

MANUEL ANTONIO LOPES ROCHA
Procurador - Geral Adjunto.

O novo Código Penal português –um ano depois*–

(*) Conferência proferida em 19 de Outubro de 1983 na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela.

1.1. O Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, aprovou um novo Código Penal, culminando um longo processo legislativo que arrancou com a publicação do Decreto-Lei nº 43 888, de 28 de Janeiro de 1961, pelo qual o Ministro da Justiça foi encarregado de providenciar pela elaboração de um projecto de reforma da lei penal básica.

A necessidade desta reforma vinha, de há muito, a ser sentida e recomendada, sobretudo nos meios universitários, com particular destaque para a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O preâmbulo do Decreto-Lei nº 43 888 justifica a iniciativa do governo em função do envelhecimento do Código então vigente que, na maior parte das suas disposições, remontava a 1852 (1).

(1) 1852 é o ano da publicação do primeiro Código Penal Português que vigorou até 1 de Janeiro de 1983.

Após aquela data, o Código fora modificado por uma Lei de 1 de Julho de 1867 e por uma reforma, mais vasta, de 1884. Através de uma *Carta de Lei* que aprovou a reforma de 1884, o governo ficou autorizado a fazer uma *nova publicação* do Código Penal que deveria conter as disposições dessa reforma. Para o efeito foi designada uma Comissão cujos trabalhos produziram o Código promulgado pela Lei de 16 de Setembro de 1886. Foi este último texto que, várias vezes alterado, permaneceu em vigor até 1 de Janeiro de 1983.

Já se dizia, ao tempo, que tal Código “nascera velho” e, por isso, logo começara a falar-se na necessidade de o alterar profundamente.

Mas, como frequentemente sucede com diplomas desta envergadura, a reforma foi sendo sistematicamente adiada e instalou-se a prática das reformas parciais ou sectoriais, a publicação de normas penais em legislação avulsa e, de quando em quando, a inserção no Código de disposições novas.

Como não podia deixar de ser, as reformas parciais, sucessivamente inspiradas em princípios e doutrinas diferentes, quando não contraditórias, originaram situações que tornaram difíceis a interpretação e a aplicação do Código e da restante legislação penal, e fomentaram sentimentos de insegurança, favoráveis a soluções por vezes injustas.

Do mesmo passo, a influência das novas concepções jurídicas, sociais e económicas reveladas depois de 1852 não podia fazer-se sentir em termos adequados.

Dificuldades grandes surgiam também no ajustamento de novos tipos de crimes à parte Geral do Código, assente em técnica legislativa relacionada com uma ciência criminal obsoleta, insensível à problemática moderna da teoria da infracção criminal e às potencialidades das novas concepções sobre o papel da *personalidade* do delinquente no seio do direito criminal.

Tudo isto não deixava de ser devidamente acentuado no preâmbulo do Decreto-Lei nº 43 888.

1.2. Entretanto, era flagrante o contraste com o dinamismo legislativo a que se assistia um pouco por toda a parte, através da revisão geral dos códigos pe-

nais, com a qual se procurava responder aos problemas sociais, económicos e políticos suscitados pela vida moderna e também preocupada com o afinamento da técnica e da ciência jurídico-criminal.

O protelamento da reforma ia, por outro lado, favorecendo um estado de coisas impeditivo da consagração de novos tipos de reacções contra a criminalidade, quer institucionais quer não-institucionais.

Enquanto isto, surgiam o Código Penal italiano de 1930, o Código Penal suíço de 1937, o projecto sueco do então chamado Código de protecção (Skyddslag), de 1966, sem esquecer o jugoslavo de 1951, entre outras reformas europeias que reflectiam as audácias do neo-positivismo e as correntes da *Nova defesa social*.

A própria experiência portuguesa não deixava de ser frequentemente invocada, recordando-se que o projecto de reforma de 1884 já havia anunciado que ela “não substituiria nem faria obstáculo à publicação de um novo Código” e que o Decreto-Lei nº 39 688 de 5 de Junho de 1954, introduzindo importantes reformas no Código, aludia expressamente à desejável publicação de um novo Código Penal depois de vincar a sua necessidade.

Enfim, certas razões de oportunidade, até então frenadoras da marcha para a revisão da legislação penal básica pareciam, aos olhos do legislador de 1961, ultrapassadas.

E, a propósito, recordava-se, entre outras coisas, que as reformas parciais introduzidas já haviam permitido uma certa experiência quanto aos resultados de numerosas inovações, nomeadamente aquelas que implicavam uma deslocação do direito criminal para a *pessoa* do delincente.

É interessante notar que o preâmbulo do Decreto-Lei nº 43 888 rematava a justificação da reforma nestes sugestivos termos:

“Nem todo o esforço que nestes domínios se vem desenvolvendo se poderia continuar a compreender sem um corpo unitário de ideias e de princípios que o orientem e que precisamente só pode ser vazado e articulado num novo código criminal cuja publicação, assim, *urgentemente* se impõe”.

1.3. Apesar de tudo, houve que esperar cerca de duas décadas antes que se concretizassem os bons propósitos da reforma.

Publicado o Decreto-Lei nº 43 888, foi o Professor Eduardo Correia, da Faculdade de Direito de Coimbra, encarregado de elaborar um projecto de novo Código. E, logo em 1963 aparece publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* um primeiro projecto de Parte Geral, da sua autoria, precedido de uma notável exposição de motivos que, ainda hoje, constitui peça de obrigatória leitura para quem quiser captar a essência e o sentido do Código de 1982.

Não cabe aqui uma descrição exaustiva das vicissitudes que assinalaram o processo pre-legislativo assim iniciado, mas não deixa de ter interesse que salientemos alguns momentos particularmente significativos desse processo:

a) Em 1966 é publicado o primeiro projecto de Parte Especial, também da autoria daquele Professor de Coimbra, no mesmo *Boletim*;

b) Segue-se um longo período em que o processo de reforma, aparentemente, perde a sua continuidade;

c) Em 28 de Julho de 1977, ou seja, já depois da profunda mutação política operada em 1974, aparece publicada no *Diário da Assembleia da República* uma

proposta de lei de revisão do Código Penal, circunscrita à sua Parte Geral, que não chegou a ser apreciada por aquele órgão legislativo, vindo tal proposta a ser repetida em 1979 sem, igualmente, ter chegado a ser discutida;

d) O IV Governo Constitucional chegou a aprovar, também em 1979, uma proposta de lei relativa à Parte Especial, que não teve seguimento;

e) Em 28 de Maio de 1981, o Ministro da Justiça Menéres Pimentel nomeia uma nova Comissão de Revisão que, presidida pelo Professor Eduardo Correia prepara, com base em trabalhos anteriores, um Projecto de Código que, publicado em anexo à Proposta de Lei nº 100/II, é apresentado à Assembleia da República e publicado no *Diário* desta última de 22 de Maio de 1982;

f) A referida Proposta de Lei tinha por objecto conceder ao Governo *autorização legislativa* para elaborar e fazer publicar “leis relativas à definição de infracções, penas e medidas de segurança, com vista à adopção de um novo Código Penal, bem como para adoptar as disposições transitórias de direito e processo penal que viessem a revelar-se necessárias”;

g) O Governo ficaria também autorizado a elaborar leis em matéria de contravenções e a alterar a legislação relativas às contra-ordenações, bem como definir o regime penal especial aplicável a jovens delinquentes dos 16 aos 21 anos;

h) A *autorização legislativa* pedida pelo Governo veio a ser concedida após um breve debate parlamentar,

i) Entre a publicação da lei de autorização e a publicação do novo Código e legislação complementar,

foram introduzidas algumas alterações no texto do Projecto anexo à citada Proposta de Lei nº 100/II;

j) Finalmente, em 23 de Setembro de 1982, respectivamente através dos Decretos-Leis nos. 400/82, 401/82 e 402/82 foram publicados o novo Código Penal português, a legislação especial aplicável aos menores de 16 aos 21 anos e as alterações ao Código de Processo Penal e legislação complementar, bem como o regime de execução das penas e medidas de segurança;

1) Entretanto, já em 11 de Agosto desse mesmo ano havia sido publicado o Decreto-Lei nº 319/82, criando o Instituto de Reinserção Social e, em 27 de Outubro seguinte, pelo Decreto-Lei nº 433/82, era posto em vigor o novo regime geral relativo às *contra-ordenações*; (2).

(2) Importa esclarecer que o novo Código Penal português eliminou a categoria das *contravenções*.

Contra o parecer da doutrina, esta categoria é mantida transitoriamente na legislação penal secundária, até que seja possível eliminá-la definitivamente, através de sucessivas revisões dessa legislação que, aliás, é muito numerosa.

Dificuldades de ordem prática, designadamente a falta de estruturas adequadas de investigação e sancionamento, impediram a brusca transformação das actuais contravenções punidas com sanções pecuniárias em *contra-ordenações*, categoria inspirada no sistema alemão das *Ordnungswidrigkeiten*, que chegou a ser tentada com o Decreto-Lei nº 232/79, de 22 de Julho, o primeiro diploma que introduziu em Portugal o regime de *ilícito de mera ordenação social*, pouco tempo depois parcialmente revogado pelo Decreto-Lei nº 411-A/79, de 1 de Outubro.

De qualquer modo, o sistema implantado pelo Código Penal de 1982 e pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, aponta para uma progressiva eliminação das contravenções ainda existentes.

Esta política tem sido levada à prática através de vários diplomas publicados posteriormente ao Código, de que se destacam as seguintes, pela sua importância:

Decreto-Lei 187/83, de 13 de Maio, sobre infracções aduaneiras; Decreto-Lei nº 198/83, de 16 de Maio, estabelecendo diversas contra-

m) Já no corrente ano de 1983, pelo Decreto-Lei nº 39/83, de 25 de Janeiro, foi posto em vigor o novo regime aplicável ao registo criminal e às condições de acesso à informação criminal, bem como o regime da reabilitação dos condenados (3).

1.4. Não se furtou a severas críticas — diga-se de passagem — o meio utilizado pelo Governo para fazer publicar o novo Código e legislação complementar, ou seja, o processo de autorização legislativa.

Com efeito, a oposição parlamentar manifestou-se claramente no sentido de que uma reforma de tanta envergadura deveria ser feita pelo processo normal de uma proposta de lei material, que permitiria um debate mais aprofundado e uma reflexão mais serena e menos condicionada pelas circunstâncias de tempo,

ordenações e respectivas sanções pelo exercício irregular de actividades económicas; Decreto-Lei nº 226/83, de 27 de Maio, regulamentando a Lei nº 22/82, de 17 de Agosto, sobre a prevenção do tabagismo; e Decreto-Lei nº 303/83, de 28 de Junho, estabelecendo normas sobre o exercício da actividade publicitária.

A doutrina, como se disse, tem criticado a opção tomada pelo legislador.

Sobre o assunto, pode ver-se Eduardo Correia, in *As grandes linhas da reforma penal* e Figueiredo Dias, in *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, textos publicados no volume com o título *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, pp. 17 e ss. e 315 e ss., respectivamente.

(3) Para uma descrição detalhada do processo que se resume no texto, referindo as vicissitudes do mesmo processo e informando sobre a composição das sucessivas Comissões Revisoras e respectivos trabalhos, poderá ver-se a minha comunicação ao IX Congresso da Sociedade Internacional de Criminologia, realizado em Viena de 25 a 30 de Setembro, com o título *La réforme pénale portugaise et sa réception par la société*, em curso de publicação.

já que se estava em plena fase final da primeira revisão da Constituição da República de 1976.

Nas suas intervenções, vários deputados sublinharam que o processo escolhido pelo Governo impedia uma informação da opinião pública sobre as soluções fortemente inovadoras do projecto de Código e, simultaneamente, frustrava a sua sensibilização para as grandes linhas de política criminal que enformavam o mesmo projecto.

Do lado do Governo e da maioria parlamentar que então o apoiava, foi respondido que a solução defendida pelos partidos da Oposição implicaria o risco de a reforma penal —cuja necessidade ninguém punha em causa— ser adiada mais uma vez e que, desse modo, todo um fecundo trabalho de preparação legislativa, iniciado em 1961, seria afectado, tendo em conta que as grandes mutações políticas posteriores a Abril de 1974 haviam permitido acelerar a reforma, já que o anterior regime ditatorial não era propício à consagração de alguns princípios da Parte Geral do Código e, a esse propósito, foi recordado o insucesso das tentativas de sucessivos governos no sentido de a fazer aprovar.

Também o Governo e a maioria parlamentar apoiante notaram, nesse contexto, que a proposta de lei de autorização se fizera acompanhar de um projecto de Código o que, do seu ponto de vista, dava suficientes garantias de um debate útil, pelo menos maiores do que aconteceria se o Governo se tivesse limitado a um simples pedido de autorização, desacompanhado de qualquer projecto.

