b) consagra uma excepção à regra da natureza semi-pública daqueles crimes, pois nos casos em que o(s) crime(s) for(em) praticado(s) contra menor de 14 anos e o agente seja a mesma pessoa que teria legitimidade para requerer procedimento criminal por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a tiver a cargo – em tais casos o(s) crime(s) passa(m) também a revestir **natureza pública**, salientando justamente Mouraz Lopes que “trata-se efectivamente de uma alteração digna de nota porque, pela primeira vez no ordenamento jurídico, o interesse das vítimas menores de 14 anos, se bem que enquadrado no interesse público, é inequivocamente assumido como o único a tutelar criminalmente quando elas são agredidas por quem teria, em primeira linha, o dever de as proteger”²⁰⁵.

A terceira excepção à regra acima enunciada encontra-se consagrada no n.º 4 que estatui que “sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3, e quando os crimes previstos no n.º 1 forem praticados contra menor de 16 anos, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser”.

Note-se que nestes casos, o Ministério Público apenas pode dar início ao procedimento criminal se o ofendido tiver menos de 16 anos de idade e se o seu concreto interesse assim o exigir, desta forma se tornando nítido que quaisquer outros interesses (maxime de natureza pública, como pareceria resultar da anterior redacção deste norma, que dispunha, na parte que ora releva que “...pode o Ministério Público dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem”) não terão nesta sede relevância. Em idêntico sentido dispõe o n.º 6 do artigo 113º do Código Penal que “quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode, nos casos previstos na lei, dar início ao procedimento quando o interesse da vítima o impuser”²⁰⁶.

²⁰⁴ Quanto ao regime da queixa e às condições de exercício do procedimento criminal vejam-se os artigos 113º a 117º do Código Penal, assim como os artigos 48º a 52º, 242º e 248º do Código de Processo Penal.

²⁰⁵ Cfr. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto*, Coimbra Editora, 2002, 3ª edição, pag. 116.

²⁰⁶ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Realce-se que a expressa referência legal à restrição do exercício da acção penal apenas aos casos em que tal seja imposto pelo interesse da vítima tem como consequência necessária que o Ministério Público “... dever fazer um juízo equivalente àquele que é pedido ao titular do direito de queixa, devendo resultar a decisão final do Ministério Público de uma ponderação sobre os benefícios e os custos da existência de um processo penal para a pessoa da *vítima*”²⁰⁷.

Conforme resulta *a contrario* do artigo 178º, no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, têm natureza pública os crimes de:

- a) abuso sexual de pessoa internada (artigo 166º);
- b) tráfico de pessoas (artigo 169º);
- c) lenocínio (artigo 170º); e
- d) lenocínio e tráfico de menores (artigo 176º).

A norma do artigo 178º tem correspondência no artigo 211º (*Necessidade de queixa*) do Código Penal de 1982, cujo n.º 1 dispunha que “nos crimes previstos nos artigos antecedentes, o procedimento criminal depende de queixa, do ofendido, do cônjuge ou de quem sobra a vítima exerce poder paternal, tutela ou curatela”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “o disposto no número anterior não se aplica quando a vítima for menor de 12 anos, o facto for cometido por meio de outro crime que não dependa de acusação ou queixa, quando o agente seja qualquer das pessoas que nos termos do mesmo número anterior tenha legitimidade para requerer procedimento criminal ou ainda quando do crime resulte ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima”.

Com a revisão operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, o regime de procedibilidade relativo aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual passou a constar do artigo 178º (*Queixa*), que então dispunha no seu n.º 1 que “o procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163º a 165º, 167º, 168º e 171º a 175º depende de queixa, salvo quando de qualquer deles resultar suicídio ou morte da vítima”, acrescentando o respectivo n.º 2 que “nos casos previstos no número anterior, quando a vítima for menor de 12 anos, pode o Ministério Público dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem”. Note-se que esta norma se conjugava com o n.º 5 do artigo 113º que dispunha que “quando o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas, no caso, ao agente do crime, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se especiais razões de interesse público o impuserem”.

²⁰⁷ Conforme, embora com um contexto legal distinto, refere Maria João Antunes – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 595.

Posteriormente, a Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, alterou a redacção do n.º 2 do artigo 178º, que então passou a estatuir que “nos casos previstos no número anterior, quando o crime for cometido contra menor de 16 anos, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser”. A mesma lei alterou também o anterior n.º 5 (que passou a n.º 6) do artigo 113º, que passou a dispor que “quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode, nos casos previstos na lei, dar início ao procedimento quando o interesse da vítima o impuser”.

8 – INIBIÇÃO DO PODER PATERNAL

Nos termos do disposto no actual artigo 179º do Código Penal português “quem for condenado por crime previsto nos artigos 163º a 176º pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de 2 a 15 anos”²⁰⁸.

Da leitura da norma em apreço resulta nítido que estamos perante uma *pena acessória*, cujo regime geral se encontra estabelecido no artigo 65º do Código Penal, sendo lembrar que o n.º 2 desta norma estabelece que “a lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões”²⁰⁹.

Importa, contudo, sublinhar que esta pena, como pena acessória que é, pressupõe não só que o agente seja condenado por um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual (independentemente da pena principal que lhe seja aplicada), como pressupõe também que a gravidade do crime cometido, em conexão com o exercício do poder paternal²¹⁰, da tutela²¹¹ ou da curatela²¹², justifique a sua aplicação²¹³.

Esta pena acessória terá uma duração fixada entre 2 e 15 anos, devendo a mesma ser comunicada à conservatória do registo civil onde tiver sido lavrado o assento de nascimento do condenado, conforme resulta do n.º 5 do artigo 499º do Código de Processo Penal (assim também o artigo 1913º, n.º 1, al. a) e n.º 3 do Código Civil).

²⁰⁸ Cfr. redacção resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

²⁰⁹ Sublinhe-se que, reproduzindo o mandamento constante do n.º 4 do artigo 30º da Constituição da República, o n.º 1 do artigo 65º do Código Penal dispõe que “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”.

²¹⁰ Quanto ao significado e conteúdo do *poder paternal* vejam-se os artigos 1877º e ss. do Código Civil.

²¹¹ A *tutela* é uma forma de suprimento da incapacidade por menoridade, subsidiária do poder paternal – cfr. artigos 124º, 138º, 1877º, 1921º e 1927º do Código Civil.

²¹² A *curatela* é uma outra forma de suprimento da incapacidade / ou de administração do património do inabilitado - cfr. artigos 152º, 153º, 154º, 1881º e 1891º do Código Civil.

²¹³ Neste mesmo sentido veja-se o *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta n.º 24, pag. 269.

A norma em referência corresponde ao artigo 218º (*Suspensão do poder paternal*) do Código Penal de 1982, que dispunha que “quem for condenado pelos crimes previstos nos artigos 215º a 217º poderá ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela, da curatela ou da administração de bens pelo tempo de 2 a 5 anos”.

Com a revisão operada pelo D.L. 48/95, de 15 de Março, o artigo 179º do Código Penal passou a intitular-se *Inibição do poder paternal*, dispondo então que “quem for condenado por crime previsto nos artigos 163º a 176º pode, atenta a gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do poder paternal, da tutela ou da curatela, por um período de 2 a 5 anos”.

VIII – DIFAMAÇÃO E OUTROS CRIMES CONTRA A HONRA

Os *crimes contra a honra* constituem o Capítulo VI do Título I – Dos crimes contra as pessoas do Livro II – Parte especial – do actual Código Penal português, capítulo esse que integra os seguintes crimes:

- a) difamação (art. 180º);
- b) injúria (art. 181º);
- c) publicidade e calúnia (art. 183º);
- d) ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185º), e
- e) ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço (art. 186º).

1 – DIFAMAÇÃO

Nos termos do n.º 1 do artigo 180º do Código Penal²¹⁴ “quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que “a conduta não é punível quando:

- a) a imputação for feita para realizar interesses legítimos; e
- b) o agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira”.

Dispõe o n.º 3 da mesma norma que “sem prejuízo do disposto nas alíneas b), c) e d) do n.º 2 do artigo 31º²¹⁵, o disposto no número anterior não se aplica quando se tratar de imputação de facto relativo à intimidade da vida privada e familiar”.

²¹⁴ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

²¹⁵ Note-se que o artigo 31º regula situações de *Exclusão da ilicitude*, dispondo as alíneas acima indicadas que não é ilícito o facto praticado: no exercício de um direito – cfr. al. b), aqui cabendo, por exemplo, o direito de informar; no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade – cfr. al. c), aqui cabendo, entre outros, o dever de denunciar uma doença contagiosa, que põe em risco a saúde pública; ou com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado – cfr. al. d); naturalmente que, neste caso e existindo consentimento de todos os titulares do(s) interesse(s) jurídico(s) tutelado(s), o facto não será punível mesmo que se refira à intimidade da vida privada e familiar.

Finalmente, dispõe o n.º 4 do artigo 181º que “a boa fé referida na alínea b) do n.º 2 exclui-se quando o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação”.

Sendo seguro que “doutrinariamente pode definir-se a difamação como a atribuição a alguém de facto ou conduta, ainda que não criminosos, que encerrem em si uma reprovação ético-social, isto é, que sejam ofensivos da reputação do visado”²¹⁶, da leitura do normativo agora em referência resulta claro que tal imputação não é feita directamente ao ofendido, mas é antes feita a um terceiro, ou seja, o visado é “indirectamente” atingido na sua honra e/ou consideração.

O crime aqui em apreço é um **crime doloso**, comportando a verificação do dolo em qualquer das suas modalidades (e assim também o dolo eventual), não sendo punível a tentativa, atenta a moldura penal cominada para este crime e o disposto no artigo 23º, nº1.

Sendo o bem jurídico tutelado a honra e a consideração pessoal, pode afirmar-se que a honra é “... um bem jurídico complexo que inclui, quer o valor pessoal ou interior de cada indivíduo, radicado na sua dignidade, quer a própria reputação ou consideração exterior...”²¹⁷.

Importa sublinhar que não só as pessoas singulares, mas também as pessoas colectivas – desde que as não exerçam autoridade pública, caso em que a conduta do agente poderá integrar a prática do crime tipificado no artigo 187º – podem ser vítimas de qualquer crime contra a honra²¹⁸.

A título exemplificativo do acolhimento jurisprudencial que este entendimento tem merecido, aponta-se aqui o Acórdão da Relação de Évora, de 22 de Abril de 1986, no qual se lê que “as pessoas colectivas podem ser sujeitos passivos de crimes de difamação ou injúria por serem pessoas em sentido jurídico...”, mais se lendo que “hodiernamente reconhece-se que a evolução se processa no sentido da atribuição de valores morais, como a reputação e o bom-nome, às pessoas colectivas, como um facto da nossa vida social incontestado”²¹⁹. De igual modo e estando em causa, no caso concreto, os crimes de difamação e injúria, lê-se no Acórdão da Relação de Lisboa de 1 de Abril de 1987 que “...as pessoas colectivas são titulares de direitos de personalidade e, inclusivamente, do direito à

²¹⁶ Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 317.

²¹⁷ Cfr. José de Faria Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 607.

²¹⁸ Tal é também o entendimento de José de Faria Costa – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 675/676.

²¹⁹ Cfr. *BMJ* nº 358, pag. 662.

consideração, e este direito pode ser violado por aqueles crimes”²²⁰. Refere-se, finalmente, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 1 de Fevereiro de 1990, no qual se lê que “a «pessoa» sujeito passivo do crime de difamação tanto pode ser uma pessoa singular como uma pessoa colectiva”²²¹.

Refira-se que a norma em apreço corresponde ao anterior artigo 164º, que tinha a mesma epígrafe, registando-se as seguintes alterações: a pena é actualmente de prisão até 6 meses ou de multa até 240 dias, quando anteriormente era cominada a pena de prisão até 6 meses e multa até 50 dias; na actual alínea a) do n.º 2 apenas se tem em consideração se a imputação é feita – ou não – para realizar interesses legítimos, quando anteriormente se atendia ao facto de a imputação ser “feita para realizar o interesse público legítimo ou por qualquer outra justa causa”; o actual n.º 3 não tinha correspondência no artigo 164º anterior; paralelamente o actual n.º 4 corresponde ao anterior n.º 3 tendo sido eliminado o anterior n.º 4.

2 – INJÚRIA

Nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 181º “quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias”.

Paralelamente, dispõe o n.º 2 da mesma norma que “tratando-se da imputação de factos é correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 2, 3 e 4 do número anterior”²²².

Contrariamente ao que sucede com a difamação, no caso da injúria a conduta é endereçada ao próprio ofendido e na sua presença, sem a interferência de terceiros.

Conforme anotam Simas Santos e Leal-Henriques “uma das características da injúria é a sua relatividade, o que quer dizer que o carácter injurioso de determinada palavra ou acto é fortemente dependente do lugar ou ambiente em que ocorre, das pessoas entre quem ocorre, do modo como ocorre”, pelo que “só em cada caso concreto se possa afirmar se há ou não comportamento delituoso”, acrescentando os mesmos autores que “a injúria não se confunde com a simples indelicadeza, com a falta de polidez, ou mesmo com a grosseria, que são comportamentos que apenas podem traduzir falta de educação”²²³.

²²⁰ Cfr. *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo 2, pag. 181.

²²¹ Cfr. BMJ nº 384, pag. 667.

²²² Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

²²³ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 328.

Tal como sucede com a difamação, também o crime de injúria é um **crime doloso**, bastando-se com o dolo eventual, não sendo igualmente punível a tentativa punível, podendo ser vítimas deste crime tanto pessoas singulares como pessoas colectivas (com a ressalva já anteriormente assinalada de que estas últimas não exerçam autoridade pública, caso em que a conduta do agente poderá ser subsumida ao crime tipificado no artigo 187º).

Retenha-se que, embora com alterações na redacção, a norma ora em apreço corresponde no essencial ao anterior artigo 165º (que tinha a mesma epígrafe), registando-se, todavia, uma alteração ao nível da pena cominada, que actualmente é de prisão até 3 meses ou multa até 120 dias, quando anteriormente era cominada prisão até 3 meses e multa até 30 dias.

3 – EQUIPARAÇÃO

Nos termos do artigo 182º “à difamação e à injúria são equiparadas as feitas por escritos, gestos, imagens ou por qualquer outro meio de expressão”.

Conforme resulta nítido deste artigo, tanto o crime de difamação como o crime de injúria podem ser perpetrados através de qualquer forma de execução, assim podendo ser verbalizados, escritos, reproduzidos por meios mecânicos, fotografias ou fotomontagens, desenhos, caricaturas, pinturas, gestos, sinais, etc., desde que os mesmos sejam aptos a atingir a honra ou a consideração pessoal da(s) pessoa(s) visada(s).

Note-se que por força da norma agora em apreço (e concretamente do segmento que refere *ou qualquer outro meio de expressão*) resulta nítida a possibilidade da prática do crime de um crime de injúria *por omissão*²²⁴.

Retenha-se, finalmente, que a presente norma corresponde, com ligeiras alterações de redacção, ao anterior artigo 166º que se intitulava *Equiparação à difamação ou injúria*.

²²⁴ Neste mesmo sentido pronuncia-se José de Faria Costa, que avança o seguinte e elucidativo exemplo: “A, em cerimónia pública, recebe cumprimentos. B dirige-se, perante todos, a A para o cumprimentar e saudar. Este, no momento em que B lhe estende a mão para, obviamente o cumprimentar, ostensivamente, mantém as mãos atrás das costas, ignorando pelo seu *non facere*, em absoluto, B, que fica de mão estendida perante os olhares estupefactos de todos os circunstantes. É inequívoco que A quis ofender B. Para além disso, o omitir cumprimentar naquele contexto não pode deixar de ser objectivamente valorado como ofensivo da honra de B...” – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 636/637.

4 – PUBLICIDADE E CALÚNIA

O n.º 1 do artigo 183º estatui que “se no caso dos crimes previstos nos artigos 180º, 181º e 182º:

- a) a ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação; ou
- b) tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação;

as penas da difamação ou injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo artigo “se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias”.

Conforme resulta da simples leitura do normativo ora em análise, enquanto a alínea a) do n.º 1 e o n.º 2 se reportam a circunstâncias que tornam mais fácil a difusão por um leque alargado de pessoas do teor da difamação ou injúria (assim conduzindo tal circunstância a uma agravação das penas respectivas, agravação essa mais acentuada quando é utilizado um meio de comunicação social para aquele fim, atenta a especial capacidade “difusora” do mesmo), já a alínea b) se reporta às situações de *calúnia* propriamente ditas, ou seja, aos casos em que, não obstante bem conhecer a respectiva falsidade, o agente não se coíbe de imputar ao lesado factos que, bem sabe também, são ofensivos da respectiva honra e consideração, assim se justificando, também nestes casos, a agravação da respectiva pena.

A norma em apreço corresponde ao artigo 167º (que tinha a mesma epígrafe) da versão de 1982, registando-se as seguintes alterações: na alínea b) foi substituída a expressão “quando for admissível a prova dos factos” pela expressão actual “tratando-se da imputação de factos”, e modificou-se a pena cominada no n.º 2, que actualmente é de prisão até 2 anos ou multa não inferior a 120 dias quando anteriormente a pena de prisão podia “elevar-se a 2 anos e a multa até 240 dias”.

5 – AGRAVAÇÃO

Nos termos do artigo 184º do Código Penal “as penas previstas nos artigos 180º, 181º e 183º são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for uma das pessoas referidas na alínea j) do n.º 2 do artigo 132º, no exercício das

suas funções ou por causa delas, ou se o agente for funcionário²²⁵ e praticar o facto com grave abuso de autoridade²²⁶.

Conforme já anteriormente se anotou, as pessoas referidas na alínea j) do n.º 2 do artigo 132º são as seguintes: membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Ministro da República, magistrado, membro do governo próprio das Regiões Autónomas ou do território de Macau, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente ou examinador, ou ministro de culto religioso.

Realce-se que para que se verifique a agravação ora referida é necessário que o visado esteja em exercício de funções ou que a imputação se relacione com esse exercício, assim se afigurando que o bem jurídico honra pessoal da vítima será, nestes casos, acrescido do “valor funcional”²²⁷.

No essencial a norma em referência corresponde ao anterior artigo 168º (que tinha a mesma epígrafe), embora tenha sido alterado o elenco dos ofendidos (anteriormente as penas eram elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se a vítima fosse membro de órgão de soberania, magistrado, comandante da força pública, professor ou examinador públicos, ou de um terço, se a vítima fosse funcionário, membro das forças armadas ou das forças militarizadas, dependendo sempre tais agravações do facto de a vítima se encontrar no exercício das suas funções ou de o crime ter sido cometido por causa do exercício das mesmas).

6 – OFENSA À MEMÓRIA DE PESSOA FALECIDA

Dispõe o n.º 1 do artigo 185º do Código Penal português que “quem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 6 meses, ou com pena de multa até 240 dias”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo normativo²²⁸ “é correspondentemente aplicável o disposto:

²²⁵ Note-se, também, que o conceito de funcionário deve ser integrado pelo disposto no artigo 386º.

²²⁶ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

²²⁷ Sobre esta questão veja-se Faria Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 651/654.

²²⁸ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

- a) nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 180º; e
- b) no artigo 183º”.

Finalmente, dispõe o n.º 3 deste artigo que “a ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento”.

Referindo-se o preceito em referência ao conceito de *memória de pessoa falecida*, poderemos definir o mesmo como aquele *património* de uma pessoa – património esse necessariamente imaterial – que perdura mesmo após a sua morte física, referindo José de Faria Costa que «“memória” é aquele pedaço de nós espiritualmente vinculante ligado à nossa existência e que é capaz de ser, depois da morte, ainda pertinente na definição do presente”, adiantando que “... se quiséssemos ser hiper-sintéticos diríamos que tudo se reconduz à determinação de um património espiritual que se repercute no presente”²²⁹.

Conforme assinalam Simas Santos e Leal-Henriques “este dispositivo penaliza as ofensas feitas aos mortos, quer essas ofensas sejam *verbais*, quer sejam por *escritos, gestos, imagens* ou *por qualquer outro modo de expressão*”, adiantando que “como resulta do n.º 1, nem toda a ofensa constitui crime, só o constituindo a que for considerada grave”²³⁰.

Sublinhe-se que, conforme refere Faria Costa, a norma do n.º 3 consagra uma autêntica **condição objectiva de não punibilidade** ²³¹.

Note-se, finalmente, que o crime em referência é um **crime doloso**, abarcando o dolo em qualquer das conformações referidas no artigo 14º.

O normativo em referência corresponde ao artigo 169º (que tinha a mesma epígrafe) do texto de 1982, com as seguintes alterações: foi introduzida a matéria constante do actual n.º 2; o anterior n.º 2 corresponde ao actual n.º 3; foi eliminado o anterior n.º 3; o n.º 1, para além de utilizar a expressão “por qualquer forma” em vez da expressão anteriormente utilizada “difamando-a”, consagra uma alteração da moldura penal cominada, que é actualmente de prisão até 6 meses ou multa até 240 dias, quando anteriormente era cominada a pena de prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

²²⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 658.

²³⁰ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 344/345.

²³¹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 663.

7 – DISPENSA DE PENA

Conforme o disposto no n.º 1 do artigo 186º “o tribunal dispensa de pena o agente quando este der em juízo esclarecimentos ou explicações da ofensa de que foi acusado, se o ofendido, quem o represente ou integre a sua vontade como titular do direito de queixa ou de acusação particular, os aceitar como satisfatórios”.

Nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo artigo “o tribunal pode ainda dispensar de pena se a ofensa tiver sido provocada por uma conduta ilícita ou repreensível do ofendido”.

Finalmente, dispõe o n.º 3 do artigo em referência que “se o ofendido ripostar, no mesmo acto, com uma ofensa a outra ofensa, o tribunal pode dispensar de pena ambos os agentes ou só um deles, conforme as circunstâncias”.

Conforme anotam Simas Santos e Leal-Henriques²³² “há esclarecimentos quando o agente elucida o ofendido sobre o teor da ofensa, seu alcance e circunstâncias”, sendo que “por explicações entende-se a reparação moral da ofensa, em que o autor da imputação se justifica perante o ofendido ou retira o que lhe atribuiu”, acrescentando os mesmos autores que “aceites os esclarecimentos ou tidas por satisfatórias ou reparadoras as explicações dadas, será o agente dispensado da pena, com base no princípio da impunibilidade de condutas que perderam carácter lesivo”.

Note-se que nestes casos a dispensa de pena é obrigatória.

Conforme facilmente se intui, nas situações a que se reporta a previsão do n.º 2 já não se verifica uma reparação do ofendido pelo agente do crime, antes se considerando que o próprio arguido reagiu a um comportamento – ilícito ou, pelo menos, censurável – do ofendido, que, assim, esteve, ele próprio, na génese da conduta do arguido; reconhece-se, pois, ao agente do crime como que um “direito de réplica” à ofensa previamente sofrida, isto é, à **provocação** de que foi alvo e que determinou a imediata reacção de quem dela foi vítima, nomeadamente por ter ficado em estado de exaltação ou de ira momentânea – mas, assim sendo, entre a provocação e a reacção do agente deve mediar um curto (embora variável) lapso de tempo; na verdade, “o *raptus irae* – que desencadeia, justamente, a impulsividade – não pode ultrapassar tempos cóngruos sob pena de a ira se transformar em obstinado desejo de vingança, o qual já não poderá beneficiar do regime favorável que a dispensa de pena constitui”²³³.

²³² Código Penal Anotado, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 347.

²³³ Cfr. José de Faria Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 673.

Sublinhe-se que, contrariamente ao que sucede com a solução consagrada no n.º 1, nestes casos a dispensa de pena é facultativa, assim se tendo de verificar o preenchimento dos requisitos estabelecidos nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 74º (cfr. respectivo n.º 3)²³⁴.

Já no que concerne à previsão do n.º 3, registe-se que nestas situações verifica-se como que um “cruzamento” de ofensas, ou melhor, uma situação de **retorsão** (cujo exemplo clássico é o da resposta a um insulto com outro insulto), assim se tornando evidente não só que as ofensas têm de ser recíprocas, existindo entre elas uma relação de mútua dependência, como devem ser imediatas (relação de causa-efeito). Tal situação poderá levar à dispensa de pena de ambos os agentes, ou só de um deles, punindo-se o outro (o primeiro ou o segundo) caso o tribunal considere que, no caso concreto, a respectiva actuação é merecedora de censura (por exemplo, por existir uma reacção desmedida, tendo em atenção a natureza da ofensa sofrida).

Confrontando o actual artigo com o regime constante do Código na versão de 1982, verifica-se que o artigo ora em referência, de alguma forma “engloba” os anteriores artigos 171º (*Explicações*) e 172º (*Retorsão*), com naturais alterações de forma, tendo-se acrescentado a referência à “acusação particular” no final do n.º 1.

8 – OFENSA A PESSOA COLECTIVA, ORGANISMO OU SERVIÇO

Dispõe o n.º 1 do artigo 187º do Código Penal português que “quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo normativo “é correspondentemente aplicável o disposto:

- a) no artigo 183º; e
- b) nos n.ºs 1 e 2 do artigo 186º”.

²³⁴ Com efeito dispõe o n.º 3 do artigo 74º que “quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem preenchidos os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1”, sendo esses requisitos os seguintes: serem diminutas a ilicitude do facto e culpa do agente – cfr. al. a); reparação do dano – cfr. al. b); inexistência de razões de prevenção que se oponham à dispensa de pena – cfr. al. c).

A primeira reflexão que o preceito agora em referência suscita é que o mesmo não se refere já à tutela da honra e/ou da consideração, sendo que, conforme foi assinalado na Comissão Revisora do Código Penal, “o objectivo deste artigo é diferente: é criminalizar acções (os rumores), não atentatórios da honra, mas sim do crédito, do prestígio ou da confiança de uma determinada pessoa colectiva, valores que não se incluem, em rigor, no bem jurídico protegido pela difamação ou pela injúria”²³⁵.

Procurando definir o bem jurídico aqui em apreço refere Faria Costa que o mesmo “se prende, de forma incontornável, com a ideia de **bom nome**”, restringindo tal conceito ao “... bom nome da pessoa colectiva, organismo, corporação ou serviço que exerce autoridade pública. Bom nome que é, não só esteio para aquelas realidades (a credibilidade, o prestígio e a confiança) mas, de igual maneira, a linha compósita daqueles três vectores...”, o que conduz à afirmação de que “o bom nome assume-se, assim, como uma **realidade dual**”; segundo o mesmo autor “... é ainda absolutamente indispensável que as entidades referidas exerçam autoridade pública. Logo, uma credibilidade, um prestígio de alguém que, de uma forma ou de outra, tem um poder de *imperium*”^{236,237}.

Importa reter que é necessário não só que os factos afirmados ou propalados sejam *inverídicos*, como também que os mesmos sejam susceptíveis de pôr em causa (*ofender* é a expressão normativa utilizada) a credibilidade, o prestígio ou a confiança devidos às entidades acima indicadas, como é, ainda, necessário que o agente não tenha razões sérias para aceitar tais factos como verdadeiros.

Note-se, finalmente, que o crime aqui em referência é um **crime doloso**, (admitindo todas as formas de dolo referidas no artigo 14^o) não sendo, pois, abarcadas pela previsão normativa as condutas negligentes.

A norma em referência não tinha correspondência no texto anterior.

²³⁵ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 45, pag. 504.

²³⁶ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 677/678 e 682/684.

²³⁷ Em sentido diverso, embora com reservas, Simas Santos e Leal-Henriques propendem a entender que a “exigência de exercício de autoridade pública se circunscreve mesmo ao organismo ou serviço”; tal posição atende não só à forma como se encontra redigido o nº 1 do normativo em referência (“...é que, se se reparar, o verbo que se refere à autoridade pública - «exerça» - está utilizado no singular, além de que é precedido dos vocábulos «organismo ou serviço», que por sua vez são antecedidos de uma vírgula que os separa das restantes pessoas colectivas indicadas no artigo”) como no pressuposto de que “pode entender-se como justificada essa especial exigência em relação ao organismo ou serviço, uma vez que, dos entes enunciados, são esses os únicos que não têm personalidade jurídica, e, por tal, são merecedores desta tutela no caso de exercerem autoridade pública” – cfr. *Código Penal Anotado*, 2^o Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 351.

9 – PROCEDIMENTO CRIMINAL

Conforme o disposto no n.º 1 do artigo 188º do Código Penal, “o procedimento criminal pelos crimes previstos neste capítulo depende de acusação particular, ressalvados os casos:

- a) do artigo 184º; e
- b) do artigo 187º, sempre que o ofendido exerça autoridade pública;

em que é suficiente a queixa ou participação”.

Nos termos do n.º 2 da mesma norma “o direito de acusação particular pelo crime previsto no artigo 185º cabe às pessoas mencionadas no n.º 2 do artigo 113º, pela ordem neste estabelecida”.

Temos, assim, como regra geral, que os crimes acima referidos são *crimes particulares*, assim sendo necessário que os ofendidos (para além de manifestarem o desejo de proceder criminalmente contra os agentes dos crimes de que tenham sido vítimas) se constituam assistentes nos processos respectivos, deduzindo também, no momento oportuno, acusação particular²³⁸.

Tal regra sofre, contudo, as derrogações relativas aos crimes que sejam agravados por força do disposto no artigo 184º, assim como aos crimes previstos no artigo 187º, que revestem, assim a natureza de *crimes semi-públicos*²³⁹.

A norma em referência corresponde ao anterior artigo 174º (*Queixa e acusação*), tendo sido acrescentada a actual alínea b) do n.º 1, assim como o n.º 2, e tendo sido adicionada, no final do n.º 1, a expressão “participação”.

10 – CONHECIMENTO PÚBLICO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 189º “em caso de condenação, ainda que com dispensa de pena, nos termos do artigo 183º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 185º, ou da alínea a) do n.º 2 do artigo 187º, o tribunal ordena, a expensas do agente, o

²³⁸ Note-se que em relação ao crime de ofensa à memória de pessoa falecida, da previsão do artigo 185º, por força da remissão efectuada pelo n.º 2 do artigo 188º “o direito de acusação particular cabe, sucessivamente, ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, aos descendentes e adoptados, aos ascendentes e adoptantes (na falta dos primeiros), aos irmãos e seus descendentes e a pessoa que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges (na falta dos anteriores).

²³⁹ Quanto à forma menos correcta como se encontra estruturada esta norma, nomeadamente no que concerne ao crime do artigo 187º, veja-se José de Faria Costa no *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 687/691.

conhecimento público adequado da sentença, se tal for requerido, até ao encerramento da audiência em 1ª instância, pelo titular do direito de queixa ou de acusação particular”.

Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, “o tribunal fixa os termos concretos em que o conhecimento público da sentença deve ter lugar”.

Note-se que a publicitação da sentença condenatória, para além de ter de ser requerida até ao encerramento da audiência em 1ª instância, apenas se pode verificar quando a condenação (ainda que com dispensa de pena²⁴⁰) respeitar a um crime de difamação, de injúria (ou equiparado), de ofensa à memória de pessoa falecida ou de ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço, e apenas quando o crime em causa tenha sido cometido com publicidade (isto é, de forma a que tenha alcançado uma ressonância acrescida, aqui se incluindo também, mas não só, os casos em que tenha sido praticado através de meios da comunicação social) ou caluniosamente, atenta a remissão efectuada para o disposto no artigo 183º.

Sendo a respectiva publicidade característica essencial da sentença condenatória – cfr. artigo 327º do Código de Processo Penal – com a norma em referência visa-se outro “bem”, que “outro não pode ser senão o que se concretiza na satisfação interior de o **ofendido ver publicamente reconhecida a sua lisura moral** através da condenação daquele que o ofendera”²⁴¹, e que será alcançado (?) com a ressonância que ao conteúdo da sentença pode ser dada pelos meios de comunicação social.

O artigo em referência tem remota correspondência no artigo 175º (*Publicação da sentença*) na versão de 1982 do Código Penal.

²⁴⁰ Realce-se que a dispensa de pena pressupõe, como claramente resulta do nº 1 do artigo 74º do Código Penal, um juízo de censura ao agente, que o tribunal “pode declarar culpado”, apenas não aplicando qualquer pena se a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e se à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

²⁴¹ Cfr. José de Faria Costa, que se pronuncia de forma assaz crítica quanto a esta solução legal – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 692/696.

IX – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E OUTROS CRIMES CONTRA A RESERVA DA VIDA PRIVADA

Os crimes contra a reserva da vida privada integram o Capítulo VII do Título I – Dos crimes contra as pessoas do Livro II – Parte especial – do actual Código Penal português, capítulo esse que integra os seguintes crimes:

- a) violação de domicílio (art. 190º);
- b) introdução em lugar vedado ao público (artigo 191º);
- c) devassa da vida privada (artigo 192º);
- d) devassa por meio de informática (artigo 193º);
- e) violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194);
- f) violação de segredo (art. 195º), e
- g) aproveitamento indevido de segredo (art. 197º).

1 – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Nos termos do n.º 1 do artigo 190º do Código Penal português, “quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Conforme o disposto no n.º 2 do normativo em referência, “na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação”.

Por sua vez, dispõe o n.º 3 do mesmo artigo que “se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Conforme assinala Nelson Hungria “... com a indébita ou arbitrária incursão no domicílio alheio, é lesado o interesse da tranquilidade e segurança da vida íntima ou privada do indivíduo, ou seja, das condições indeclináveis à livre expansão da personalidade humana. Dentro dos limites da ordem jurídica, a casa deve ser o asilo imperturbável do cidadão”²⁴².

²⁴² *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, VI, pag. 207/208, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 357.

Note-se que a previsão normativa equipara as situações de entrada sem consentimento às situações de permanência depois de o agente ter sido intimado a retirar-se, não sendo necessário, em qualquer delas, que o agente use de violência ou ameace usar de violência.

Sublinhe-se, ainda, que o crime em referência é um **crime doloso**, abarcando qualquer das configurações do dolo referidas no artigo 14º. Paralelamente, ambas as situações acima referidas (entrada sem consentimento e permanência contra a vontade) configuram-se como **crimes permanentes**.

Deve realçar-se, acompanhando Simas Santos e Leal-Henriques, que “sob o ponto de vista penal, e para o caso concreto, entende-se por habitação qualquer construção utilizada, permanente ou transitoriamente, para moradia individual ou familiar, compreendendo-se nessa expressão não apenas a que tem carácter fixo mas também a móvel, como por exemplo uma roulotte, um barco, uma tenda de campismo, etc. Daí que a protecção legal recaia sobre a liberdade individual no âmbito habitacional e não sobre a posse ou propriedade do habitáculo em si”²⁴³.

Atente-se que nas situações a que se refere o n.º 2, o tipo integra ainda um *elemento subjectivo específico*, consubstanciado no facto de o agente actuar “com a intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa” (usando para tal efeito o telefone).

Prevendo o n.º 3 do artigo em referência situações de crime qualificado (a que corresponde uma agravação da pena cominada para o comportamento do agente), importa precisar alguns dos conceitos que o legislador aí utiliza, sendo que:

- a) quanto ao conceito de *arma*, deve entender-se que o mesmo engloba não só as armas próprias, ou seja os instrumentos que, pelas suas características intrínsecas, se destinam normalmente à defesa ou têm um específico poder de ataque, como por exemplo, as pistolas ou espingardas, como também as armas impróprias, isto é, todos os instrumentos que embora não sejam, em si mesmos, destinados a tais fins têm aptidão ofensiva, como, por exemplo, um pau, uma faca, um pedaço de vidro ou de metal afiado, etc.;
- b) quanto ao conceito de *arrombamento*, deve ter-se em atenção a definição constante da alínea d) do artigo 202º, assim consistindo no “rompimento, fractura ou destruição, no todo ou em parte, de dispositivo destinado a fechar ou a impedir a entrada, exterior ou interiormente, de casa ou de lugar fechado dela dependente”;

²⁴³ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 357.

- c) por sua vez, o conceito de *escalamento* encontra-se definido na alínea e) do normativo citado, assim consistindo na “introdução em casa ou lugar fechado dela dependente, por local não destinado normalmente à entrada, nomeadamente por telhados, portas de terraços ou de varandas, janelas, paredes, aberturas subterrâneas ou por qualquer dispositivo destinado a fechar ou a impedir a entrada ou passagem”;
- d) finalmente, o conceito de *chaves falsas* deve ser preenchido pela definição constante na alínea f) do mesmo artigo 202º, assim integrando “as imitadas, contrafeitas ou alteradas”, bem como “as verdadeiras quando, fortuita ou subrepticamente, estiverem fora do poder de quem tiver o direito de as usar” e ainda “as gazuas ou quaisquer instrumentos que possam servir para abrir fechaduras ou outros dispositivos de segurança”.

Retenha-se que, de harmonia com o disposto no artigo 197º, as penas acima indicadas são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social.

A este propósito importa referir, também, que a própria Constituição da República estabelece que “o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação são invioláveis” – cfr. n.º 1 do artigo 34º – acrescentando que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei” – cfr. n.º 2 do mesmo normativo.

Importa ainda referir que o actual artigo 190º corresponde ao anterior artigo 176º (que se intitulava *Introdução em casa alheia*), com as seguintes alterações: a expressão “contra a vontade expressa ou presumida de quem de direito” foi substituída pela expressão actual “sem consentimento”; foi alterada a pena cominada no n.º 1, que é actualmente de prisão até 1 ano ou de multa até 240 dias, quando anteriormente era cominada uma pena de prisão até 6 meses ou de multa até 120 dias; introduziu-se o actual n.º 2, que não tinha correspondente no tipo anterior; o actual n.º 3 corresponde ao anterior n.º 2, embora a pena seja distinta (é hoje cominada pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, quando anteriormente era cominada uma pena de prisão de 1 a 4 anos, “salvo se ao meio empregado corresponder pena mais grave, que será, então, aplicada cumulativamente com a dos nºs 1 ou 2, conforme o caso”, tendo também sido eliminada esta parte do normativo; paralelamente, no actual n.º 3, acrescentou-se a “ameaça de violência”, passou a exigir-se o concurso de mais agentes (“três ou mais pessoas” em vez de “duas ou mais pessoas” e suprimiu-se a agravante da simulação de autoridade pública.

2 – INTRODUÇÃO EM LUGAR VEDADO AO PÚBLICO

Nos termos do disposto no artigo 191º do actual Código Penal português “quem, sem consentimento ou autorização de quem de direito, entrar ou permanecer em pátios, jardins ou espaços vedados anexos a habitação, em barcos ou outros meios de transporte, em lugar vedado e destinado a empresa ou serviços públicos, a serviço de transporte ou ao exercício de profissões ou actividades, ou em qualquer outro lugar vedado e não livremente acessível ao público, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 60 dias”.

Pese embora a diversidade de locais referidos na norma em referência, essencial é sempre que o agente actue sem autorização ou contra a vontade da pessoa que tem a titularidade sobre aqueles espaços, equiparando também a previsão normativa as situações de entrada sem autorização num dos locais referidos às de permanência nos mesmos contra a vontade expressa do respectivo titular.

Também aqui o **crime é doloso**, abrangendo o dolo directo, necessário e eventual.

Note-se que, de harmonia com o disposto no artigo 197º, as penas acima referidas serão agravadas de 1/3 nos seus limites mínimo e máximo, se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social.

O presente normativo corresponde ao anterior artigo 177º, registando-se, para além de alterações de forma, as seguintes diferenças: a pena passou a ser de prisão até 3 meses ou de multa até 60 dias, quando anteriormente era de prisão até 3 meses, e foi eliminado o anterior n.º 2 (já que a respectiva matéria integra o actual artigo 198º).

3 – DEVASSA DA VIDA PRIVADA

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 192º do Código Penal “quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual:

- a) interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa ou comunicação telefónica;
- b) captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objecto ou espaços íntimos;
- c) observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou
- d) divulgar factos relativos à vida privada ou à doença grave de outra pessoa;

é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Conforme o disposto no n.º 2 da mesma norma “o facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante”.

Como resulta da própria leitura da norma em apreço a mesma visa tutelar a privacidade ou intimidade, bem que merece expressa consagração no artigo 26º, n.º 1, da Constituição da República que, na parte que ora releva, dispõe que “a todos são reconhecidos os direitos... à reserva da vida privada e familiar...”. A este nível importa, contudo, salientar que o conceito de privacidade e/ou de intimidade é dotado de “plasticidade”, com o que se quer significar que o respectivo âmbito é primacialmente delimitado não só pela pessoa concreta a que está associado, como também pela própria conduta dessa pessoa e circunstâncias que a rodeiam.

Note-se que o artigo expressamente exige um **dolo específico** do agente, consubstanciado na “*intenção de devassar a vida privada das pessoas*”. Paralelamente, registre-se que o crime de devassa da vida privada é um **crime de dano**, pois presume, em todas as suas modalidades, a efectiva violação do bem jurídico tutelado, salientando-se também que (contrariamente ao que sucede nos crimes contra a honra) a veracidade dos factos devassados não isenta o agente de responsabilidade penal²⁴⁴.

Sendo seguro que o consentimento do titular do direito exclui a tipicidade, um apontamento de reflexão, necessariamente breve, para a solução consagrada no n.º 2 do preceito ora em referência, que atribui eficácia justificativa à prossecução de “interesse público legítimo e relevante”.

Como resulta da própria formulação legal tal solução apenas se reporta às situações em que o agente divulga factos relativos à vida privada ou a doença da pessoa “atingida” – assim não podendo, em caso algum, ser posta em causa a intimidade dessa mesma pessoa²⁴⁵ – exigindo-se também que o fim prosseguido pelo agente seja um interesse público²⁴⁶ não só legítimo como relevante,

²⁴⁴ Neste mesmo sentido pronuncia-se Manuel da Costa Andrade – cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 733.

²⁴⁵ Na verdade, a lei penal portuguesa presta homenagem à *teoria dos três graus ou das três esferas*, que distingue entre uma *área de publicidade*, uma *esfera de privacidade* (variável em função do estatuto social da pessoa) e uma *esfera de intimidade*, sendo que esta constitui “a última e inviolável área nuclear da liberdade pessoal”, que é reconhecida a todas as pessoas, qualquer que seja o respectivo estatuto ou condição, assim não comportando qualquer ponderação de interesses, nomeadamente em função de um critério de proporcionalidade – cfr. Manuel da Costa Andrade, op. cit., pag. 729.

²⁴⁶ Contrariamente ao que sucede, por exemplo, com o que sucede com os crimes de difamação e de injúria, em que a conduta do agente não é punível quando o mesmo vise realizar “interesses legítimos” (cfr. artigo 180º, nº 2, al. b), e 181º, nº 2) interesses esses que podem ser particulares.

importando a este propósito reter que, conforme afirma Manuel da Costa Andrade, “a justificação a título de prossecução de interesses legítimos pressupõe ainda o respeito das exigências da **idoneidade, proporcionalidade e necessidade...**”²⁴⁷.

Tal como sucede com os crimes anteriormente referidos, também a moldura penal será agravada de 1/3 nos seus limites mínimo e máximo, se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social, de harmonia com o disposto no artigo 197º.

O normativo ora em referência corresponde ao anterior artigo 180º (*Intromissão na vida privada*) sublinhado-se as seguintes alterações: a pena de prisão cominada no actual n.º 1 é de prisão até um ano ou de multa até 240 dias, quando anteriormente a pena cominada era de prisão até 1 ano e multa até 60 dias, e foi eliminado o anterior n.º 2, cuja matéria se encontra actualmente no artigo 198º.

4 – DEVASSA POR MEIO DE INFORMÁTICA

Dispõe o n.º 1 do artigo 193º do Código Penal que “quem criar, mantiver ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à filiação partidária ou sindical, à vida privada, ou a origem étnica, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que “a tentativa é punível”.

Verifica-se, antes do mais, que o preceito ora em referência é tributário do artigo 35º, n.º 3, da Constituição da República que dispõe expressamente que “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”²⁴⁸.

Atendendo, para além do mais, à conformação constitucional acima indicada acompanha-se Damião da Cunha quando refere que “... o bem jurídico protegido pelo tipo legal é um bem jurídico **supra-individual** (exactamente a interdição

²⁴⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 736/740.

²⁴⁸ Sobre esta matéria importa também ter presente a Lei nº 10/91, de 29 de Abril, que aprova o regime de Protecção de dados pessoais face à informática, com as alterações decorrentes da Lei nº 28/94, de 28 de Agosto (Medidas de reforço da protecção de dados pessoais).

absoluta do tratamento informático daqueles conteúdos)” assim como quando afirma que “o crime é, em si, um **crime de dano**”²⁴⁹.

O crime em apreço é um **crime doloso**, admitindo o dolo em qualquer das conformações previstas no artigo 14º, e sendo configuráveis situações de tentativa (nomeadamente no que concerne à criação de ficheiros contendo elementos indicados na previsão normativa), as mesmas serão puníveis por força do disposto no n.º 2⁵⁰.

Conforme assinalam Simas Santos e Leal-Henriques²⁵¹ “a presente disposição tem em vista acautelar os riscos decorrentes da utilização das novas tecnologias, com as largas possibilidades que oferecem de devassa da intimidade pessoal de cada um”.

Também no que concerne a este crime resulta do artigo 197º que a respectiva moldura pena sofrerá agravação de 1/3 nos seus limites mínimos e máximo, se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social. Atente-se, todavia, que, em sentido contrário e de forma assertiva se pronuncia Damião da Cunha, para quem “a solução mais correcta... é a **de interpretar correctamente a agravação prevista no artigo 197º, não considerando tal agravação aplicável ao artigo 193...**”²⁵² (destaque meu).

O artigo em referência corresponde ao anterior artigo 181º (que se intitulava de forma idêntica), aqui apenas se sublinhando as seguintes alterações: alterou-se a pena que anteriormente era de prisão até 1 ano ou de multa até 60 dias, podendo ser de prisão até 2 anos nos casos previstos no anterior n.º 2 (isto é nos casos em que o agente processasse ou mandasse processar “dados de carácter pessoal referentes a convicções políticas, religiosas, filosóficas bem como outras atinentes à privacidade, em infracção à lei”).

5 – VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA OU DE TELECOMUNICAÇÕES

Nos termos do nº1 do artigo 194º do Código Penal, “quem, sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro escrito que se encontre fechado e lhe não seja dirigido, ou tomar conhecimento, por processos técnicos, do seu

²⁴⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 744/745.

²⁵⁰ Na verdade, a não existir esta norma, as tentativas de prática do crime em apreço não seriam puníveis atento o disposto no artigo 23º, nº 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

²⁵¹ Cfr. *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 381.

²⁵² Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 750/751.

conteúdo, ou impedir, por qualquer modo, que seja recebida pelo destinatário, é punido pena de multa até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Na mesma pena incorre, também, “quem, sem consentimento, se intrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento” – cfr. n.º 2 do mesmo normativo – assim como “quem, sem consentimento, divulgar o conteúdo de cartas, encomendas, escritos fechados, ou telecomunicações a que se referem os números anteriores” – cfr. respectivo n.º 3.

Com o preceito normativo concede-se, pois, tutela penal à inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações^{253,254}, independentemente do *segredo*, inviolabilidade essa que, conforme se assinalou anteriormente, merece expressa consagração constitucional, sendo a Constituição da República peremptória ao afirmar que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal²⁵⁵” – cfr. artigo 34º, n.º 4.

Sublinhe-se que, para além da tutela do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação, o presente artigo proíbe também toda a ingerência na correspondência ou telecomunicações (vedando qualquer interferência no normal curso da correspondência ou a realização de intercepções telefónicas, por exemplo) proibindo igualmente a divulgação do conteúdo da correspondência ou telecomunicações alheias.

A este propósito assinalam Vital Moreira e Gomes Canotilho²⁵⁶ que “o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa a pessoa (cartas postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita, e todas as telecomunicações (telefone, telegrama, telefax, etc.)”, sendo que “a garantia de sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o «tráfego» como tal (espécie, hora, duração, intensidade de

²⁵³ Refira-se que tal tutela é concedida também pelo artigo 384º, intitulado *Violação do segredo de correspondência ou de telecomunicações*, o qual, contrariamente ao preceito aqui analisado, apenas pode ser cometido por “funcionário de serviços dos correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações...”.

²⁵⁴ A este nível importa reter que a própria lei (cfr. artigo 1º, nº 2, da Lei nº 88/89, de 11 de Setembro) estabelece que por “telecomunicações entende-se a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fios, meios radioeléctricos, ópticos ou outros sistemas electromagnéticos”.

²⁵⁵ Sobre esta matéria específica regem, nomeadamente, os artigos 179º (*apreensão de correspondência*), 187º (*escutas telefónicas*) e 188º a 190º do Código de Processo Penal, de 1987.

²⁵⁶ Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, anotação ao artigo 34º.

utilização)”; acrescentam ainda os mesmos autores que “o direito ao sigilo da correspondência e restantes comunicações privadas implica não apenas o direito de que ninguém as viole ou devasse mas também o direito de que terceiros que a elas tenham acesso as não divulguem”.

Note-se que, em relação a todos os casos acima assinalados, a ilicitude cessa havendo consentimento, quer seja consentimento do próprio titular do direito em causa, quer seja consentimento judicial, a conceder no estreito respeito das normas processuais respectivas.

Note-se, igualmente, que em qualquer das modalidades de actuação do agente, o crime em apreço é um **crime doloso**, sendo suficiente o dolo eventual.

Também no que concerne a este crime, a respectiva moldura pena sofrerá agravação de 1/3 nos seus limites mínimo e máximo se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social – cfr. artigo 197º.

O artigo em referência corresponde ao anterior artigo 182º (que se intitulava *Violação do segredo de correspondência ou de telecomunicações*) aqui se salientando a significativa agravação da pena, que anteriormente era de prisão até 6 meses e de multa até 50 dias; destaca-se também a substituição, no n.º 2, da anterior expressão “comunicação telefónica ou telegráfica” pela expressão “telecomunicação”, que é mais abrangente, assim se tendo em conta os progressos técnicos registados neste domínio, que permitem novos processos de transmissão de dados e/ou sinais; de igual modo a “divulgação do conteúdo” da comunicação deixou de ser uma mera circunstância agravante tendo passado a constituir fundamento da própria ilicitude e punibilidade.

6 – VIOLAÇÃO DE SEGREDO

Dispõe o artigo 195º do actual Código Penal português que “quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Conforme resulta da simples leitura deste artigo, com o mesmo concede-se tutela penal ao *segredo* – isto é, ao facto que apenas é conhecido de um número reduzido de pessoas, independentemente da matéria sobre a qual o mesmo versa, ou dos motivos que levam a que o respectivo titular tenha interessa na sua não

divulgação pública – assim obrigando a lei, salvo consentimento, a que as pessoas que obtiverem conhecimento do facto confidencial através, ou por causa, do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, à reserva do segredo profissional; resulta assim também nítida a conclusão de que o crime aqui em apreço é um **crime específico próprio**, que apenas pode ser cometido por um estreito leque de pessoas – note-se, todavia, que, conforme refere Manuel da Costa Andrade, “... o segredo profissional se **comunica** aos respectivos empregados, auxiliares, estagiários, estudantes (de medicina), etc., que, por causa do seu ofício, tomem conhecimento de factos cobertos pelo segredo”²⁵⁷.

Importa também realçar que o crime em referência é um **crime doloso**, admitindo o dolo em qualquer das conformações referidas no artigo 14º.

Também nestes casos, a pena sofrerá agravação de 1/3 nos seus limites mínimo e máximo se o facto for praticado para obter enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou através da comunicação social – cfr. artigo 197º.

Corresponde o artigo em referência ao anterior artigo 184º (*Violação do segredo profissional*) apontando-se aqui apenas as seguintes alterações: restringiu-se o processo executivo, já que agora apenas releva a situação de “revelar segredo alheio” e não o “revelar ou se aproveitar de um segredo”, sendo a pena anteriormente cominada a de prisão até 1 ano ou de multa até 240 dias, quando anteriormente era de prisão até 1 ano e multa até 120 dias.

7 – APROVEITAMENTO INDEVIDO DE SEGREDO

Nos termos do disposto no artigo 196º do actual Código Penal português “quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial ou profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Como resulta do próprio texto do artigo, a tutela pelo mesmo conferida respeita apenas ao segredo relativo a *actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia*, sendo necessário que esse segredo “contenha em si *vantagens económicas* susceptíveis de serem (indevidamente) exploradas pelo agente”, pelo que “a **conduta típica** consiste na *exploração económica do valor contido no segredo*, com vista

²⁵⁷ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 786.

à obtenção de ganhos materiais para o agente ou para outrem. E uma exploração por outro processo que não a *divulgação do segredo*²⁵⁸.

Tal como sucede com o crime anteriormente analisado também o crime agora em apreço é um **crime específico próprio**, só podendo ser seus autores as pessoas sujeitas a sigilo profissional (sendo que a exigência normativa do segredo se referir à *actividade comercial, industrial ou profissional ou artística alheia* restringe, necessariamente, os segredos relevantes para efeitos da previsão típica).

Embora o crime em referência seja **doloso**, acompanha-se Costa Andrade quando afirma que “em princípio e para a generalidade dos elementos da factualidade típica, será bastante o dolo **eventual**. Só não será assim em relação às *vantagens* prosseguidas pelo autor. Uma vez que *aproveitar-se* significa aqui procurar retirar ganhos (para si ou para terceiro), estes ganhos ou vantagens terão de ser representados ou queridos para além do *dolo eventual*”²⁵⁹.

Note-se que o presente artigo não tinha correspondente na versão de 1982 do Código Penal.

8 – AGRAVAÇÃO

Nos termos do disposto no artigo 197º, “as penas previstas nos artigos 190º a 195º são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o facto for praticado:

- a) para obter recompensa ou enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado; ou
- b) através de meio de comunicação social”.

Duas brevíssimas palavras quanto às circunstâncias agravantes referidas neste preceito:

- a) a primeira é a de que para que a agravação referida na alínea a) tenha aplicação não é necessário que o benefício (do agente ou de terceiro), ou o prejuízo (de terceiro ou do Estado) se concretizem, bastando que o agente actue animado de tal intenção;
- b) a segunda é a de que a alínea b) mais não representa que um aumento da tutela concedida em função do agravamento da danosidade social da conduta do agente quando cometida através de meio da comunicação social, atento o respectivo efeito amplificador da lesão provocada ao(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s).

²⁵⁸ Cfr. Manuel da Costa Andrade – *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pp. 806/807.

²⁵⁹ Cfr. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, Tomo I, pag. 809.

O presente artigo corresponde ao anterior artigo 197º, embora a agravação corresponda a um novo elenco de crimes; paralelamente o efeito agravativo foi diminuído, pois passou a ser de 1/3, quando na versão original era de 1/2, tendo também sido acrescentada a matéria constante da actual alínea b).

9 – QUEIXA

Conforme estatuído no artigo 198º do Código Penal “salvo no caso do artigo 193º, o procedimento criminal pelos crimes previstos no presente capítulo depende de queixa ou de participação”.

Assim sendo, e ressalvado o crime de devassa por meio de informática, que reveste a natureza de crime público, todos os crimes acima referidos são crimes semi-públicos, estando o respectivo procedimento criminal dependente de queixa ou participação por parte dos titulares do direito de queixa – cfr. artigos 113º a 116º do Código Penal e artigo 49º e ss. do Código de Processo Penal.

Note-se que a norma em referência não tinha correspondência directa na versão de 1982 do Código Penal, pese embora congregue num único artigo normas anteriormente dispersas por vários preceitos.

10 – CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO:

O capítulo III do Capítulo II – Dos crimes contra o património – do Livro II – Parte Geral – do actual Código Penal português, intitula-se *Dos crimes contra o património em geral*, englobando os seguintes crimes:

- a) burla (ar. 217º);
- b) burla qualificada (art. 218º);
- c) burla relativa a seguros (art. 219º);
- d) burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (art. 220º);
- e) burla informática e nas comunicações (art. 221º);
- f) extorsão (art. 222º);
- g) extorsão de documento (art. 223º);
- h) infidelidade (art. 224º);
- i) abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º); e
- j) usura (art. 226º).

Sendo todos estes crimes dirigidos contra o património, acompanha-se Simas Santos e Leal-Henriques quando afirmam que “podem definir-se os *crimes contra o património* como a espécie de ilícito penal que põe em risco ou ofende qualquer

bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público. O seu carácter económico, o seu valor traduzível em dinheiro constituem a nota predominante do elemento patrimonial²⁶⁰; mas, como salienta Nelson Hungria, “cumpre advertir que, por extensão, também se dizem patrimoniais aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (valor de afeição) para o seu proprietário”²⁶¹.

Assim sendo, o conceito mais adequado de património será aquele que se baseia numa “concepção **económica-jurídica**, que reconduz o património ao conjunto de todas as “situações” e “posições” com valor económico, detidas por uma pessoa e protegidas pela ordem jurídica ou, pelo menos, cujo exercício não é desaprovado por essa mesma ordem jurídica”²⁶².

Retenha-se que no presente texto apenas nos iremos debruçar sobre os seguintes tipos cometidos com recurso à fraude: crime de burla, burla agravada, burla informática e nas comunicações, e crime de abuso de cartão de garantia ou de crédito.

11 – BURLA

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 217º do Código Penal português “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que “a tentativa é punível”²⁶³, enquanto o n.º 3 do mesmo normativo dispõe que “o procedimento criminal depende de queixa”, ou seja, estamos perante um crime semi-público.

Por sua vez, dispõe o n.º 4 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º”, assim conferindo

²⁶⁰ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 423.

²⁶¹ *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, VII, pag. 8, *apud* Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 423.

²⁶² Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 279 e ss..

²⁶³ Note-se que a não existir esta disposição a tentativa de burla não seria punível, atenta moldura penal cominada no n.º 1 e o disposto no artigo 23º, n.º 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

relevo à restituição ou reparação²⁶⁴, atribuindo natureza particular ao crime em determinados casos²⁶⁵.

Conforme resulta da própria estrutura do tipo, são os seguintes os elementos constitutivos do crime de burla:

- a) intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo;
- b) uso de erro ou engano sobre factos, astuciosamente provocado;
- c) para determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo patrimonial.

Analisando o elemento “intenção de obter um enriquecimento ilegítimo”, resulta nítida a conclusão de que o agente do crime de burla tem de visar obter, para si próprio ou para terceiro, um enriquecimento não devido, referindo Simas Santos e Leal-Henriques que “esse enriquecimento ilegítimo pode ocorrer por diversas formas: mediante um aumento patrimonial dos bens de terceiro ou do agente (v.g. o agente, usando o conto do vigário, obtém a entrega de dinheiro por parte do burlado); mediante uma diminuição do passivo patrimonial do agente ou de terceiro (o agente leva outrem a satisfazer uma dívida sua, persuadindo-o que lhe pertencia satisfazê-la); mediante a poupança de despesas, que são satisfeitas pelo lesado (o agente, devedor de alimentos a outrem, leva o sujeito passivo a satisfazer esses alimentos no convencimento de que é ele o titular dessa obrigação alimentar)”²⁶⁶. Essencial é, sempre, que o enriquecimento obtido não corresponda, objectiva ou subjectivamente, a qualquer direito.

Já no que concerne ao elemento “uso de erro ou de engano, astuciosamente provocado”, importa realçar que aqui tanto cabe a mentira que provoca no lesado uma falsa representação da realidade, sendo essa mentira intencionalmente utilizada pelo agente do crime como forma de provocar essa “ilusão” no lesado, como também caberão as situações em que o agente dolosamente se silencia, aproveitando uma situação de erro (da qual, ele agente, bem se apercebe) preexistente por parte do lesado (ou seja, nestes casos o agente, não obstante se

²⁶⁴ Na verdade, dispõe o nº 1 do artigo 206º que “quando a coisa furtada ou ilegitimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do dano causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, adiantando o nº 2 do mesmo normativo que “se a restituição ou reparação forem parciais, a pena pode ser especialmente atenuada”. Naturalmente que havendo lugar á atenuação especial da pena se devem seguir os critérios fixados no artigo 73º do Código Penal.

²⁶⁵ Efectivamente, resulta da alínea a) do artigo 207º que “o procedimento criminal depende de acusação particular se o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges”.

²⁶⁶ *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pp. 539/540.

aperceber do erro já existente, causa a sua persistência, prolonga-o, assim obstando a que a vítima saia daquele engano)²⁶⁷.

No que se refere ao elemento “prática de actos que causem um prejuízo patrimonial”, importa referir que deve existir uma perfeita e sucessiva relação de causa-efeito entre a conduta enganosa ou astuciosa e a prática de actos que causem, ao enganado ou a um terceiro, um efectivo prejuízo patrimonial, e se normalmente existe uma relação de correspondência entre o valor do aumento patrimonial obtido pelo agente do crime (para si ou para terceiro) e o valor do prejuízo causado (à vítima ou a terceiro) bem pode acontecer, também, que tais valores não sejam equivalentes, nomeadamente sendo superior o prejuízo causado.

Note-se, também, que é perfeitamente possível que a pessoa enganada não seja a mesma pessoa que sofre o prejuízo patrimonial, assim devendo ser considerada vítima, ou sujeito passivo, em tais casos, a pessoa que efectivamente suporta o prejuízo patrimonial.

Conforme resulta da própria estrutura do tipo, o crime de burla é um **crime doloso**, sendo a negligência afastada pela exigência do próprio tipo de que o erro ou engano sejam astuciosamente causados, e é um **crime de dano**, que só se consuma com a ocorrência de um prejuízo efectivo no património do sujeito passivo da infracção ou de terceiro. Igualmente claro se torna que a burla é um **crime de execução vinculada**, em que a lesão do bem jurídico tem de ocorrer por via da “utilização de um comportamento enganoso tendente a induzir outra pessoa num erro que, por seu turno, a leva a praticar actos de que resultam prejuízos patrimoniais próprios ou alheios”²⁶⁸.

A norma em referência corresponde, no essencial, ao artigo 313º na versão de 1982, embora seja de destacar que a punição é distinta: actualmente é cominada pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, quando anteriormente apenas era prevista pena de prisão até 3 anos.

²⁶⁷ Neste mesmo sentido veja-se, a título meramente exemplificativo, o Acórdão da Relação do Porto, de 5 de Março de 1986, *in* *BMJ* n.º 355, pag. 433, no qual se lê que “para que se verifique o crime de burla... não é necessário que o erro ou engano sejam provocados por um comportamento activo do agente, por palavras ou actos, podendo também ser provocados por um comportamento passivo”.

²⁶⁸ Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 293.

12 – BURLA QUALIFICADA

Dispõe o n.º 1 do artigo 218º do Código Penal que “quem praticar o facto previsto no n.º 1 do artigo anterior é punido, se o prejuízo patrimonial for de valor elevado, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias”.