Além disso, a iniciativa governamental não impedia o processo constitucional da ratificação posterior à aplicação do Código, que sempre representaria uma

forma de controlo da bondade da nova legislação e poderia, inclusive, conduzir à sua recusa (4).

1.5. No que concretamente respeita às soluções constantes do projecto anexo à Proposta de Lei de autorização, importa esclarecer que o debate parlamentar se desenrolou em torno de um número muito limitado de questões.

A principal questão debatida foi, sem dúvida, a da penalização do aborto.

Quase todos os partidos da oposição se mostraram adversos. A polémica foi viva e dominada pela emoção, com notável projecção nos meios de comunicação social.

Embora com menor intensidade, outras questões foram discutidas, como a não inclusão, no Código, de disposições incriminadoras em matéria de cheques sem provisão, a omissão de tipos de crimes contra a economia e contra o ambiente e a não incriminação de comportamentos no domínio das relações laborais, por exemplo.

Uma certa disparidade de critérios punitivos entre infracções contra as pessoas e contra o património, as penas reputadas de demasiado severas para certos crimes, como os de sequestro, rapto de pessoas e terrorismo, a consagração de penas com larga distanciação entre limites mínimos e máximos, favorecendo o arbítrio do juiz e a incerteza da medida concreta da pena, enfim a inovação da pena relativamente indeterminada, foram outros tantos temas polémicos suscitados nas intervenções dos grupos parlamentares da Oposição no decurso dos debates.

(4) Cfr. a comunicação referida na nota anterior.

1.6. Poderemos resumir dizendo que as críticas formuladas visaram o *processo legislativo* escolhido pelo Governo, as *lacunas de incriminação*, a *penalização do aborto* e até algumas dúvidas relacionadas com a possibilidade de aplicação prática de certas disposições inovadoras, decorrentes de dificuldades de assegurar adequadas estruturas materiais e humanas.

1.7. Descrito perfunctoriamente o processo que conduziu à publicação do novo Código e legislação complementar, seria interessante referir em que termos foram recebidos pelos meios profissionais directamente interessados (magistratura, advocacia, faculdades de direito, serviços penitenciários), e pela chamada *opinião pública*.

Sem desconhecer a relevância deste lado das coisas, isso implicaria, porém, uma desmedida extensão do presente texto, preferencialmente destinado a apresentar as grandes linhas da reforma penal portuguesa (5).

A isso, pois, nos limitaremos.

(5) Aliás e no que respeita à *opinião pública*, pode ver-se a citada comunicação ao IX Congresso da Sociedade Internacional de Criminologia, onde, tendo em conta, por um lado, as dificuldades de definir aquele conceito e, por outro, as conhecidas aporias metodológicas da percepção e análise das suas manifestações, as conclusões a extrair não se mostram susceptíveis de firmar uma ideia minimamente precisa.

No que concerne às reacções dos meios profissionais directamente interessados, ainda é cedo para extrair conclusões, por ser escassa a produção de textos com um mínimo de qualidade científica. Na citada comunicação, não obstante, referem-se algumas posições de juristas e outros interessados das coisas jurídico-penais, em regra caracterizadas pela provisoriedade senão mesmo pela superficialidade das análises.

Finalmente, e no que toca à jurisprudência, teremos ocasião de fornecer algumas informações na parte final do presente trabalho. Adiantaremos, desde já, que ela se tem mostrado surpreendentemente criativa, nalguns casos, o que é de bom augúrio.

2.1. Não causará estranheza que o novo Código Penal português (e legislação complementar), reflectam ideias desde sempre defendidas pelo seu principal inspirador —o Professor Eduardo Correia— ao longo do seu magistério universitário.

A notável *exposição de motivos* que precede o seu projecto de Parte Geral de 1963 constitui, ainda hoje, uma síntese das grandes opções de política criminal que o legislador acolheu, embora com as variantes determinadas pela evolução da realidade criminológica nos cerca de vinte anos que separam aquele Projecto da reforma de 1982.

2.2. A filosofia que inspira todo aquele Projecto —e que passou incólume nas sucessivas revisões até à sua conversão em corpo normativo, manifesta-se na ideia nuclear do *princípio da culpa*, que arranca do pensamento de que “ser homem tem o sentido de ser responsável”.

Esta ideia corresponde à tradição cultural e jurídica portuguesa e a uma convicção profundamente arraigada na filosofia europeia ocidental sendo, para Eduardo Correia, muito mais que uma *crença*, um dado hoje confirmado pelas ciências que estudam o homem.

Como escreveu na referida *exposição de motivos*, na antropologia, na psicologia, na neuropsicologia, na psiquiatria, na medicina e na sociologia, considera-se, de muitos lados, ultrapassada a concepção cientista de um positivismo ingénuo que via no homem um ser fechado na sua existência natural, passando-se a olhá-lo como “uma estrutura aberta”, em que a liber-

dade pessoal supera a mera combinação de forças naturalísticas endógenas e exógenas (6).

Por outras palavras: “A liberdade de cada um para se autodeterminar de harmonia com os valores, com os deveres, pressupostos da culpa, e, portanto, da retribuição, da expiação e da pena, penetrada de um conteúdo de reprovação ética, não se limita, assim, a ser puro apriorismo, mera crença, não se baseia em puras razões metafísicas, transcendentais - fantásticas lhes chamava Bentham” (7).

Logo, haveria uma base científica para essa ideia de *liberdade*, de *auto-determinação*, que não podiam ser recusadas justamente no plano do direito criminal.

2.3. A ideia de *culpa ético-jurídica*, ponto de partida de todo o direito penal, seria, outrossim, a condição necessária para que se pudesse alcançar uma base sólida para a *unificação* deste ramo do direito. E não era por acaso que sobre um tal pensamento assentavam os modernos projectos e os Códigos dos mais representativos países, no domínio da ciência criminal, como o suíço e o alemão (este, ao tempo, ainda em projecto).

Além disso, a *culpa*, como pressuposto do direito penal, é um pensamento “sobre que repousa o veto incondicional da ordem jurídica contra o arbítrio e a violação do direito” (8).

Esta ideia corresponderia à denúncia dos perigos

(6) O projecto de Parte Geral de 1963 e a *exposição de motivos* foram publicados em separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 127, de 1963. A esta publicação nos referiremos sempre que for caso de qualquer citação.

(7) Publicação cit., p. 10.

(8) Idem, p. 12.

a que podiam conduzir as correntes orientadas pelo *pensamento finalista*, da prevenção, nomeadamente da prevenção especial (9).

2.4. Não menores perigos envolveria a ideia de equacionar o direito criminal no quadro de uma defesa social de tipo naturalístico, pela via da prevenção geral tal como a entendiam os positivistas e os “modernos”; entre eles, o de abrir o caminho que conduz a olhar o criminoso como um “inimigo” que importaria pôr fora de combate, mesmo pela via simples e segura da sua definitiva segregação ou destruição (10).

2.5. No entanto, partir da *ideia de culpa* e da *ideia de liberdade* que lhe está subjacente, não significa aderir a uma concepção de livre arbítrio ou indeterminismo absolutos, ao jeito da escola clássica.

“Efectivamente, o quadro do delinquente que a criminologia nos fornece é o de um homem carregado de inclinações ou de disposições, de hábitos que irrompem ou se inserem nas camadas vitais ou inconscientes da sua *personalidade* e são estimulados por certas situações-ambiente” (11).

2.6. Mas que *personalidade* é esta, a que se devem referir as normas penais?

Eduardo Correia afasta logo da noção o *modo de ser* naturalisticamente perigoso. Para ele, o direito penal só pode fundar-se sobre a *culpa ética*, sem que se ponha em oposição com a *defesa da sociedade*, as

(9) *Idem*, p. 13.

(10) *Idem*, pp. 13 e 14.

(11) *Idem*, p. 17.

exigências da *prevenção especial* e as necessidades de *readaptação* e de *recuperação* dos delinquentes (12).

A pena, como consequência dessa *culpa ética* deve ter um sentido de *expição*, significando a “libertação do homem de um pseudo-eu, cujos impulsos, tendências e fins constituem, nele, uma caricatura do seu *eu* autêntico” (13).

2.7. Surge, assim, a ideia da aceitação de uma culpa pelo carácter, melhor dizendo, de uma *culpa pela personalidade*, isto é, culpa por possuir determinadas tendências, desde que estas sejam imputáveis ao comportamento do seu portador e ao seu comportamento livre, no sentido de que ele poderia ter-se conduzido de outra maneira (14).

Tal *culpa* consistiria numa *omissão* —e numa omissão permanente da vida do delinquente— do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais (15).

Por outras palavras: “Na medida em que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar, ou ao menos de preparar, a sua personalidade de modo a que, na sua actuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses.

Violando este dever constituiu-se o delinquente em culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade” (16).

(12) *Idem*, pp. 19 e 20.

(13) *Idem*, p. 20.

(14) *Idem*, pp. 23 a 26.

(15) *Idem*, p. 26.

(16) *Idem*, p. 26.

2.8. O conteúdo e a intensidade de tal dever devem, porém, variar em função das razões que podem impedir a *personalidade* ao crime.

“Ele traduzir-se-á, por isso, em preparar-se, umas vezes para tomar consciência da natureza proibida dos actos que pratique; outras, para representar os efeitos e a natureza dos efeitos do seu comportamento (negligência consciente); outras ainda para não deixar que as suas tendências ou inclinações o arrastem para o crime, caso em que o dever que se lhe impõe será o de corrigir, educar ou dominar essas tendências ou inclinações criminalmente perigosas, etc.” (17).

2.9. Seja-nos permitido fazer uma pausa para vermos em que medida o novo Código Penal português reflecte estas ideias.

A ideia de que a *culpa* é o ponto de partida, o fundamento ou o critério do sistema penal, aparece claramente reflectida nos artigos 13^o a 20^o.

O primeiro declara expressamente que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”.

O artigo seguinte descreve as diferentes modalidades do *dolo* (18) e o artigo 15^o, as da *negligência* (19).

(17) *Idem*, p. 27.

(18) “1. Age com dolo quem, representando-se um facto que preenche um tipo de crime, actua com intenção de o realizar.

2. Age ainda com dolo quem se representa a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3. Quando a realização de um facto for representada como consequência possível da conduta, haverá dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização”.

(19) “Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representa como possível a realização de um facto corresponden-

Os artigos 16^o e 17^o tratam, respectivamente, do erro sobre as circunstâncias do facto e sobre a ilicitude (20).

O artigo 18^o refere-se ao regime da agravação da pena pelo resultado e o artigo 19^o à inimputabilidade penal dos menores de 16 anos (21).

Finalmente, o artigo 20^o fixa os pressupostos da *inimputabilidade em razão de anomalia psíquica* (22).

te a um tipo de crime, mas actua sem se conformar com essa realização;
b) Não chega sequer a representar a possibilidade da realização do facto”.

(20) *Artigo 16^o*: “1. O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo legal de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo.

2. O préceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.

3. Fica ressalvada a punição da negligência nos termos gerais”.

Artigo 17^o: “1. Age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável.

2. Se o erro lhe for censurável, o agente será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, que pode ser especialmente atenuada”.

(21) *Artigo 18^o*: “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”.

Artigo 19^o: “Os menores de 16 anos são penalmente inimputáveis”.

(22) “1. É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, é incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2. Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tem, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

3. A comprovada incapacidade do agente para ser influenciada pelas penas poderá constituir índice da situação prevista no número anterior.

2.10. É interessante recordar, com Figueiredo Dias, que no artigo 2º do Projecto inicial de Eduardo Correia se dizia: “Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade perigosa”.

Este texto, porém, veio a ser eliminado em revisões posteriores. Aquele autor, aplaudindo a eliminação, ponderou que ela “foi motivada, entre outras razões, pelo desejo de libertar o texto do Código de formulações doutrinariamente comprometidas ou que como tais pudessem ser tomadas”.

E acrescentou:

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

4. A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo próprio agente com intenção de cometer o facto”.

matéria deriva só do reconhecimento de que toda a lei deve fugir quanto possível ao puro doutrinário; e pelo contrário, sem deixar de regular, tão clara e cabalmente quanto possível os termos da sua aplicação aos casos concretos da vida, deve esforçar-se no sentido de permitir a mais livre evolução da dogmática e da ciência respectiva” (23).

Estas considerações não tiram, porém, que se possa concluir pelo ajustamento do regime das citadas disposições com as opções do grande inspirador do Código relativas ao sentido e ao conteúdo da culpa jurídico-penal.

É particularmente expressiva, a propósito, a solução encontrada para a *determinação da medida da pena* dentro dos limites definidos na lei.

2.11. Com efeito, a *culpa do agente* influi nessa determinação e o tribunal deve atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele. Entre essas circunstâncias surge, precisamente, “a gravidade da falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação de uma pena” (24).

(23) Cfr. *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, in *Jornadas de Direito Criminal* (O novo Código Penal Português e legislação complementar), Ed. do Centro de Estudos Judiciários, Fase I, Lisboa 1983, p. 68.

(24) É o seguinte o texto do artigo 72º do Código:

“1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes.

2. Na determinação da pena, o tribunal atenderá a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a grava-

2.12. Acontece que pode haver *tendências* contra as quais o agente nada pode.

Como responsabilizá-lo nesse caso?

Responde Eduardo Correia: “A personalidade é, na verdade, um todo, em que logo a força de certos impulsos e sentimentos anula, compensa ou equilibra outras disposições ou tendências. Nela radicam, aliás, não só impulsos positivos ou agressivos, mas ainda — o que nega a ideia psicanalítica da existência de puras estratificações psicogenéticas das inibições—, como o confirmam as modernas investigações, impulsos frenadores ou inibidores.

Ora, entendido assim o homem como uma estrutura complexa, já se compreende o domínio de certas tendências, no quadro geral da personalidade.

Como sugestivamente escreve Kretschmer, se não se podem destruir determinadas inclinações ou complexos, é pelo menos possível elevar o nível da personalidade de modo a permitir uma corrente normal da vida” (25).

Aliás, não se trataria de exigir a realização de “ideais impossíveis” quando, para o autor, se coloca

de das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados na preparação do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) *A gravidade da falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena* (sublinhado nosso).

3. Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena”.

(25) Idem, pp. 27 e 28.

o problema da culpa pela formação ou preparação da personalidade, em direito penal.

Do que verdadeiramente se trata é, muito simplesmente, censurar o delinquente que não se preparou para respeitar os comandos jurídico-criminais e, por conseguinte, para respeitar *aquela mínimo* que a vida social impõe. Meta bastante modesta e, dispondo o homem, para a alcançar, do conjunto de todos os elementos da sua personalidade, dificilmente poderá falar-se de tendências contra as quais nada pode fazer.

Admitindo-se, porém, que um delinquente possa pretender ou demonstrar que, não obstante todos os esforços que se propôs fazer e fez, é objecto de forças contras as quais nada pode, de tendências irresistíveis que o arrastam para o crime — então tratar-se-á de um homem que não atinge aquela *normalidade biológica e psíquica* que está na base da sua imputabilidade.

Numa tal hipótese, em vez de se falar em *responsabilidade diminuída*, melhor será considerar tais anomalias da personalidade, tais corpos estranhos contra os quais o agente nada pode, como fundamento da *inimputabilidade*.

Esses processos morbosos justificarão, sim, a aplicação de medidas de tratamento psiquiátrico ou psicoterapêutico enquanto processos adequados de recuperação e defesa social (26).

2.13. Estas ideias encontraram eco no Código, precisamente no regime do artigo 20^o, que anteriormente referimos a transcrevemos.

(26) Idem, pp. 28 e 29.

Este artigo, como sublinhou Eduardo Correia, reflete uma noção material de imputabilidade relacionada com a *culpa* (nº 1), que abrange a imputabilidade de sensivelmente diminuída (nº 2).

“Só que —e isso é uma singular particularidade do novo Código —arrancando-se dessa perspectiva, não deixou de se considerar a imputabilidade vista pelo lado da prevenção geral e da ressocialização. E, assim, a comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas (v.g. incorrigibilidade —artigo 20º, nº 2), pode ser índice de inimputabilidade.

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

E com isso toca-se um problema fundamental no nosso ramo de direito: a transição de um direito penal, baseado na *culpa*, para um *direito de segurança, cura ou tratamento*, em suma um direito de defesa social” (27).

2.14. A circunstância de o Código não ter reproduzido a expressão do texto do Projecto, “pelo facto e pela personalidade”, a seguir à “culpa do agente”, não impede que nele se encontrem várias referências àquela culpa. Certamente que a doutrina e a jurisprudência irão discutir se a *culpa pela personalidade* está consagrada em termos gerais, isto é, se tais referências constituem meras aflorações de um princípio geral ou se se trata de casos excepcionais.

Mas é difícil aceitar que a louvável preocupação de expurgar o Código de considerações doutrinárias e de permitir a livre evolução da dogmática, faça esque-

(27) Cfr. *As grandes linhas da reforma penal*, incluídas na publicação referida na nota 23, p. 26.

cer ao intérprete a particular importância dos casos em que a *personalidade* do agente é expressamente invocada quer para a *determinação da medida da pena* (citado artigo 72º, nº 2, alínea f), quer para a aplicação da *pena relativamente indeterminada* (artigos 83º, nº 1, 84º e 86º), de que mais adiante falaremos.

Sem esquecer, também, o regime da inimputabilidade em razão da *anomalia psíquica*, cujas traços essenciais ficaram expostos. Para, afinal, concluir que, ainda aqui, as ideias do inspirador do Código lograram ver-se amplamente consagradas.

2.15. Não se pense, porém, que a referência à *culpa pela personalidade* implica considerar esta como o “fulcro” de toda a censura ético-penal expressa nas normas punitivas, o que significaria partir o direito penal da *interioridade* das pessoas.

Eduardo Correia teve a preocupação de sublinhar que se impõe —pelo contrário— que o direito penal arranque dos interesses ou bens jurídicos que protege ou afirma e por isso, antes de mais, dos *tipos legais de crime*. A violação imediata ou mediata dos valores tipicizados na lei criminal terá de ser *a via* pela qual se atingirá a *personalidade* do agente. Neste sentido, o direito penal é, necessariamente, *um direito penal do facto* (28).

É por isso que o Código, como vimos, considera circunstância determinante da pena, dentro dos limites definidos na lei, a gravidade da falta de preparação para manter uma conduta lícita, mas *manifestada no facto*.

Um direito penal assim concebido continua, *embora referido ao agente*, a ter a sua aparição condi-

(28) Cfr. cit., *Código Penal - Projecto da Parte Geral* (1963), p. 32.

cionada *pelo facto*, formando com a raiz deste e com a substância ética da *culpa* a ele referida, uma “unidade incindível” (29).

2.16. Esta concepção não pode deixar de implicar certas consequências.

Embora partindo do *facto*, a pena terá, em certos casos, de exprimir uma reprovação e censura pela falta de preparação do delinquente para se adaptar às exigências do direito, que não caibam na moldura punitiva para aquele prevista (30).

“Ora, considerada a gravidade das formas de vida a que se refere a extereorização duma tal reprovação pode, em último termo, haver de fazer-se nos quadros da prisão. A medida desta, todavia, dada a interioridade do comportamento a que se refere, só poderá ou deverá fixar-se, antes da sua execução, nos seus limites mínimo e máximo, o que conduz ao reconhecimento da sentença relativamente indeterminada” (31).

2.17. A *pena relativamente indeterminada* está prevista no Código para certas categorias de delinquentes: os *delinquentes por tendência* e os *alcoólicos e equiparados*.

Tem como pressupostos os dois aspectos da tal unidade incindível entre *facto* e *personalidade* de que falava o professor de Coimbra.

No caso dos *delinquentes por tendência* pressupõe, com efeito, a prática de um crime doloso a que devesse aplicar-se, concretamente, prisão por mais de dois anos e a anterior comissão de dois ou mais cri-

(29) Idem, p. 33.

(30), Idem, p. 56.

(31) Idem, idem.

mes dolosos a cada um dos quais tenha sido aplicada prisão, também por mais de dois anos; e uma avaliação conjunta dos *factos* praticados e da *personalidade* do agente, reveladora de acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista (artigo 83º, nº 1).

A referida pena tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime e um máximo correspondente a esta pena acrescida de seis anos (artigo 83º, nº 2).

Os pressupostos referidos neste artigo podem ainda implicar a condenação em pena relativamente indeterminada de um agente que praticar um crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão e tiver cometido anteriormente quatro crimes dolosos a cada um dos quais tenha sido também aplicada pena de prisão, tendo, neste caso, um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena, acrescida de quatro anos (artigo 84º).

Mas, se os crimes forem praticados antes de o delinquente ter completado vinte e cinco anos de idade, o disposto naquele artigo só será aplicado se aquele tiver já sido anteriormente condenado por dois ou mais crimes e houver cumprido prisão num mínimo de seis meses. E o limite máximo da pena relativamente indeterminada resultará de um acréscimo de dois anos à prisão que concretamente caberia ao crime cometido (artigo 85º).

É, sem dúvida, uma das grandes inovações do Código Penal português.

O seu preâmbulo acentua que o *princípio da culpa*, tal como está pressuposto no diploma, implica que

medidas de segurança privativas da liberdade só existirão para os inimputáveis.

A solução do problema dos chamados “imputáveis perigosos” é conseguida pela introdução da *pena relativamente indeterminada*.

“Deste jeito —continua o preâmbulo— satisfaz-se a unidade compreensiva do diploma e dá-se resposta aos anseios legítimos —tanto mais legítimos quando se vive num estado democrático— da comunidade jurídica, de ver protegido o valor segurança que, como facilmente também se depreenderá, só deve ser honrado nos casos especialmente consagrados na lei.

E não pode deixar de ser assim porque os homens a que este diploma se dirige são compreendidos como estruturas *abertas* e dialogantes capazes de assumirem a sua própria liberdade”.

Quanto aos delinquentes *alcoólicos* e *equiparados*, também a pena relativamente indeterminada assenta no *facto* e na *personalidade*.

No *facto* porque tem como pressuposto a prática de um crime a que devesse concretamente aplicar-se prisão; na *personalidade*, porque deve tratar-se de um alcoólico habitual ou com tendência para abusar de bebidas alcoólicas. Ainda no *facto* e na *personalidade* porque o crime deverá ser praticado em estado de embriaguez ou estar relacionado com o alcoolismo ou a tendência do agente.

A pena indeterminada para esta categoria de delinquentes tem um mínimo correspondente a metade da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena, acrescida de dois anos na primeira condenação e de quatro anos nas restantes.

É o que dispõe o artigo 86º do Código, precisando

o artigo seguinte que a execução da pena deverá ser orientada no sentido de eliminar o alcoolismo do agente ou combater a sua tendência para abusar de bebidas alcoólicas.

Este regime é aplicável, com as devidas adaptações, aos delinquentes que abusem de *estupefacientes* (artigo 88º).

2.18. Na *exposição de motivos* do seu projecto de 1963, Eduardo Correia realça o facto de a sentença relativamente indeterminada oferecer a vantagem de vivificar a prisão com um profundo sentido pedagógico e reeducador, na medida em que estimula o sentimento de auto-responsabilidade do delinquente.

“Simplesmente, só se poderá aceitar que a individualização da pena se transfira para um momento posterior á sentença, com todos os perigos de insegurança e incerteza que isso envolve quando, por um lado, a medida de censura esteja condicionada, predominantemente, por um comportamento subjectivo e, portanto, não seja rigorosamente determinável *a priori*; e quando, por outro lado, a decisão sobre o momento em que estará atingida a satisfação das exigências da retribuição e da reparação, quer dizer, a verificação da regeneração e readaptação social, seja feita pela *via judicial*” (32).

De harmonia com estas ideias o Código prevê que a libertação dos delinquentes condenados em pena relativamente indeterminada é *sempre condicional*, podendo a respectiva sentença estabelecer como condição o ingresso do libertado num lar ou casa de transição, ou impor qualquer outra medida que facilite a sua readaptação social, nomeadamente a abstenção de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes (art. 89º, nº 2).

(32) *Idem*, pp. 57 e 58.

A duração da liberdade condicional é de um a dois anos, prorrogável até cinco (citado artigo, nº 3).

2.19. Mas o que mais importa salientar no regime de execução desta pena é aquilo a que o mestre de Coimbra chamou “a responsabilização da Administração Penitenciária”.

Apesar da garantia da jurisdicionalização do cumprimento desta pena, importa que o delinquente não seja abandonado à sua sorte ou aos azares da execução.

“É mister que o efeito estimulante da indeterminação da pena se não converta para o recluso no terrível mal que é a criação de uma insuportável angústia, provocada pela incerteza sobre os critérios que presidem à decisão do seu caso, pelo desconhecimento àcerca da melhor maneira de provar a sua regeneração —que pode levar muitos a tentar o caminho da hipocrisia e do servilismo— ou, até, pela possível suspeita de que, muito mais do que os esforços próprios e os propósitos revelados, teriam valor decisivo outras forças e influências.

Ora, a tudo isto se há-de procurar obviar, em primeira linha, pela obrigatoriedade de traçar *um plano individual de recuperação dos delinquentes*, em cuja colaboração eles intervenham ou ao menos adiram, como ainda pela imposição do dever de serem tomados em conta na decisão judicial todos os elementos positivos e negativos da diagnose e prognose, fornecidos pelos modernos métodos dos pontos” (33).