Já de harmonia com o n.º 2 do mesmo normativo, “a pena é a de prisão de 2 a 8 anos se:

- a) o prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado;
- b) o agente fizer da burla modo de vida; ou
- c) a pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.

Por sua vez, dispõe o n.º 3 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º”, ou seja (e à semelhança do que sucede com o “crime base”) é dado relevo à restituição ou reparação²⁶⁹.

Falando a lei em *valor elevado* e *valor consideravelmente elevado*, verifica-se que tais conceitos têm de ser preenchidos com base nos critérios fixados no artigo 202º, assim se considerando *valor elevado* “aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto” – cfr. alínea a) do artigo 202º – enquanto *valor consideravelmente elevado* será “aquele que exceder 200 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto” – cfr. alínea b) do mesmo artigo.

Já no que concerne ao conceito de *burla como modo de vida* o critério legal aponta no sentido, para que esta qualificativa se torne operante, de que o agente do crime se deve dedicar, se não de forma profissional, pelo menos de forma habitual ao crime de burla, ou seja, corresponderá, de alguma aos casos em que o agente “vive de expedientes”, assim se entregando de forma habitual à burla.

Neste sentido, e a propósito de idêntica qualificativa relativa ao crime de furto (cfr. al. h) do n.º 1 do art. 202º), refere Faria Costa que “... não é absolutamente preciso que o delinquente se dedique, de jeito exclusivo, aos furtos para que se possa dizer que dessa prática faz modo de vida. Bem pode ter uma profissão socialmente visível – o que não poucas vezes até facilita a actividade ilícita que se realiza às ocultas – e, mesmo assim, poder considerar-se que a série de furtos que pratica seja determinante para que se possa concluir que ele disso – isto é, desse pedaço da vida – faça também um modo de vida”²⁷⁰.

²⁶⁹ Situações que conduzem ou podem conduzir à atenuação especial da pena, que, a ter lugar, deve ser efectuada tendo em atenção o regime fixado no artigo 73º do Código Penal.

²⁷⁰ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 71.

Quanto à circunstância referida na alínea c) do n.º 2 do artigo em referência, isto é, quando a pessoa prejudicada ficar em *difícil situação económica* importa realçar que, em tais casos, mais que o montante da burla em si (ou melhor, mais que o montante do prejuízo abstracto provocado) importa é a concreta situação patrimonial da pessoa prejudicada, analisando tal situação antes e depois do prejuízo sofrido, pois bem pode acontecer que uma burla de montante abstracto diminuto seja, em concreto e atenta a anterior precária situação económica da pessoa prejudicada, “dramática”.

Confrontando o actual regime com a versão de 1982, verifica-se que o n.º 2 do artigo em apreço corresponde ao anterior artigo 314º (*Burla agravada*), sendo novo o actual n.º 1; na verdade, a actual técnica legislativa traduz-se na consagração de um crime de burla simples (artigo 217º), de um crime de burla qualificada (artigo 218º, n.º 1) e de um crime de burla especialmente qualificada (artigo 218º, n.º 2). Refira-se, também, que a pena actualmente cominada no n.º 2 do artigo 218º é distinta nos seus limites mínimo (dois anos de prisão) e máximo (prisão até 8 anos) da cominada no anterior artigo 314º (prisão de 1 a 10 anos).

13 – BURLA INFORMÁTICA E NAS COMUNICAÇÕES

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 221º²⁷¹ do Código Penal “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causar a outra pessoa prejuízo patrimonial, interferindo no resultado de tratamento de dados ou mediante estruturação incorrecta de programa informático, utilização incorrecta ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou intervenção por qualquer modo não autorizada no processamento, é punido com pena e prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

De harmonia com o n.º 2 do normativo em referência, “a mesma pena é aplicável a quem, com intenção de obter para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, causar a outrem prejuízo patrimonial, usando programas, dispositivos electrónicos ou outros meios que, separadamente ou em conjunto, se destinem a diminuir, alterar ou impedir, total ou parcialmente, o normal funcionamento de serviços de telecomunicações”.

Dispõe o n.º 3 do mesmo normativo que “a tentativa é punível”²⁷², sendo que, de harmonia com o estatuído no respectivo n.º 4, os crimes acima referidos têm natureza semi-pública, pois que “o procedimento criminal depende de queixa”.

²⁷¹ Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, que alterou também a epígrafe deste artigo.

²⁷² Note-se que a não existir esta disposição a tentativa de burla não seria punível, atenta moldura penal cominada nos nºs 1 e 2 e o disposto no artigo 23º, nº 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

Nos termos do n.º 5 do mesmo artigo “se o prejuízo for:

- a) de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias;
- b) de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”.

Por sua vez, dispõe o n.º 6 da mesma norma que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º”, ou seja, também aqui é dado relevo à restituição ou reparação²⁷³.

Analisando o preceito ora em apreço, verifica-se que o mesmo contempla dois delitos distintos: o **crime de burla informática** (cfr. n.º 1) e o **crime de burla nas comunicações** (cfr. n.º2, aditado ao preceito original pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro).

Em relação ao **crime de burla informática** impõe-se afirmar que apesar de o n.º 1 conter um elenco de condutas aparentemente “tabelador” das actuações que poderiam ser subsumidas a este tipo de crime, verifica-se que tal enunciação é meramente exemplificativa em resultado da referência à “intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento”, constante da parte final daquela enumeração.

Paralelamente, e ao contrário do tipo base de burla, nestes casos o agente não provoca nenhum engano que leva o sujeito passivo ou a vítima à prática de actos de diminuição patrimonial, sendo que a burla informática se caracteriza por consistir num “atentado directo ao património, i.e., num processo executivo que não contempla, de permeio, a intervenção de qualquer outra pessoa e cuja única peculiaridade reside no facto de a ofensa ao bem jurídico se observar através da utilização de meios informáticos”²⁷⁴.

Por sua vez, e já no que tange ao crime de **burla nas telecomunicações** verifica-se que o mesmo prescinde também de qualquer intervenção do sujeito passivo ou do lesado, resultante de erro provocado pelo agente, assim praticando actos que lhes causem (ao sujeito passivo ou ao lesado) um prejuízo patrimonial. Também nestes casos, na verdade, é a conduta do agente que directa e isoladamente (através de uma das formas enunciadas no tipo ou através de qualquer outro meio, atenta a

²⁷³ Situações que conduzem ou podem conduzir à atenuação especial da pena, que, a ter lugar, deve ser efectuada tendo em atenção o regime fixado no artigo 73º do Código Penal.

²⁷⁴ Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 330.

expressão “outros meios que, separadamente ou em conjunto... se destinem a ...”) releva, na medida em que ele é o único “dominus” do processo executivo, sendo a vítima, as mais das vezes, confrontada com o resultado da conduta do agente apenas no momento em que este se produz.

Note-se também que – à semelhança, aliás, do que sucede com o crime de burla informática em que igualmente se requer a intenção de obter (para o agente ou para terceiro) um enriquecimento indevido – o crime se consuma quando se verifica o prejuízo da vítima, independentemente da efectiva verificação do benefício económico do agente ou de terceiro.

O preceito ora em apreço não tinha correspondência no texto anterior.

14 – ABUSO DE CARTÃO DE GARANTIA OU DE CRÉDITO

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 225º do actual Código Penal português “quem, abusando da possibilidade, conferida pela posse de cartão de garantia ou de crédito, de levar o emitente a fazer um pagamento, causar prejuízo a este ou a terceiro é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

De harmonia com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo “a tentativa é punível”, tendo o crime em análise natureza semi-pública, pois que o n.º 3 da norma em referência dispõe que “o procedimento criminal depende de queixa”.

Por sua vez, dispõe o n.º 4 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º”, assim conferindo relevo à restituição ou reparação²⁷⁵, e atribuindo natureza particular ao crime em determinados casos²⁷⁶.

²⁷⁵ Conforme se referiu anteriormente, dispõe o n.º 1 do artigo 206º que “quando a coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do dano causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, adiantando o n.º 2 do mesmo normativo que “se a restituição ou reparação forem parciais, a pena pode ser especialmente atenuada”. Naturalmente que havendo lugar á atenuação especial da pena se devem seguir os critérios fixados no artigo 73º do Código Penal.

²⁷⁶ Efectivamente, resulta do artigo 207º que “o procedimento criminal depende de acusação particular se o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges” – cfr. alínea a) – ou se “a coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for de valor diminuto e destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou de outra pessoa mencionada na alínea a)” – cfr. alínea b). Referindo-se a lei ao conceito de “valor diminuto”, verifica-se que o mesmo corresponde àquele que “não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto”, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 202º.

Nos termos do n.º 5 da mesma norma “se o prejuízo for:

- a) de valor elevado²⁷⁷, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias;
- b) de valor consideravelmente elevado²⁷⁸, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”,

sendo que a tais casos “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º”, conforme estatui o n.º 6 da norma em referência, ou seja também a restituição ou reparação podem relevar.

Analisando o crime ora em referência verifica-se que o mesmo exige a *posse* de um cartão de garantia ou de crédito, assim importando precisar estes conceitos: se o *cartão de garantia*, na sua versão originária, é um cartão que, apresentado conjuntamente com um cheque, garante o efectivo pagamento deste pela entidade sacada, ou seja, é um cartão que cauciona a utilização de cheques pelo seu titular²⁷⁹, já o *cartão de crédito* é aquele que permite ao seu titular “adquirir bens e serviços cujo pagamento é assegurado pela actuação intermediadora do emissor que se substitui junto do comerciante, e cujo reembolso é diferido, podendo eventualmente ser escalonado em prestações mensais mediante o pagamento de juros”²⁸⁰.

Essencial é, pois, que o agente do crime tenha a posse de qualquer um desses cartões, assim abusando da possibilidade que tem de levar o respectivo emitente a fazer um pagamento – desta forma o crime em apreço é um **crime comum**, podendo ser praticado por qualquer pessoa, quer essa pessoa seja o titular do cartão, quer seja uma pessoa que, legítima ou ilegitimamente, o possua.

Assim sendo, e pressupondo o crime em análise que o agente, possuidor de cartão de garantia ou crédito “abuse da possibilidade de levar a entidade emitente a fazer um pagamento”, importa distinguir os casos em que tal conduta é levada a cabo

²⁷⁷ De harmonia com o disposto na alínea a) do artigo 202º, considera-se *valor elevado* aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.

²⁷⁸ De harmonia com o disposto na alínea b) do artigo 202º, considera-se *valor consideravelmente elevado* aquele que exceder 200 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.

²⁷⁹ Importa referir que o valor dos cheques que a instituição emitente do cartão de garantia se obriga a pagar é pré-determinado no contrato de emissão, assim podendo ser (e sendo, efectivamente) variável em função do “perfil comercial” do respectivo cliente; como nota curiosa refira-se que a redacção inicialmente proposta para este artigo falava em “cartão de cheques” e não “cartão de garantia” – cfr. *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 39, pag. 450.

²⁸⁰ Cfr. Joana de Vasconcelos, in “Revista de Direito e de Estudos Socais”, apud J. M. Damião da Cunha no *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 375/377.

pelo legítimo possuidor daquele(s) cartão(ões) dos casos em que é perpetrada por uma outra pessoa. Assim, e na primeira das situações ora referidas verificar-se-á, desde logo, a violação das regras acordadas entre a instituição emitente quando da emissão daquele cartão e o agente do crime, sendo pois, essencial aferir as condições constantes do contrato de emissão para se aferir se a situação em apreço constitui, ou não, uma situação de “abuso”. Já nos casos em que o agente do crime não é o titular daquele cartão (de garantia ou de crédito), e não é igualmente uma pessoa por este autorizada (mesmo contra as regras do contrato de emissão²⁸¹) a utilizar o cartão – situação recorrente, por exemplo, quando do furto ou roubo do cartão – tal situação corresponderá, muitas vezes, à prática de um crime de burla, referindo a este propósito Damiano da Cunha que “... uma vez que a redacção típica do art. 225^o é menos exigente que a do crime de burla (aliás, esta foi uma das razões para a sua criação) parece claro – a despeito da identidade do regime punitivo – que toda a conduta abusiva de utilização do cartões de crédito ou de garantia deve, em princípio, ser subsumida ao presente artigo que, neste sentido, constitui uma *lex specialis* em relação ao crime de burla”²⁸².

Importa ainda realçar que, para que se verifique o crime aqui em apreço, é necessário que do abuso resulte um prejuízo – patrimonial – para a entidade emitente ou para um terceiro. Note-se que quando o abuso for cometido pelo legítimo titular do cartão, o prejuízo será, à partida, da respectiva entidade emitente (banco ou entidade financeira, na grande maioria dos casos). Todavia, quando a conduta típica for levada à prática por um terceiro, esse prejuízo tanto poderá ser da mesma entidade, como do comerciante perante o qual o cartão foi (abusivamente) utilizado, como do próprio titular do cartão, aqui sendo determinantes as próprias regras constantes do respectivo contrato de emissão (nomeadamente as respeitantes às obrigações de comunicação de extravio); a este propósito importa também referir que tendo já muitos cartões de crédito associados um seguro que garante os pagamentos efectuados nos casos, por exemplo, de extravio, furto ou roubo, bem pode acontecer que o prejuízo seja, afinal, suportado por uma outra entidade que as anteriormente referidas, isto é, pela seguradora respectiva – sublinhe-se que, ainda nestes casos e pese embora tais seguros sejam frequentemente efectuados por uma seguradora pertencente ao

²⁸¹ Situação que ocorrerá, normalmente, no âmbito das *relações familiares* (ou mais restritivamente, em certos casos de *relações de confiança*), e que pese embora constitua uma violação das regras do contrato de emissão do cartão (que, por via de regra, estipulam que o mesmo é *peçoal e intransmissível*) não serão subsumíveis ao crime em apreço, pois que, de facto, não haverá abuso e muito menos prejuízo patrimonial, (pois que, em princípio e no que concerne ao cartão de crédito, o titular do cartão honrará o pagamento dos valores em causa); caso assim não suceda, ou seja, caso a pessoa em questão extravase os direitos correspondentes à posse daquele(s) cartão(ões), a solução tem de seguir as mesmas regras a que o respectivo titular se encontra sujeito.

²⁸² Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 381.

grupo financeiro em que se integra a entidade emitente do cartão, nítido é que a seguradora em questão constitui uma pessoa jurídica distinta e autónoma da entidade emitente do cartão.

Retenha-se finalmente que, conforme resulta do exposto, o crime em referência é um **crime de dano**.

Sendo novo, o preceito em referência não tinha correspondência na versão de 1982 do Código Penal.

15 – BRANQUEAMENTO DE CAPITALS

A Lei n.º 11/2004, de 27 de Março²⁸³, estabelece o novo regime de prevenção e de repressão do branqueamento de capitais, cuja incriminação passa a constar do artigo 368º-A do Código Penal (sendo, do mesmo passo, revogados o artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, assim como o D.L. 313/93, de 12 de Janeiro, e o D.L. 325/95, de 2 de Dezembro).

Antes de analisar o regime legal ora em vigor, importa precisar, ainda que de forma muito breve, as características do fenómeno vulgarmente designado por branqueamento de capitais²⁸⁴.

Assim, e colocando a tónica no facto de que o branqueamento de capitais, numa perspectiva meramente operativa, será “**o processo de ocultação de bens de origem delituosa** de forma a dar-lhes uma aparência final de legitimidade”, Isidoro Blanco Cordero²⁸⁵ chega à definição de que o branqueamento de capitais “é o processo através do qual os bens de origem delituosa se integram no sistema económico legal, com a aparência de terem sido obtidos de forma lícita”²⁸⁶.

²⁸³ Publicada no Diário da República, nº 74, Série I-A, e que tem a vantagem de englobar num único diploma toda o regime relativo à prevenção do branqueamento de capitais. Registe-se, também, que a Lei referida foi objecto da Declaração de Rectificação nº 45/2004, (publicada no DR nº 132, I Série-A, de 5 de Junho de 2004), tendo sido já alterada pela Lei nº 27/2004, de 16 de Julho.

²⁸⁴ Para uma melhor concretização deste fenómeno, vejam-se, entre outros Jorge Dias Duarte, *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro e a normativa internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, Jorge Fernandes Godinho, *Do crime de «branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, assim como Nuno Brandão, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra Editora, 2002.

²⁸⁵ *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, pag. 99 a 101.

²⁸⁶ Definição, afinal, muito próxima da adoptada em 1984 pela então constituída Comissão Presidencial dos EUA sobre Criminalidade Organizada, segundo a qual o branqueamento é “o processo através do qual se esconde a existência, a fonte ilegal ou a utilização ilegal de proventos, e depois se disfarçam esses proventos de forma a dar-lhes a aparência de legítimos” – cfr. *President’s Commission on Organized Crime, “The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering. Interim Report to the President and the Attorney General”*, Washington D.C., 1984.

Em idêntico sentido pronuncia-se Juana Del Carpio Delgado²⁸⁷, para quem o branqueamento, lavagem ou reciclagem de bens, de capitais ou simplesmente de dinheiro, é “todo o processo através do qual se procura ocultar a origem criminosa dos bens para poder incorporá-los na circulação ou tráfico económico”.

Por sua vez, Diego J. Gómez Iniesta²⁸⁸ define o branqueamento de bens ou capitais como “aquela operação através da qual o dinheiro, de origem sempre ilícita (procedente de ilícitos que revestem especial gravidade), é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos económico-financeiros legais, incorporando-se em qualquer tipo de negócio como se tivesse sido obtido de forma lícita”, afirmando ainda que “o objecto da acção do ilícito tanto é o dinheiro em espécie como os bens que tenham sido adquiridos com o mesmo, sejam móveis ou imóveis”²⁸⁹.

Verifica-se, assim, existir uma íntima ligação entre a prática de um crime – maxime, o tráfico de estupefacientes – e a necessidade de dissimular ou ocultar a efectiva proveniência dos proveitos económicos com o mesmo obtidos, sendo que tal necessidade serve basicamente **dois fins**, quais sejam:

- por um lado, “apagar o rasto” deixado pelo dinheiro²⁹⁰ ou outros meios de fortuna gerados por esse crime, o qual poderia permitir fazer a ligação dos mesmos com o respectivo autor, e
- por outro lado, colocar o dinheiro e/ou bens “a salvo” das investidas das autoridades – judiciárias e/ou policiais – pois que os mesmos podem ser alvo de apreensão, assim se visando também manter meios que, no limite, serão novamente reinvestidos na actividade criminosa que inicialmente os gerou²⁹¹.

A este propósito apontam as Nações Unidas²⁹² que “o branqueamento de dinheiro é um processo dinâmico, constituído por **três etapas**, que supõe, primeiramente, a

²⁸⁷ *El Delito de Blanqueo de Bienes en El Nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías, 1997, pag. 24.

²⁸⁸ *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Penal*, Barcelona, Cedecs, 1996, pag. 21.

²⁸⁹ Reconduzindo-o à sua versão mais simples, Ernst-Joachim Lampe, “El Nuevo Tipo de Blanqueo de Dinero, (§ 261 StGB)”, in *Estudios Penales Y Criminológicos*, XX, Santiago de Compostela, 1997 – define o branqueamento como “a transformação de capitais ilegais em bens legais”.

²⁹⁰ Refiro-me especificamente a “dinheiro” por tal ser a primeira e a mais usual das vantagens obtidas com a prática das infracções criminais subjacentes ao branqueamento de capitais.

²⁹¹ Como afirma Gaetano Pecorella, in “Circolazione del Denaro e Riciclaggio”, na *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Ano XXXIV, 1991, pag. 1222, “é, na realidade, com a riqueza de origem ilícita que se constitui o “capital social” necessário para prosseguir a actividade criminosa, e o qual permite, particularmente às associações criminosas, investir nos mercados económicos e financeiros”.

²⁹² In *Paradis Financiers, Secret Bancaire et Blanchiment D'argent*, New York, 1999, pag. 4.

dissociação dos proveitos económicos da infracção de cuja prática resultam, em segundo lugar, o apagar do respectivo rasto para iludir as investigações, e, finalmente, a sua recuperação pelo criminoso, já após ter sido dissimulada a sua origem económica e geográfica”.

Esta definição aproxima-se, assim, da que é adiantada pelo GAFI²⁹³, que distingue, no processo de branqueamento, as seguintes fases:

- **colocação**, (ou “placement state”), consistente na introdução de dinheiro líquido – capitais de proveniência criminosa – na actividade económica regular ou legal, ou na sua transferência para fora do país onde é gerado;
- **circulação**, também chamada por vezes de acumulação, (“empillage”), ou ainda “estratificação”, (“layering stage”), e que consistirá na dissociação dos fundos da respectiva origem, criando estruturas de cobertura mais ou menos complexas, isto é, recorrendo a sucessivas camadas (“layers”) de transacções financeiras para ocultar ou mesmo apagar o rasto da proveniência dos bens ou fundos, e
- **integração** (ou “integration”), que consiste na reintrodução dos fundos e capitais já “branqueados” nos circuitos económicos e financeiros normais, pois que aqueles aparentam já uma plena legalidade.

Caracterizando muito brevemente as três fases indicadas, verifica-se que o objectivo da **colocação** é a introdução de elevadas somas em numerário no sistema bancário, nomeadamente através de depósitos bancários (aqui se destacando o chamado “smurfing”^{294,295}), do contrabando de moeda, da aquisição de várias

²⁹³ Grupo de Acção Financeira Internacional instituído na “Cimeira de Paris dos Sete Países Mais Desenvolvidos”, reunida em Julho de 1989, e em que participaram os Chefes de Estado ou do Governo dos EUA, Japão, da então RFA, França, Inglaterra, Itália e Canadá e a Presidência da Comissão das Comunidades Europeias, e os quais, atentas as dimensões atingidas a nível mundial pelo fenómeno da droga, decidiram criar uma instituição encarregue de “reflectir sobre os meios de luta contra a reciclagem de capitais resultantes do tráfico de droga, inventariando os resultados da cooperação já existente na prevenção da utilização do sistema bancário e das instituições financeiras na reciclagem de capitais e estudando medidas a adoptar, de forma a melhorar e potenciar a ajuda judiciária mútua”, e que é também conhecido pela denominação *Financial Action Task Force*, a que corresponde a sigla *FATF*.

²⁹⁴ Actividade consistente em utilizar várias pessoas encarregadas de efectuar, todas elas, múltiplos depósitos de “pequeno montante”, sempre em numerário, em várias agências do mesmo banco ou em vários bancos, para que nenhum desses depósitos ultrapasse os limites que as autoridades supervisoras definam como de participação obrigatória às autoridades a quem compete investigar o branqueamento. Foi esta, aliás, a reacção dos traficantes nos EUA, quando os bancos começaram a participar transacções envolvendo elevadas somas em numerário, assim tendo passado a fraccionar depósitos em inúmeros depósitos, todos eles de valor inferior a 10.000 USD. Como nota curiosa, registre-se o facto de tal denominação ser directamente inspirada nos irrequietos personagens de banda desenhada, os “Strumpfes”, ou em inglês “Smurfs”...

aplicações financeiras, nomeadamente em casas de câmbio, sociedades corretoras, ou na bolsa, serviços financeiros postais, investimentos em casinos, na mistura de negócios lícitos com negócios ilícitos (maxime, através da criação de uma sociedade regular “de fachada”, que oculta a actividade criminosa que lhe subjaz), e ainda da aquisição de diversos bens (veículos automóveis, barcos de recreio, aviões, artigos de ourivesaria e/ou de luxo), e ainda investimentos imobiliários²⁹⁶. Assim, esta fase caracterizar-se-á pela recolha de uma determinada massa de dinheiro e/ou valores provenientes de crimes e da sua subsequente colocação junto das instituições ou intermediários financeiros tradicionais, de instituições ou intermediários financeiros não tradicionais²⁹⁷, directamente no mercado, com a aquisição de bens diversos, ou ainda no estrangeiro.

Já a fase da **circulação** visa, como o próprio nome indica, movimentar o mais possível os proveitos obtidos com a prática do crime subjacente, de forma a “afastá-los” da respectiva origem criminosa, assim sendo recorrente o recurso a transferências electrónicas de fundos, nomeadamente entre contas numeradas, anónimas ou secretas, com sucessivas movimentações de fundos entre tais contas, de forma a tornar o mais denso possível o eventual acesso à respectiva origem. Nesta fase é também frequente o investimento em aplicações financeiras, e nomeadamente em fundos de investimento, aquisição de acções ou obrigações, investimentos em seguros, recurso a cartas de crédito, nomeadamente em bancos estrangeiros, com posterior revenda dos bens adquiridos²⁹⁸.

Finalmente, a fase da **integração** visa permitir que os proveitos criminosamente obtidos fiquem disponíveis, depois de “legitimados”, para os autores do(s) crime(s) subjacente(s), surgindo tais meios já com a aparência de terem sido

²⁹⁵ Aponte-se o facto de terem sido já registadas situações de “smurfing” através do recurso a máquinas multibanco - ATM’s - nomeadamente depositando o dinheiro num país e levantando-o noutro; todavia, para além das limitações físicas de tais máquinas, normalmente apenas são permitidos levantamentos diários de pequeno montante o que torna esta alternativa pouco atractiva para grandes organizações...

²⁹⁶ Cfr. Jorge Patrício Paúl, “A Banca Perante O Branqueamento de Capitais”, *Revista da Banca*, nº 26, Abril/Junho 1993, pp. 41/71.

²⁹⁷ Como os serviços financeiros postais ou mesmo, por exemplo, o sistema bancário clandestino; para uma breve descrição deste, veja-se Jorge Patrício Paúl, op. cit., pag. 62.

²⁹⁸ Cfr. também Jorge Patrício Paul, op. cit., pag. 48, que aponta como exemplo de operações financeiras normalmente associadas a esta fase “a conversão dos depósitos em cheques de viagem, cartas de crédito, acções ou obrigações ao portador ou a efectivação de transferências internacionais de capitais (de preferência por sistemas electrónicos de transmissão de ordens), utilizando muitas vezes como ponto de passagem os países com uma regulamentação bancária mais permissiva”, como sucederá actualmente com os países do antigo “Bloco de Leste” que, com a súbita abertura à economia de mercado e ao “sistema capitalista”, têm, na generalidade, um sistema financeiro e bancário extremamente débil, ao que acresce uma regulamentação e actividade de supervisão quase nulas.

legítima e legalmente obtidos, assim sendo frequente o recurso a empréstimos sob garantias²⁹⁹, créditos documentários, falsa facturação, realização de mais-valias mobiliárias e imobiliárias, etc.

Sendo o branqueamento de capitais, como se salientou já, um processo dinâmico, impõe-se realçar que os técnicos do GAFI indicam três **pontos ou momentos nevrálgicos nesse processo**, quais sejam:

- o momento em que se verifica a entrada de numerário no sistema financeiro;
- o momento em que se processam os fluxos de transferências internacionais de numerário, e
- o momento em que as transferências são processadas no interior do sistema financeiro, correspondendo tais momentos às situações em que o “branqueador” terá maior dificuldade, se detectado, em explicar a finalidade de tais operações, assim estando mais vulnerável.

Do exposto resulta, pois, que o branqueamento de capitais se caracteriza essencialmente por ser um “processo” não redutível a uma simples operação, traduzindo-se antes por uma **multiplicidade de operações** que visam legitimar os meios de riqueza obtidos com a prática dos crimes subjacentes, sendo, na maior parte dos casos reinvestidos, pelo menos em parte, na actividade criminosa que os gerou, assim dando azo a novos meios de fortuna que terão, novamente, de ser “branqueados”, num círculo infinito, já equiparado ao “ciclo da água”.

Concretizando a análise do novo tipo de crime de branqueamento de capitais, verifica-se que o n.º 1 do novo **artigo 368º-A do Código Penal** dispõe que “para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham”.

²⁹⁹ Como, por exemplo, a celebração de um contrato de mútuo em que se hipoteca um imóvel adquirido com os proveitos do tráfico de estupefacientes, e propositadamente não se liquida aquele empréstimo para que o banco execute a hipoteca, assim se tornando o mutuário “legítimo” titular da quantia mutuada, exercício este mais “requintado” quando efectuado, por exemplo, com cartas de crédito sobre o estrangeiro, o que aumenta a probabilidade de as autoridades nacionais não terem condições de acederem à efectiva origem dos bens dados como garantia, ou apenas lograrem fazê-lo numa ínfima parte dos casos e mesmo então já muito tardiamente...

Por sua vez, dispõe o n.º 2 da mesma norma que “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante de qualquer das infracções referidas no respectivo n.º 1 seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos”³⁰⁰.

Sendo certo que o próprio legislador nacional explicita no n.º 1 da mesma norma que se consideram *vantagens* “os bens provenientes, sob qualquer forma de participação, da prática de qualquer das infracções indicadas no mesmo preceito, importa também referir que, nos termos do Ponto D do artigo 1º da Directiva 2001/97/CE, se entende pela expressão “bens” os “activos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, bem como os documentos legais ou outros instrumentos comprovativos da propriedade desses activos ou dos direitos a eles relativos”³⁰¹⁻³⁰².

Referindo a norma ora em análise, como acções típicas, as operações de **conversão** ou de **transferência de bens**, com o fim de ocultar a respectiva origem ilícita, ou com a intenção de evitar que o autor ou participante do crime-base seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, importa, ainda que de forma breve, precisar tais conceitos.

Assim, “o conceito de **conversão** englobará todas as operações de transformação dos bens gerados directamente pelo crime-base ou adquiridos em resultado da respectiva prática em bens de outra natureza ou tipo, enquanto as acções de

³⁰⁰ Refira-se a este propósito que a formulação seguida no n.º 1 do artigo 2º do Projecto de Lei nº 174/IX, do Partido Socialista, era mais clara que a redacção adoptada, quer quanto ao elemento “conhecimento da proveniência” dos bens sobre os quais o agente do crime de branqueamento necessariamente actua, quer quanto à possibilidade de cometimento, em concurso efectivo, do crime de branqueamento pelo autor do crime-base, pois que ali se lia que “quem, *sabendo* que os bens ou produtos são provenientes da prática, *por si próprio ou por terceiro*, sob qualquer forma de participação, de facto ilícito...” (sublinhados meus).

³⁰¹ Esta formulação é essencialmente idêntica à consagrada na alínea b) do artigo 1º da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (*Convenção de Viena*) adoptada na 6ª Sessão Plenária das Nações Unidas em 19 de Dezembro de 1988, que foi aprovada para ratificação em 20 de Junho de 1991, pela Resolução nº 29/91, da Assembleia da República, e promulgada pelo Decreto nº 45/91, de 6 de Setembro, do Presidente da República, tendo sido publicada no Diário da República, Série I-A, nº 205, de 6 de Setembro de 1991.

³⁰² A este propósito importa também lembrar que, nos termos da Convenção Sobre o Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa (*Convenção de Estrasburgo*), aberta à assinatura (e nessa data assinada por Portugal) em Estrasburgo em 8 de Novembro de 1990, o termo “*produto* designa qualquer vantagem económica resultante de infracções penais”, sendo que essa vantagem pode ser um “bem” – cfr. alínea a) do respectivo artigo 1º - enquanto o termo “*bem* compreende um bem de qualquer natureza, quer seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, bem como os actos jurídicos ou documentos certificando um título ou um direito sobre o bem” – cfr. alínea b) do mesmo preceito.

transferência de bens compreenderão não só todas as operações destinadas ou aptas a mudar fisicamente (no sentido de mudança geográfica) esses bens, como também todas as operações através das quais é alterada a titularidade dos direitos sobre os bens, ou esses direitos são transmitidos (naquilo que se poderá designar por transferência jurídica) a outrem que não o agente do crime-base, que os adquiriu em resultado da prática do crime-base”³⁰³.