É por isso que o Código prevê que, até dois meses antes de completar o tempo mínimo da pena, deve a administração prisional enviar ao tribunal competente parecer fundamentado sobre a concessão da liberdade condicional; e, se esta não for concedida, novo pare-

(33) Idem, p. 58.

cer será remetido decorrido um ano, e assim sucessivamente, até se atingir o máximo da pena (citado artigo 89º, nº 4) (34).

Como prevê igualmente a obrigatoriedade do *plano de readaptação*, com base nos conhecimentos que sobre o delinquente se possuam e, sempre que possível, com a sua concordância, no qual deverão ser feitas as modificações exigidas pelo progresso do mesmo delinquente e outras circunstâncias relevantes, tudo isto devendo ser sempre comunicado ao interessado (artigo 90º) (35).

3

3.1. O sistema punitivo do Código Penal português aposta no sentido pedagógico e ressocializador das penas.

(34) Nos termos do artigo 20º do Decreto-Lei nº 402/82, é o Instituto de Reinserção Social que deve enviar ao Tribunal um relatório sobre a execução da pena e o parecer sobre a concessão da liberdade condicional.

(35) A revogação da liberdade condicional determina a continuação do cumprimento da pena relativamente indeterminada, não podendo ser proposta nova liberdade condicional antes de decorridos dois anos, sem prejuízo do disposto na parte final do nº 4 do artigo 89º (nº 5, deste mesmo artigo).

O regime da execução da pena relativamente indeterminada consta dos artigos 18º a 21º do Decreto-Lei nº 402/82, de 23 de Setembro.

Para maiores desenvolvimentos sobre o assunto pode ver-se o meu estudo *O novo Código Penal português – algumas considerações sobre o sistema monista das reacções criminais*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 323, Lisboa, 1983; e o estudo de Anabela Rodrigues, com o título *A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*, incluído na obra citada na anterior nota 23.

Sobre o *plano de readaptação*, também chamado *plano individual de reinserção* no Decreto-Lei nº 402/83, pode ver-se o estudo indicado em último lugar.

A *exposição de motivos* do Projecto de 1963 já era clara quanto a este ponto: “Há, pois, necessariamente que partir — e isto vale especialmente para um direito penal eticamente construído, que não pode aceitar a incorrigibilidade dos delinquentes imputáveis, mesmo porque os censura em nome da sua responsabilidade moral— do reconhecimento do princípio de que nenhuma criatura humana está, definitivamente e sem esperança, perdida e, portanto, de um optimismo pedagógico que é, moral e praticamente, o pressuposto de todo o trabalho educativo”.

E também o é o preâmbulo do Código, quando nele se afirma que se trata de “um pensamento fundamental”.

Mas como, se fica sempre de pé a dificuldade, frequentemente apontada, de que a *prisão* e os seus efeitos acabam por fazer anular e frustrar os esforços pedagógicos e reeducativos tendentes a auxiliar o delinquente a regenerar-se e a readaptar-se socialmente?

3.2. Uma primeira resposta a esta dúvida crucial pode ser dada pelo conjunto de medidas não institucionais de que o Código faz largo uso e pelo critério geral orientador da escolha das penas, consagrado no seu artigo 71^o: “Se ao crime forem aplicáveis pena privativa da liberdade ou pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfação as exigências de reprovação e da prevenção do crime”.

Uma outra importante inovação do Código, neste domínio, é a possibilidade conferida ao tribunal de,

em certos casos, não aplicar qualquer pena ou adiar a sentença para um momento posterior (36).

Más é, sem dúvida, o conjunto das medidas *não detentivas* que pode concorrer para a remoção, dentro do possível, dos efeitos negativos da prisão no processo de ressocialização do delinquente.

3.3. A começar pela pena de *multa*, que o Código coloca ao lado da prisão como pena principal.

O Código utiliza o sistema dos “dias de multa”, com um mínimo de 10 e um máximo de 300, a cada dia correspondendo uma quantia entre 200 e 10.000 escudos, que o tribunal fixará em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais (artigo 46º, nos. 1 e 2).

O nº 3 deste artigo prescreve, porém, que “quando o tribunal aplicar a pena de multa será sempre fixada na sentença prisão em alternativa pelo tempo correspondente reduzido a dois terços”.

Parece haver aqui uma certa contradição entre uma política adversa à pena de prisão — considerada como *ultima ratio* de todo o sistema punitivo — e, nomeadamente, contra as penas curtas de prisão, e a instituição de um esquema fortemente coactivo tendente a garantir o pagamento.

(36) Disto cura o artigo 75º, segundo o qual “quando o facto constituir crime punível com pena de prisão não inferior a seis meses, com ou sem multa até ao mesmo limite, pode o tribunal não aplicar qualquer pena, se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não se opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral” (nº 1); e, “se o juiz tiver razões para crer que os pressupostos indicados na última parte do número anterior estão em vias de se verificarem, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro do prazo máximo de um ano, em dia que logo marcará” (nº 2).

E preciso recordar, porém, que esta solução, com o seu quê de engenhoso, é anterior ao Código e foi estabelecida para tornar um preceito da Constituição que só admite a privação da liberdade em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei *com pena de prisão* ou de aplicação judicial de medida de segurança (37).

(37) Concretamente, a condenação em prisão alternativa, nas infracções punidas com multa, resultou do Decreto-Lei nº 371/77, de 5 de Setembro, que introduziu nova redacção no artigo 123º do Código Penal de 1886.

A pura e simples *conversão* em prisão da pena de multa colidia com o artigo 27º da Constituição.

Mas sentiu-se a inconveniência, do ponto de vista da administração da justiça, em deixar de todo sem sanção penal a falta de pagamento de multa aplicada.

A este propósito, dizia o preâmbulo daquele Decreto-Lei:

“Muitas vezes deixaria de ser paga, não por impossibilidade de fazê-lo, mas por acto consciente de recusa. Nem sempre, por outro lado, seria fácil, ou viável, coagir o condenado a pagá-la por simples recurso à execução forçada. E a dificuldade acabaria por se volver contra os infractores, através da tendência, que fatalmente surgiria, da substituição da pena de multa por prisão. Ora, a multa continua a constituir uma muito importante medida substitutiva da cada vez mais condenada pena de prisão”.

Depois de apontar outras “determinantes causais” da solução encontrada —na base da aplicação da pena de multa em alternativa com a de prisão correspondente, “assim ficando satisfeita a exigência constitucional”— o preâmbulo justificava o sistema de fases em que se estruturava o novo artigo 123º, procurando-se primeiro que fosse cumprida a multa e só quando este cumprimento se revelasse inviável se cogitaria do cumprimento da *pena alternativa de prisão*.

Aliás, do não cumprimento voluntário da pena de multa transitava-se, antes de mais, para a tentativa da sua cobrança coerciva e, após isso, para a sua substituição por dias de trabalho, só sendo cumprida a prisão quando a pena de multa não pudesse ser executada nem remida por trabalho.

Em suma: trata-se do que o legislador daquele Decreto-Lei chamou de “um sistema maleável que, por um lado, dá satisfação à exigência constitucional e, por outro, não deixa de atender às implicações práticas da sua consagração pura e simples”.

Importa referir, no entanto, que o Código reserva aquela solução para casos extremos, em que não seja de todo possível executar a multa através de meios sem carácter de coacção pessoal.

Assim, o artigo 46º começa por permitir, sempre que a situação económica e financeira do condenado o justifique, que o tribunal autorize o pagamento dentro de um prazo que não exceda um ano ou que tal pagamento se efectue em prestações, não podendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data da condenação. Como permite que, dentro dos limites referidos, e quando motivos supervenientes o justifiquem, os prazos e planos de pagamento inicialmente estabelecidos sejam alterados.

Depois, o artigo 47º prescreve que, se a multa não for paga, terá lugar a execução dos *bens* do condenado (nº 1). Se, porém, a multa não for paga voluntaria ou coercivamente, mas o condenado estiver em condições de trabalhar, será total ou parcialmente substituída pelo número correspondente de *dias de trabalho* em obras ou oficinas do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público (nº 2). E só quando a multa não for paga ou substituída por dias de trabalho, nos termos dos números anteriores, será cumprida a pena de prisão aplicada *em alternativa* na sentença (nº 3).

Este efeito, no entanto, não é automático. Se o condenado provar que a razão do não pagamento da

O legislador do Código Penal de 1982 considerou justificada, em termos de política criminal, a solução do Decreto-Lei nº 371/77 e veio a consagrá-la em termos semelhantes.

Breve: está em causa a definição de um regime variado que, embora se proponha tornar realmente efectiva a condenação, não deixa de tomar em conta diversas hipóteses que podem levar ao não pagamento da multa, como se explica no texto.

multa lhe não é imputável, pode a prisão fixada em alternativa ser reduzida até seis dias ou decretar-se a isenção da pena (nº 4).

Claro que se o agente se tiver colocado intencionalmente em condições de não pagar, total ou parcialmente, a multa, ou de não poder ser ela substituída por dias de trabalho, será punido com a pena prevista no nº 3 do artigo 388º do Código, ou seja, com prisão até dois anos e multa até cem dias (nº 5 do citado artigo 47º).

Como se vê, este regime do pagamento da multa representa um compromisso entre uma política criminal orientada para o combate ao carácter criminógeno das penas detentivas e um certo pragmatismo na execução das penas pecuniárias, a que não são alheios, também, propósitos de lhes conferir dignidade penal, eventualmente comprometida pela facilidade de obstar ao seu cumprimento através da sonegação de bens apreensíveis ou da recusa injustificada de trabalhar.

3.4. Para além do relevo dado à pena de *multa*, o Código consagra dois importantes substitutivos das penas privativas de liberdade, que são a *suspensão da execução da pena* e o *regime de prova*.

O primeiro não constitui propriamente uma novidade no nosso direito penal (38). O segundo, sim, é

(38) Com efeito, o instituto já constava do Código Penal anterior, nos artigos 88º e 89º, embora conhecido do direito penal português desde 1893.

Sobre as origens do instituto e sua introdução em Portugal, bem como a sua evolução posterior, pode ver-se Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal*, II, Lisboa, 1961, pp. 175 e ss.

Apesar disso, a suspensão da execução da pena no actual Código caracteriza-se por um regime mais favorável do que no antecedente, quer quanto à concessão quer quanto às condições da revogação.

outra das suas grandes inovações, inspirado na *probation* anglo-saxónica.

Com um sentido marcadamente educativo e correctivo, assenta na exigência de *um plano da readaptação social* e na submissão do delinvente à especial vigilância e controlo da assistência social especializada.

3.5. *A suspensão da execução da pena* (artigos 48^o e seguintes) é um instituto aplicável no caso de à infracção corresponder pena de prisão não superior a três anos, com ou sem multa e à pena de multa imposta a condenado que não tenha possibilidade de a pagar.

O tribunal decretará a suspensão se, atendendo à *personalidade* do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao facto e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delinvente da criminalidade e satisfazer as necessidades de reprobvação e prevenção do crime (citado artigo, n^o 2).

A suspensão pode ser subordinada ao cumprimento de certos deveres impostos ao condenado e destinados a reparar o mal do crime ou a facilitar a sua readaptação social, nomeadamente a obrigação de:

a) Pagar dentro de certo prazo a indemnização devida ao lesado ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea;

b) Dar ao lesado uma satisfação moral adequada;

c) Entregar ao Estado certa quantia sem atingir o limite máximo para o quantitativo da pena de multa (artigo 49^o, n^o 1).

O tribunal, porém, não pode exigir do condenado nenhuma acção vexatória, nem impor-lhe qualquer dever contrário aos bons costumes ou susceptível

de ofender a sua dignidade pessoal (citado artigo, nº 2).

A falta de cumprimento dos deveres impostos, durante o período da suspensão ou a punição por outro crime, durante o mesmo período, não determinam necessariamente o cumprimento da pena suspensa.

O tribunal, conforme os casos, pode fazer uma solene advertência ao condenado, exigindo-lhe garantias do cumprimento daqueles deveres, prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de um ano e, por fim, revogar a suspensão. Esta, porém, será sempre revogada se, durante o respectivo período, o condenado cometer crime doloso por que venha a seu punido com pena de prisão. É este o regime dos artigos 50º e 51º do Código.

3.6. O *regime de prova*, por seu turno, é aplicável a quem for considerado culpado pela prática de crime punível com pena de prisão não superior a três anos, com ou sem multa, e a suspensão da execução da pena não se mostrar adequada para a sua recuperação social.

As circunstâncias que podem ser atendidas para a concessão deste regime são essencialmente as mesmas que facultam ao tribunal a suspensão da execução da pena, mas exige-se que o tribunal se convença de que, *por aquele meio*, o delinquente pode ser afastado da criminalidade e que as necessidades de reprovação e de prevenção do crime a isso não se oponham.