Importa também salientar que se prevê, ainda, “um elemento de específica intenção a integrar o tipo – a finalidade de actuar para favorecimento real ou pessoal (dissimular a origem ilícita ou auxiliar uma pessoa a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos)”³⁰⁴.

Teremos assim uma conduta que se aproxima do **favorecimento real** quando o agente actua sobre os bens em si mesmos, transformando-os ou transferindo-os, de forma a ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, existindo uma aproximação ao tipo do **favorecimento pessoal** quando se exige que o agente vise, com a sua actuação, possibilitar que o agente do crime-base permaneça impune, ou seja, não seja criminalmente responsabilizado pela prática do crime que gerou os bens em questão³⁰⁵⁻³⁰⁶.

Por sua vez, o n.º 3 do artigo 368º-A do Código Penal, dispõe que incorre também numa pena de 2 a 12 anos de prisão “quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou os direitos a ela relativos”.

³⁰³ Para uma análise mais detalhada destes conceitos, veja-se o nosso *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 128 a 134.

³⁰⁴ Cfr. António Henriques Gaspar, “Branqueamento de Capitais” em *Droga e Sociedade – O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1994, pag. 129.

³⁰⁵ Neste sentido também Rodrigo Santiago, “O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime”, na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, pag. 537, 3º parágrafo.

³⁰⁶ Quanto ao crime de favorecimento pessoal, importa referir que, na parte que ora interessa e nos termos do nº 1 do artigo 367º do Código Penal, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa “quem, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança”. Paralelamente, dispõe o nº 3 do artigo citado que “a pena a que o agente venha a ser condenado... não pode ser superior à prevista na lei para o facto cometido pela pessoa em benefício da qual actuou”, sendo a tentativa punível, nos termos do nº 4 do preceito citado. Mais importa reter que o nº 5 do mesmo preceito dispõe que não é punível “o agente que, com o facto, procurar ao mesmo tempo evitar que contra si seja aplicada ou executada pena ou medida de segurança – cfr. respectiva alínea a) – assim como “o cônjuge, os adoptantes ou adoptados, os parentes ou afins até ao 2º grau da pessoa em benefício da qual se actuou ou quem com esta viva em situação análoga à dos cônjuges” – cfr. respectiva alínea b).

Da simples leitura desta norma e do respectivo confronto com a alínea b) do n.º 1 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e com a alínea b) do artigo 2º do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro, verifica-se que o legislador nacional optou agora por consagrar a mesma moldura penal para ambas as modalidades em que se pode consubstanciar o crime de branqueamento, quando, anteriormente, aquelas alíneas traduziam uma modalidade como que “privilegiada” de acção, a que correspondia uma moldura penal ligeiramente mais leve (2 a 10 anos de prisão) do que a cominada para o crime de branqueamento tipificado nas alíneas a) de ambos os normativos citados (punido com pena de 4 a 12 anos de prisão).

Para além de tal diferença, verifica-se também que o n.º 3 do artigo 368º-A do Código Penal não exige que o agente actue com a intenção de ajudar o(s) autor(es) do crime-base a eximir(em)-se à responsabilidade dos respectivos actos criminosos, mas refere-se sim aos casos em que o agente “apenas” actua sobre bens que sabe serem resultantes da prática de um determinado tipo de ilícitos criminais.

Conforme já anteriormente escrevemos, «nestes casos, na realidade o agente “limita-se” a ocultar os bens ou a dissimular a sua verdadeira natureza, a respectiva origem, o local onde os mesmos se encontram, ou ainda a criar “uma cortina” em relação aos efectivos poderes de disposição, movimentação ou propriedade desses bens ou produtos, ou dos direitos relativos aos mesmos, assim dificultando as actividades das autoridades – judiciárias e/ou policiais – na descoberta dos agentes da prática dos crimes-base ou os reais contornos da respectiva actividade criminosa, pese embora, repita-se, não se exija que actue com tal tipo de intenção, não obstante esse possa ser, (e será mesmo, as mais das vezes), um resultado da respectiva conduta»³⁰⁷.

Referindo-se ao crime de branqueamento de capitais então previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, a este propósito escrevia também Rodrigo Santiago que “diferentemente do crime da alínea a), neste não releva de forma tão directa e impressiva a ideia do favorecimento pessoal, sobrelevando a do *favorecimento real*”, assim acrescentando que “de branqueamento, verdadeiramente, só no primeiro caso se pode falar, enquanto naquele agora em apreço se trata, tão só de um encobrimento. Neste segundo caso, o agente limita-se a esconder o dinheiro que continua sujo”³⁰⁸.

³⁰⁷ Cfr. o nosso *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pag. 135.

³⁰⁸ “O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, pag. 541.

Embora – contrariamente ao que sucede na Directiva transposta – o legislador nacional não refira expressamente que é necessário que o agente tenha conhecimento da natureza ilícita dos bens sobre os quais actua, afigura-se clara a necessidade de exigência de tal conhecimento.

A este propósito mantemos a nossa opinião de que “a exigência do **conhecimento** por parte do agente da proveniência criminosa dos bens ou produtos sobre os quais, ou em relação aos quais actua, deve ser entendida como **abarcando o dolo típico em todas as suas formas**, i. e., abarcando não só os casos em que o agente actua com dolo directo ou necessário, mas também os casos em que a conduta do agente se caracteriza pelo dolo eventual”^{309,310}.

Em sentido divergente veja-se, todavia, Jorge A. Godinho, cuja posição “vai no sentido de não admitir o dolo eventual referido ao conhecimento da proveniência dos bens”, assim como Faria Costa, citado pelo mesmo autor^{311,312}.

Em qualquer dos casos, essencial é que o conhecimento da proveniência dos bens seja *actual* à data da prática dos factos, ou seja, para efeitos de incriminação de branqueamento não revelará o conhecimento posterior da efectiva proveniência dos bens.

Surpreendentemente, e afastando-se de forma radical da Directiva transposta, que expressamente refere como conduta a punir “a aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza”³¹³, constata-se que o legislador nacional não prevê agora tais modalidades de acção que, sublinhe-se, se

³⁰⁹ Cfr. o nosso *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 145 a 153.

³¹⁰ Em sentido idêntico, Isidoro Blanco Cordero, quando afirma que “el blanqueo de capitales exige al menos dolo eventual, siendo suficiente, por tanto, el conocimiento eventual de que los hechos de los que proceden los bienes constituyen una infracción penal” – cfr. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, Aranzandi Editorial, 1997, fls. 393.

³¹¹ Op. cit., pag. 215.

³¹² Note-se, todavia, que ambos os autores citados se reportam, para além do mais, ao facto de o legislador nacional então se referir expressamente (quer no quer no D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, quer no D.L. 325/95, de 2 de Dezembro) ao elemento “conhecimento da proveniência dos bens”; realce-se, contudo, que, conforme se referiu, actualmente tal referência (embora se deva ter como implícita) não é reproduzida no “novo” crime de branqueamento.

³¹³ A este propósito importa lembrar que também o artigo 1º da Directiva nº 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho (transposta para a ordem jurídica interna através do D.L. 313/93, de 15 de Setembro) previa no seu artigo 1º a punibilidade destas condutas em termos em tudo idênticos à da Directiva agora transposta, sendo que o já referido Projecto de Lei apresentado por deputados do Partido Socialista também a previa na alínea c) do respectivo artigo 2º, estabelecendo para tais modalidades de acção uma pena de 1 a 5 anos de prisão.

encontravam anteriormente tipificadas na alínea c) do n.º 1 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e na alínea c) do artigo 2º do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro.

Ou seja, o tipo de crime consubstanciado no facto de o agente “adquirir ou receber os bens (provenientes ou obtidos com a prática do crime-base) a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar”, a que correspondia pena de 1 a 5 anos de prisão, foi pura e simplesmente eliminado!

Como consequência directa e inapelável de tal opção legislativa resulta que quaisquer processos actualmente pendentes contra agentes que estejam a ser investigados ou responsabilizados criminalmente pela prática dos ilícitos anteriormente previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e/ou na alínea c) do artigo 2º do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro, têm de ser arquivados, objecto de uma decisão de não pronúncia, ou de uma decisão absolutória, conforme linearmente decorre da aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 2º do Código Penal, assim cessando, mesmo nos casos em que tenha havido já condenação, ainda que transitada em julgado, a respectiva execução e os seus efeitos penais.

Naturalmente que ressalvada fica a possibilidade de (pelo menos em certos casos) as condutas que anteriormente eram enquadráveis nos normativos acima indicados do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e/ou do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro, serem agora enquadráveis no tipo do crime de receptação, da previsão do artigo 231º do Código Penal.

Todavia, e pese embora fosse nítida a aproximação entre os ilícitos acima indicados e o crime de receptação³¹⁴, verifica-se que este último apenas pode ser aplicável em relação aos casos em que o agente actua sobre bens que foram obtidos “por outrem mediante a prática de facto ilícito típico contra o património”, ao que acresce que é necessário, também, que o agente actue com a intenção de obter, para si ou para outra pessoa, uma vantagem patrimonial.

Atento o exposto, resulta nítido que existirão plúrimas situações que, não integrando agora o crime de branqueamento, não serão, também, subsumíveis ao crime de receptação...

De forma semelhante ao que sucedia com os diplomas ora revogados (cfr., respectivamente, n.º 3 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e n.º 3 do artigo 2º do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro) o n.º 4 do artigo 368º-A do Código Penal dispõe que “a punição pelos crimes previstos nos nºs 2 e 3 tem lugar ainda

³¹⁴ Cfr. o nosso *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 135/136.

que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda quando se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores”.

É, assim, expressamente cometida competência aos tribunais portugueses, mesmo nos casos em que os crimes-subjacentes tenham sido integralmente praticados fora do território nacional, desde que, bem entendido, o processo de branqueamento tenha decorrido – total ou parcialmente – em território nacional³¹⁵.

No que concerne à eventual dificuldade na produção da prova em tais casos, subscreve-se a posição de A. G. Lourenço Martins, quando afirma que “se já existe decisão de um tribunal, ainda que não revista nem confirmada em Portugal, parece poder ser invocada como meio de prova dessa infracção, nos termos do n.º 3 do artigo 234º do CPP”, acrescentando o mesmo autor que «se não existe, então cair-se-á no domínio da suficiência do processo penal, bem acentuada na Reforma do CPP de 87 – “o processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa” (n.º 1 do artigo 7º)»³¹⁶.

Norma que não tinha qualquer correspondência anterior na legislação nacional relativa ao branqueamento de capitais é a agora constante do n.º 5 do artigo 368º-A do Código Penal, que dispõe que “o facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada, salvo se as vantagens foram provenientes dos factos ilícitos típicos previstos nos artigos 172º e 173º”.

Se bem compreendemos o sentido desta norma a mesma visa alcançar um equilíbrio consubstanciado na não punibilidade dos agentes do crime de branqueamento, quando os agentes dos crimes-subjacentes não sejam passíveis de serem criminalmente responsabilizados pela respectiva prática.

E se, por um lado, esta solução se afigura adequada – maxime, atenta a já referida “generosidade” do legislador nacional ao definir o âmbito dos possíveis crimes-subjacentes ao crime de branqueamento – já merece profunda reserva a excepção relativa aos crimes previstos nos artigos 172º e 173º, ou seja, aos crimes de abuso sexual de crianças e de abuso sexual de menores dependentes.

³¹⁵ Quanto à descrição das diversas fases do branqueamento cfr. também o nosso *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 33/39.

³¹⁶ Cfr. *Droga e Direito – Legislação. Jurisprudência. Direito Comparado. Comentários*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1994, pag. 132.

Conforme é sabido, o procedimento criminal por tais ilícitos depende de queixa, com exceção dos casos em que, dos mesmos crimes, “resultar suicídio ou morte da vítima” (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 178º do Código Penal) ou “quando o crime for praticado contra menor de 14 anos e o agente tenha legitimidade para requerer procedimento criminal, por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a tiver a seu cargo” (cfr. alínea b) do preceito citado, na redacção da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto); também nos termos do n.º 4 do artigo 178º do Código Penal “sem prejuízo do disposto nos nºs 2 e 3, e quando os crimes previstos no n.º 1 forem praticados contra menor de 16 anos, pode o Ministério Público dar início ao procedimento criminal se o interesse da vítima o impuser”.

Ora, sendo evidentes as razões que levaram o legislador nacional a consagrar as soluções acabadas de referir – e que são resultantes, sublinha-se, do resultado suicídio ou morte da vítima, do facto de o crime ter sido praticado contra menor de 14 anos pelo agente que detém, ele próprio, legitimidade para requerer procedimento criminal, ou, ainda, do facto de o crime ter sido praticado contra menor de 16 anos, impondo o concreto interesse da vítima o procedimento criminal – não se consegue descortinar qualquer razão de dogmática jurídico-penal para que, mesmo fora das situações referidas, o crime de branqueamento **ser sempre punível** quando estejam em causa os crimes previstos nos artigos 172º e 173º.

E a solução adoptada é não só contraditória com o regime do próprio n.º 5 do artigo 368º-A em análise, como pode conduzir a resultados de manifesta injustiça material – pense-se, por exemplo, num crime de abuso sexual de menor dependente, com 15 anos de idade, em que o seu concreto interesse, devidamente documentado nos autos, impõe o não exercício da acção penal por aquele crime, assim não sendo penalmente responsabilizável o respectivo agente; todavia, face à solução ora adoptada, o agente que eventualmente “branqueie” quaisquer vantagens obtidas com a prática daquele mesmo crime (e nestes casos existirão por via de regra, verdadeiramente, proveitos materiais?...) será sempre passível de procedimento criminal!

Reafirma-se, pois, que a solução encontrada não foi, também a este nível, a mais feliz, antes se afigurando preferível (caso quisesse, conforme indiscutivelmente parece ter querido, dar uma especial tutela às vítimas dos crimes tipificados nos artigos 172º e 173º do Código Penal) que o legislador tivesse assumido uma solução que consagrasse que, uma vez verificadas as situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 e/ou no n.º 4 do artigo 178º do Código Penal, *e sendo o agente do crime-subjacente perseguido criminalmente*, então também o agente do crime de branqueamento relacionado com aquele crime seria passível de procedimento criminal.

Nos termos do n.º 6 do artigo 368º-A do Código Penal, “a pena prevista nos nºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual”.

Esta norma não tinha correspondência na legislação anterior relativa ao branqueamento de capitais, traduzindo uma solução que se aproxima do disposto na alínea e) do n.º 2 do antigo artigo 297º do Código Penal, em que o crime de furto era qualificado quando o respectivo agente fosse pessoa que se dedicasse habitualmente a tal prática (ou dela fizesse modo de vida)³¹⁷.

Para que a qualificativa em referência funcione é essencial que fique demonstrado no processo que o agente se dedica, com carácter de habitualidade, ao branqueamento de vantagens resultantes da prática de qualquer dos ilícitos referidos no n.º 1 do artigo 368º-A, ainda que da mesma prática não faça o seu “modo de vida”.

A este propósito afirma o Professor Faria Costa que “... a noção de modo de vida deve ser olhada menos como categoria dogmática atinente ao direito e mais como noção indesmentivelmente ligada a um valor estritamente sociológico. Uma tal forma de apreciar este elemento faz com que afastemos qualquer ligação, materialmente fundada, entre modo de vida e habitualidade. Na verdade, se é certo que as duas noções têm, formalmente, um elemento comum, qual seja, uma séria reiterada de modelos de comportamento, é evidente que as representações sociais que se ligam ao modo de vida e à habitualidade são radicalmente diversas. Para o modo de vida temos uma representação de estabilidade ligada, sem margem para dúvidas, a um comportamento que, em princípio, se traduz em benefício pessoal e social enquanto a habitualidade se cristaliza, nas representações sociais, como uma forma de conduta reiterada *tout court*. Forma de conduta que, desde sempre, foi valorada pelo direito penal. Neste sentido, a habitualidade é uma categoria dogmático-penal conexionada com a perigosidade criminal enquanto contraponto a uma criminalidade meramente ocasional...”³¹⁸.

Também a este propósito importa relembrar, por manter plena actualidade, o entendimento assumido no Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Dezembro de 1987, segundo o qual “a habitualidade só deve relevar se verificada já na altura do cometimento do ilícito em análise”³¹⁹.

³¹⁷ Diferentemente, dispõe a alínea h) do n.º 1 do actual artigo 204º do Código Penal que o crime de furto é qualificado quando o agente fizer “...da prática de furtos modo de vida”, resultando também do n.º 4 do artigo 231º do mesmo diploma que o crime de receptação é agravado “se o agente fizer da receptação modo de vida...”.

³¹⁸ *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 72/73.

³¹⁹ Cfr. *BMJ* n.º 372, pag. 461.

Quando, no respectivo processo, se fizer prova de que se dedica de forma habitual a tal prática criminosa, o agente do crime de branqueamento incorrerá numa pena fixada entre os 2 anos e 8 meses e os 16 anos de prisão.

Importa sublinhar que poderão existir situações em que a agravação em referência contenda com o limite fixado no n.º 10 do artigo 368º-A, no sentido de o limite máximo da pena dela resultante ultrapassar as penas aplicáveis aos agentes dos crimes-base; se tal acontecer, afigura-se que a pena resultante da agravação efectuada em resultado da habitualidade do agente do crime de branqueamento, terá de ser reduzida, ou reconduzida, até ao “tecto” resultante da aplicação do critério fixado no n.º 10º do artigo 368º-A do Código Penal, pois que o mesmo impõe, de forma taxativa, um limite inultrapassável³²⁰.

Também os nºs 7 e 8 do artigo 368º-A não tinham correspondência na legislação anterior, reportando-se ambos a situações de atenuação especial da pena.

Assim, dispõe o n.º 7 do artigo em referência que “quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, dispondo o n.º 8 do mesmo artigo que “verificados os requisitos do número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial”.

Valendo aqui, naturalmente, os critérios de atenuação especial da pena consagrados no artigo 73º do Código Penal, impõe-se referir que as soluções consagradas nos dois normativos ora citados apenas fazem sentido atenta a já referida (e excessiva) “generosidade” do legislador nacional ao definir quais podem ser as infracções ou crimes subjacentes ao crime de branqueamento de capitais.

Na verdade, atenta a criminalidade a que o branqueamento está “tradicionalmente” associado – como, por exemplo, o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, ou de espécies protegidas – muitas vezes não haverá qualquer vítima individualmente considerada que possa ser objecto de reparação, pois não existirá qualquer pessoa que, concreta e individualmente, tenha sofrido um dano que possa ser quantificado, e, conseqüentemente, reparado.

³²⁰ Atenta a formulação adoptada pelo legislador, afigura-se que deve ser calculada a concreta pena a aplicar ao arguido do crime de branqueamento, no âmbito da moldura penal agravada em resultado da habitualidade, sendo essa concreta pena reduzida até ao limite máximo da(s) pena(s) aplicável(eis) ao(s) crime(s)-base nos casos em que exceda tal limite.

Não obstante, a solução adoptada a este nível terá pelo menos o mérito de, embora com um âmbito que se afigura “residual”, poder levar ao equilíbrio da sanção imposta ao agente do crime do branqueamento relativamente à imposta ao agente do crime-base, pois que nos casos em que haja reparação (total ou parcial) da vítima do crime-subjacente, tal situação terá (cfr. n.º 7) ou poderá ter (cfr. n.º 8) também repercussão ao nível da reacção criminal imposta ao agente do crime de branqueamento.

Por sua vez, o n.º 9 do artigo 368º-A dispõe que “a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

Esta norma, que contém algumas semelhanças com o artigo 31º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, consagra um “direito premial” que (independentemente de quaisquer considerações de ordem moral sobre a figura do arrependido) assentará, essencialmente, em razões de ordem pragmática, atenta a consabida dificuldade em coligir elementos probatórios que permitam alcançar a identidade dos agentes dos crimes-base de que provêm as vantagens objecto do crime de branqueamento.

Saliente-se, todavia, que (para que “o prémio possa ser alcançado”) é necessário que o agente do crime de branqueamento desempenhe um papel preponderante na descoberta da identidade ou na captura do(s) agente(s) do(s) crime(s)-base: na verdade, da formulação empregue pelo legislador resulta clara a exigência de que a actividade do “arrependido” seja determinante para o (bom) sucesso da investigação do(s) crime(s)-subjacente(s), exigindo-se o fornecimento de elementos probatórios que conduzam aos objectivos expressamente exigidos pelo legislador, donde resulta que apenas quando tal suceda poderá aquele agente beneficiar da atenuação especial da pena, a efectuar-se também nos termos do artigo 73º do Código Penal.

Importa, finalmente, referir que, nos termos do n.º 10 do artigo 368º-A, “a pena aplicada nos termos do números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

Tal como sucedia com o n.º 2 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, esta norma mais não visa que (pese embora a já anteriormente analisada agravação constante do n.º 6) procurar alcançar um equilíbrio entre a pena aplicável ao agente do crime de branqueamento e a pena aplicável ao agente dos crimes-subjacentes, atenta a *relação genética* existente entre estes ilícitos, pois que sem crime-base não pode, naturalmente, existir crime de branqueamento.

Parte 3

JULGAMENTO

Dr. Pedro Vaz Patto

Sub-índice

NOTA PRÉVIA	277
I – AS FORMAS DE PROCESSO	279
1 – A evolução dos regimes de formas de processo no processo penal português	279
2 – O erro na forma de processo	282
3 – Análise do Regime do Julgamento nos Códigos de Processo Penal Portugueses de 1929 e 1987 à Luz dos Princípios Fundamentais	283
4 – Princípios Fundamentais que Regem a Audiência de Julgamento	284
4.1 – O princípio do contraditório	284
4.2 – O princípio da concentração	286
4.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz	287
4.4 – O princípio da publicidade	289
5 – Princípios Fundamentais Relativos à Prova	290
5.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material”	290
5.2 – O princípio da livre apreciação da prova	292
5.3 – O princípio <i>in dubio pro reo</i>	295
6 – Alteração do Objecto do Processo	296
6.1 – Os princípios em jogo	297
6.2 – A posição dominante na doutrina portuguesa a respeito do objecto do processo	299
6.3 – O regime do C.P.P. português de 1987 e algumas orientações da jurisprudência no âmbito da sua aplicação	300
6.4 – O regime do C.P.P. português de 1929	304
7 – A Sentença	306
8 – O Processo de Ausentes	312
9 – A Responsabilidade Civil Conexa com a Responsabilidade Criminal	314
9.1 – O regime do C.P.P. português de 1929	314
9.2 – O regime do C.P.P. português de 1987	317
II – OS RECURSOS – PRINCÍPIOS GERAIS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE	322
1 – Os Recursos Ordinários	322
1.1 – Decisões recorríveis e irrecorríveis	322
1.2 – Legitimidade e interesse em agir.....	324
1.3 – Âmbito do recurso	326
	275

1.4 – Fundamentos do recurso	328
1.5 – Efeitos da interposição do recurso	329
1.6 – Momento e forma de subida dos recursos	330
1.7 – A proibição da <i>reformatio in pejus</i>	332
2 – Os Recursos Extraordinários	334

Nota Prévia

Os apontamentos e considerações que se seguem têm como destinatários magistrados de países africanos de língua portuguesa (e, com meu grande júbilo, também de Timor Leste) que aplicam regimes processuais penais diferentes. Pode considerar-se, de qualquer modo, que esses regimes terão quase sempre como matriz de referência o Código de Processo Penal português de 1929 ou o Código de Processo Penal Português de 1987, sendo que este último também poderá provavelmente servir de matriz de referência em relação a eventuais alterações legislativas futuras. Por este motivo, procurei sempre partir destes dois regimes na análise a que procedi.

Nesta análise, quis sobretudo partilhar o fruto de uma experiência prática, mais do que a erudição teórica a que – sinceramente – não posso aspirar. Também não posso, obviamente, ter a pretensão de dar sugestões práticas de aplicação de regimes com que nunca me vi confrontado na minha vida profissional. O meu objectivo é, antes, o de procurar colher desta experiência, que é de aplicação do Código de Processo Penal português de 1987, sobretudo o que, por ser relativo a princípios gerais mais do que a uma disciplina específica, possa ser útil para a aplicação de qualquer dos sistemas em causa.

Aos colegas destinatários deste meu trabalho, quero desejar as maiores felicidades no exercício da missão a que, em contextos muito diferentes, somos todos chamados. Estamos unidos por uma língua comum e um precioso legado cultural comum, assim como, certamente, um mesmo objectivo de realizar a justiça no respeito pela dignidade da pessoa humana. Desejo reforçar estes laços com o cimento da amizade. Foi com esta ideia em mente, e com este sentimento no coração, que, com grande satisfação pessoal, realizei este trabalho.

Lisboa, 1 de Março de 2004.

I – AS FORMAS DE PROCESSO

1 – A EVOLUÇÃO DOS REGIMES DE FORMAS DE PROCESSO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Procurarei esboçar uma breve panorâmica da evolução dos regimes de forma de processo no processo penal português desde o C.P.P. de 1929 até à actualidade.

A redacção originária do artigo 62º do C.P.P. de 1929 indicava as várias formas de processo comum então previstas neste diploma: o processo de querela, o processo correcional, o processo de polícia correcional, o processo de transgressões e o processo sumário.

A distinção entre processo correcional e processo de polícia correcional, explicável por razões históricas, não encontrava uma razão objectiva e exigências de simplificação levaram a que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, estas duas formas de processo se fundissem num só – o processo correcional.

Para além dessas formas de processo comum, o artigo 62º desse código também prevê formas de processo especial. Algumas dessas formas de processo especial encontram-se reguladas nesse mesmo diploma: o processo de ausentes (artigos 625º e segs.), o processo por difamação, calúnia e injúria (artigos 587º e segs.), o processo por infracções cometidas pelos juizes de direito de primeira instância e magistrados do Ministério Público, junto deles, no exercício das suas funções ou por causa delas (artigos 595º e segs.), o processo por infracções cometidas pelos juizes de primeira instância e magistrados do Ministério Público, junto deles, estranhas ao exercício das mesmas funções (artigos 609º e segs.), o processo por infracções cometidas pelos juizes das Relações ou do Supremo Tribunal de Justiça, pelos magistrados do Ministério Público, junto deles ou outros de igual categoria (artigos 613º e segs.) e o processo de reforma de autos perdidos, extraviados ou destruídos (artigos 617º e segs.). Para além dos processos especiais regulados no C.P.P., outros constavam de leis avulsas, como o processo criminal especial ou de segurança (destinado à aplicação de medidas de segurança e regulado nos diplomas relativos aos Tribunais de Execução de Penas – Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944 e, posteriormente, Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro), o processo por infracções contra a saúde pública e contra a economia nacional

(artigos 39º e segs. do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957, e Lei n.º 38/77, de 17 de Junho), o processo por crimes de imprensa (Decreto-Lei n.º 181/76, de 9 de Março) e o processo criminal militar (aplicável a crimes essencialmente militares e regulado no Código de Justiça Militar).

Com a publicação do Código Penal de 1982, foi eliminada a distinção entre penas de prisão maior e de prisão correcional (com o propósito de retirar carácter infamante a quaisquer penas). Assim, o processo de querela, que era aplicável aos crimes a que correspondesse pena maior (prisão superior a dois anos ou suspensão de direitos políticos de quinze a vinte anos) e demissão, passou a ser aplicável aos crimes a que correspondesse pena de prisão por mais de três anos ou demissão.

De acordo com a redacção dada ao artigo 64º do C.P.P. de 1929 pelo Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro (na sequência da publicação do Código Penal), o processo correcional seria aplicável aos crimes que não devam ser julgados em processo de querela ou sumário e, de acordo com a redacção dada ao artigo 67º do C.P.P. de 1929 por esse mesmo diploma, o processo sumário seria aplicável a esses mesmos crimes quando o infractor for preso em flagrante delito.

Com a aprovação do C.P.P. de 1987, foram revogados o C.P.P. de 1929 e todas as disposições que contivessem normas processuais em oposição com as previstas neste novo Código (artigo 2º do Decreto-Lei 78/87, de 17 de Fevereiro, que o aprovou).

O novo Código previa, na sua redacção inicial, a forma de processo comum e duas formas de processo especial: o processo sumário (artigos 381º a 391º) e o processo sumaríssimo (artigos 392º a 398º). Com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro, passou a prever também a forma de processo abreviado (artigos 391º-A a 391º-E). Em legislação extravagante, como formas de processo especial, estão previstos o processo penal militar (no Código de Justiça Militar – Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro) e o processo penal fiscal (no Regime Geral da Infracções Tributárias – Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho).

As transgressões e contravenções foram sendo progressivamente substituídas pela contraordenações. Estas são aplicadas por autoridades administrativas, com possibilidade de recurso para os tribunais. O processo relativo a essa aplicação e a esse recurso é regulado no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. Às poucas transgressões e contravenções que ainda subsistem (a utilização de transportes públicos sem bilhete ou de auto-estrada sem pagamento da portagem devida, por exemplo) é hoje aplicável o processo regulado no Decreto-Lei n.º 17/91, de 10 de Janeiro.

Não está prevista no C.P.P. de 1987 nenhuma forma de processo especial de ausentes. Na redacção inicial do Código, não se previa sequer a possibilidade de realização de julgamentos sem a presença do arguido (salvo quando este o autorizasse, em caso de impossibilidade de comparência devida a idade, doença grave ou residência no estrangeiro). Este regime deu origem a adiamentos de audiências em numero por vezes escandalosamente exagerado. Na sequência de alterações do texto constitucional, prevê-se hoje a possibilidade de realização de julgamentos sem a presença do arguido desde que este tenha prestado termo de identidade e residência, seja notificado na morada que então indicou (considera-se notificado sempre que a carta respectiva seja endereçada para essa morada) e seja então advertido dessa possibilidade (artigo 196º). Se o arguido não prestar desse modo termo de identidade e residência e não for notificado, continua a não ser possível o julgamento sem a sua presença (artigos 332º a 334º). Haverá lugar, neste caso, à declaração de contumácia, a qual implica a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração e pode implicar a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos junto de autoridades públicas, bem como o arresto, na totalidade ou em parte, dos bens do arguido (artigos 335º a 337º).

Dentro da forma de processo comum, há especialidades que dependem da intervenção do tribunal singular, do tribunal colectivo ou do tribunal do júri (artigos 13º, 14º e 16º), especialidades que não dão origem a diferentes formas de processo, ao contrário do que se verificava no C.P.P. de 1929.

O processo abreviado tem lugar em caso de crime punível com pena de multa ou com pena de prisão não superior a cinco anos, havendo provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente. Neste caso, o Ministério Público, face ao auto de notícia ou realizado inquérito sumário, pode deduzir acusação para julgamento em processo abreviado, se não tiverem decorrido mais de 90 dias desde a data em que o crime foi cometido (artigo 391º-A, n.º 1). O regime desta forma de processo corresponde a uma simplificação da forma de processo comum.

O processo sumário tem lugar quando haja detenção em flagrante delito por crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a três anos, quando à detenção tiver procedido qualquer autoridade judiciária ou entidade policial (não qualquer outra pessoa, mesmo que esta possa proceder a essa detenção) e a audiência se iniciar no máximo de quarenta e oito horas após a detenção, sem prejuízo da possibilidade de adiamento desta audiência até ao limite do trigésimo dia posterior à detenção (artigos 381º, n.º 1, e 386º). Também é aplicável esta forma de processo quando, verificados os restantes pressupostos, o

crime for punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, mesmo em caso de concurso de infracções, e o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a três anos (artigo 381º, n.º 2). Não obsta hoje à aplicação desta forma de processo, ao contrário do que se verificava na redacção inicial do Código, o facto de o arguido ter idade inferior a dezoito anos.