No *regime de prova* o tribunal não decreta qualquer pena, devendo, porém, a sentença especificar a sua duração e os deveres que são impostos.

Sempre que o tribunal se encontrar habilitado, no

momento da decisão, esta conterà tamém o *plano individual de readaptação*.

O Código prevê que o tribunal, para além dos deveres que podem ser impostos no caso de suspensão de execução da pena imponha outros ao condenado em regime de prova, destinados a assegurar a sua readaptação e, especialmente, prescrever:

- a) que não exerça determinadas profissões;
- b) que não frequente certos meios ou lugares;
- c) que não resida em certos lugares ou regiões;
- d) que não acompanhe, aloje ou receba pessoas suspeitas de má conduta;
- e) que não tenha em seu poder objectos capazes de facilitar a prática de outro crime;
- f) qualquer outro comportamento que interesse ao plano de reabilitação social do delinquente ou ao aperfeiçoamento do seu sentimento de responsabilidade.

O tribunal pode ainda determinar o internamento até dois meses em instituições adequadas e impor ao condenado o dever de prestar caução de boa conduta ou de se apresentar periodicamente perante o tribunal ou outras entidades não policiais.

Como no caso da suspensão da execução da pena também a falta de cumprimento dos deveres impostos não implica necessariamente a revogação do regime de prova. Neste caso ou no de o delinquente não corresponder ao plano de readaptação social previsto, pode o tribunal, em lugar da revogação mas sem prejuízo desta, fazer-lhe uma solene advertência ou prorrogar-lhe o período do regime até cinco anos.

No entanto, o regime de prova será revogado sempre que, no decurso dele, o agente pratique um crime doloso por que venha a ser punido com pena de pri-

são. A revogação determina a fixação da pena que ao crime caberia se não tivesse tido lugar o regime de prova, não podendo o agente exigir a restituição das prestações que haja efectuado.

O regime de prova, cujos traços gerais acabamos de descrever, consta dos artigos 53^o a 58^o do Código e a sua execução está regulamentada nos artigos 31^o a 37^o do Decreto-Lei n^o 402/82, de 23 de Setembro.

O preâmbulo do Código, salientando a novidade deste regime e as suas características distintivas do regime de suspensão da pena, faz uma afirmação de fé nas suas virtualidades, que não se resumem no mero efeito útil de substituir a prisão mas no seu *alto valor ressocializador*, comprovado por uma larga experiência, francamente positiva, em vários países onde a instituição é, de há muito, conhecida.

Mas, por isso mesmo, a medida requererá a colaboração da sociedade na compreensão do fenómeno do crime e na recuperação dos delinquentes, esperando-se que “uma tal experiência sirva também para uma melhor informação do público em geral sobre as vantagens que apresentam as medidas substitutivas da prisão, no sentido de uma cada vez mais ampla e clara aceitação das formas de tratamento penal dos delinquentes, sem privação da sua liberdade”.

3.7. Duas outras penas *não detentivas* e que constituem também outras novidades do Código são a *admoestação*, regulada no artigo 59^o e a *prestação de trabalho a favor da comunidade* (artigo 60^o).

3.8. A primeira aplica-se ao caso de o agente ser considerado culpado pela prática de um crime a que, concretamente, corresponde a pena de prisão, com

ou sem multa, não superior a três meses ou só pena de multa até ao mesmo limite.

O tribunal, poderá, neste caso, limitar-se a fazer uma solene e adequada censura oral, em audiência, se com isso entender que se facilita a recuperação do delinquente, se o dano tiver sido reparado e não haja necessidade de utilizar outras medidas penais previstas na lei.

3.9. *A prestação de trabalho a favor da comunidade* aplica-se aos mesmos casos e consiste na prestação de serviços gratuitos, durante períodos não compreendidos nas horas normais de trabalho, ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou entidades privadas que o tribunal considere de interesse para a comunidade.

A prestação de trabalho pode ter a duração de nove a cento e oitenta horas, que não podem exceder, por dia, o permitido segundo regime de horas extraordinárias aplicável.

Esta sanção deve ser aplicada com aceitação do réu considerado culpado e é controlada pelos órgãos do serviço social.

Caso o agente, após condenação, se coloque intencionalmente em condições de não poder trabalhar ou se recuse, sem justa causa, a prestar o trabalho, será punido com a pena prevista no n^o 3 do artigo 388^o (39).

Mas se o agente não puder prestar o trabalho por causa superveniente que lhe não seja imputável, o tribunal poderá, conforme os casos, aplicar-lhe uma pena de multa, ou mesmo isentá-lo de pena (40).

(39) Prisão até dois anos e multa até cem dias.

(40) O regime da execução da prestação de trabalho a favor da co-

4.1. A política criminal claramente refletida na variedade de soluções que, anteriormente descritas, tendem a reduzir, na medida do possível, o emprego de reacções penais de tipo detentivo, não pode, no entanto, fechar os olhos à realidade criminológica.

Apesar de tudo sempre se põe a questão de saber se, “dada a gravidade de certos crimes ou de certas formas de vida criminosa, a exteriorização da reprovação pública e da desaprovação jurídico-social que suscitam não terá que continuar a fazer-se pela aplicação da pena de privação da liberdade física”.

A esta questão não pode deixar de responder afirmativamente Eduardo Correia, na *exposição de motivos* do seu Projecto de 1963.

Mas logo acrescentou: “Entretanto, e na medida em que se continue forçado a utilizar a pena de prisão, será mister harmonizar o mais possível a sua estrutura com a recuperação dos delinquentes a que deva ser aplicada”.

Antes de mais, considerando o problema da sua *duração*.

munidade é desenvolvido nos artigos 38º e 39º do Decreto-Lei nº 402/82.

A decisão será tomada com aceitação do réu considerado culpado e com indicação, por parte deste ou do Ministério Público, da entidade a que é prestado.

A sentença pode ser adiada, pelo prazo máximo de um mês, se o juiz tiver razões para crer que, nesse prazo, o réu ou o Ministério Público, poderão indicar a entidade a quem o serviço é prestado.

O Instituto de Reinserção Social (criado pelo Decreto-Lei nº 319/82, de 11 de Agosto), controla a prestação de trabalho pelo condenado e informa o tribunal da sua execução ou das anomalias verificadas durante a mesma.

Daí que naquele Projecto se previsse um máximo de 10 anos, “sem excluir, naturalmente, que as particulares exigências da retribuição e da segurança possam, em certos casos excepcionais, conduzir a que uma tal duração seja aumentada”.

4.2. A redução do limite *normal* da pena de prisão que correspondia, segundo o autor (recorde-se que estávamos em 1963), às tendências das modernas legislações, não constituía, de resto, novidade para o direito português, pois já o Código de 1852 estabelecia que a duração máxima da pena de prisão —quando não fosse prisão perpétua— seria de 15 anos.

Eduardo Correia, com os olhos postos na evolução histórica do regime das penas em Portugal, a partir daquela época, não deixava de considerar um *grave retrocesso* a solução que veio a ser consagrada, já no presente século, resultante, primeiro da não execução e, depois, da abolição, da *pena de degredo*, que consistiu em convertê-la, embora em medida atenuada, em prisão, que depois se acrescentava à celular e que, com ela, se executava.

Daí que a prisão passasse a poder atingir, entre nós, limites muito superiores aos julgados necessários pelo próprio Código de 1852, embora de alguma maneira atenuados por uma reforma de 1954.

“E isto —prosseguia— choca tanto mais quanto é certo que, na lógica do pensamento progressivo do nosso sistema penitenciário, o preenchimento da lacuna resultante da abolição do degredo nunca deveria ter-se feito pelo caminho retrógrado de dar à prisão maior uma duração que, já em 1852, era considerada insuportável, mas pela utilização de medidas de tipo não detentivo, tal como era o degredo e, assim, *v.g.*, pela liberdade condicional obrigatória, integrada por

uma assistência pós-prisonal, destinada a completar a recuperação social do delinquente” (41).

4.3. O Código, porém, não veio a consagrar o limite proposto no Projecto de 1963.

Com efeito, a pena de prisão tem a duração mínima de um mês, e a duração máxima de 20 anos, sendo este, por conseguinte, o limite máximo *normal* (artigo 40º, nº 1).

Exceptuam-se os casos de prisão por dias livres, da pena relativamente indeterminada e os dos artigos 189º, nº 1 (genocídio), 190º, nº 2 (crimes de guerra contra membros da Cruz Vermelha ou de outras instituições humanitárias) e 289º (terrorismo).

Em caso algum, porém, o limite máximo pode exceder 25 anos (42).

4.4. Poderá perguntar-se porque motivos, não obstante as críticas provindas dos mais diversos sectores, dirigidas às longas penas de prisão, o novo Código Penal português consagra limites relativamente elevados, mesmo considerando o *normal* de 20 anos?

Creemos que a resposta só poderá encontrar-se na evolução da realidade criminológica entretanto verificada.

A nossa época assiste a um recrudescimento de formas de criminalidade violenta que talvez não fossem previsíveis ainda há dez anos.

(41) *Idem*, pp. 51 e 52.

(42) Diga-se, entretanto, que a Comissão Revisora do Projecto de 1963 já elevava para 20 anos o máximo excepcional e que, na Proposta de Lei nº 117/I (Revisão do Código Penal – Parte Geral) apresentada em 1977 à Assembleia da República aquele máximo também já era de 20 anos, sem prejuízo do estabelecido para a pena relativamente indeterminada.

O valor *segurança* voltou a impor-se com inesperada premência.

A opinião pública compreenderia mal que, precisamente num contexto caracterizado pelo florescimento de certas formas de criminalidade grave, se optasse por um abaixamento muito sensível da duração da pena de prisão, embora seja convicção praticamente unânime entre criminólogos, penalistas e responsáveis pela política criminal que não é a severidade das penas que, em si, constitui contra-motivo suficiente para garantir os fins de prevenção geral e especial tradicionalmente atribuídos às sanções criminais (43).

4.5. Sendo esta a realidade, o Código consagra, no entanto, a solução desde o início preconizada por Eduardo Correia, de abolir a diferenciação da prisão em várias espécies.

A diferenciação da pena de prisão (prisão maior e prisão simples), apesar de ser fundamentalmente o mesmo o seu regime de execução, era o correlato de efeitos próprios atribuídos automaticamente a certas espécies (por exemplo, a demissão de lugares públicos, a incapacidade para exercer certas funções).

(43) Apesar disto, a nova lei penal portuguesa não pode situar-se entre as mais severas no que respeita ao máximo geral da pena de prisão.

O máximo de 20 anos é, também, o dos Códigos penais austríaco e suíço (artigos 35º e 18º, respectivamente), embora qualquer deles admita a prisão perpétua.

Por seu turno, o Código Penal da República Federal da Alemanha, que também admite a prisão perpétua, prevê o máximo de 15 anos para a pena de prisão temporária.

O mais recente *Avant-Project de Code Pénal* francês (Junho de 1983) prevê um máximo de 30 anos para as penas criminais de reclusão e detenção temporária, a par da reclusão ou detenção perpétuas.

“Assim se traduziria uma diferenciação nas formas de retribuição, correspondentes à diversidade de natureza e da gravidade dos factos que a originam” (44). Quer dizer, a certas penas, com base nessa diversidade, correspondiam *efeitos infamantes*.

Foi precisamente isto que o Código quis abolir: à pena de prisão é retirado qualquer carácter *infamante*, como resulta do artigo 65^o, onde se contem o princípio geral de que “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos” (45).

Para Eduardo Correia, o pensamento das *penas infamantes*, “da mesma forma que o das penas corporais, choca hoje tão profundamente a dignidade do homem, que não poderá, sem larga repulsa, ser utilizado como meio de traduzir a ideia de reprovação e de retribuição”. E, “ainda quando o pudesse, ele contrariaria tão profundamente o esforço pedagógico e de readaptação, que, como vimos, às penas sempre cabe, que a este não pode deixar de ser sacrificado” (46).

Haveria, pois, que unificar numa só espécie todas aquelas em que, com base nas pretendidas exigências da retribuição, a prisão se poderia multiplicar.

A referida unificação é, assim, outra das grandes inovações do Código.

4.6. Ainda com o objectivo de limitar o mais possível os efeitos criminógenos da prisão, o Código consagra determinadas soluções, de que cumpre des-

(44) *Idem*, p. 53.

(45) Princípio igualmente consagrado na Constituição da República Portuguesa (artigo 30^o, n^o 4).

(46) *Idem*, pp. 53 e 54.

tacar os regimes da sua substituição por *multa*, do seu cumprimento por *dias livres* e da *semidetenção*.

Diremos algumas palavras, muito sucintamente, sobre elas.

4.7. A substituição da *prisão* por *multa* é prevista, em geral, para a pena de prisão não superior a seis meses, exceptuando-se o caso de a execução da primeira ser exigida pela necessidade de prevenir a prática de futuros crimes (artigo 43º, nº 1).

A prisão *por dias livres* poderá ter lugar quando, no caso de ao crime ser aplicada prisão não superior a três meses que não deva ser substituída por multa, sempre que consideradas a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao facto punível e as circunstâncias deste, seja de concluir que ela é adequada a reprová-lo e a afastá-lo da criminalidade.

A prisão *por dias livres* consiste numa privação da liberdade por períodos correspondentes a fins-de-semana, não podendo exceder quinze dias.

Cada período tem a duração mínima de 36 horas e máxima de 48, equivalendo a quatro dias de prisão contínua.

Os dias feriados que antecedem ou se sigam imediatamente a um fim-de-semana poderão ser utilizados para execução desta pena, sem prejuízo da duração máxima estabelecida para cada período.

O seu regime consta do artigo 44º do Código, completado pelos artigos 22º e 23º do Decreto-Lei nº 402/82, de 23 de Setembro, que igualmente regulam a execução do regime de *semidetenção* (47). Este úl-

(47) Artigo 22º :

“1. A decisão que fixar o cumprimento da prisão por dias livres ou

timo, previsto no artigo 45^o do Código é aplicável no caso de pena de prisão não superior a três meses que não deva ser substituída por multa nem cumprida por dias livres, se o condenado der o seu consentimento; e consiste numa privação de liberdade que permita ao condenado prosseguir a sua actividade profissional normal, a sua formação profissional ou os seus estudos, por força de saídas estritamente limitadas ao cumprimento das suas obrigações.

em regime de semidetenção especificará todos os elementos necessários para possibilitar a sua execução incluindo a data do início da execução.

2. O tribunal enviará imediatamente à administração prisional cópia da decisão a que se refere o número anterior.

3. Serão entregues ao condenado cópia da decisão condenatória e guia de apresentação no estabelecimento prisional.

4. O início do cumprimento da prisão por dias livres ou em regime de semidetenção pode ser adiado, mediante autorização do tribunal, pelo tempo que parecer razoável, mas nunca excedente a três meses, por razões de saúde do condenado ou da sua vida profissional ou familiar.

5. O disposto no número anterior é aplicável quando houver dificuldade em imediato internamento do condenado no estabelecimento prisional onde a pena deve ser cumprida”.

Artigo 23^o

“1. As entradas e saídas do estabelecimento prisional serão anotadas em processo individual do condenado.

2. Não se passarão mandatos de condução nem de soltura.

3. As faltas de entrada no estabelecimento prisional de harmonia com a decisão serão imediatamente comunicadas ao tribunal. Se o tribunal, depois de ouvir o condenado e de proceder às diligências que repute indispensáveis, não considerar as faltas justificadas, passará a prisão a ser cumprida em regime contínuo pelo tempo que faltar, emitindo-se para o efeito mandados de captura e instaurando-se processo criminal pelo crime do artigo 393^o do Código Penal.

4. Terminado o cumprimento da pena, a administração comunicará ao tribunal o que constar do processo individual, em face do que o tribunal, ouvido o Ministério Público, julgará a pena extinta”.

4.8. No quadro da mesma política de luta contra os efeitos criminógenos das penas de prisão, avulta o regime da *liberdade condicional*, regulado nos artigos 61º a 64º do Código.

Os condenados a pena de prisão de duração superior a *seis meses* podem ser postos em liberdade condicional quanto tiverem cumprido metade da pena, se tiverem bom comportamento prisional e mostrarem capacidade de se readaptarem à vida social e vontade séria de o fazerem.

Mas os condenados a pena de prisão superior a *seis anos* não serão postos em liberdade definitiva sem passarem previamente pelo regime de liberdade condicional, sendo sujeitos a este regime logo que tenham cumprido cinco sextos da pena, se antes não tiverem aproveitado do regime da concessão pelo cumprimento da metade da mesma pena.

O *preâmbulo* do Código realça o facto de estar definitivamente ultrapassada a concepção da liberdade condicional como medida de clemência ou de recompensa por boa conduta.

O seu objectivo é outro: “o de criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinquentes possa equilibradamente recobrar o sentido de orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão” (48).

5

5.1. A concepção *ético-monista* das reacções criminais, desde há muito defendida por Eduardo Correia,

(48) Justificações semelhantes na *exposição de motivos* do Projecto de 1963, pp. 54 a 56.

conduziu a uma importante opção de política legislativa reflectida no Código: a de que só haverá *medidas de segurança* privativas da liberdade (no sentido do *jus manendi, ambulandi, eunde ultro citroque*) para inimputáveis (49).

Estas medidas consistem num *internamento em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança*.

Pressupõe a prática de um facto descrito num tipo legal de crime praticado por indivíduo inimputável nos termos do artigo 20^o, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da natureza e gravidade do facto, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos típicos graves.

Mas, quando o facto praticado pelo inimputável consista num *homicídio* ou *ofensas corporais graves*, ou em outros actos de violência puníveis com pena superior a três anos, e existam fundadas razões para rezear a prática de outros factos da mesma natureza e gravidade, o internamento terá a duração mínima de três anos.

5.2. O Código afastou a hipótese de aplicação de *medidas de segurança* à simples “anormalidade perigosa” ou a estados de “pre-criminalidade”: é sempre seu pressuposto a prática de um facto descrito num tipo legal de crime.

Assumiu, assim, um risco calculado, considerado preferível ao inevitável arbítrio de que sempre se revestiria um juízo sobre estados de perigosidade ainda não manifestados numa qualquer violação de in-

(49) Para maiores desenvolvimentos quanto a este ponto, pode ver-se o meu estudo já citado na nota 35, onde se indicam as obras de Eduardo Correia em que expendeu largamente aquela concepção e sua justificação doutrinária.

teresses criminalmente protegidos. Aliás, neste aspecto, não inovou relativamente ao Código anterior (50).

A ideia de risco calculado, em relação a este tipo de delinquente, manifesta-se em outros aspectos do regime de internamento.

Assim, o internamento findará quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade que lhe deu origem (artigo 92º, nº 1); e o primeiro internamento de um inimputável não pode exceder em mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado, excepto se o perigo de novos crimes contra pessoas for de tal modo grave que desaconselhe o risco da sua libertação (idem, nº 2).

(50) Nos termos do artigo 68º do Código Penal de 1886, aos delinquentes imputáveis, criminalmente perigosos em razão de anomalia mental, anterior à condenação ou sobrevinda após esta, poderia a pena de prisão ou de prisão maior em que tivessem sido condenados, ser prorrogada por dois períodos sucessivos de três anos, quando se mantivesse o estado de perigosidade criminal resultante de anomalia mental.

Se, após as prorrogações, a perigosidade do recluso se mantivesse, poderia ser-lhe aplicada *medida de segurança* de internamento em manicómio criminal.

O § único daquele artigo dispunha que os *dementes inimputáveis* que tivessem cometido um facto previsto na lei penal, a que correspondesse pena de prisão por mais de seis meses, e que pela natureza da afecção mental devessem ser considerados criminalmente perigosos, mormente em razão da tendência para perpetrarem actos de violência, seriam internados em manicómios criminais. O internamento cessaria quando o tribunal verificasse a cessação do estado de perigosidade criminal resultante da afecção mental.

Quando o facto cometido pelo demente irresponsável consistisse em homicídio, ofensas corporais graves ou outro acto de violência, punível com pena maior, e se verificasse a possibilidade de perpetração de novos factos igualmente violentos ou agressivos, o internamento em manicómio criminal teria a duração mínima de três anos.

O Código, por outro lado, não perfilha uma orientação inteiramente dominada por estritas preocupações de segurança e defesa social, cuja lógica levaria a uma segregação ilimitada do inimputável.

Ainda aqui, o risco de a sociedade vir a sofrer novos crimes, mesmo por parte dos incuráveis, não afectou a possibilidade da cessação do internamento nem a *libertação a título de ensaio*.

Assume particular relevo esta última, regulada no artigo 94º.

Decorridos os prazos mínimos de internamento, o inimputável pode ser libertado por um período mínimo de dois anos, havendo sérias razões para presumir que já não oferece o perigo da prática de novos factos ilícitos.

A correspondente decisão impor-lhe-à os deveres considerados necessários à prevenção da sua perigosidade, em especial o de se submeter a tratamentos e regimes de cura apropriados e de se prestar a exames e observações em lugares que lhe forem indicados (51).

Caso o ensaio confirme a cessação da perigosidade criminal, o tribunal converterá em definitiva a libertação do internado; de contrário, ordenará o seu internamento ou aplicará a medida que, nos termos da lei e em face da conduta ou da *personalidade* do agente, se mostre mais adequada.

(51) Pode surpreender-se, aqui, um eco longínquo da concepção da *culpa pela preparação ou formação da personalidade*, através da imposição de um dever de tratamento voluntário de inclinações ou tendências que o agente, pelo facto de viver em sociedade, exigivelmente pode dominar por essa via. Pensa-se, em todo o caso, que não se trata daqueles “processos morbosos”, daquelas anomalias contra as quais o agente nada pode e que são por isso, fundamento da *inimputabilidade*.

Os internados postos em liberdade a título de ensaio serão colocados sob vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados.

Se, durante o período de ensaio, e em face da conduta do libertado, se verificar que não é adequado o regime de liberdade, deverá o tribunal ordenar o internamento do delinquente ou aplicar outra medida.

5.3. A ideia de *segurança* domina, em contrapartida, o regime da *liberdade experimental* de que se ocupa o artigo 95^o, segundo o qual a *liberdade definitiva* de um internado nos estabelecimentos destinados a inimputáveis, quando não tenha lugar a libertação a título de ensaio, será sempre precedida de um período de *liberdade experimental* não inferior a dois anos nem superior a cinco, aplicando-se as normas sobre deveres, vigilância, confirmação da cessação de perigosidade ou não e inadequação da medida, anteriormente referidas para a libertação a título de ensaio.

5.4. O inevitável recurso às *medidas de segurança* contra delinquentes inimputáveis perigosos, com o seu carácter de protecção e de defesa da sociedade não implica, assim, a sua destruição ou segregação.

Como ponderou Eduardo Correia na *exposição de motivos* do Projecto de 1963:

“Pois, por um lado, toda a legitimidade da defesa, para além da sua necessidade, afere-se pela sua proporcionalidade. Daí que não se compreenda uma segregação ilimitada de um inimputável só porque ele revela o perigo de, no futuro, praticar crimes de pequena gravidade.

Por outro lado, o pensamento social protectivo projectar-se-à aqui num outro importante aspecto. É que o inimputável continua a ser um homem em particular estado de necessidade, a que importa dar auxílio e protecção.

É mister, por isso, na medida do possível, procurar curá-lo e tratá-lo. E assim se realiza, aliás, a melhor defesa da sociedade.

Só que sucede ainda que certos inimputáveis, sendo perigosos são também incuráveis, caso em que a pura ideia de segurança terá que intervir.

Simplesmente, importa saber se a segregação, que a segurança neste caso exige, poderá ser perpétua ou deverá, para além de certos limites, cessar, ainda que a sociedade tenha de sofrer o risco de novos crimes. E a resposta há-de estar condicionada por uma ponderação de interesses entre a importância dos valores que o inimputável em liberdade pode violar e a gravidade da sua definitiva segregação da vida social.

Tem-se, aliás, em geral, a ideia de que as medidas de segurança têm que supor necessariamente a privação da liberdade. É, porém, evidente que se for possível uma cura ou garantir a necessária segurança da sociedade através de medidas de segurança a aplicar extramuros tudo o aconselhará.

Daí, também, a possibilidade da suspensão do internamento, ou da sua cessação provisória, bem como a obrigatoriedade da sua revisão periódica” (52).

5.5. Se as *medidas de segurança* privativas de liberdade, em sentido físico, estão previstas apenas para delinquentes inimputáveis, já o mesmo não sucede contra outra medida, restritiva de liberdade, que é a *interdição de profissões*, estatuida no artigo 97^o.

Esta medida é aplicável a quem for condenado por crime cometido com grave violação dos deveres inerentes à profissão, comércio ou indústria que exerce ou dele for absolvido só por falta de imputabilidade; e consiste na interdição do exercício da respectiva actividade por período de um a cinco anos quando, em face do acto praticado e da *personalidade* do agente, haja fundado receio de este vir a praticar outros

(52) Idem, pp. 70 e 71.

crimes que ponham em perigo, directa ou indirectamente, certas pessoas ou a colectividade.

Durante o período de interdição, o delinquente não pode exercer a profissão, comércio ou indústria, nem directamente nem por interposta pessoa, sendo punível nos termos do artigo 393^o a violação desta proibição (53).