O processo sumaríssimo tem lugar em caso de crime punível com pena de prisão não superior a três anos ou só com pena de multa, quando o Ministério Público, entendendo que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativa da liberdade, e com a concordância do assistente em caso de crime dependente de acusação particular, assim o requerer e tal requerimento não for rejeitado pelo juiz (artigos 392º e 395º). Se o arguido não se opuser à sanção proposta nesse requerimento, será esta aplicada sem realização de julgamento (artigos 396º e 397º).

Esta inovadora forma de processo baseia-se num princípio de busca de soluções consensuais e céleres. A preferência, no âmbito da pequena criminalidade, por este tipo de soluções no espírito do Código ressalta bem destas palavras do seu preâmbulo:

«Nem será por acaso que a procura do controle das novas formas de pequena criminalidade representa uma das linhas mais marcantes do actual debate político-criminal. Concretamente, é sobretudo com os olhos postos nesta específica área de fenomenologia criminal que, cada vez com maior insistência, se fala em termos de oportunidade, diversão, informalidade, consenso, celeridade. Não se estranhará por isso que o presente Código preste uma moderada mas inequívoca homenagem às razões que estão por detrás destas sugestões político-criminais. Nem será outrossim difícil identificar soluções ou institutos que delas relevam directamente. Pelo seu carácter inovador e pelo seu peso na economia do diploma, merecem especial destaque a possibilidade de suspensão provisória do processo com injunções e regras de conduta e, sobretudo, a criação de um processo sumaríssimo – forma especial de processo destinado ao controle da pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade sem os custos de uma estigmatização e de um aprofundamento da conflitualidade no contexto de uma audiência formal».

2 – O ERRO NA FORMA DE PROCESSO

Justifica-se uma breve referência ao regime do erro na forma de processo nos C.P.P. portugueses de 1929 e 1987.

De acordo com o n.º 4 do artigo 98º do C.P.P. português de 1929, o emprego indevido de uma forma de processo constitui uma nulidade. Do confronto dos artigos 98º, 99º e 100º resulta que se trata de uma nulidade principal, ou seja, que pode e deve ser objecto de conhecimento oficioso por parte do tribunal. Nos termos do § 3º do artigo 98º, tal nulidade «só determinará a anulação dos actos que não puderem ser aproveitados e o juiz ou o tribunal que a julgue procedente mandará praticar os estritamente necessários para que o processo se aproxime quanto possível da forma estabelecida na lei». A nulidade será sanável, não podendo ser arguida a partir do dia da audiência de discussão e julgamento, se se empregou uma forma de processo comum mais solene em vez de outra menos solene (§1º do artigo 99º).

A utilização de uma forma de processo especial quando devesse ter lugar forma de processo comum ou a utilização de processo comum menos solene em vez de mais solene constituem uma nulidade insanável, podendo esta ser arguida em qualquer estado da causa, e os tribunais deverão conhecê-la oficiosamente (corpo do artigo 99º). No entanto, uma vez que, de acordo com o §3º do artigo 99º, «os tribunais superiores poderão sempre julgar suprida qualquer nulidade que não afecte a justa decisão da causa», esta nulidade é, neste sentido, sempre sanável.

Nos termos do artigo 119º, n.º 1, b), do C.P.P. português de 1987, o emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei constitui uma nulidade insanável, que deve ser oficiosamente declarada em qualquer fase do procedimento.

Excluindo essa situação, nos termos do artigo 120º, n.º 2, a), do mesmo diploma, o emprego de uma forma de processo quando a lei determinar a utilização de outra constitui uma nulidade dependente de arguição. Esta pode ser sanada, nos termos do artigo 121º. A declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos e ordena, sempre que necessário e possível, a sua repetição (artigo 122º, n.º 2). Ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela (artigo 122º, n.º 2).

3 – ANÁLISE DO REGIME DO JULGAMENTO NOS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL PORTUGUESES DE 1929 E 1987 À LUZ DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Optei por efectuar a análise do regime do julgamento nos Códigos de Processo Penal portugueses de 1929 e 1987 à luz dos princípios fundamentais que regem a audiência de julgamento e os princípios fundamentais relativos à prova, por desta

forma se tornar mais fácil identificar questões com interesse para aplicação de um e de outro. Depois dessa análise, abordarei de forma mais específica questões relativas à alteração do objecto do processo, à sentença, ao processo de ausentes e à responsabilidade civil conexas com a criminal.

4 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM A AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

Podemos identificar como princípios fundamentais que regem a audiência de julgamento, no âmbito dos Códigos de Processo Penal portugueses de 1929 e 1987, o princípio do contraditório, o princípio da concentração, o princípio da imediação, o princípio da oralidade, o princípio da identidade do juiz e o princípio da publicidade.

4.1 – O princípio do contraditório

Traduz-se o princípio do contraditório no dever de o juiz, perante qualquer assunto que tenha que discutir, ouvir as várias razões da acusação e da defesa.

Jorge de Figueiredo Dias¹ liga o princípio do contraditório ao *princípio ou direito de audiência* como «oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo».

Afirma, a este respeito, Germano Marques da Silva²:

«A essência do contraditório é a dialéctica que se consubstancia no poder que é dado à acusação e à defesa de aduzir as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas, de controlar as provas por si oferecidas e de discretar sobre o resultado de umas e outras. Este princípio só se realiza, pois, com a participação activa da acusação e da defesa na produção da prova, o que pressupõe a necessária presença do arguido na audiência.

O princípio do contraditório só se realiza eficazmente quando a acusação e a defesa tenham garantida a possibilidade de:

- a) conhecer as opiniões, argumentos e conclusões da outra “parte” e manifestar as suas próprias;
- b) indicar os elementos de facto e de direito que fundamentam as suas conclusões e produzir as provas que as atestam;
- c) exercer uma actividade propulsiva do processo.»

¹ In *Direito Processual Penal I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pg. 153.

² In *Curso de Processo Penal III*, Verbo, Lisboa, 1984, pg. 229.

O princípio do contraditório está consagrado no artigo 327º do C.P.P. português de 1987:

- «1 – As questões incidentais sobrevindas no decurso da audiência são decididas pelo tribunal, ouvidos os sujeitos processuais que nelas forem interessados.
- 2 – Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal.»

Estatui, por seu turno, o artigo 415º do C.P.P. português de 1929:

«O juiz ouvirá sempre o Ministério Público e os representantes da parte acusadora sobre os requerimentos dos representantes da defesa e estes sobre o que tenham requerido aqueles.»

É este princípio que impõe que os representantes da acusação e da defesa tenham o direito de solicitar ao juiz que formule perguntas ao arguido (artigo 345º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 e artigo 429º do C.P.P. português de 1987), assim como o direito de formular perguntas às testemunhas por si indicadas e indicadas pela parte contrária segundo o sistema da *cross examination* (artigo 348º do C.P.P. português de 1987 e artigo 435º do C.P.P. português de 1929).

O princípio vale também quanto aos meios de prova oficiosamente produzidos pelo tribunal e quanto a decisões tomadas por iniciativa do próprio tribunal. Assim, por exemplo, pode uma decisão sobre exclusão de publicidade ser tomada por iniciativa do tribunal. Mas tal supõe a audição prévia da acusação e da defesa a respeito dessa decisão (artigo 321º, n.º 2, do C.P.P. português de 1987)³.

Em regra, no regime do C.P.P. português de 1987, a decisão sobre condenação no pagamento de uma indemnização civil decorrente da prática do crime não parte da iniciativa do tribunal (ao contrário do que se verifica no regime do C.P.P. português de 1929). Está, no entanto, prevista esta possibilidade, a título algo excepcional, no artigo 82º-A, «quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham». O n.º 2 deste artigo exige, neste caso, o respeito pelo princípio do contraditório. Poderá questionar-se se este respeito não implicaria que o próprio juiz indique, para além da eventualidade de fazer uso desta faculdade, de forma especificada os danos que estão em causa, ou até o montante eventual dessa indemnização (pois também sobre este montante deverão poder pronunciar-se as partes).

³ Assim também o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias (*Op. Cit.*, pg. 225) no âmbito do C.P.P. português de 1929 e na ausência de norma específica.

O princípio do contraditório também justifica (para além do princípio da imediação de que adiante falarei) as limitações a que está sujeita a leitura de autos e declarações não produzidos em audiência e produzidos noutra fase do processo não sujeitas a um regime de contraditoriedade (ver artigos 355º e 356º do C.P.P. português de 1987). Foi a violação do princípio do contraditório que levou à declaração de inconstitucionalidade, à face da Constituição de 1976, do artigo 439º do C.P.P. português de 1929, artigo que permite a leitura em audiência de depoimento de testemunha faltosa prestado noutra fase do processo⁴.

No texto acima citado, Germano Marques da Silva considera exigência necessária do princípio do contraditório a presença do arguido na audiência. Jorge de Figueiredo Dias questionava-se⁵ sobre se do princípio não derivará, não só um direito de presença, mas também um dever de comparência, de forma a que o seu incumprimento deva paralisar a prossecução processual. O C.P.P. português de 1929 prevê a possibilidade de julgamentos à revelia (artigos 562º e segs.). O C.P.P. português de 1987 também prevê hoje (artigo 334º), ao contrário da sua versão inicial, julgamentos sem a presença do arguido (que deverá, no entanto, estar sempre para tal notificado) e sem que este preste para tal o seu consentimento. Ambos os diplomas prevêem a possibilidade de afastamento do arguido da sala de audiência por falta do respeito devido ao tribunal ou por outros motivos (artigos 325º, n.º 4, e 352º do C.P.P. português de 1987 e 413º do C.P.P. português de 1929).

Afirma, a este respeito, Jorge de Figueiredo Dias que mesmo «que os princípios do contraditório e da audiência não tolhem “em definitivo” o passo a qualquer destas soluções, sempre eles devem ser tomados em conta na interpretação dos textos vigentes». Afigura-se-me que será excessivo afirmar, como afirma Germano Marques da Silva, que o princípio do contraditório exige a necessária presença do arguido em audiência. Exigirá, sim, que se prescindia dessa presença apenas quando tal se impõe, segundo regras de necessidade e proporcionalidade, para salvaguarda de outros princípios igualmente relevantes (como a eficácia da administração da justiça, a celeridade processual, a busca da verdade material ou o respeito devido ao tribunal). Prescindir dessa presença há-de ser, pois, sempre um último recurso.

4.2 – O princípio da concentração

O princípio da concentração impõe que o conjunto de actos processuais que constituem a audiência se pratique de forma o mais possível concentrada no tempo.

⁴ Ver *Diário da República* de 13 de Julho de 1981.

⁵ *In Op. Cit.*, pg. 162.

É corolário deste princípio o da continuidade da audiência (artigos 328º do C.P.P. português de 1987 e 414º do C.P.P. português de 1929).

Afirma, a este respeito, Germano Marques da Silva⁶:

«São óbvias as razões deste princípio: para além de evitar o arrastamento da fase da audiência por largo período de tempo, pretende-se sobretudo que não haja possibilidade de manipulação da prova, ajustando-a à que entretanto for produzida, e que os juizes possam manter fresco na memória tudo quanto se passa em audiência de julgamento, pois que o seu juízo há-de basear-se apenas nas provas produzidas ou examinadas na audiência. Numa audiência que se arraste com frequentes interrupções e adiamentos é maior o risco de esquecimento do que se passou nas sessões anteriores do que se todas se concentrarem no tempo.»

Por este motivo, dispõe o artigo 328º, n.º 6, do C.P.P. português de 1987 que o adiamento das várias sessões não pode exceder trinta dias, sob pena de perder eficácia a produção de prova já realizada. A jurisprudência tem entendido que estes trinta dias se contam entre cada uma das sessões, e não entre a primeira e a última. O entendimento contrário poderia tornar materialmente impossível a realização de julgamentos mais complexos, que necessariamente teriam de concluir-se em trinta dias. Mas damos razão a Germano Marques da Silva⁷ quando afirma que designar as várias sessões sistematicamente com intervalos de trinta dias é desrespeitar o espírito da lei, pois este exigirá que o intervalo entre cada uma destas sessões seja o mais curto possível.

A jurisprudência tem entendido, por outro lado, que esta exigência se mantém ainda que a prova seja documentada. Na verdade, a marca deixada na memória por determinada prova produzida oralmente pode esvanecer-se com o tempo mesmo quando tal prova fique documentada, pois há impressões que sempre escapam à documentação (escrita, ou até gravada).

4.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz

O princípio da imediação traduz-se essencialmente no contacto pessoal entre o juiz e os diversos meios de prova. A convicção do tribunal deve basear-se na prova produzida e examinada na audiência (artigo 355º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987). Só excepcionalmente se admitem limitações a esta regra (artigos 355º, n.º 2, e 356º do mesmo diploma).

⁶ *In Op. Cit.*, III, pg. 230.

⁷ *In Op. Cit.*, III, pg. 231.

A este princípio está associado o da oralidade. A oralidade também permite o maior contacto entre o julgador e as provas. Estas são apreciadas por quem assiste à sua produção, colhe impressões vivas e imediatas que, como já referi, não podem conservar-se num relato escrito (e, de algum modo, nem sequer numa gravação). Quem tem experiência neste âmbito sabe bem que é muito diferente a segurança com que pode avaliar a credibilidade de uma testemunha a cujo depoimento se assistiu pessoalmente e a de uma testemunha cujo depoimento nos chega através de um relato escrito, designadamente através de carta precatória. Numa ocasião, vi-me confrontado, num processo, com um único depoimento de uma eventual vítima de uma agressão doméstica, não presenciada por testemunhas e sem deixar marcas detectadas em exame médico, prestado por escrito através de carta precatória, sendo que o arguido negava tal agressão. Não me considerarei suficientemente seguro para dar como provada tal agressão, sendo certo que isto poderia não suceder se tivesse tido a oportunidade de inquirir directa e presencialmente a testemunha.

No âmbito penal, os princípios da oralidade e da imediação assumem particular relevância, por permitirem também avaliar mais correctamente a personalidade do agente do crime, e o seu eventual arrependimento, o que não deixa de influir na escolha e na determinação da medida da pena (artigos 70º e 71º do Código Penal português de 1982). Também por este motivo, são desaconselháveis os julgamentos sem a presença do arguido.

Para Germano Marques da Silva⁸, o princípio da oralidade, assim como o princípio da publicidade, exigiria que todos os documentos constantes do processo que servem para formar a convicção do tribunal fossem lidos publicamente em audiência. Não tem sido este, porém, o entendimento da jurisprudência (assim, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 1993, *in Colectânea de Jurisprudência- Supremo Tribunal de Justiça*, 1993, I, pg. 209, e de 10 de Novembro de 1993, *in Colectânea de Jurisprudência- Supremo Tribunal de Justiça*, 1993, III, pg. 233, da Relação de Coimbra de 29 de Setembro de 1998, *in Colectânea de Jurisprudência*, 1998, III, pg. 55, e da Relação de Lisboa de 2 de Dezembro de 1999, *sum. in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 492, pg. 480), sendo que o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional este entendimento no seu acórdão n.º 87/99 (publicado na IIª série do Diário da República a 1 de Julho de 1999). Os documentos devem ser examinados em audiência pelos juizes e estar acessíveis para exame das partes durante a mesma. Não terão de ser necessariamente lidos publicamente (o que seria, em caso de documentos muito extensos, de difícil viabilidade prática).

⁸ *In Op. Cit.*, III, pgs. 232 e 233.

Destes princípios também resulta a necessidade de os juizes que participam na audiência serem os mesmos do princípio ao fim e também serem eles que decidem dos factos considerados provados e não provados (princípio da identidade do juiz).

4.4 – O princípio da publicidade

O princípio da publicidade implica que à audiência possa assistir qualquer cidadão e que sejam admissíveis relatos públicos da mesma.

Este princípio justifica-se como meio de eliminar quaisquer desconfianças sobre a independência e imparcialidade com que é administrada a justiça penal.

Está consagrado nos artigos 321º do C.P.P. português de 1987 (que define como nulidade insanável a exclusão de publicidade fora dos casos legalmente previstos) e 407º do C.P.P. português de 1929. Nos termos do artigo 87º, n.º 2, daquele diploma, a restrição ou exclusão de publicidade deve fundar-se em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que esta causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto, sendo que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a exclusão de publicidade será a regra em caso de processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de dezasseis anos. Nos termos do artigo 407º do C.P.P. português de 1929, a exclusão de publicidade deve fundar-se na possibilidade de ofensa à moral, interesse público ou ordem pública. De qualquer modo, a leitura da sentença será sempre pública (n.º 5 do referido artigo 87º e §3º do referido artigo 407º).

A publicidade implica, como vimos, o direito de assistir à audiência e o direito de a relatar publicamente, mas não o de transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som (ver artigo 88º, n.º 2, b), do C.P.P. português de 1987). É certo que também esta transmissão, este registo e esta tomada poderão ser considerados decorrentes das exigências subjacentes ao princípio da publicidade. Mas há que atender ao respeito pelo direito à imagem (do arguido, designadamente) e à perturbação que essa transmissão, esse registo e essa tomada poderão causar à serenidade ou espontaneidade dos depoimentos prestados.

Como vimos, Germano Marques da Silva⁹ considera que o princípio da publicidade é afectado quando se dão por examinados em audiência os documentos constantes do processo sem a sua leitura pública: «...se esses documentos podem ser conhecidos dos sujeitos processuais, não o são geralmente do público que assiste à audiência e a publicidade da audiência não visa o

⁹ *In Op. Cit.*, III, pg. 233.

espectáculo, mas o acompanhamento da produção de provas pelo público em ordem à fiscalização do acto e ao seu convencimento da justiça da decisão». Não tem sido esse, porém, o entendimento da jurisprudência, como também já vimos.

5 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS À PROVA

Dos princípios fundamentais relativos à prova, no âmbito do C.P.P. português de 1987 e do C.P.P. português de 1929, são de destacar o princípio da investigação ou da “verdade material”, o princípio da livre apreciação de prova e o princípio *in dubio pro reo*.

5.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material”

O princípio da investigação, instrutório, inquisitório ou da “verdade material” contrapõe-se ao princípio dispositivo, de contradição ou de discussão.

Parte este segundo princípio da visão do processo como algo que se situa no âmbito da disponibilidade das partes. As partes dispõem do processo como um seu negócio, pois também dispõe da relação jurídica material que lhe está subjacente. O processo articula-se como um duelo entre partes sob a arbitragem do juiz. A intervenção deste caracteriza-se pela distância e passividade. A ele cabe zelar pela observância das “regras do jogo” e proclamar o resultado. Como árbitro, é-lhe indiferente este resultado.

Daqui resulta que seja às partes – e só a elas – que compete levar ao juiz as afirmações de factos, e os meios de prova respectivos, que hão-de servir de base à decisão. É por conta das partes que corre o risco de condução do processo, através do ónus de afirmar, contradizer e impugnar. E, sendo objecto do processo uma relação jurídica material disponível, as partes poderão pôr-lhe termo através de desistência da instância, desistência do pedido, confissão ou transacção.

Pelo contrário, de acordo com o princípio da investigação ou da “verdade material”, o objecto do processo é indisponível, o que conduz à impossibilidade de desistência da acusação pública e de acordos eficazes entre a acusação e a defesa a esse respeito.

Por outro lado, será o tribunal a investigar, independentemente das contribuições dadas pelas partes, o facto sujeito a julgamento. Situamo-nos apenas no âmbito da prova. Pode o processo ter estrutura acusatória, e não ser, portanto, da iniciativa do tribunal que depende a instauração do processo e a delimitação do seu objecto,

sem que tal signifique que no âmbito da prova não possa vigorar o princípio da investigação, que abre as portas à iniciativa do tribunal.

Neste sistema, já não pode dizer-se que o juiz é um árbitro indiferente ao resultado do jogo. É-lhe indiferente que ganhe a acusação ou a defesa (por isso, é imparcial). Mas não lhe é indiferente que ganhe ou perca a verdade.

Jorge de Figueiredo Dias¹⁰ apresenta este exemplo de aplicação do princípio:

«A, acusado de um crime de homicídio doloso, defende-se alegando provocação da vítima, ou mesmo só oferecendo o merecimento dos autos, ou nem se defende mas antes confessa o crime e a culpa. Nem por isso o tribunal fica impedido ou absolvido de investigar se, em vez ou para além da provocação, ou da defesa formal do arguido, ou da própria confissão, este não terá actuado, *v.g.* em estado de *legítima defesa*, justificativo do facto. Não, evidentemente, que a propósito de qualquer crime, o tribunal tenha de indagar, autónoma e exaustivamente, da *inexistência* de causas justificativas; mas tem que o fazer, não só quando tal lhe seja alegado, mas *sempre* que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas.»

Sobre as partes não impende, pois, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar. Da sua omissão ou silêncio em relação a qualquer facto não pode, por si só, retirar-se qualquer conclusão probatória.

Representa uma consagração deste princípio o disposto no artigo 9º do C.P.P. português de 1929: «O Ministério Público poderá requerer e o juiz poderá officiosamente ordenar quaisquer diligências que se julguem indispensáveis para o descobrimento da verdade, mesmo quando a acção penal depender de acusação particular...».

E também assim o disposto no artigo 340º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987:

«O tribunal ordena, officiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade.»

O recurso a esta faculdade pode suprir deficiências da acusação ou da defesa. A prática judiciária, com algumas variações, tem permitido uma considerável maleabilidade a este respeito, admitindo, por exemplo, a inquirição de testemunhas indicadas pela defesa intempestivamente, fora do prazo de

¹⁰ *In Op. Cit.*, pg. 193.

apresentação da contestação (artigo 315º, n.º 1, do mesmo diploma). Dir-se-á, então, que deixa de ter sentido a disciplina legal traduzida na fixação deste ou doutros prazos. Não será tanto assim, porque a decisão sobre a admissibilidade da inquirição dessas testemunhas depende de um poder discricionário do juiz, que supõe a demonstração em concreto, e face à restante prova produzida, do interesse dessa inquirição na perspectiva da busca da verdade material. O juiz não está vinculado como estaria se a indicação da testemunha fosse tempestiva, caso em que seria *direito* do arguido tal inquirição. De qualquer modo, deve partir-se da ideia, no plano da hierarquia dos princípios, de que a busca da verdade material se sobrepõe a regras de disciplina processual como esta. E também será sensato considerar que as exigências da busca da verdade material (assim como, por outro lado, as exigências subjacentes ao princípio do contraditório, levam a afastar a eventualidade da realização de um julgamento sem a inquirição de quaisquer testemunhas indicadas pelo arguido apenas porque este não as indicou tempestivamente.

O princípio em questão confere, pois, ao juiz ampla margem de iniciativa no domínio da produção de prova. Mesmo assim, venho aconselhando aos meus formandos que esta iniciativa se caracterize pela *supletividade*, isto é, que o juiz não se substitua às partes, não antecipe iniciativas que elas próprias poderão tomar, e actue apenas “em última instância”. É que este tipo de actuação supletiva, e não excessivamente interventora, também contribui para reforçar uma *imagem* de imparcialidade que não pode ser descurada (não basta *ser*, é preciso também *parecer*). Pode ver-se (correcta ou incorrectamente) num juiz que se substituiu ao Ministério Público, por exemplo, um pré-juízo contra o arguido, ou um afã condenatório pouco consentâneo com a imparcialidade.

5.2 – O princípio da livre apreciação da prova

A apreciação da prova pode reger-se por um conjunto de regras predeterminantes do valor a atribuir-lhe (sistema de *prova legal*) ou na base da livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal (sistema de *prova livre*). É este sistema que caracteriza os regimes do C.P.P. português de 1987 e do C.P.P. português de 1929. Estes não contêm regras legais de fixação ou hierarquização do valor dos meios de prova. E o artigo 655º do Código de Processo Civil português (aplicável subsidiariamente no âmbito dos dois diplomas) consagra expressamente tal princípio.

Como salienta Jorge de Figueiredo Dias¹¹, não pode confundir-se a livre convicção do juiz com uma convicção puramente subjectiva, emocional e, portanto, imoti-

¹¹ *In Op. Cit.*, pgs. 203 a 205.

vável. Na verdade, se «a verdade que se procura é (...) uma verdade *prático-jurídica* e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença (máxime da penal) é a de *convencer* os interessados do bom fundamento da decisão, a decisão do juiz há-de ser, é certo, uma convicção *pessoal* – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v. g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas, em todo o caso, também ela uma convicção *objectivável* e *motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros.»

No âmbito do C.P.P. português de 1929, Jorge de Figueiredo Dias¹² entendia que a obrigação de fundamentação das decisões do tribunal em matéria de facto decorria do artigo 653º, n.º 2, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente *ex vi* do artigo 1º, § único daquele diploma. A jurisprudência não seguia, porém, este entendimento, invocando o disposto nos artigos 469º e 471º do C.P.P. (que, segundo Jorge de Figueiredo Dias seriam estranhos à questão, pois afastam apenas a possibilidade de formulação de votos de vencido) e as especificidades da produção de prova em processo penal (contra o que alegava o ilustre professor que as razões que justificam a fundamentação em processo civil valem por maioria de razão em processo penal).

No âmbito do C.P.P. português de 1987, a exigência de fundamentação das decisões em matéria de facto decorre do artigo 374º, n.º 2, deste diploma, que impõe, na fundamentação da sentença, «exposição tanto quanto possível completa, ainda que sucinta, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal». A prática judiciária, porém, ainda se caracteriza, com alguma frequência (embora actualmente menos do que em tempos mais recuados), por motivações de facto excessivamente sucintas (em contraste com extensas motivações de direito, mesmo quando não se suscitam questões jurídicas particularmente complexas), pelo recurso a fórmulas estereotipadas, por alusões genéricas à “prova produzida” (sem especificação dos meios de prova em causa) ou alusão a determinados meios de prova sem exame crítico dos mesmos (mesmo quando há meios de prova que apontam em sentidos opostos).

Como excepções ao princípio em questão, podemos referir, no âmbito do C.P.P. português de 1929, o disposto no artigo 468º, § único: os factos constantes de documentos autênticos ou autenticados consideram-se provados. E também o disposto no artigo 169º: os autos de notícia farão fé em juízo até prova em contrário.

¹² *In Op. Cit.*, pg. 206.

Ainda no âmbito do C.P.P. português de 1929, contra a visão tradicional do juiz como “perito dos peritos”, Jorge de Figueiredo Dias¹³ entendia que a prova pericial não estaria sujeita a livre apreciação do juiz nos mesmos termos de qualquer outra prova. Estaríamos quase perante já não um meio de prova, mas um “auxiliar” ou “colaborador” do juiz. Se os dados de facto que servem de base ao parecer estariam sujeitos a livre apreciação do juiz, já o juízo científico ou o parecer propriamente dito só seria susceptível de uma crítica igualmente material e científica, salvo casos inequívocos de erro, em relação aos quais o juiz teria de motivar a sua divergência.

Inspirando-se nesta tese, o artigo 163º do C.P.P. português de 1987 estatui que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do julgador (n.º 1) e que sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos deve aquele fundamentar a divergência (n.º 2).

O relatório pericial impõe-se, pois, ao julgador e só pode ser preterido em face de outra prova da mesma natureza. Exigir-se-à, pois, para tal, muitas vezes, o recurso a outra perícia. Mas não necessariamente, pois pode optar-se pela posição de peritos que tenham votado de vencido. Não me parece que o juiz possa recorrer aos seus próprios conhecimentos pessoais (estes são, para este efeito como no âmbito geral da prova, irrelevantes), ainda que eventualmente dotado de conhecimentos especializados.

Importa, porém, distinguir, como já o tem feito a jurisprudência¹⁴, a prova pericial como vem regulada no Código, que supõe a escolha de peritos oficiais ou da confiança do tribunal, da prova produzida por testemunhas com conhecimentos especializados e relevantes para a questão a decidir, mas indicadas pelas partes. Só em relação à primeira dessas provas se justifica uma especial força probatória e a presunção referida. Só em relação a ela, e por oferecer especiais garantias de imparcialidade, se pode falar em “auxiliar” ou “colaborador” do tribunal.

Importa, também, por outro lado, delimitar o âmbito do juízo técnico, científico ou artístico. Quando, por exemplo, num relatório de autópsia se afirma que as características das lesões e a zona do corpo atingida fazem presumir a intenção da matar, tal não significa que não se possa concluir em sentido divergente com base noutros dados que já saem fora do âmbito da perícia (a motivação do arguido, os factos que antecedem a agressão, etc.).

¹³ *In Op. Cit.*, pgs. 208 e 209.

¹⁴ Ver, por exemplo, o acórdão da Relação de Évora de 19 de Setembro de 2000, *in Colectânea de Jurisprudência*, 2000, III, pg. 279.

5.3 – O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO

Como vimos, de acordo com o princípio da investigação, cabe ao juiz o dever de oficiosamente instruir e esclarecer os factos sujeitos a julgamento. Não existe, pois, qualquer ónus de prova que recaia sobre a acusador ou o arguido. Qualquer situação de dúvida em matéria de prova há-de ser sempre valorada em favor do arguido, pois este se presume inocente. Nisto consiste o princípio *in dubio pro reo*.

O princípio tem aplicação à matéria de facto, não às questões jurídicas. Vale quanto aos elementos constitutivos do crime, como o nexo de causalidade (em caso de dúvida sobre a causa da morte, por exemplo) ou o elemento subjectivo (em caso de dúvida sobre a existência de dolo directo ou eventual, ou de dolo ou negligência, por exemplo), quanto a circunstâncias qualificativas ou privilegiadoras (em caso de dúvida sobre o motivo de um homicídio, a natureza fútil desse motivo, ou a valor consideravelmente elevado dos objectos furtados, por exemplo), quanto a circunstâncias atenuantes ou atenuantes de ordem geral (simples dúvidas sobre a motivação do agente ou o valor do objecto furtado), quanto a causas de justificação (em caso de dúvida sobre a existência dos pressupostos da legítima defesa, por exemplo) ou de exclusão da culpa (em caso de dúvida sobre um eventual erro a respeito da idade da ofendida num crime de abuso sexual de menor, por exemplo) e quanto a quaisquer outros factos cuja fixação seja condição indispensável de uma decisão susceptível de desfavorecer o arguido (em caso de dúvida sobre a data dos factos, eventualmente determinante da aplicação de uma amnistia ou de um perdão, ou da verificação da prescrição, por exemplo).

Não pode transpor-se para o processo penal a regra do processo civil de repartição de ónus de prova quanto a factos constitutivos, impeditivos e extintivos de um direito. Não pode dizer-se, por exemplo, que seria ónus da acusação a prova dos elementos constitutivos de um crime e ónus da defesa a prova dos factos integradores de causas de justificação ou de exclusão de culpa¹⁵.

Também não poderá dizer-se que é ónus do arguido provar que uma detenção de estupefacientes se destinava exclusivamente a seu consumo pessoal e que, restando dúvidas a este respeito, deveria ser considerado autor de um crime de tráfico de estupefacientes em que se traduz a simples detenção desse produto. Se

¹⁵ Esta foi, no entanto, a posição assumida no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1971, num caso de dúvida sobre a existência de erro sobre a idade da ofendida num crime de atentado ao pudor, anotado criticamente por Jorge de Figueiredo Dias na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105º, pgs. 121 e segs.

restam tais dúvidas, e se estas têm alguma consistência e apoio factual, deverão as mesmas ser valoradas de modo a favorecer o arguido¹⁶.

Para que o princípio opere, importa que estejamos perante uma situação de dúvida, o que supõe algum apoio factual, não basta que pura e simplesmente se alegue a existência de uma eventual causa de justificação ou de exclusão de culpa. Como refere Jorge de Figueiredo Dias¹⁷ no texto acima citado, o tribunal não tem que «indagar, autónoma e exaustivamente, da *inexistência* de causas justificativas», mas tem que o fazer «*sempre* que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas».

6 – ALTERAÇÃO DO OBJECTO DO PROCESSO

Para analisar as questões colocadas pela alteração do objecto do processo, será útil partir de um caso concreto. De seguida, interessará expor os princípios que estão em jogo na busca das soluções para o problema, fazer uma breve referência às posições da doutrina portuguesa actualmente mais influente, analisar o regime do C.P.P. português de 1987 e algumas orientações da jurisprudência no âmbito de aplicação deste regime e analisar o regime do C.P.P. português de 1929 e algumas dúvidas de interpretação a seu respeito.

Partamos, pois, de um exemplo concreto.

Em determinado julgamento onde tive intervenção, vinha o arguido acusado da prática de um crime de violação que teria ocorrido às 14 horas de determinado dia. Preparou a sua defesa procurando demonstrar que a essa hora estaria a almoçar com um grupo de colegas apresentados como testemunhas. Da prova produzida parecia resultar que este almoço ocorrera realmente a essa hora, mas também que a violação não deixou de se verificar, só que a uma hora mais avançada. Seria possível condená-lo pela prática da violação, não às 14 horas, mas às 15 horas desse mesmo dia?

A partir daqui, várias hipóteses podem colocar-se: um diferença de horas superior, uma diferença de um ou mais dias, uma diferença quanto à identidade da vítima, uma diferença quanto ao tipo de crime em questão (já não uma violação, mas uma tentativa de homicídio, por exemplo), etc. Até onde nos situamos dentro do objecto do processo e a partir de onde estaremos já perante uma alteração desse objecto?

¹⁶ Ver, neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 1999, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 490, pgs. 64 e segs.

¹⁷ In *Op. Cit.*, pg. 193.

6.1 – Os princípios em jogo

Há que ter em consideração, antes de mais, quais os princípios que estão em jogo na busca das soluções para esta questão.

Estão em jogo, por um lado, o princípio acusatório e, como seus corolários, o princípio da vinculação temática e o princípio da identidade.

De acordo com o princípio acusatório, a acusação define e fixa o objecto do processo e, conseqüentemente, o limite a que estará sujeita a actividade cognitória e decisória do tribunal (vinculação temática). De acordo com o princípio da identidade, o objecto do processo deve manter-se o mesmo até ao trânsito em julgado da sentença.

A observância destes princípios é, desde logo, uma exigência da salvaguarda de um efectivo e eficaz direito de defesa do arguido. A este há-de ser proporcionada a possibilidade de preparar uma estratégia de defesa na base de uma imputação de factos previamente indicados de forma precisa, não de forma vaga ou inesperada. Porque o arguido se presume inocente, não se lhe pode exigir que preveja todas as imputações possíveis (só se se partir do princípio de que é culpado é que se pode esperar que ele saiba, independentemente de qualquer acusação, onde, quando de que forma terá praticado o crime). No caso de que partimos, ao arguido há-de ser dada a possibilidade de demonstrar que em determinada hora não estava no local onde se praticou o crime. Se é acusado da prática de um crime às 14 horas, não pode ser condenado pela prática desse crime às 15 horas sem lhe ser dada a oportunidade de eventualmente demonstrar que às 15 horas também não estava no local em questão.

Nesta perspectiva, haverá, pois, que conceder ao arguido um prazo para preparar a sua defesa em função da alteração em causa. Mas se a diferença residir apenas nesta alteração de uma hora, poderá, com esta salvaguarda das oportunidades de defesa do arguido, ainda conhecer-se desta alteração no âmbito do mesmo processo, pois, de acordo com os critérios geralmente seguidos, estaremos ainda no âmbito do mesmo objecto do processo e perante uma alteração de factos não substancial.

Quando nos situamos fora do âmbito do objecto do processo, está em jogo outra vertente do princípio acusatório, que o liga aos princípios da imparcialidade e da objectividade.

De acordo com estes princípios, a entidade que toma a iniciativa, que investiga e acusa, não pode ser a mesma que decide.

Para salvaguarda destes princípios, não bastará, pois, dar ao arguido um prazo para preparar a sua defesa quanto aos factos que representam alteração do objecto do processo (por hipótese, uma violação ocorrida em circunstâncias de tempo e lugar completamente diferentes, ou um tipo de crime, como o de homicídio tentado). Ainda que se procedesse dessa forma, ficaria afectado o princípio acusatório nesta sua vertente, pois seria a própria entidade que decide a tomar a iniciativa de investigar sem o impulso de outra entidade (a que acusa).

Estes princípios apontam, pois, no sentido da limitação dos poderes de cognição e decisão do tribunal. Outros apontam, porém, em sentido contrário.

Dos princípios inquisitório e da investigação da verdade material decorre, como seu corolário, o princípio da unidade e indivisibilidade do objecto do processo. E este traduz-se no dever de o tribunal conhecer e julgar o objecto que lhe foi proposto na sua totalidade, unitária e indivisivelmente. A busca da verdade material impõe que se alargue a possibilidade de conhecimento de todos os factos que se situem no âmbito do mesmo objecto do processo. Como afirma José Pedro Fazenda Martins¹⁸, «quando uma conduta é apodada de criminosa deve ser julgada esgotantemente no processo, não podendo ser fraccionada de forma a “favorecer” ou dificultar a reacção prescrita na lei substantiva».

Há que considerar, por outro lado, os princípios da consunção, do caso julgado e *ne bis in idem*. Por força destes princípios, o não exercício dos poderes de cognição e convalidação num determinado processo, e desde que nos situemos no âmbito do mesmo objecto, impede que no futuro se possa considerar os factos em questão noutra processo. O caso julgado é, neste sentido, como que a “outra face da medalha” dos poderes de convalidação do tribunal. Quando este se abstém de conhecer e decidir a respeito de factos situados no âmbito do objecto do processo, fica comprometida, por efeito do caso julgado, a possibilidade desse conhecimento e dessa decisão num processo futuro.

Por último, também os princípios da concentração e da celeridade processuais, assim como a necessidade de evitar decisões judiciais contraditórias, apontam no sentido da ampliação dos poderes de cognição e decisão do tribunal, com a consequente desnecessidade de instauração de outros processos.

Em conclusão, há que sopesar as exigências destes princípios e encontrar um ponto de equilíbrio entre o respeito pela dignidade do arguido enquanto sujeito processual, sem frustrar as suas expectativas e possibilidades de defesa, e a necessidade de não comprometer de forma injustificada a eficácia da investigação, a descoberta da verdade, a realização da justiça e a celeridade processual.

¹⁸ *In Os Poderes de Convalidação em Processo Penal*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1986, pg. 10.

6.2 – A posição dominante na doutrina portuguesa a respeito do objecto do processo

As posições da doutrina a respeito do objecto do processo têm oscilado entre as que partem de uma noção naturalística desse objecto como acontecimento histórico, um conjunto de factos naturais definido independentemente de qualquer consideração jurídica, e os que partem de uma concepção normativista desse objecto, definido antes com critérios próprios do direito substantivo e dos valores a este subjacentes. Há quem conjugue os dois critérios, tomando como ponto de partida o acontecimento histórico, mas recorrendo, na delimitação do objecto, não apenas a critérios naturalísticos, mas a critérios jurídico-normativos. A doutrina portuguesa actualmente mais influente dá, a este respeito, relevo a critérios não estritamente jurídicos, mas de valoração social. Dela poderão considerar-se representativos os autores assinalados de seguida.

Para Jorge de Figueiredo Dias¹⁹, a identidade do objecto do processo não corresponde à unidade material ou naturalística, mas também não corresponde à pura unidade jurídico-substantiva. Relevante seria que os factos “novos” que o juiz do julgamento é chamado a apreciar reflectam, ou não, o mesmo “pedaço de vida” concretamente vertido na acusação, sendo por isso passíveis de idêntico juízo social, ou seja, idênticos do ponto de vista da sua valoração social. O elemento polarizador que liga os vários factos situados no âmbito do mesmo objecto processual é, pois, de natureza normativa, mas não exclusivamente jurídica. Saber se as alterações de circunstâncias espacio-temporais ou do objecto do crime acarretam, ou não, a alteração do objecto do processo depende da diferente avaliação social que dessa alteração possa, ou não, decorrer. Não há uma diferente avaliação social quando o crime ocorreu uma hora depois, ou quando a quantia furtada é de cinco mil euros, e não quatro mil. Mas já haverá essa diferença entre o furto de um relógio e o furto de um colar de brilhantes, ou entre o furto de uma cigarreira de prata e o furto de um isqueiro electrónico.

Para Frederico Isasca²⁰, o objecto do processo é um acontecimento histórico, mas não considerado apenas de um ponto de vista naturalístico ou exclusivamente jurídico, é um “pedaço da vida” que se destaca da realidade e que, como “pedaço da vida” social, cultural e jurídica do sujeito se submete à apreciação jurídica. O critério de unidade é dado pelas regras da experiência, pela “compreensão da vida”, pela perspectiva de um observador não juridicamente formado. Está em

¹⁹ *Apud* Mário Tenreiro, *Apontamentos sobre o Objecto do Processo Penal*, policop., Coimbra, 1986, pgs. 43 e segs.

²⁰ Ver *Alteração Substantial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pgs. 143 e segs.

causa a valoração social, não só o mesmo bem jurídico (há vários graus de lesão de um mesmo bem jurídico passíveis de avaliações sociais diferentes). Mas, para além da identidade de valoração social, exige-se a identidade (que não igualdade) da “imagem social” do “pedaço de vida” que forma o objecto do processo. A valoração social de um homicídio de que é vítima uma pessoa diferente da que é referida na acusação poderá ser idêntica, mas não será idêntica a “imagem social” decorrente dessa alteração. Não haverá alteração de objecto do processo se o crime tiver sido praticado às 14h.30m., e não às 14h., ou se o número de ovelhas furtadas for de 150, e não 160. Qualquer dos elementos de tempo, local, modo de execução, forma de participação, nexos de causalidade ou grau de execução não determinam, por si só, a existência, ou não, de alteração de objecto do processo. O facto de estarmos perante um crime de gravidade menor (uma receptação, e já não um roubo) não significa que não estejamos perante uma alteração do objecto do processo, pois a imagem e a valoração social poderão ser diferentes, ficando, deste modo afectadas as possibilidades de defesa do arguido.

6.3 – O regime do C.P.P. português de 1987 e algumas orientações da jurisprudência no âmbito da sua aplicação

Há que considerar as seguintes disposições do C.P.P. português de 1987.

O artigo 1º, n.º 1, f), define “alteração substancial dos factos” como aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

Tem-se entendido que o preenchimento do conceito de “crime diverso” (diferente de “tipo de crime diverso”) dependerá das concepções relativas ao objecto do processo. Poderemos estar perante um “crime diverso” sem alteração do tipo de crime em questão (um furto praticado em circunstâncias espácio-temporais completamente diferentes, por exemplo). E não estaremos necessariamente perante um “crime diverso”, para este efeito, quando haja alteração do tipo de crime (por exemplo, um furto e já não um roubo, se não se provar apenas a utilização de violência para a subtração). Poderemos estar perante um “crime diverso” mesmo que o crime em questão seja de menor gravidade (uma vez que se faz a distinção entre este critério e o da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis).

O relevo desta definição de “alteração substancial de factos” (e sua distinção de “alteração não substancial de factos”) é-nos dado, no que diz respeito ao julgamento, pelo regime decorrente dos artigos 358º e 359º.

Estatui o primeiro destes artigos, cuja epígrafe alude à alteração não substancial de factos descritos na acusação ou na pronúncia:

- «1. Se no decurso da audiência se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a decisão da causa, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente para a preparação da defesa.
2. Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.
3. O disposto no n.º 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia.»

Estatui, por seu turno, o artigo 359º, cuja epígrafe alude à alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia:

- «1. Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso; mas a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.
2. Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.
3. Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a dez dias, com o conseqüente adiamento da audiência, se necessário.»

Regressando ao exemplo a que aludi inicialmente, estaremos, neste caso, perante uma alteração não substancial de factos. A circunstância de, no decurso da audiência, se verificar que os factos por que o arguido vem acusado possam ter ocorrido, não às 14 horas, mas antes às 15 horas, não representa uma alteração do objecto do processo, de acordo com os critérios já expostos. Não estamos perante “crime diverso” ou “alteração substancial de factos”. Haverá, pois, que, nos termos do citado n.º 1 do artigo 358º, comunicar esta alteração ao arguido e conceder-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário à preparação da sua defesa. Se o arguido havia preparado, até então, a sua defesa na base de uma imputação de factos ocorridos às 14 horas, apresentando testemunhas da sua presença noutra local a essa hora, deve ser-lhe dada a oportunidade de eventualmente indicar meios de prova da sua presença noutra local às 15 horas.

O n.º 3 do artigo 358º vem equiparar ao regime da alteração não substancial de factos o regime da simples alteração de qualificação jurídica. A redacção inicial do Código omitia qualquer referência a esta alteração. Falava-se apenas em alteração de *factos*. O assento n.º 2/93 (publicado no Diário da República, Iª série, de 10 de Março de 1993) veio fixar, como jurisprudência uniforme, que o tribunal era livre de alterar a qualificação jurídica dos factos, desde que estes não sofressem alteração. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 445/97 (publicado no Diário da República, Iª série, de 5 de Agosto de 1997) veio declarar este assento inconstitucional «na medida em que, conduzindo a diferente qualificação jurídica à condenação do arguido em pena mais grave, não se prevê que este seja prevenido da nova qualificação jurídica e se lhe dê oportunidade de defesa». Parte-se, pois, do princípio de que a defesa do arguido, que deve ser plenamente assegurada, não diz respeito apenas aos factos que lhe são imputados, mas também à qualificação jurídica desses factos.

A actual redacção do artigo 358º reflecte o sentido desta decisão.

Discute-se actualmente em Portugal a questão de saber se o furto de objectos guardados no interior de veículos configura um furto simples, p. e p. pelo artigo 203º do Código Penal, um furto qualificado p. e p. pelo artigo 204º, n.º 1, b), do mesmo diploma (coisa transportada em veículo), ou um furto qualificado p. e p. pelo artigo 204º, n.º 1, e), do mesmo diploma (coisa fechada em receptáculo equipado com fechadura ou outro dispositivo especialmente destinado à sua segurança). Na acusação o Ministério Público poderá considerar, por hipótese, que os factos em questão configuram um crime de furto qualificado p. e p. pelo artigo 204º, n.º 1, b), do Código Penal. O juiz que procede ao julgamento pode discordar dessa qualificação jurídica, sem que se suscite qualquer questão relativa à alteração dos factos em apreço, e considerar que estes configuram antes um crime de furto qualificado p. e p. pelo artigo 204º, n.º 1, e), do mesmo diploma. Poderá condenar pela prática deste crime se ao arguido for dada a oportunidade de se defender quanto a esta qualificação jurídica.

Debrucemo-nos agora, brevemente, sobre algumas questões abordadas pela jurisprudência no âmbito de aplicação deste regime.

Tem-se entendido que não estamos perante uma qualquer alteração de factos (substancial ou não substancial) quando os factos provados representam um “menos” em relação aos que constam da acusação²¹. Assim, por exemplo, se o

²¹ Ver, neste sentido, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1999, in *Boletim do Ministério da Justiça* 491, pg. 173, e de 18 de Junho de 2003, in *Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça*, II, pg. 215, o acórdão da Relação de Évora de 1 de Fevereiro de 2000, sum. in *Boletim do Ministério da Justiça* 494, pg. 411, e o acórdão da Relação de Lisboa de 16 de Março de 2000, sum. in *Boletim do Ministério da Justiça* 495, pg. 351.

arguido vem acusado da prática de um crime de furto qualificado e, não se provando as circunstâncias que qualificam o furto, é condenado pela prática de crime de furto simples; se vem acusado da prática de crime de roubo e, não se provando a utilização de violência na subtração, é condenado pela prática de crime de furto; ou se vem acusado da prática de crime de furto qualificado, na forma tentada, com penetração ilegítima em habitação e, não se provando a intenção de apropriação de objectos, é condenado pela prática de crime de violação de domicílio. Na defesa quanto ao primeiro de cada um desses conjuntos de crimes está incita a defesa quanto ao segundo.

Entende-se, por outro lado, que a simples concretização da forma como foi praticada a agressão, enquanto reportada ao mesmo facto histórico que, em termos de factualidade, se desenvolve no local, data e contexto apontados na acusação, não pode considerar-se alteração de factos, substancial ou não substancial²². E também que é possível, sem que tal represente uma alteração (substancial ou não substancial) de factos, explicitar pormenores, ou desenvolver factos constantes da acusação, desde que não se saia do seu âmbito fáctico e sem que desse modo se agrave a posição processual do arguido²³. Consequentemente, já estaremos perante uma alteração (não substancial) de factos se os “novos factos”, não conduzindo a uma incriminação por outro crime, representarem uma circunstância susceptível de agravar a responsabilidade do arguido na determinação da medida concreta da pena em que venha a ser condenado.

No acórdão da Relação de Évora de 4 de Fevereiro de 1997 (sum. in *Boletim do Ministério da Justiça* 464, pg. 635) afirma-se que o tempo e lugar do evento incriminado não são seus elementos constitutivos e daí que a lei não obrigue à sua indicação, ou indicação de forma rígida, na acusação. Se a falta de coincidência quanto ao tempo e lugar não implica modificação dos factos constitutivos da ilicitude e da responsabilidade criminal do arguido, não estaríamos perante uma alteração de factos, substancial ou não substancial. À luz do que venho afirmando, não me parece de seguir este entendimento. A indicação das circunstâncias de tempo e lugar poderá ser essencial à preparação da defesa do arguido. Para que este possa defender-se, tem de saber os factos que lhe são imputados, e estes têm de se situar num contexto espacio-temporal bem determinado. Recordo-me de ter rejeitado uma acusação, invocando o princípio da vinculação temática, por falta de indicação de factos (indicação que supõe um grau mínimo de precisão) e

²² Assim, o acórdão da Relação de Coimbra de 20 de Setembro de 2000, sum. in *Boletim do Ministério da Justiça* 499, pg. 390.

²³ Assim, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1997, in *Boletim do Ministério da Justiça* 467, pgs. 419 e segs.

consequente falta de objecto processual, que imputava ao arguido a prática de crimes de difamação “várias vezes” durante determinado ano. Deste modo, os factos não estavam delimitados de modo a permitir o exercício do direito de defesa por parte do arguido. Se não se situam no tempo de forma precisa os factos que lhe são imputados, como poderá este eventualmente demonstrar que não estaria nessa altura no local da prática desses factos, ou que o teor das afirmações que nessa altura (e não noutra ocasião) proferiu a respeito do arguido não era ofensivo?

É certo que em relação a factos que se prolongam ou repetem durante bastante tempo (crimes de abuso sexual de crianças praticado forma reiterada, por exemplo) poderá ser difícil indicar datas exactas. Mas, seja como for, os factos deverão ser contextualizados (com o grau de precisão possível em face das características do caso concreto) de modo a que o arguido não tenha dúvidas quanto às circunstâncias em relação às quais deve apresentar a sua defesa. O critério decisivo há-de ser, pois, este: o da efectiva possibilidade de defesa do arguido, que não pode ser afectada no seu conteúdo essencial.

6.4 – O regime do C.P.P. português de 1929

Há que considerar as seguintes disposições do C.P.P. português de 1929.

Estatui o artigo 447º deste diploma que o tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente. Esta decisão nunca pode condenar em pena superior à da competência do respectivo tribunal (§1º). As circunstâncias agravantes de reincidência e da sucessão de infracções, que resultarem do registo criminal ou das declarações do réu, serão sempre tomadas em consideração, ainda que não tenham sido alegadas (§2º).

Estará, assim, consagrada neste artigo, ao contrário do que se verifica na actual redacção do C.P.P. português de 1987, a tese da irrelevância da alteração de qualificação jurídica. O tribunal só não poderá qualificar os factos de forma diferente da que consta da acusação se a essa corresponder uma pena superior àquela para a qual tem competência para condenar. Mas é certo que também chegou a defender-se uma interpretação deste preceito conforme à Constituição portuguesa de 1976 e às garantias de defesa do arguido em processo penal desta decorrentes. Seria sempre necessário, de acordo com esta interpretação, avisar o arguido da mudança operada na visão jurídica da questão e permitir um contraditório eficaz²⁴.

²⁴ Assim, Mário Tenreiro, *Op. Cit.*, pg. 63

Quanto à alteração dos factos, deste artigo não decorre directamente a possibilidade de alargar os poderes de cognição e condenação do tribunal para além dos factos que constam da acusação (excluindo as situações previstas no §2º) e mesmo que estes se situem no âmbito do objecto do processo penal tal como este deve ser concebido de acordo com os critérios acima expostos. No entanto, há que considerar também o disposto no artigo 149º, que trata do caso julgado absolutório pessoal (como vimos, o caso julgado é o “reverso da medalha” dos poderes de convalidação), estatuidando a impossibilidade de renovar a acção penal com base em “infracção constituída, no todo ou em parte” pelos factos por que o réu vinha acusado. Estarão, pois, abrangidos pelo caso julgado factos situados no âmbito do objecto do processo e não constantes da acusação.

Estaremos, pois, perante uma lacuna, pois, no que diz respeito a factos situados no âmbito do objecto do processo e não constantes da acusação (para além da situação prevista no §2º do artigo 447º), por um lado proíbe-se a convalidação e, por outro lado, proíbe-se a interposição de nova acção.

Para Eduardo Correia²⁵, a lacuna deveria ser integrada, não com recurso ao artigo 444º (que regula o procedimento a adoptar quando se demonstra que o arguido cometeu infracções diferentes das acusadas, que extravasam do âmbito do objecto do processo em causa, com a instauração de outro processo), mas com recurso ao artigo 443º (que regula a admissão do conhecimento de novos elementos de prova, com eventual adiamento da audiência, se necessário). O regime relativo ao conhecimento de factos instrumentais seria aplicável também ao conhecimento de factos jurídicos constitutivos ou substantivos. O direito de defesa do arguido estaria salvaguardado pela possibilidade de adiamento da audiência de modo a que ele possa fazer valer as suas opiniões a respeito dos novos factos²⁶.

Manuel Cavaleiro de Ferreira considerava que era apenas na pronúncia, nos termos do artigo 351º, § único, que o juiz poderia incluir factos diferentes dos que constam da acusação que não a alterem substancialmente. Contra esta interpretação, José Pedro Fazenda Martins²⁷ invocava a dificuldade prática de conhecimento desses factos nessa fase processual.

Para além do referido artigo 447º, há que considerar o artigo 448º. Nos termos deste artigo, o tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, com fundamento nos factos alegados pela defesa ou dos que resultarem da discussão da causa, se, neste último caso, tiver por efeito diminuir a pena.

²⁵ Ver *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Almedina, Coimbra, 1984, pgs. 166 a 168.

²⁶ Pronunciam-se também neste sentido Mário Tenreiro (*in Op. Cit.*, pgs. 64 a 70) e José Pedro Fazenda Martins (*in Op. Cit.*, pgs 83 e 84).

²⁷ Ver *Op. Cit.*, pg. 84.

Aqui, já poderemos estar perante factos situados fora do âmbito do objecto do processo.

Em relação aos factos alegados pela defesa, não há motivos para não serem conhecidos, precisamente porque não poderá ser afectada essa defesa.

Em relação aos factos resultantes da discussão da causa que tiverem por efeito diminuir a pena, de acordo com Beleza dos Santos²⁸, impor-se-ia uma interpretação restritiva, que vede a condenação por factos que não representem uma simples modificação dos factos acusados, mas antes uma imputação completamente distinta, mesmo que deles resulte uma pena menos grave. Para José Pedro Fazenda Martins²⁹, só desta forma o preceito em causa seria, de acordo com a sua *ratio*, favorável ao réu, e não odioso para com este. Dessa forma, impedir-se-ia, por exemplo, que, não sendo provada a prática do homicídio doloso por que o réu vinha acusado, se pudesse condenar por homicídio negligente, o que representa uma imputação menos grave, «mas contraria todas as aspirações do réu a ser pura e simplesmente absolvido».

7 – A SENTENÇA

Consideremos as disposições dos C.P.P. portugueses de 1929 e 1987 relativas à sentença.

Estatui o artigo 450º do C.P.P. português de 1929 que a sentença condenatória deverá conter a indicação do nome, idade, profissão, naturalidade e residência do réu; a indicação dos factos de que é acusado; os factos que se julgaram provados, distinguindo os que constituem a infracção dos que são circunstâncias agravantes ou atenuantes; a citação da lei aplicável; a condenação na pena aplicada, indemnização por perdas e danos e impostos de justiça; a ordem de remessa do respectivo boletim para o registo criminal e a data e assinatura do juiz ou juizes que a proferiram. Estatui o artigo 452º do mesmo diploma que a sentença absolutória, além da identificação do réu, da indicação dos factos de que este é acusado e da data e assinatura do juiz ou juizes que a proferiram, deverá conter a absolvição e os seus fundamentos.

O artigo 455º deste mesmo diploma determina que, publicada a sentença, o juiz, quando o julgue conveniente, dirija ao réu uma breve alocação, exortando-o, se for condenado, a conformar-se com a decisão e a corrigir-se; e, se for absolvido, a que com o posterior comportamento justifique a absolvição.

²⁸ Ver “A Sentença Condenatória e a Pronúncia em Processo Criminal” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 64, pg. 17.

²⁹ Ver *Op. Cit.*, pg. 86.

A respeito da esclarecimento ou reforma da sentença, rege o artigo 456º:

«Depois de proferida a sentença, os representantes da acusação e da defesa poderão requerer na audiência que o tribunal esclareça ou supra qualquer deficiência, se entenderem que ela contém lacunas ou obscuridades.»

Quanto aos requisitos da sentença à luz do C.P.P. português de 1987, há que considerar o artigo 374º deste diploma, o qual dispõe (no seu n.º 1) que a sentença começa por um relatório que contém as indicações tendentes à identificação do arguido; as indicações tendentes à identificação do assistente e das partes civis; a indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação ou a pronúncia, se a houver, e a indicação sumária das conclusões contidas na contestação. A este relatório segue-se a fundamentação, «que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal (n.º 2 do mesmo artigo). A sentença termina pelo dispositivo, que contém as disposições legais aplicáveis; a decisão condenatória ou absolutória; a indicação do destino a dar a coisas ou objectos relacionados com o crime; a ordem de remessa de boletins ao registo criminal e a data e as assinaturas dos membros do tribunal (n.º 3 do mesmo artigo); devendo também ser observado o disposto em matéria de custas nesse código e no Código das Custas Judiciais (n.º 4 do mesmo artigo).

A sentença condenatória especifica ainda os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada (artigo 375º, n.º 1). Após a leitura da sentença condenatória, o presidente, quando o julgar conveniente, dirige ao arguido breve alocução, exortando-o a corrigir-se (artigo 375º, n.º 2).

O artigo 379º, n.º 1, do mesmo diploma comina de nulidade a sentença que não contenha a fundamentação ou a decisão condenatória ou absolutória; que condene por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, fora dos casos e das condições previstos nos artigos 358º e 359º (que já analisámos em capítulo anterior), ou quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento. Estas nulidades são sanáveis, mas estão sujeitas a um regime de arguição mais amplo do que as restantes, pois podem ser também arguidas em motivação de recurso para o tribunal superior (n.º 2 do mesmo artigo e acórdão de fixação de jurisprudência n.º 1/94, publicado na Iª série do Diário da República de 11 de Fevereiro de 1994).

Nos termos do artigo 380º, n.º 1, também do mesmo diploma, o tribunal procede, oficiosamente ou a requerimento, à correcção da sentença quando, fora dos casos

de nulidade, não tiver sido observado, ou não tiver sido integralmente observado, o citado artigo 374º quanto aos requisitos da sentença; ou quando esta contiver erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade cuja eliminação não importe modificação essencial.

Dos vários requisitos da sentença acima indicados, justifica-se uma referência particular à fundamentação.

Deve, antes de mais, acentuar-se que a fundamentação das decisões judiciais é, num Estado de Direito, uma verdadeira fonte de legitimação: a decisão é legítima só e na medida em que está racionalmente fundamentada. É porque não estamos perante um poder arbitrário ou baseado numa lógica de autoridade indiscutível que se impõe a fundamentação. O titular do poder não dispõe deste a seu bel-prazer e presta contas do exercício deste perante os destinatários do mesmo através da fundamentação.

A fundamentação desempenha várias funções. Uma é a de tentar convencer os destinatários da sentença e a comunidade em geral da correcção e justiça da decisão. Pode tal objectivo não ser atingido, mas há que tentar sempre atingi-lo, porque só assim se cimenta a verdadeira autoridade, que se distingue do autoritarismo e da arbitrariedade. Outra função é a de permitir ao tribunal superior e aos sujeitos processuais o exame do processo lógico e racional que lhe subjaz, o caminho mentalmente percorrido até se chegar à decisão, possibilitando, assim, a interposição e o conhecimento dos recursos. Viola claramente os princípios estruturantes de um Estado de Direito a prática de restringir ao mínimo a extensão e alcance da fundamentação para «não abrir as portas ao recurso». Por último, a fundamentação favorece o autocontrolo e a ponderação da parte do próprio órgão que decide. Quem tem de fundamentar o que decide, com menos probabilidade decidirá precipitadamente e não pensará duas vezes antes de decidir.

O juiz e docente do Centro de Estudos Judiciários Luís Correia de Mendonça³⁰ enumera os seguintes princípios de fundamentação das sentenças (sendo certo que se reporta às sentenças civis, parecem-me estes princípios aplicáveis também às sentenças penais): princípio da simplicidade e precisão de linguagem (o juiz deve expressar o seu pensamento de forma rigorosa, mas que não impeça a compreensão, na medida do possível, do seu conteúdo pelas partes e pela comunidade em geral), princípio da coerência lógica (entre os fundamentos e a decisão não pode haver contradição lógica) e princípio da exaustão (o juiz deve resolver todas as questões submetidas à sua apreciação ou cujo conhecimento lhe seja imposto oficiosamente).

Uma boa fundamentação não é necessariamente uma fundamentação extensa.

³⁰ Ver Luís Correia de Mendonça e José Mouraz Lopes, “Julgar: Contributo para uma Análise Estrutural da Sentença Civil e Penal”, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2º semestre de 2004, pgs. 214 e segs.

A respeito da fundamentação de sentenças penais, com frequência se detecta uma flagrante desproporção entre a extensão de considerações genéricas a respeito de questões doutrinárias já de todos conhecidas e pacificamente aceites, por um lado, e, por outro lado, a excessiva concisão do que é relativo ao caso concreto em apreço e ao que neste está fundamentalmente em jogo. É frequente, por exemplo, numa sentença de um processo criminal em que não se suscitam particulares questões de natureza jurídica (designadamente porque a qualificação do crime não suscita dúvidas), mas antes questões relativas à análise da prova, em que as alegações das partes se centraram basicamente nesta análise e em que o interesse dos destinatários reside essencialmente em saber por que motivo o juiz considerou, ou não, provados determinados factos, depararmo-nos com uma fundamentação jurídica muito mais extensa e desenvolvida do que a fundamentação fáctica. Ou, numa sentença de um processo em que a decisão crucial residirá em saber se ao crime em questão no caso concreto deve corresponder, ou não, uma pena de prisão, ser escassa a fundamentação da opção tomada a este respeito em confronto com questões relativas à qualificação do crime em apreço, por exemplo, que no caso concreto não suscitaram dúvidas particulares.