Não se confunde tal *medida* com uma *pena acessória* que tem nome semelhante e à qual se refere o artigo 69^o.

Com efeito, pode o tribunal, conjuntamente com a *pena principal*, condenar o agente na pena acessória de interdição de profissão ou actividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública.

Esta pena acessória pressupõe que o crime tenha sido praticado com flagrante e grave abuso da profissão ou actividade ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes, mas só pode ter lugar relativamente a crimes punidos com pena de prisão superior a dois anos.

Os pressupostos de uma e de outra destas reacções são, evidentemente, diversos: a pena acessória é referida ao *facto*, a medida de segurança é referida ao *perigo* da prática de futuros crimes (54).

5.6. Outras *penas acessórias* previstas no Código

(53) Este artigo incrimina, além do mais, a violação de proibições de exercício de certa profissão ou actividade, comércio ou industria, por si ou por outrem, impostas por sentença criminal, e estabelece a pena de prisão até um ano e multa de dez a trinta dias.

(54) Neste sentido, *Actas da Comissão Revisora do Código Penal - Parte Geral*, II, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1966, pp. 286 a 288.

são a de *demissão* e a de *suspensão* da função pública e a de *incapacidade* para eleger o Presidente da República, os membros de assembleias legislativas ou de autarquias locais, para ser eleito como tal, para ser jurado, ou ainda para exercer o poder paternal, a tutela, a curatela ou a administração de bens, pela prática de certos crimes —artigos 66^o e 69^o, n^o 2.

Nenhuma delas, porém, —e como já se adiantou— constitui *consequência necessária* da pena principal, uma vez que o Código repudiou todo o carácter infamante das penas.

Mesmo no caso da pena acessória de *demissão* o condenado não perde o direito à aposentação ou à reforma nem fica impossibilitado de ser nomeado para cargos públicos ou lugares diferentes dos que podem ser exercidos sem que o seu titular reúna as particulares condições de dignidade e de confiança que o cargo de que foi demitido exige (artigo 82^o, n^o 2).

Trata-se de uma inovação relativamente à lei penal anterior.

Mas os funcionários públicos podem ainda ser demitidos quando o crime, embora praticado fora do exercício da função pública, revele que o agente é incapaz ou indigno de exercer o cargo ou implique a perda de confiança geral necessária ao exercício da função (artigo 66, n^o 2).

Aliás, o Código prevê a *reabilitação* de quem for condenado em demissão ou na interdição do exercício de certa profissão ou de quaisquer direitos se, pelo menos por um período de dois anos depois de cumprir a pena principal, se tiver comportado por forma que torne razoável supor haver-se tornado capaz, digno e merecedor da confiança que o cargo de que foi demitido exige ou de exercer a profissão ou os direitos de que foi privado (artigo 70^o).

Trata-se de mais um aspecto concreto daquele pensamento de fé na possibilidade de recuperação social do delinquente, que domina toda a filosofia punitiva do Código.

6

6.1. Evitámos, até aqui, falar daquilo a que os autores chamam a dogmática da parte geral do direito criminal.

Em breves linhas, limitar-nos-emos a dizer que o Código, como não podia deixar de ser, consagra em termos claros o *princípio da legalidade*, extensível às próprias medidas de segurança, como consagra a *ilicitude* enquanto elemento essencial da acção típica, jungindo aquela às *cláusulas* que a excluem.

Mas há, quanto a este último aspecto, uma particularidade digna de realce: as diferentes *causas* de exclusão da ilicitude não são enunciadas de forma taxativa, antes o são por uma forma indicativa. E por isso que o artigo 31^o começa por declarar que o facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade e aponta a legítima defesa, o exercício de um direito, o cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade e o consentimento do titular do interesse jurídico lesado, entre as causas excludentes da ilicitude.

Apela-se, deste modo, para a criatividade do juiz que deverá, mais do que ater-se unicamente às prescrições legais, procurar sempre a mais justa solução para cada caso.

6.2. Relativamente à *exclusão da culpa*, cabe referir

o novo tratamento do “estado de necessidade desculpante”, do artigo 35º, nos termos do qual “age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não seja razoável exigir dele, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente” (nº 1). E, “se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dela isento” (nº 2).

No primeiro caso, estamos perante um caso de não exigibilidade total enquanto no segundo se trata de uma não exigibilidade relativa.

6.3. O Código admite, agora no sentido de um maior alargamento da responsabilidade criminal, a *punibilidade pela actuação em nome de outrem* (artigo 12º).

A norma dirige-se a quem voluntariamente age como titular dos órgãos de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exige: a) determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; b) e que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.

A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação deste regime.

Esta novidade é justificada, em termos de política criminal, no *preâmbulo* do Código, pelo escopo

de assim se conseguir “uma infiltração consequente do direito penal em áreas extremamente sensíveis a cuja criminalidade cai normalmente na zona das *cifras negras*”. Daí que já grande parte da criminalidade —talvez a qualitativamente mais perigosa—, que se alberga e se serve das pessoas colectivas, fique sob a alçada do direito criminal (do mesmo *preâmbulo*).

E preciso referir, a propósito, que a regra da responsabilidade criminal individual é expressamente afirmada no artigo 11º do Código —corolário da concepção do princípio da culpa— embora aí se preveja a possibilidade de a lei *abrir excepções*, em casos justificados, no tocante à responsabilidade criminal das pessoas colectivas (55).

(55) Legislação posterior ao Código, no domínio das *infracções aduaneiras*, já deu um primeiro passo neste domínio.

Assim, o artigo 21º do Decreto-Lei nº 187/83, de 13 de Maio, veio dispor que “sem prejuízo da responsabilidade individual, serão aplicadas às pessoas colectivas e às associações sem personalidade jurídica, as multas previstas neste diploma por crimes de contrabando e descaminho, quando eles tenham sido praticados pelos respectivos órgãos no exercício das suas funções” (nº 1).

O mesmo artigo prevê que, “no caso de condenação de pessoa colectiva ou de associação sem personalidade jurídica, nos termos do número anterior, pode ainda decretar-se, conforme a gravidade da infracção: a) a interdição do exercício da actividade; b) a privação do direito a subsídio outorgado por entidades ou serviços públicos; c) a privação do direito de participar em feiras ou mercados; d) a privação de participar em quaisquer arrematações ou concursos públicos de fornecimentos; e) o encerramento do estabelecimento” (nº 2).

A responsabilidade *por actuação em nome de outrem* é visivelmente inspirada no artigo 14º do Código Penal da República Federal da Alemanha.

E interessante notar que ela mereceu elogios dos autores espanhóis (Professores S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), que traduziram o *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*, de Hans-Heinrich Jescheck, considerando-a o “único caminho de solução plenamente satisfatório e que deveria seguir-se no nosso país”; e que, em contrapartida, alinhando,

6.4. Um outro aspecto que importa brevemente salientar é o da consagração, em termos limitados, da *equiparação da acção à omissão*.

Nos termos do artigo 10^o, n^o 2, “a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado”.

O *preâmbulo* refere, a este propósito:

“Fácil é de ver que a consagração ilimitada daquela equiparação levaria a terríveis injustiças, e o preceito que nasce carregado de uma intencionalidade de justiça transformar-se-ia, perigosamente, no seu contrário. A existência do dever jurídico, criado para impedir o resultado, é, hoje, o ponto mais extremo que legalmente se pode conceber no sentido de alargar a equiparação da omissão à acção no domínio do direito penal”.

No entanto, estes deveres de natureza jurídica aparecem sensivelmente alargados no tipo de crime do artigo 219^o (omissão do dever de auxílio), que constitui outra novidade do Código. Este preceito, dos mais discutidos no seio das comissões revisoras, acabou por vingar, consagrando um dever jurídico de solidariedade social (56).

nesse ponto, com a maioria da doutrina, consideram politicamente acertado negar a responsabilidade criminal da pessoa colectiva.

Cfr. *Adiciones de Derecho español al § 23*, no referido *Tratado*, Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, pp. 310 e 311.

(56) É o seguinte o seu texto:

“1. Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, saúde, integridade física ou liberdade de outrem, deixar de lhe prestar o auxílio que se revele necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o seu socorro, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

7.1. Não seria razoável terminar estas considerações sobre as grandes linhas de política criminal que inspiram o novo Código Penal português sem uma breve referência a um aspecto deveras importante e de uma actualidade manifesta: *a problemática da vítima*.

7.2. A este propósito, o Código, para além da responsabilidade civil emergente do crime, admite, em termos fortemente inovadores, a indemnização dos lesados.

Com efeito, o artigo 129^o começa por dizer que “legislação especial assegurará, através da criação de um seguro social, a indemnização do lesado que não possa ser satisfeita pelo delinquente” (n^o 1).

Razões de austeridade financeira estão na origem desta remissão para legislação especial que, até ao momento, ainda não foi publicada.

Enquanto não for possível dispor dessa legislação, o tribunal poderá atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os objectos declarados perdidos ou o produto da sua venda, bem como o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado ou transferidos a seu favor.

Más como, ainda assim, a indemnização do lesado

2. Se a situação referida no número anterior foi criada por aquele que omitir o socorro ou o auxílio devidos, a pena pode elevar-se a 2 anos de prisão e a multa até 200 dias.

3. A omissão de auxílio não será punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do próprio ou quando por outro motivo relevante o auxílio lhe não for exigível”.

pode não ser garantida, o Código vai ao ponto de admitir que o tribunal lhe atribua, no todo ou em parte e até ao limite do dano, o montante da própria *multa* criminal —desde que o dano provocado pelo crime for de tal modo que o lesado fique privado de meios de subsistência e se for de prever que o delinquente o não reparará (nº 3 do mesmo artigo)—.

O Estado ficará sub-rogado no direito do lesado à indemnização até ao momento que tiver satisfeito (idem, nº 4).

Este regime é visivelmente inspirado no Código Penal suíço (artigo 60º, nº 3).

8

8.1. Com a consciência das lacunas que um empreendimento deste vulto necessariamente implica, procurámos transmitir uma ideia das grandes linhas da política criminal que dominam o novo Código Penal português, tal como aparecem reflectidas na sua Parte Geral; e falámos da influência que, nas correspondentes soluções, exerceu a doutrina de Eduardo Correia, exposta ao longo do seu magistério universitário, na sua obra publicada e na exposição de motivos que precedeu o Projecto publicado em 1963.

Mas ficaria inadmissivelmente truncada esta exposição se não disséssemos alguma coisa sobre a Parte Especial, aquela que, bem vistas as coisas, maior impacto tem na opinião pública ou, como se diz no *preâmbulo*, aquela “em que ganha verdadeira ressonância e acuidade a dimensão dogmática da ilicitude”.

Basta pensar que, no breve debate parlamentar

que assinalou a discussão da proposta de lei de autorização apresentada pelo Governo à Assembleia da República, foram determinados aspectos da Parte Especial que, como dissemos, mais viva polémica suscitaram, nomeadamente a questão da penalização do aborto.

8.2. O Código prestou significativo tributo aos movimentos de *descriminalização* e *despenalização*, por um lado, e foi sensível, por outro às tendências da *neo-criminalização* de certos comportamentos que a vida moderna impõe, com premência, aos legisladores, um pouco por toda a parte (57).

Mas comecemos por uma breve referência à sistematização adoptada.

8.3. Contrariamente à tradição de raiz oitocentista, a Parte Especial abre com o título dos *Crimes contra as pessoas* e relega os *Crimes contra o Estado* para o último título.

Representa isto a afirmação da dignidade da pessoa mas não significa, de modo algum, subalternização de interesses e valores que o Estado assume e sintetiza em determinado momento histórico, como se diz no preâmbulo (58).

O título II, que se ocupa dos *Crimes contra a paz e*

(57) Sobre a influência destes movimentos ou tendências no Código, pode ver-se o meu estudo *O novo Código Penal português - algumas questões de política criminal*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 322.

(58) Também sobre esta opção, e para mais desenvolvimentos, pode ler-se o meu estudo *A parte especial do novo Código Penal português, alguns aspectos inovadores*, incluído na já referida colectânea *Jornadas de Direito Criminal*, editada pelo Centro de Estudos Judiciários.

a *humanidade* constitui uma inovação do Código, que visa alinhar o nosso ordenamento jurídico pelas mais modernas codificações e vem ao encontro da necessidade de proteger interesses e valores do mais alto relevo no seio da comunidade internacional.

O título III, que trata dos *Crimes contra interesses e valores da vida em sociedade*, engloba, entre outros, os “crimes contra a família”, os “crimes sexuais”, os “crimes contra os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos”.

Mas é aí que também se encontram os chamados “crimes de perigo comum”, outra das mais salientes inovações do Código a merecer, adiante, uma referência especial.