Importa, por tudo isto, distinguir, no estilo e no conteúdo, o que é próprio de uma dissertação académica do que é próprio de uma sentença.

Quando haja que optar entre teses juridicamente controversas, há que fundamentar essa opção sem transformar a sentença numa tese académica, com a concisão e simplicidade adequadas, e com um particular enfoque no caso concreto, sem considerações supérfluas na perspectiva deste caso concreto. Mas há que salientar que também não corresponde às exigências de uma fundamentação completa a simples adesão não motivada a uma das teses em confronto, ou a referência exclusiva a uma dessas teses e à jurisprudência que a perfilha, ignorando a tese e a jurisprudência contrárias.

A respeito da fundamentação fáctica, estamos perante uma inovação do C.P.P. português de 1987 face à prática anterior. Na verdade, e como vimos, o C.P.P. de 1929 não continha qualquer exigência expressa de fundamentação em matéria de facto.

No entanto, ainda na vigência do C.P.P. de 1929, Jorge de Figueiredo Dias³¹, contra a posição unânime da jurisprudência (que invocava o regime dos artigos 469º e 471º deste diploma, contrário ao regime do Código de Processo Civil, e as especificidades da produção de prova em processo penal), considerava tal exigência decorrente da aplicação subsidiária do artigo 653º, n.º 2, do Código de

³¹ Ver *Op. Cit.*, pg. 206.

Processo Civil, que obriga o tribunal a especificar os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador quanto aos factos que dê como provados. A este preceito não se oporiam os referidos artigos 469º e 471º, relativos antes às respostas aos quesitos, à deliberação e à votação, nem as especificidades da produção de prova em processo penal. As razões que justificam a necessidade de motivação em processo civil valeriam, por evidente maioria de razão, em processo penal.

Mas, como já acima referi, tem havido em Portugal alguma dificuldade na implementação de novos hábitos de uma completa e satisfatória fundamentação em matéria de facto. Ainda se nota o recurso a fórmulas algo estereotipadas, vagas e vazias de conteúdo, ou uma referência muito genérica ao «conjunto da prova produzida», ou ao «conjunto das testemunhas, que depuseram com isenção e imparcialidade». De outras vezes, há uma referência ao meio de prova em concreto, a determinadas testemunhas em concreto, mas tal não é suficiente, pois é necessário o exame crítico dessa prova, com indicação da razão de ciência (a forma como a testemunha teve conhecimento dos factos: por estar presente no local e ter visto, designadamente) e do motivo pelo qual essa testemunha (ou outro meio de prova) oferece credibilidade. Isto torna-se particularmente necessário quando há contradições entre o que resulta do meio de prova em questão e o que resultaria de outro meio de prova, ou do depoimento de outra testemunha. Numa situação destas, não basta, obviamente, dizer que a convicção do tribunal se baseou no depoimento de determinada testemunha, há que dizer por que motivo essa convicção se baseou nesse depoimento, e não no depoimento de outra testemunha que afirmou o contrário da primeira. Nesta linha, o acórdão do tribunal Constitucional n.º 690/98 (publicado na Iª série do Diário da República de 5 de Março de 1999) declarou a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 374º, n.º 2, do C.P.P. segundo a qual para fundamentar bastaria a enumeração dos meios de prova em que se baseou o tribunal sem necessidade de explicitação dos processos de formação da convicção do tribunal.

Importa distinguir bem a fundamentação da parte decisória da sentença. Na fundamentação devem ser usadas expressões de carácter não decisório, mesmo no que se refere a conclusões decorrentes de considerações prévias («afigura-se adequada a pena de...», «será de condenar na pena de...»), reservando-se a utilização de expressões decisórias («condeno na pena de...», «vai o arguido condenado na pena de...») precisamente para a parte decisória. Em regra, as indicações constantes da parte decisória devem ser uma síntese conclusiva (com indicação das disposições legais aplicáveis, nos termos do artigo 374º, n.º 3, a), do C.P.P. português de 1987) de considerações tecidas na fundamentação, que não podem surgir pela primeira vez na sentença apenas nessa parte decisória. A excepção (que é seguida correntemente na prática sem que tal suscite objecções) a

esta regra diz respeito a referências muito simples e sintéticas, que não suscitam dúvidas de carácter jurídico, em matérias não centrais como a condenação em custas ou a declaração de perda de objectos a favor do Estado. Nestes casos, a fundamentação pode reduzir-se à simples indicação, associada à decisão, das normas ao abrigo das quais se decide.

Quanto à parte decisória, e em caso de cúmulo jurídico, importará especificar a condenação relativa a cada um dos crimes e, de seguida, indicar a condenação resultante do cúmulo. Numa ocasião, declarei nula uma decisão de aplicação de uma coima resultante do cúmulo de várias coimas correspondentes à prática de outras tantas contraordenações onde não era indicada especificadamente a coima resultante de cada uma destas. Só esta indicação permitiria apreciar, em recurso, a legalidade e correcção da própria operação de cúmulo.

Em caso de aplicação de um perdão, este deve ser referido depois da condenação na pena integral, sem se referir apenas a pena remanescente depois dessa aplicação. Também só deste modo se pode aferir a correcção dessa aplicação.

Em caso de condenação em pena de prisão quando o arguido está preso preventivamente, é hábito fazer referência à circunstância de o tempo de prisão preventiva ser descontado no período de cumprimento da pena (como decorre do artigo 80º, n.º 1, do Código Penal português de 1982). Embora tal não seja necessário, ajudará a esclarecer o arguido e poderá servir de alerta para a futura contagem de pena (sendo que só nesta se indicará a data exacta a partir da qual se procede a essa contagem).

Justifica-se, por último, uma referência à alocução final.

Importa salientar, desde logo, que, no regime do C.P.P. português de 1987, só deverá proceder-se a esta alocução em caso de condenação. Em caso de absolvição do arguido, e mesmo que não se prove a inocência deste, subsistindo dúvidas de que tenha praticado os factos por que vem acusado, há que levar até às últimas consequências o princípio da presunção de inocência. Há que repudiar a prática de, em caso de absolvição apenas por imperativo do princípio *in dubio pro reo*, não deixar de censurar o arguido no pressuposto de que possa ter praticado os factos. Trata-se, de qualquer modo, de uma efectiva sanção, com repercussão na sua imagem social, sem base legal á luz do princípio da presunção de inocência (e, como já tem sido salientado, sem hipótese de recurso).

Mesmo em relação ao regime do C.P.P. português de 1929, e apesar de neste se prever esta alocução também em caso de absolvição (com a estrita finalidade decorrente do artigo 455º: exortação a que o réu, com o seu comportamento posterior, justifique a absolvição), não deixam de ter cabimento estas considerações.

Há que distinguir, por outro lado, esta alocação de uma pena de admoestação. Não se trata de fazer acrescer à pena em que o arguido foi condenado outra pena, traduzida numa censura pública reforçada, para além da que decorre já da sentença. Não se trata de acentuar a estigmatização que possa decorrer já da condenação e da aplicação da pena.

Mas a alocação em causa pode desempenhar um importante papel. Pode, desde logo, ajudar a esclarecer o sentido e a fundamentação da sentença. Por muito simples e acessível que seja a redacção desta (e a tal deve tender-se, como vimos), poderá não ser possível (em muitos casos não o é) esse esclarecimento com a simples leitura da sentença. Para além disso, pode ajudar o arguido a encontrar um sentido para a pena e para o sofrimento que a esta é inerente (relembrando os interesses das vítimas e da sociedade em geral) e pode encorajá-lo na tarefa de reinserção social, abrindo, apesar desse sofrimento que não pode ser iludido, perspectivas esperançosas de futuro.

8 – O PROCESSO DE AUSENTES

Justifica-se uma referência especial ao processo de ausentes, regulado no C.P.P. português de 1929.

Este processo tem lugar quando o réu não pode ser notificado do despacho de pronúncia ou equivalente, por não ser encontrado, e ainda quando, sendo notificado, faltar injustificadamente ao julgamento e não for encontrado (artigos 562º, 563º, 569º e 570º deste diploma).

São especialidades do processo de ausentes: o julgamento por juiz singular em processo de querela (artigo 571º, §1º); a redução obrigatória da prova a escrito em processo de querela e processo correccional (artigos 568º e §1º do artigo 571º); a admissibilidade de recurso no prazo de cinco dias após a notificação da sentença, quando o réu for preso ou se apresentar em juízo (artigo 564º, §6º, e artigo 571º, §3º); e a possibilidade de, no mesmo prazo, o réu condenado em pena de prisão superior a dois anos requerer um novo julgamento (artigo 571º, §3º) e de o tribunal *ad quem* impor oficiosamente este novo julgamento (artigo 577º).

Como salienta Manuel Cavaleiro de Ferreira³², o processo de ausentes «não funciona *ad odium* contra o ausente, como castigo pela sua fuga ou revelia. A revelia do réu, mesmo procurada, não pode acarretar sanções sobre o arguido no sentido da presunção da culpabilidade». Esta forma de processo visa, antes, minimizar os inconvenientes da falta de defesa pessoal do arguido.

³² *In Curso de Processo Penal*, edição da AAFDL, Lisboa, 1970, pg. 618.

No entanto, nunca tais inconvenientes desaparecem por completo e o julgamento de ausentes pode, por outro lado, não desincentivar as situações de ausência.

Por este motivo, o C.P.P. português de 1987 veio eliminar esta forma de processo e consagrar, na sua versão inicial, a regra da inadmissibilidade do julgamento de pessoas ausentes. A prática veio a revelar graves inconvenientes deste regime, designadamente a sucessão ostensiva e sistemática de adiamentos por falta do arguido. Depois de uma alteração do texto constitucional, são hoje admissíveis julgamentos sem a presença do arguido desde que este seja considerado regularmente notificado (ver artigo 333º). Quando não é possível esta notificação, por desconhecimento do paradeiro do arguido, será este declarado contumaz, com as restrições de direitos inerentes a esta situação e a suspensão dos termos do processo (artigos 335º e 337º).

Num caso ou noutro, no processo de ausentes no âmbito do C.P.P. português de 1929 ou num julgamento de arguido faltoso notificado no âmbito do C.P.P. português actualmente vigente, é válido o princípio atrás referido: não pode a ausência do arguido jogar em seu desfavor, como se, por causa dela, deixasse de beneficiar da presunção de inocência. No regime do C.P.P. português de 1929, pode a ausência nem ser devida a um comportamento censurável do arguido cujo paradeiro é desconhecido. Mesmo quando tal não se pode afirmar, porque o arguido notificado faltou injustificadamente ao julgamento, poderá este seu comportamento ser tido em conta como circunstância agravante, mas nunca sem que seja afastado o princípio da presunção de inocência, ou que se ignore que o arguido também não poderia ser prejudicado por exercer o seu direito ao silêncio estando presente.

Numa situação de ausência do arguido, o juiz não poderá ter em conta factores relativos à personalidade deste que só seriam conhecidos se ele estivesse presente (um seu eventual arrependimento, por exemplo) e que poderiam beneficiá-lo. È, obviamente, sempre difícil julgar um “desconhecido”. Mas também isso sucederia se o arguido, estando presente, exercesse o seu direito ao silêncio. E não é obrigação do arguido confessar ou demonstrar arrependimento.

Este desconhecimento do arguido também dificulta a determinação da sua situação económica e a consequente fixação da taxa diária correspondente à multa em que possa ser condenado. Segundo a prática habitual, é, muitas vezes, nas próprias declarações do arguido que o juiz se baseia. Em situações destas, terá o juiz de recorrer ao depoimento de testemunhas, ou a presunções decorrentes da actividade profissional ou de sinais exteriores de riqueza. Em caso de dúvida, penso que será mais correcto partir do nível mais baixo de rendimentos do que do nível médio de rendimentos.

9 – A RESPONSABILIDADE CIVIL CONEXA COM A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

9.1 – O regime do C.P.P. português de 1929

Começamos por analisar o regime do C.P.P. português de 1929 relativo à responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal, referindo, em primeiro lugar, as principais disposições em questão.

Nos termos do artigo 29º deste diploma, o pedido de indemnização por perdas e danos resultantes de um facto punível, por que sejam responsáveis os seus agentes, deve fazer-se no processo em que correr a acção penal e só poderá ser feito separadamente em acção intentada nos tribunais civis nos casos previstos neste código. Está, assim, consagrado o princípio da *adesão obrigatória*, com excepções que traduzem o princípio da *alternatividade* ou *opção*. Estas excepções são elencadas no artigo 30º, que prevê a possibilidade de a acção cível de perdas e danos que não depender de acusação ou participação ser proposta em separado perante o tribunal civil, quando a acção penal não tiver sido exercida pelo Ministério Público dentro de seis meses, a contar da participação em juízo, ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo; quando o processo tiver sido arquivado; ou quando o réu tiver sido absolvido na acção penal; e também prevê essa possibilidade quando a acção penal depender de participação ou acusação particular; sendo que, neste caso, se a acção civil for instaurada, ficará extinta a acção penal (§1º). Se se tiver instaurado o processo penal por infracção que dependa de participação ou acusação particular, somente poderá intentar-se em separado a acção civil quando o processo penal esteja sem andamento por seis meses ou mais, sem culpa da parte acusadora, quando o processo tenha sido arquivado ou o réu tenha sido absolvido (§2º do mesmo artigo 30º). A transacção na acção cível impede o exercício da acção penal que dependa de participação ou acusação particular (artigo 31º).

Estatui o artigo 32º que o pedido de indemnização por perdas e danos pode ser feito mesmo por quem se não tiver constituído parte acusadora.

A extinção da acção penal antes do julgamento impedirá que o tribunal continue a conhecer da acção por perdas e danos, a qual todavia poderá ser proposta no tribunal civil (artigo 33º).

Nos termos do artigo 34º, o juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido

requerida. Esta indemnização será atribuída também a outras pessoas que a ela possam ter direito (§1º). O seu quantitativo será determinado segundo o prudente arbítrio do legislador, que atenderá à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infractor (§2º). Poderá esta indemnização ser liquidada em execução de sentença (§3º). Se estiver pendente ou tiver sido julgada no tribunal civil acção por perdas e danos, nos casos em que a lei o permita, a reparação civil não será fixada na acção penal (§4º).

Estamos, pois, perante um sistema de *adesão obrigatória* com um arbitramento também obrigatório da indemnização. Na expressão de Jorge de Figueiredo Dias³³, este sistema é o que mais se adequa ao interesse e função «iminentemente públicos ligados à indemnização», e também o que da melhor forma satisfaz «exigências compreensíveis de economia processual, protecção do lesado e auxílio à função repressiva do direito penal».

No âmbito de vigência do C.P.P. português de 1929, foi bastante discutida a questão da natureza civil ou penal da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. Desta questão dependeria a aplicação dos princípios e regras próprios do direito e processo civil, ou do direito e processo penal; a necessária coincidência, ou não necessária coincidência, da reparação arbitrada em processo penal e da reparação arbitrada numa acção civil, e o facto de a reparação arbitrada em processo penal formar, ou não, caso julgado nos termos próprios do processo civil.

A doutrina dominante afirmava a natureza civil da indemnização em causa³⁴.

Contra esta doutrina, Jorge de Figueiredo Dias³⁵ sustentava a natureza penal desta indemnização. Invocava o regime do citado artigo 34º, de arbitramento officioso, que afasta o princípio do pedido, «princípio intocável» do processo civil». Os critérios indicados no §2º deste artigo para a fixação da indemnização conduziram a resultados diferentes dos do processo civil. Enquanto estes privilegiam o montante objectivo do dano aferido pela teoria da diferença, aqueles

³³ *In Op.Cit.*, pg. 543.

³⁴ Ver Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, lições proferidas ao ano lectivo 1954-1955, reimpressão da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1981, pg. 137; Adriano Vaz Serra, «Tribunal competente para a apreciação da responsabilidade civil conexas com a criminal – Valor, no juízo civil, do caso julgado criminal. Garantias de indemnização», in *Boletim do Ministério da Justiça*, 91, pgs. 196 e segs.; Nunes de Almeida, «Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 29 (1969), pg. 5, e Pereira Coelho, «Culpa do lesante e extensão da reparação», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 6, pgs. 84 e segs.

³⁵ *Ver Op. Cit.*, pgs. 544 e segs.

dariam um maior relevo ao princípio da culpa, como decorre da circunstância de no citado preceito se fazer referência à gravidade da infracção antes de se fazer referência ao dano material e moral. As exigências de prevenção e reparação do crime, em confronto com o valor objectivo do dano, poderiam conduzir a montantes da indemnização arbitrada em processo penal diferentes dos montantes da indemnização arbitrada em processo civil. Quando a reparação em processo penal fosse inferior à eventual indemnização do processo civil, não estaria vedada a possibilidade de recurso posterior a esta jurisdição para obtenção do montante correspondente à diferença em causa. Diferente seria, de qualquer modo, o regime aplicável aos crimes particulares e semi-públicos, onde rege, como vimos, a regra da adesão optativa: deparamo-nos «aqui com um processo penal que versa sobre objecto disponível, constitui essencialmente um processo de partes e se sujeita, consequentemente, à vontade daqueles validamente manifestada».

O assento do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 1976 (publicado no Diário da República, 1ª série, de 11 de março de 1976, e no Boletim do Ministério da Justiça n.º 253, a pgs. 109 e segs.) fez cair pela base esta tese e veio optar pela orientação dominante, ao declarar, precisamente contra a posição defendida por Jorge de Figueiredo Dias, a eficácia do caso julgado no foro civil da decisão condenatória em indemnização proferida no processo penal, não aceitando, pois, a dupla natureza da causa de pedir nos foros cível e criminal.

O regime do artigo 12º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, ao estabelecer a possibilidade de reparação civil mesmo em caso de absolvição pelo crime também veio reforçar a tese da natureza civil desta reparação.

E o artigo 128º do Código Penal de 1982 veio estabelecer de forma clara a regra de que a indemnização de perdas e danos emergente de um crime é regulada pela lei civil. Esta regra afasta, no âmbito do regime actualmente vigente em Portugal, quaisquer dúvidas relativas à aplicação das regras substantivas civis à indemnização em causa (designadamente, quanto aos critérios da sua determinação quantitativa). Não afasta ainda, como veremos, as dúvidas relativas à aplicação das regras processuais civis ou processuais criminais quanto à atribuição da mesma.

O artigo 67º do Código da Estrada (Decreto-Lei n.º 39697, de 20 de Maio de 1954) veio permitir a intervenção em processo penal de todos os responsáveis civis pelo facto imputado ao arguido. Enquanto norma especial, esta norma não poderia ser aplicada analogicamente a outro tipo de situações, para além das reguladas nesse Código³⁶. Fora desse âmbito, é possível a condenação de terceiros co-responsáveis

³⁶ Assim, José António Barreiros, *Processo Penal I*, Almedina, Coimbra, 1981, pgs. 534 e 535.

pela indemnização civil sem possibilidade de intervenção processual destes (que não são sujeitos processuais, por não serem réus). Nestes casos, entende Manuel Cavaleiro de Ferreira³⁷ que a fixação da indemnização terá força de caso julgado quanto a estes terceiros, embora possa discutir-se em processo civil a existência do vínculo obrigacional que os torna responsáveis (em relação ao qual não tem, pois, a condenação penal eficácia de caso julgado).

9.2 – O regime do C.P.P. português de 1987

Vejamos agora as disposições legais pertinentes do C.P.P. português de 1987 e as principais questões que têm sido suscitadas pela sua aplicação.

Estatui o artigo 71º deste diploma que o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei. Consagra-se, assim, o princípio da *adesão obrigatória*, com excepções. Estas excepções são elencadas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 72º: quando o processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime, ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo; quando o processo penal tiver sido arquivado ou suspenso provisoriamente, ou o procedimento se tiver extinguido antes do julgamento; quando o procedimento depender de queixa ou acusação particular; quando não houver ainda danos ao tempo da acusação, estes não forem conhecidos ou não forem conhecidos em toda a sua extensão; quando a sentença penal não se tiver pronunciado sobre o pedido de indemnização civil, nos termos do artigo 82º, n.º 3 (reenviando a questão para os tribunais civis, dada a sua complexidade ou morosidade); quando o pedido for deduzido contra o arguido e outras pessoas com responsabilidade meramente civil, ou somente contra estas haja sido provocada, nessa acção, a intervenção principal do arguido; quando o valor do pedido permitir a intervenção civil do tribunal colectivo, devendo o processo penal correr perante tribunal singular; quando o processo penal correr sob a forma sumária ou sumaríssima; e quando o lesado não tiver sido informado da possibilidade de deduzir o pedido civil no processo penal ou notificado para o fazer, nos termos regulados nos artigos 75º, n.º 1, e 77º, n.º 2.

Por força do disposto no n.º 2 deste artigo 72º, no caso de o procedimento depender de queixa ou acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou acusação particular vale como renúncia a este direito.

³⁷ Ver *Curso...cit.*, reimpressão de 1981, pgs. 138 a 141.

O artigo 73º, n.º 1, vem generalizar o regime anteriormente vigente apenas no âmbito do Código da Estrada: «O pedido de indemnização civil pode ser deduzido contra pessoas com responsabilidade meramente civil e estas podem intervir voluntariamente no processo penal».

Ao contrário do que se verifica no regime do C.P.P. português de 1929, que consagra a regra da atribuição oficiosa de indemnização, independentemente de pedido, o C.P.P. português de 1987 não prescinde, como regra, da necessidade de formulação de um pedido. Como excepção a esta regra, o artigo 82º-A (que não constava da redacção inicial do Código e resultou da sua revisão de 1998) prevê a possibilidade de o tribunal, em caso de condenação, arbitrar uma indemnização «quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham». Nos termos do n.º 2 deste artigo, neste caso deve ser assegurado o respeito pelo contraditório.

O pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente (artigo 74º, n.º 1).

O artigo 77º regula a formulação do pedido e o artigo 78º a contestação do mesmo.

O artigo 82º, n.º 1, prevê a possibilidade de liquidação da indemnização em execução de sentença e o n.º 3 deste artigo o reenvio para os tribunais civis quando as questões suscitadas pelo pedido de indemnização civil inviabilizarem uma decisão rigorosa ou forem susceptíveis de gerar incidentes que retardem intoleravelmente o processo penal.

O artigo 84º, na linha da orientação que veio a ser consagrada anteriormente no já referido assento de 28 de Janeiro de 1976, estatui que a decisão penal, ainda que absolutória, que conhecer do pedido de indemnização civil constitui caso julgado nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças civis.

Uma das questões suscitadas pela aplicação deste regime relaciona-se como disposto no citado n.º 2 do artigo 72º, nos termos do qual, em caso de procedimento dependente de queixa ou acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou de acusação vale como renúncia a este direito. A jurisprudência dividia-se quanto à questão de saber se a dedução do pedido perante o tribunal civil depois da apresentação da queixa implicava, ou não, desistência desta. Contra esta tese de equiparação, dizia-se que representava uma restrição do direito de queixa sem base legal e que importa distinguir entre *renúncia* (que incide sobre um direito e é anterior ao

exercício deste) e a *desistência* (a qual supõe já a formulação de um pedido), sendo os termos do preceito citado relativos apenas à *renúncia*. O acórdão de fixação de jurisprudência denominado “assento” n.º 5/2000 (publicado na Iª série do Diário da República de 2 de Março de 2000) veio também afastar esta tese de equiparação, declarando que a dedução perante a jurisdição civil, de um pedido de indemnização, fundado nos mesmos factos que constituem objecto da acusação, não determina a extinção do procedimento criminal, quando o pedido civil tiver sido apresentado depois de exercido o direito de queixa se o processo estiver sem andamento há mais de oito meses após a formulação da acusação. Embora se contemple apenas, no texto da parte dispositiva do acórdão, esta situação de possível dedução do pedido de indemnização perante a jurisdição civil, em coerência com a sua fundamentação resultará a aplicabilidade da mesma regra às outras situações de possível dedução desse pedido perante a jurisdição civil decorrentes do citado n.º 2 do artigo 72^o³⁸.

Como já atrás referi, embora não suscite hoje dúvidas a aplicação do direito civil substantivo à indemnização em questão, já suscita essas dúvidas a aplicação ao pedido de indemnização em apreço dos princípios e regras do processo civil, ou dos princípios e regras gerais do processo penal, em tudo o que não esteja regulado de forma específica no Código de Processo Penal, designadamente nos artigos 71º a 84º deste diploma.

Numa ocasião, num caso de condenação pela prática de crime de ofensa à integridade física, não condenei o arguido no pagamento de determinadas despesas médicas alegadas pelo lesado no seu pedido por este não ter apresentado qualquer prova das mesmas (sendo que o seu advogado nem sequer se tinha referido a elas durante o julgamento) e por entender na altura que era ónus deste fazê-lo, por aplicação das regras do processo civil. O tribunal de recurso, pelo contrário, entendeu que, por aplicação das regras de processo penal e do princípio, neste consagrado, da investigação e da verdade material, sobre o juiz recaía o dever de investigar oficiosamente a ocorrência dessas despesas, independentemente da prova oferecida pelo próprio lesado.

Defendem a aplicação dos princípios e regras do processo penal, na doutrina, José Mouraz Lopes³⁹ e, na jurisprudência, os acórdãos da Relação de Coimbra de 6 de Janeiro de 1999 (sum. in *Boletim do Ministério da Justiça*, 483, pg. 283), da Relação de

³⁸ Segundo Germano Marques da Silva (*in Op.Cit.*, pg. 82, nota 1), esta regra também decorria do atrás citado §2º do artigo 30º do C.P.P. de 1929.

³⁹ Ver «Algumas notas sobre o pedido de indemnização civil formulado no processo penal» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996, fasc. 3, pgs. 429 e segs.

Évora de 23 de Maio de 2000 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 2000, III, pg. 277) e da Relação de Lisboa de 26 de Outubro de 2000 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 2000, IV, pg. 154). Em sentido contrário, pronunciou-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 1995 (*in Colectânea de Jurisprudência - Supremo Tribunal de Justiça*, 1995, I, pg. 187).

No sentido da aplicação das regras e princípios do processo penal, pode invocar-se a ausência de efeito cominatório da falta de contestação do pedido (contra o que é regra em processo civil). Decisivo no sentido dessa aplicação poderá ser o facto de estar actualmente prevista no C.P.P. (embora a título excepcional – é certo) a possibilidade de atribuição oficiosa da indemnização (contra o princípio do pedido, princípio fundamental do processo civil).

Aplicando as regras do processo civil, as partes civis só prestariam depoimento em relação a matérias que as pudessem desfavorecer, pois o depoimento de parte é instrumental em relação à confissão. Mas o C.P.P. prevê e regula as declarações das partes civis sem essa restrição.

Em favor da aplicação das regras e princípios do processo penal, também pode ser invocado o acórdão de fixação de jurisprudência denominado “assento” n.º 1/2002 (publicado na Iª série do Diário da República de 21 de Maio de 2002), que veio afirmar que não cabe recurso ordinário da decisão final do Tribunal da Relação, relativa à indemnização civil, se for irrecorrível a correspondente decisão penal. Estão em causa situações de recurso restrito à matéria civil, em que tal possibilidade decorreria da aplicação das regras de processo civil sobre alçadas e valor da acção, mas não das regras de processo penal aplicáveis ao crime em causa (e isto poderá verificar-se sobretudo em caso de crimes, em resultado de acidente de viação, de homicídio negligente ou ofensas à integridade física negligentes). O acórdão parte do princípio de que a adesão ao processo penal supõe a assunção das correspondentes vantagens, mas também dos inconvenientes daí decorrentes.

De qualquer modo, parece-me que quando o processo prossegue apenas para apreciação do pedido de indemnização civil (o que tem sucedido por aplicação das leis de amnistia que assim o determinam, ou poderá suceder em caso de prescrição do crime, por aplicação da doutrina⁴⁰ do acórdão de fixação de jurisprudência n.º 3/2000⁴¹), devem ser aplicados os princípios e regras do processo civil. Numa situação destas, não me parece que faça sentido, por exemplo, declarar a contumácia do demandado (não aplicando o regime de revelia e citação edital do processo civil) quando não seja possível a notificação deste.

⁴⁰ Contrária ao regime do atrás citado artigo 33º do C.P.P. de 1929.

⁴¹ Publicado no Diário da República, Iª série, de 5 de março de 2002.

Tem havido decisões contraditórias da jurisprudência a respeito da possibilidade de, no âmbito do pedido de indemnização civil formulado em processo penal, e para além da situação prevista no atrás citado artigo 73º, n.º 1, serem suscitados incidentes de intervenção de terceiros nos termos regulados no Código de Processo Civil⁴². José Mouraz Lopes⁴³ admite essa possibilidade se a intervenção for necessária à satisfação do direito do lesado e desde que não provoque um intolerável atraso no processo.

Será de rejeitar a possibilidade de um pedido reconvenicional por parte do demandado, não só porque tal não está previsto no regime dos artigos 71º a 84º do C.P.P., como porque a tal se opõe o próprio fundamento do princípio da adesão, que diz respeito à responsabilidade civil derivada da prática de um crime, e não outra⁴⁴.

A respeito do citado artigo 82º-A, que prevê a possibilidade de atribuição oficiosa de indemnização «quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham», haverá ainda que apurar, através da prática jurisprudencial, por um lado, em que se traduzem concretamente estas «particulares exigências de protecção da vítima». E há que considerar, por outro lado, o seguinte.

O n.º 2 deste mesmo artigo exige que, neste caso, seja observado o contraditório. Pode entender-se que esta exigência decorreria já necessariamente do simples respeito por este princípio, que, como vimos, é basilar quanto ao julgamento, independentemente desta norma específica. De qualquer modo, o respeito pelo contraditório implicará, nestes casos, que o arguido e demandado seja previamente advertido da possibilidade de condenação nessa indemnização (que não pode ser para ele uma surpresa de que só se apercebe quando tem conhecimento da sentença), para que sobre ela possa eventualmente produzir prova e pronunciar-se em sede de alegações. E, nesta linha, também me parece que deva ser previamente advertido do eventual montante em causa, para que também sobre este aspecto possa produzir prova e pronunciar-se em sede de alegações.

⁴² Em favor dessa possibilidade, podem ver-se os acórdãos da Relação de Lisboa de 25 de Setembro de 2002 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 2002, IV, pg. 128), e da Relação de Coimbra de 13 de Novembro de 2002 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 2002, III, pg. 47) e de 29 de Outubro de 2003 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 2003, IV, pg. 50). Contra, podem ver-se os acórdãos da Relação de Coimbra de 9 de Abril de 1997 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 1997, II, pg. 54) e da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 1999 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 1999, III, pg. 237).

⁴³ *In Op.Ccit.*, pg. 429.

⁴⁴ Assim, José Mouraz Lopes, *Op.Cit.*, pg. 429.

II – OS RECURSOS – PRINCÍPIOS GERAIS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

1 – OS RECURSOS ORDINÁRIOS

À luz do C.P.P. português de 1987, como à luz do C.P.P. português de 1929, podem distinguir-se os recursos ordinários, como meios de impugnação de decisões ainda não transitadas em julgado, e os recursos extraordinários, como formas de impugnação de decisões já transitadas em julgado. Analisemos, antes de mais, os princípios gerais e condições de admissibilidade dos recursos ordinários.

1.1 – Decisões recorríveis e irrecorríveis

Os artigos 399º do C.P.P. português de 1987 e 645º do C.P.P. português de 1929 consagram o princípio geral da recorribilidade: a regra é a admissibilidade de recurso de quaisquer despachos, sentenças ou acórdãos, sendo as excepções previstas expressamente na lei.

O artigo 400º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 estatui que não é admissível recurso de despachos de mero expediente (alínea a)); de decisões que ordenem actos dependentes de livre resolução do tribunal (alínea b)); de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que não ponham termo à causa (alínea c)); de acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas Relações, que confirmem decisão de primeira instância (alínea d)); de acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações, em processo por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, mesmo em caso de concurso de infracções, ou em que o Ministério Público tenha requerido a intervenção do juiz singular nos termos do artigo 16º, n.º 3 (alínea e)); de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas Relações, que confirmam decisões da primeira instância, em processo por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a oito anos, mesmo em caso de concurso de infracções (alínea f)) e nos demais casos previstos na lei (alínea g)). Nos termos do n.º 2 deste artigo, o recuso da parte da sentença relativa à indemnização civil só é admissível desde que o valor do pedido seja superior à alçada do tribunal recorrido e a decisão impugnada seja desfavorável para o recorrente em valor superior a metade dessa alçada.

Por seu turno, o artigo 646º do C.P.P. português de 1929 estatui a inadmissibilidade de recurso quanto aos despachos de mero expediente (1º); às decisões

sobre polícia da audiência ou quaisquer outros actos judiciais, ainda que imponham qualquer pena, se neles se não excederem os limites prescritos na lei (2º); às decisões que ordenarem actos que dependam da livre resolução do juiz ou do tribunal (3º); às decisões sobre matéria de facto tomadas pelas Relações, pelos tribunais colectivos e pelo júri (4º); à decisão do juiz que anular por iníqua a deliberação do júri (5º); aos acórdãos das Relações proferidos sobre recursos interpostos em processo correcional que não sejam condenatórios ou que não ponham termo ao processo; de transgressões ou sumários e dos que tenham decidido recurso interposto de decisão do juiz conhecendo de recurso sobre aplicação administrativa de uma coima, ressalvando-se multa ou coima de valor superior ao aí indicado (6º); aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ressalvando-se a faculdade de recurso para o Tribunal Pleno previsto no artigo 668º (7º) e aos demais casos previstos na lei (8º). Havendo pedido cível deduzido, o recurso será admissível, restrito a esse pedido, desde que o seu montante exceda a alçada da Relação (6º). Haverá sempre (seja qual for a forma de processo) recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça, restrito a essa matéria, das decisões que aplicarem medidas de segurança privativas da liberdade ou declararem os arguidos delinquentes de difícil correcção (§ único).

Em ambos os regimes se excluem, pois, da regra de recorribilidade os despachos de mero expediente, ou seja, os que, na definição do artigo 679º do Código de Processo Civil português, «se destinam a regular, em harmonia com a lei, os termos do processo».

Também se excluem da regra de recorribilidade, em ambos os regimes, os despachos que ordenem actos dependentes de livre resolução do juiz, ou seja, os que são proferidos no uso de um poder discricionário conferido por lei ao juiz, como serão, por exemplo, os que determinam oficiosamente a realização de diligências probatórias.

As diferenças de regime reflectem, sobretudo, opções diferentes quanto ao número de graus de recurso, sendo que a versão actualmente vigente do C.P.P. português de 1987 se afastou, embora não completamente, da consagração, como regra, de um único grau de recurso, regra que constava da versão inicial desse diploma. Nessa versão, os tribunais da Relação passaram a conhecer em última instância das decisões finais do juiz singular e das decisões interlocutórias do tribunal colectivo e do júri, sendo o recurso das decisões finais destes últimos interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça. Actualmente, na redacção dada pela Lei n.º 59/98, 25 de Agosto, este recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça só se verifica em relação aos acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri e aos acórdãos finais proferidos pelo tribunal colectivo visando exclusivamente o reexame da matéria de direito (artigo 432º, c) e d)).

O regime do n.º 2 do artigo 674º do C.P.P. português de 1929, ao prever a irrecurribilidade de decisões judiciais de disciplina da audiência que impusessem penas foi considerado contrário ao princípio consagrado no artigo 32º, n.º 1, da Constituição portuguesa de 1976 ⁴⁵ ⁴⁶. Deixou de ter conteúdo com a alteração de redacção do artigo 93º desse Código operada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, que eliminou a possibilidade de imposição dessas penas.

1.2 – Legitimidade e interesse em agir

Nos termos do artigo 401º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987, têm legitimidade para recorrer: o Ministério Público, de quaisquer decisões, ainda que no exclusivo interesse do arguido (alínea a)); o arguido e o assistente, de decisões contra eles proferidas (alínea b)); as partes civis, das partes das decisões contra cada uma proferidas (alínea c)) e aqueles que tiverem sido condenados ao pagamento de quaisquer importâncias, nos termos do Código, ou tiverem a defender um direito afectado pela decisão (alínea d)). Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir (n.º 2 do mesmo artigo).

Por seu turno, o artigo 647º do C.P.P. português de 1929 estatui que têm legitimidade para recorrer o Ministério Público, de quaisquer decisões, ainda que o recurso seja interposto no exclusivo interesse da defesa (1º) e o réu e a parte acusadora, das decisões contra eles proferidas (2º). O §1º deste artigo consagra a obrigatoriedade de recurso por parte do Ministério Público nas situações especialmente previstas no Código, designadamente as relativas à aplicação de penas mais graves. Nos termos do §4º deste artigo, o réu não pode recorrer da pronúncia, sem estar preso ou caucionado, nem do despacho que julgar quebrada a caução, sem ter dado entrada na cadeia. Nos termos do §5º do mesmo artigo, a parte acusadora não poderá recorrer das decisões que tenham condenado o réu em pena igual ou superior àquela que tiver pedido na sua querela, queixa ou requerimento ou em perdas e danos em quantitativo não inferior ao que houver pedido.

Num e noutro regime, resulta claro o papel do Ministério Público na busca da justiça das decisões, segundo critérios de objectividade, e não de parte, que podem impor uma actuação em favor do arguido. Como afirma Germano Marques da

⁴⁵ Ver José Gonçalves da Costa, “Recursos”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, C.E.J.- Livraria Almedina, Coimbra, 1984, pg. 410.

⁴⁶ Na sua versão inicial, era a seguinte a redacção do preceito: «o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa».

Depois da revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, tornou-se explícita a inclusão do recurso entre essas garantias de defesa. A redacção actualmente vigente desse preceito é, pois, a seguinte: «o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso».

Silva⁴⁷, «a comunidade, que o Ministério Público representa, só tem interesse na condenação ou absolvição do arguido enquanto essa condenação ou absolvição sejam justas».

A natureza institucional e impessoal do Ministério Público também faz com que a sua legitimidade para o recurso não dependa de posições anteriormente assumidas no processo. Numa ocasião, admiti um recurso interposto pelo Ministério Público de uma decisão em consonância com a posição anteriormente assumida em alegações pelo representante deste.

No âmbito do C.P.P. português de 1987, entende Germano Marques da Silva⁴⁸ que o Ministério Público já não terá legitimidade para recorrer no interesse do arguido quanto ao pedido de indemnização civil, onde estão em jogo direitos disponíveis. Será de aplicar este raciocínio também ao regime do C.P.P. português de 1929 se partirmos do princípio da natureza civil da indemnização em causa⁴⁹.

No âmbito do C.P.P. português de 1929, e nos casos de recurso obrigatório para o Ministério Público, o recurso tem uma finalidade de controlo da decisão judicial por um tribunal hierarquicamente superior, e não apenas (como sucede em relação aos outros recursos) de remédio e um eventual erro dessa decisão. A decisão condenatória é submetida a nova apreciação jurisdicional ainda que não sejam invocados defeitos da decisão.

Ao contrário do Ministério Público, o arguido e o assistente só podem recorrer das decisões contra eles proferidas.

O C.P.P. português de 1929 estatui, no §5º do artigo 647º, como vimos, que «a parte acusadora não poderá recorrer das decisões que tenham condenado o réu em pena igual ou superior à que tiver pedido na sua querela, queixa ou requerimento». Como refere Germano Marques da Silva⁵⁰, no âmbito do C.P.P. português de 1987 o assistente não pede a condenação em pena determinada e, se o fizer, daí não resulta qualquer vinculação do tribunal. De qualquer modo, haverá sempre que considerar, neste âmbito, o disposto no assento n.º 8/99 (publicado na Iª série do Diário da República de 10 de Agosto de 1999): o assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado pelo Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar em concreto o próprio interesse em agir.

⁴⁷ *Op. Cit.*, III, pg. 303.

⁴⁸ *Op. Cit.*, III, pg. 315.

⁴⁹ *Ver supra*.

⁵⁰ *Op. Cit.*, pg. 316.

Como salienta também Germano Marques da Silva⁵¹, decisão proferida contra o arguido é a que lhe é objectivamente desfavorável, independentemente das posições que tenha assumido no processo, mesmo quando coincidente com a posição processual que defendeu anteriormente. Já quanto ao pedido de indemnização, o arguido só terá interesse em agir quando for condenado em quantia superior à que aceitou como sendo da sua responsabilidade.

1.3 – Âmbito do recurso

O artigo 402º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 estabelece o princípio geral do conhecimento amplo por parte do tribunal de recurso: este conhecerá de toda a decisão. Só não será assim se o recurso for fundado em motivos estritamente pessoais (artigo 402º, n.º 2) ou for limitado a uma parte autónoma da decisão (artigo 403º).

O C.P.P. português de 1929 não contém norma semelhante, mas, no âmbito da sua vigência, a jurisprudência acolhia tal princípio de forma unânime⁵².

Nos termos do n.º 2 do referido artigo 402º, salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais, o recurso interposto por um dos arguidos, em caso de comparticipação, aproveita aos restantes (alínea a)); o recurso interposto pelo arguido aproveita ao responsável civil (alínea b)) e o recurso interposto pelo responsável civil aproveita ao arguido, mesmo para efeitos penais (alínea c)).

São motivos estritamente pessoais os relativos à culpa, não o são os relativos ao facto.

O artigo 663º do C.P.P. português de 1929 estatui, a respeito do efeito do recurso quanto aos réus não recorrentes: «Se responderem diversos réus e for interposto recurso da decisão final, ainda que só relativamente a alguns deles, o tribunal de recurso conhecerá da causa em relação a todos eles». Não se restringe, pois, ao contrário do que se verifica no C.P.P. português de 1987, a aplicação desta regra aos casos de comparticipação. No entanto, a doutrina e a jurisprudência⁵³, no âmbito da vigência daquele diploma, entendia que a aplicação da regra supunha alguma conexão ou dependência entre a responsabilidade imputada aos recorrentes e a imputada aos não recorrentes: conexão objectiva por comparticipação (artigo 56º do referido Código), ou por reciprocidade ou

⁵¹ *Op. Cit.*, pg. 318.

⁵² Ver Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, anotação ao artigo 469º, pgs. 552-553.

⁵³ Ver *Op. Cit.*, anotação ao artigo 633º, pgs. 685 a 688.

simultaneidade das infracções (artigo 57º), ou em razão de uma relação de causa e efeito das infracções por que se responsabilizam os recorrentes e os não recorrentes (artigo 58º). A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça considerava inaplicável a regra quanto aos arguidos revéis não notificados da condenação, por terem o direito de requerer novo julgamento, nos casos previstos na segunda parte do §3º do artigo 571º⁵⁴.

O artigo 403º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 admite a limitação do recurso a uma parte da decisão quando a parte recorrida puder ser separada da parte não recorrida, por forma a tornar possível uma apreciação e uma decisão autónomas. O n.º 2 enumera exemplos deste tipo de situações: a matéria penal, relativamente à matéria civil (alínea a)); em caso de concurso de crimes, a parte referente a cada crime (alínea b)); a questão da culpabilidade, relativamente à determinação da sanção (alínea c)); dentro da questão da determinação da sanção, a concretização de cada uma das penas ou medidas de segurança (alínea d)). Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a limitação do recurso a uma parte da decisão não prejudica o dever de retirar da procedência daquele as consequência legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida (assim, por exemplo, quando se conclua pela improcedência do pedido de indemnização civil por não verificação da culpa do arguido num acidente de viação, impõe-se a sua absolvição do crime, mesmo que o recurso se tenha limitado à apreciação desse pedido).

O C.P.P. português de 1929 não contém preceito equiparável (o que se compreende, desde logo porque também não está expressamente consagrada a regra do conhecimento amplo de que este preceito é excepção). No âmbito da sua aplicação, a jurisprudência, de um modo geral, não considerou possível a limitação do objecto do recurso no processo penal (por exemplo, ao montante da indemnização, quando esta tenha como pressuposto a culpa penal), salvo quanto a decisões que podem ser consideradas com autonomia relativamente à decisão sobre o mérito da causa (como a condenação em custas)⁵⁵. José Gonçalves da Costa, no entanto, defendeu essa possibilidade, por aplicação subsidiária, nos termos do § único do artigo 1º do C.P.P., do artigo 684º do Código de Processo Civil⁵⁶.

⁵⁴ Ver Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Op. Cit.*, anotação ao artigo 633º, pgs. 685 a 688.

⁵⁵ Ver acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Dezembro de 1981, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 312, pgs. 240 e segs., da Relação de Coimbra de 30 de Maio de 1984, *sum. in Boletim do Ministério da Justiça*, 337, pg. 421, e acórdão da Relação de Coimbra de 19 de Abril de 1983, *sum. in Boletim do Ministério da Justiça*, 327, pg. 705.

⁵⁶ *Op. Cit.*, pg 416.

1.4 – Fundamentos do recurso

Estatui o artigo 410º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 que «sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida». E o n.º 2 do mesmo artigo: «Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: a) a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; b) a contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão, c) erro notório na apreciação da prova. Estatui ainda o n.º 3 do mesmo artigo que o recurso pode ter como fundamento, mesmo que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanado.

A respeito dos fundamentos do recurso, o Tribunal Constitucional português vem acentuando a exigência da efectiva garantia do duplo grau de jurisdição em matéria de facto e de direito, à luz do artigo 32º, n.º 1, da Constituição da República portuguesa de 1976, do artigo 11º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948 e do artigo 6º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Estatui o artigo 665º do C.P.P. português de 1929 que as Relações conhecerão de facto e de direito nas causas que julgam em 1ª instância, nos recursos interpostos das decisões proferidas pelos juizes da 1ª instância, das decisões finais dos tribunais colectivos e das proferidas nos processos em que intervenha o júri, baseando-se, para isso, nos dois últimos casos, nos documentos, respostas aos quesitos e quaisquer outros elementos constantes dos autos. O assento do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1934 (publicado na Iª série do Diário do Governo de 11 de Julho de 1934) veio esclarecer que as Relações só podiam alterar as decisões do tribunal colectivo de primeira instância em face de elementos do processo que não pudessem ser contrariados pela prova apreciada no julgamento e que haja determinado as respostas aos quesitos.

Conjugando este regime com as regras de não documentação da prova nos julgamentos em tribunal colectivo e da não fundamentação das respostas aos quesitos, poderá considerar-se que não estaria efectivamente garantida a exigência de duplo grau de jurisdição em matéria de facto quanto às decisões do tribunal colectivo.

Por tal motivo, veio a ser declarada inconstitucional, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/91 (publicado na Iª série do Diário da República de 8 de Janeiro de 1992), a referida norma do artigo 665º, na interpretação dada pelo referido assento, por violação do disposto no artigo 32º, n.º 1, da Constituição portuguesa de 1976.

O C.P.P. português de 1987 veio procurar dar resposta a estas exigências de duplo grau de jurisdição em matéria de facto.

Veio estabelecer, por um lado, a regra da fundamentação em matéria de facto (ver artigo 374º, n.º 2).

Na versão inicial deste diploma, o recurso das decisões do tribunal colectivo era interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 432º, c) e este restringia-se à matéria de direito (artigo 433º), sendo certo que o referido n.º 2 do artigo 410º permitia alargar esse âmbito a matérias de facto. Tal verificava-se, porém, dentro dos limites aí fixados. E o alcance dessa ampliação era também substancialmente reduzido na ausência de documentação da prova produzida perante o tribunal colectivo.

Actualmente, depois da reforma operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, e uma vez que das decisões do tribunal colectivo se recorre para as Relações, sem restrições quanto à matéria de direito e de facto, e sendo documentada a prova produzida perante esse tribunal (ver artigos 363º, 412º, 427º, 428º e 432º), pode dizer-se que está finalmente garantida a exigência de duplo grau de jurisdição em matéria de facto quanto às decisões desse tribunal.

1.5 – Efeitos da interposição do recurso

Os recursos ordinários têm sempre efeito devolutivo: atribuem ao tribunal *ad quem* (para quem se recorre) o poder de conhecer da decisão impugnada.

Para além disso, alguns recursos têm efeito suspensivo.

O artigo 408º do C.P.P. português de 1987 distingue entre efeito suspensivo do processo e efeito suspensivo da decisão recorrida. O efeito suspensivo do processo traduz-se no não prosseguimento da marcha do processo, a não ser no que diz respeito ao próprio recurso. O efeito suspensivo da decisão recorrida permite que o processo prossiga, só ficando suspensa a própria decisão recorrida. Um recurso com efeito suspensivo do processo tem como consequência necessária a suspensão da própria decisão recorrida. Nos termos do n.º 1 do referido artigo 408º, têm

efeito suspensivo do processo os recursos interpostos das decisões finais condenatórias (alínea a)) e o recurso do despacho de pronúncia (alínea b)). Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, suspendem os efeitos da decisão recorrida os recursos interpostos das decisões que condenarem ao pagamento de quaisquer importâncias, se o recorrente depositar o seu valor (alínea a)), o recurso do despacho que julgar quebrada a caução (alínea b)), o recurso do despacho que ordena a execução da prisão em caso de não cumprimento de pena não privativa de liberdade (alínea c)) e o recurso do despacho que considere sem efeito, por falta de pagamento de taxa de justiça, o recurso da decisão final condenatória (alínea d)).

O artigo 658º do C.P.P. português de 1929 atribui efeito suspensivo do processo aos recursos interpostos das sentenças ou acórdãos finais condenatórios, ressalvando a captura do condenado em pena de prisão (1º); o recurso do despacho de pronúncia (2º); o recurso do despacho que designa dia para julgamento em processo correccional, quando subir logo ao tribunal superior (3º); o recurso dos despachos a que se referem os artigos 350º e 351º do mesmo diploma (4º) e o recurso do despacho a que se refere o artigo 590º do mesmo diploma (5º). O artigo 659º do mesmo Código estatui que suspendem os efeitos da decisão recorrida os recursos interpostos das decisões que imponham qualquer pena, se o recorrente, quando a pena for de multa, depositar o seu valor, e, quando for de prisão, prestar caução pelo valor que o juiz arbitrar (1º) e o recurso do despacho que julgar quebrada a caução, quanto ao levantamento do depósito, se por esta forma tiver sido prestada (2º), ou se o valor da caução for depositado à ordem do juiz se a caução tiver sido prestada por meio de hipoteca ou fiança (§ único).

José Gonçalves da Costa⁵⁷ considera contrária ao princípio da liberdade (consagrado no artigo 27º, n.º 2, da Constituição portuguesa de 1976) e ao princípio da presunção de inocência do arguido (consagrado no artigo 32º, n.º 2, do mesmo diploma) a ressalva, que consta do n.º 1 do citado artigo 658º, ao efeito suspensivo da decisão condenatória em caso de condenação do arguido em pena de prisão. A condenação a prisão de arguido que se encontre em liberdade só deveria determinar a sua prisão quando se verifique trânsito em julgado da sentença. Até lá o arguido só deveria ser sujeito a medida de prisão preventiva quando se verifiquem os respectivos pressupostos.

1.6 – Momento e forma de subida dos recursos

No que se refere ao regime do momento e forma de subida dos recursos, não há diferenças muito significativas entre o C.P.P. português de 1929 e o C.P.P. português de 1987.

⁵⁷ Ver *Op.Cit.*, pg. 425.

O artigo 407º deste último diploma elenca os recursos que sobem imediatamente: a) decisões que ponham termo à causa; b) decisões posteriores a essas; c) decisões que apliquem ou mantenham medidas de coacção ou de garantia patrimonial; d) decisões que condenarem ao pagamento de quaisquer importâncias; e) despacho em que o juiz não reconhecer impedimento contra si deduzido; f) despacho que recusar ao Ministério Público legitimidade para a prossecução do processo; g) despacho que não admitir a constituição de assistente ou a intervenção de parte civil; h) despacho que indeferir o requerimento para abertura de instrução; i) a decisão instrutória; j) despacho que indeferir requerimento de submissão de arguido suspeito de anomalia mental. O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta a esse elenco os recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis.

No C.P.P. português de 1929, o elenco dos recursos que sobem imediatamente consta do artigo 665º. Dele não consta a referência aos recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis. No entanto, pode considerar-se que tal decorre da aplicação subsidiária (nos termos do artigo 1º, § único, desse Código) do artigo 734º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

De acordo com a orientação unânime da jurisprudência, recurso cuja retenção o tornaria absolutamente inútil é apenas aquele cujo resultado, seja ele qual for, devido à retenção já não pode ter qualquer eficácia dentro do processo, mas não aquele cujo provimento possibilite a anulação de alguns actos, incluindo o de julgamento, por ser essa anulação um risco próprio ou normal dos recursos diferidos⁵⁸.

Estatui o n.º 3 do referido artigo 407º do C.P.P. português de 1987 que quando não deverem subir imediatamente, os recursos sobem conjuntamente com o recurso interposto da decisão que tiver posto termo à causa. Tal significa que os recursos que não subam imediatamente caducarão se não for interposto recurso da decisão que puser termo à causa.

Quanto a este aspecto, o regime do C.P.P. português de 1929 é algo diferente. Neste, os recursos anteriores ao despacho de pronúncia subirão com o recurso interposto deste despacho e os recursos interpostos das decisões posteriores, proferidos antes da decisão final, subirão com o recurso desta interposto (ver artigos 653º, 654º e 655º). Saliente-se, porém, que no regime do C.P.P. português de 1987, na maior parte dos casos não haverá despacho de pronúncia recorrível (por não haver instrução, que é facultativa, ou devido ao regime de irrecorribilidade do despacho de pronúncia que decorre do artigo 310º).

⁵⁸ Ver, por todos, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Dezembro de 1974, *in Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, 160, pg. 557.

Os recursos sobem nos próprios autos ou em separado. Quando sobem em separado, é necessário extrair certidão das peças processuais pertinentes para instruir o recurso, com as quais se organizam os autos de recurso em separado.

Nos termos do artigo 406º do C.P.P. português de 1987, sobem nos próprios autos os recursos interpostos de decisões que ponham termo à causa e os que com aqueles deverem subir (n.º 1) e sobem em separado os restantes recursos que deverem subir imediatamente (n.º 2).

Este regime equivale ao do artigo 661º do C.P.P. português de 1929. Este preceito determina a subida nos próprios autos também dos recursos com efeito suspensivo do processo. Será de admitir, por interpretação extensiva, que tal também se verifique no âmbito do C.P.P. português de 1987⁵⁹. Não se compreenderia a extracção de certidões para a subida de um recurso de um despacho de pronúncia (que não põe termo à causa) com efeito suspensivo do processo.

1.7 – A proibição da *reformatio in pejus*

A proibição da *reformatio in pejus* liga-se à estrutura acusatória do processo e à necessidade de assegurar as garantias de defesa do arguido, evitando que a possibilidade de agravação da situação deste desincentive os recursos⁶⁰.

A proibição da *reformatio in pejus* só foi introduzida no direito processual português pela Lei n.º 2139, de 14 de Março de 1969.

O artigo 409º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 dispõe (em termos equivalentes, com uma linguagem mais concisa, aos do proémio e das quatro alíneas do artigo 667º do C.P.P. português de 1929) que, interposto recurso da decisão final somente pelo arguido, pelo Ministério Público no exclusivo interesse do arguido, ou pelo arguido e pelo Ministério Público no exclusivo interesse daquele, o tribunal *ad quem* não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

O n.º 2 deste preceito (na versão actualmente vigente) prevê a única excepção à aplicação do princípio:

a possibilidade de agravação da pena de multa se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível.

Esta excepção não consta do regime do C.P.P. português de 1929 (artigo 667º).

⁵⁹ Ver, neste sentido, José Gonçalves da Costa, *Op. Cit.*, pg. 423.

⁶⁰ Ver, neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Op. Cit.*, pg. 259.

Este regime excepciona, antes, do regime de proibição da *reformatio in pejus* as situações seguintes: quando o tribunal superior qualificar diversamente os factos, nos termos dos artigos 447º e 448º, quer a qualificação respeite à incriminação, quer a circunstâncias modificativas da pena (§1º, 1º) e quando o representante do Ministério Público junto do tribunal superior se pronunciar, no visto inicial do processo, pela agravação da pena, aduzindo logo os fundamentos do seu parecer, caso em que serão notificados os réus, a quem será entregue cópia do parecer, para resposta no prazo de oito dias (§1º, 2º).

Jorge de Figueiredo Dias critica esta segunda excepção⁶¹, que deixaria «entrar pela janela aquilo que se quis impedir que entrasse pela porta».

No âmbito de aplicação deste regime, houve quem defendesse a não aplicação da proibição da *reformatio in pejus* ao montante da indemnização civil, por esta não ter a natureza de uma pena, mas de uma sanção civil⁶². Parece-me, porém, que os princípios que justificam a proibição exigem que a mesma se alargue também à indemnização civil. O C.P.P. português de 1987 refere-se a sanções de formas indistinta (quando o C.P.P. português de 1929 se refere directamente só a penas).

O Tribunal Constitucional português, no acórdão n.º 291/2000 (publicado na Iª série do Diário da República de 19 de Junho de 2000), veio a declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do artigo 32º, n.º 1, da Constituição portuguesa de 1976, do artigo 440º, n.º 2, b), do Código de Justiça Militar, na parte em que afasta (em termos equivalentes aos do artigo 667º do C.P.P. de 1929) a proibição da *reformatio in pejus* quando o promotor de justiça junto do tribunal superior se pronunciar, no visto inicial do processo, pela agravação da pena aplicada ao arguido recorrente.

No âmbito de aplicação do C.P.P. português de 1929, entendia-se que o princípio não tinha aplicação às medidas de segurança, uma vez que estas não têm carácter retributivo. Não se colocava, pois, a questão da possibilidade de agravação de uma sanção, devendo aplicar-se sempre a medida correspondente à perigosidade do delinquentes no momento em que é aplicada⁶³. A não aplicação do princípio a medidas de segurança não fundadas em anomalia psíquica e com fins não estritamente terapêuticos era criticada por Jorge de Figueiredo Dias⁶⁴.

⁶¹ Ver *Op. Cit.*, pg. 262.

⁶² Assim, o acórdão da Relação de Lisboa de 29 de Novembro de 1978, in *Boletim do Ministério da Justiça* 283º, pg. 366.

⁶³ Assim, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Op. Cit.*, anotação ao artigo 667º, pgs. 692 a 696.

⁶⁴ Ver *Op. Cit.*, pg. 260.

2 – OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

São duas as espécies de recurso extraordinário consagradas nos C.P.P. portugueses de 1929 e de 1987: o recurso para fixação de jurisprudência e o recurso de revisão.

A finalidade específica do recurso para uniformização de jurisprudência é evitar as contradições entre acórdãos dos tribunais superiores, assegurando, assim, a uniformização de jurisprudência.

Justifica-se que nos detenhamos na análise do recurso de revisão, por este abranger também decisões de tribunais de primeira instância.

O recurso de revisão, enquanto recurso extraordinário, supõe uma decisão já transitada em julgado. Obedece à ideia de que há vícios e injustiças de tal modo graves que a necessidade de lhes pôr cobro se sobrepõe ao respeito dos valores de certeza e de segurança da ordem jurídica que estão subjacentes à intangibilidade do caso julgado.

O artigo 449º, n.º 1, do C.P.P. português de 1987 enumera taxativamente os casos de admissibilidade do recurso de revisão: quando uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão (alínea a)); quando uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo (alínea b)); quando os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação (alínea c)); e quando se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que forem apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação (alínea d)). O n.º 2 do mesmo artigo declara equiparado à sentença, para o efeito da admissibilidade dos fundamentos da revisão, o despacho que tiver posto fim ao processo.

Este regime corresponde, no essencial, ao que decorre dos artigos 673º e 694º do C.P.P. português de 1929.

O citado artigo 449º do C.P.P. português de 1987 não contém previsão directamente correspondente à do n.º 5 do artigo 673º do C.P.P. português de 1929 (falta de integridade mental que possa determinar a irresponsabilidade pela infracção por que o réu foi condenado). Mas a situação poderá integrar a previsão da citada alínea d) desse artigo 449º.

A disposição do artigo 673º do C.P.P. português de 1929 correspondente à citada alínea d) do n.º 1 do artigo 449º do C.P.P. português de 1987 (o n.º 4) só atribui relevância aos aludidos novos elementos quando constituam «graves presunções da inocência do acusado».

A novidade dos factos ou elementos de prova afere-se em relação ao conhecimento do tribunal. São novos os factos ou elementos de prova que não forem apreciados no processo, embora o arguido não os ignorasse no momento do julgamento⁶⁵.

O n.º 3 deste artigo 449º declara inadmissível a revisão com fundamento na citada alínea d) (descoberta de novos factos ou meios de prova que suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação) que tenha por único fim a correcção da medida concreta da sanção aplicada.

Nos termos do n.º 1 do artigo 450º do C.P.P. português de 1987, têm legitimidade para requerer a revisão o Ministério Público (alínea a)); o assistente, relativamente a sentenças absolutórias ou a despachos de não pronúncia (alínea b)); e o condenado ou o seu defensor, relativamente a sentenças condenatórias (alínea c)). Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, têm ainda legitimidade para requerer a revisão e para a continuar, quando o condenado tiver falecido, o cônjuge, os descendentes, adoptados, ascendentes, adoptantes, parentes ou afins até ao quarto grau da linha colateral, os herdeiros que mostrem um interesse legítimo ou quem do condenado tiver recebido incumbência expressa.

Este artigo corresponde, embora não completamente, aos artigos 675º e 694º do C.P.P. português de 1929.

Ao contrário do que decorre deste artigo 675º, o citado artigo 450º do C.P.P. português de 1987 não impõe ao Ministério Público, quando houver fundamento para a revisão, a obrigação de a requerer.

Nesse artigo 450º é afirmada expressamente a legitimidade do assistente para requerer a revisão do despacho de não pronúncia, que o referido artigo 694º do C.P.P. português de 1929 só implicitamente lhe atribui.

O artigo 675º do C.P.P. português de 1929 atribui legitimidade, em caso de falecimento do condenado, aos herdeiros, sem a restringir aos que «mostrem um

⁶⁵ Ver, neste sentido, o acórdão do supremo Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1974, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 234, pg. 191.

interesse legítimo». Não atribui legitimidade, ao contrário do citado artigo 450º, a quem, em caso de falecimento do condenado, deste «tiver recebido incumbência expressa».