O título fecha com os chamados “crimes contra a ordem e a tranquilidade pública”.

O título IV contem os *Crimes contra o património*.

8.4. O Código não inclui, de modo sistemático, os *crimes contra a economia* por ter vingado uma opção de política legislativa no sentido de considerar estes melhor enquadráveis em lei especial, dado o seu carácter mais mutável, o mesmo sucedendo com os *crimes contra o ambiente e crimes da estrada* (59).

8.5. Prestando culto à ideia de que o direito penal deve sempre actuar como *ultima ratio*, não devendo intervir, por exemplo, quando, nos casos menos gra-

(59) Esta opção, porém, não foi levada ao extremo, pelo que não é inteiramente rigorosa a afirmação do texto, que reproduz palavras do *preâmbulo*.

Com efeito, há, na Parte Especial do Código, tipos de crimes pertencentes aos domínios acima referidos no texto. Sobre o assunto, podem ver-se os meus estudos referidos nas notas 57 e 58.

ves, as partes em conflito se compõem, a concretização de tal ideia no Código atingiu-se através da necessidade, em casos especificados, aliás algo numerosos, de o procedimento criminal depender de *queixa* do lesado ou de quem legalmente o representante.

Esta política pode compreender-se como um aspecto colateral do movimento de descriminalização, numa das suas facetas práticas, que leva a subtrair considerável número de conflitos à jurisdição criminal, concomitantemente com o interesse dos próprios lesados e das famílias em não sofrerem os efeitos perversos de uma intromissão da justiça repressiva em áreas da vida íntima e privada, com o conseqüente escândalo a acrescer ao próprio mal do crime.

É por isso que a generalidade dos crimes sexuais, por exemplo, e salvo quando prementes razões de ordem pública imponham o contrário, pressupõe, em termos de repressão, a livre decisão da vítima, do cônjuge ou de quem sobre aquela exercer poder paternal, tutela ou curatela (artigo 211^o).

Também é neste domínio que se notam os efeitos do movimento da descriminalização, nomeadamente quando deixou de constituir comportamento passível de reacção criminal a homossexualidade entre adultos consentidores (60).

8.6. A protecção da *vida privada* mereceu no Código uma atenção especial, sabido, como é, que a actual massificação no acesso a meios e instrumentos electrónicos favorece a intromissão alheia e ilegítima naquele domínio. O Código, neste aspecto, curou de proteger penalmente interesses que a Consti-

(60) Outros casos de *descriminalização* e de *despenalização* são analisados no meu estudo referido na nota 57.

tuição incluiu entre os direitos fundamentais dos cidadãos.

8.7. Os *crimes de perigo comum*, que abrangem a clássica figura do incêndio e do perigo de incêndio, a explosão, a libertação de gases tóxicos, a inundação e a avalanche e os crimes que resultam da violação das regras de segurança das comunicações constituem, como se diz no *preâmbulo*, a consagração de uma linha de pensamento da política criminal que tem por necessária a intromissão do direito penal para salvaguarda de certos bens jurídicos que a sociedade tecnológica moderna põe em perigo.

São do mesmo *preâmbulo* estas palavras:

“O ponto crucial destes crimes —não falando, obviamente, dos problemas dogmáticos que levantam— reside no facto de que condutas cujo desvalor de acção é de pequena monta se repercutem, amiúde, num desvalor de resultado de efeitos não poucas vezes catastróficos. Clarifique-se que o que neste capítulo está primacialmente em causa não é o dano, mas sim o perigo. A lei penal, relativamente a certas condutas, que envolvem riscos, basta-se com a produção do perigo (concreto ou abstracto) para que dessa forma o tipo legal esteja preenchido. O dano que se possa vir a desencadear não tem interesse dogmático imediato. Pune-se logo o perigo, porque tais condutas são de tal modo reprováveis que merecem imediatamente censura ético-social. Adiante-se que devido à natureza dos efeitos altamente danosos que estas condutas ilícitas podem desencadear o legislador penal não pode esperar que o dano se produza para que o tipo legal de crime se preencha. Ele tem que fazer recuar a protecção para momentos anteriores, isto é, para o momento em que o perigo se manifeste”.

8.8. Nos *crimes contra o património*, nomeadamente o furto e o roubo, o Código abandonou a velha

técnica de fazer variar a pena consoante o valor real do objecto da acção.

E também aqui o movimento da despenalização encontrou eco, através da tipificação do chamado “furto formigueiro” e do “furto por necessidade”, que cobre zonas de pequena criminalidade e em que, por isso, é aconselhável deixar à decisão do lesado o correspondente procedimento criminal. Aliás, prevê-se a possibilidade de o agente ser isento de pena.

8.9. Aparece definido um novo tipo de crime contra o património, a *infidelidade* (artigo 319º), em que a acção não é acompanhada de uma intenção de apropriação material mas tão só de provocar um grave prejuízo.

Ainda no mesmo título, figura um capítulo especialmente dedicado aos *crimes contra o sector público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente* (artigos 332º e 333º).

8.10. Relativamente aos *Crimes contra o Estado* a nota mais saliente reside na tentativa de definir mais correcta e cuidadosamente os elementos que constituam cada um dos diferentes tipos legais, quer no aspecto objectivo quer no subjectivo.

Particularmente no que respeita aos crimes contra a segurança interna do Estado, o bem jurídico que se protege é o da *ordem jurídica democrática constitucional*.

Como refere o preâmbulo, “desta forma, o bem jurídico não se dilui na própria noção de Estado, antes se concretiza no valor que este, para sua prossecução, visa salvaguardar”.

8.11. O abaixamento generalizado das molduras penais relativamente ao Código anterior não podia deixar de reflectir-se nas penas que a Parte Especial faz corresponder a cada tipo de crime.

Mas esse abaixamento não é tão significativo relativamente aos tipos legais que visam reprimir a *criminalidade violenta*.

Como diz o *preâmbulo*: “Compreende-se que delinquentes sofram uma reprovação mais intensa, quando se sabe que a definição da conduta incriminada e da respectiva injunção penal resulta de órgãos democráticos de um Estado constitucionalmente organizado em moldes pluralistas”.

Dáí que o Código puna com acentuada severidade o crime de “organização terrorista”, bem como a criminalidade que lhe anda ligada.

A colocação sistemática dos correspondentes preceitos (no título III, ou seja, o dos *Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*) merece uma referência especial, aliás retratada no *preâmbulo*: é que tais actividades não ofendem apenas ou mesmo directamente, os valores do Estado; ofendem ou põem em perigo outros valores que, embora coincidentes com os do Estado, não deixam de ter uma autonomia que, por si só, postula uma defesa penal séria, porque são daqueles a que nenhuma sociedade pode renunciar: a vida, a integridade física, a liberdade, a tranquilidade dos cidadãos, entre outros (61).

(61) Quanto a este ponto, pode ver-se o meu já referido estudo *A parte especial do novo Código Penal - alguns aspectos inovadores*.

Aliás, o Código, quanto aos crimes de “terrorismo” e de “organizações terroristas”, retoma tipificações já constantes do Código anterior e aí introduzidas por uma lei de 1981 (Lei nº 24/81, de 20 de Agosto).

9.1. Aceitando falar do novo Código Penal português não desconhecíamos as dificuldades da tarefa e as limitações de vária ordem opostas à exposição.

O tema é, na verdade, tão vasto e tão recheado de implicações que não é possível tratá-lo de forma resumida sem incorrer no pecado de graves omissões.

É legítima, em todo o caso, a pergunta: e agora, passado um ano sobre a publicação do Código e legislação complementar, referida, o que aconteceu de veras em Portugal?

Poderíamos, talvez, subdividir essa pergunta em várias outras: foi o Código bem recebido nos meios profissionais directamente interessados?; tem mostrado tendências para se estabilizar enquanto corpo normativo mais ou menos acabado e durável?; há sintomas de desajustamento à realidade criminológica e pressões no sentido da sua alteração, ao menos parcial?

Todas elas são de difícil resposta, por enquanto.

9.2. O Código entrou em vigor em 1 de Janeiro do corrente ano e, por isso, temos de aceitar que, de uma perspectiva histórica, ainda é muito cedo para extrair conclusões minimamente seguras.

Certo que não faltaram críticas isoladas, quer depreciativas quer laudatórias mas, em regra, incidindo sobre aspectos sectoriais.

Ninguém nega a valia técnica do diploma, avalizada pela grande reputação científica unanimemente reconhecida ao seu inspirador.

Mas ainda não apareceu qualquer estudo, comentá-

rio ou exegese que se tenham ocupado da reforma penal portuguesa no seu conjunto.

9.3. Pode, em todo o caso, e desde já, dizer-se que um dos partidos políticos representados no parlamento —concretamente, o Partido Comunista— desencadeou, entretanto, o processo constitucional de ratificação, mas é prematuro prever a que resultados chegará tal processo.

O que se conhece do processo legislativo que conduziu à autorização pedida pelo Governo para, através de Decreto-Lei, fazer publicar o Código e a legislação complementar —e que sumariamente descrevemos— permite supor que não será propriamente uma recusa de ratificação que está em causa, mas sim a alteração de alguns aspectos, possivelmente aqueles, também já referidos, que suscitaram maior controvérsia no debate parlamentar.

9.4. Também começam a aparecer sintomas no sentido de que o novo Código não satisfaz necessidades de repressão em certos domínios onde há suspeitas de comportamentos ofensivos de interesses gerais, nomeadamente práticas de *corrupção* no sector das empresas públicas e noutras áreas de intervenção do Estado.

Muito recentemente e no uso de uma autorização legislativa, foi publicado um Decreto-Lei que tem por objetivo alargar o âmbito de certas incriminações por factos cometidos no exercício de funções públicas e actividades cujo paralelismo com aquela é considerado evidente e digno de igual repressão.

Trata-se do Decreto-Lei nº 371/83, de 6 de Outubro, confessadamente dirigido à repressão das formas

de *corrupção* e *outras fraudes* e à moralização de comportamentos administrativos.

O *preâmbulo* desse diploma, que não vamos aqui analisar em profundidade, alude ao carácter demasiado restrito do conceito de “funcionário” do Código Penal, pelo que se lhe equiparam os titulares dos órgãos e os funcionários da administração autárquica regional e local ou de institutos públicos e os gestores, titulares de 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.

Também aí se considera que os tipos legais de crimes de *corrupção*, da Parte Especial do Código, se reportam a um conceito de vantagem patrimonial que deixa de fora valores e vantagens igualmente atendíveis, de natureza pessoal ou não patrimonial.

Enfim, o diploma “visa estender a situações em tudo dignas de igual tratamento as soluções previstas por forma demasiado estrita no Código Penal”.

9.5. Entretanto —e nem sempre com rigorosa fundamentação jurídica— surgiram críticas de alguns sectores a propósito de lacunas na repressão de certas actividades económicas, que uma imponderada revogação de legislação anterior ao Código teria proporcionado. Em causa, fundamentalmente, a falsificação de bens alimentares que não impliquem perigo para a vida, integridade física ou saúde das pessoas, já que dos restantes cuidou expressamente o Código, agravando sensivelmente as penas.

Daí que já no decurso do corrente ano o Governo tenha legislado em matéria de infracções no domínio

das actividades económicas, enquanto se prepara legislação nova neste domínio (62).

9.6. Está anunciada, também a próxima revisão do Código de Justiça Militar, da legislação sobre práticas restritivas da concorrência e, até, do Código da Estrada.

Tudo isto, porém, não parece augurar uma subversão dos princípios de política criminal que dominam o Código Penal e não se crê que este venha a sofrer, a curto prazo, alterações profundas.

Pelo contrário: nas leis de autorização legislativa concedida ao Governo em matéria penal não é raro encontrar referências à ideia de ajustar os futuros diplomas à filosofia e aos princípios dominantes no novo Código (63).

9.7. A jurisprudência, por seu turno, tem vindo a

(62) Com efeito, e no uso da sua competência legislativa, o governo fez publicar um Decreto-Lei (nº 191/83, de 16 de Maio), em que estabelece diversas *contra-ordenações* pelo exercício irregular de actividades económicas e definindo o processo aplicável.

Mas o respectivo *preâmbulo* adverte que o diploma se propõe acudir a necessidades imediatas de disciplina no domínio daquelas actividades, lançando mão do recurso ao *direito de mera ordenação social*, sem prejuízo de uma profunda revisão da *legislação penal* nessa matéria, que, à data, era impossível de accionar perante a Assembleia da República, por se encontrar dissolvida.

(63) E o caso, por exemplo, da Lei nº 12/83, de 24 de Agosto, que autorizou o Governo a tipificar novos ilícitos penais, a definir novas penas ou a modificar as actuais, “tomando como ponto de referência a dosimetria do Código Penal”, na matéria de infracções antieconómicas e contra a saúde pública; e da Lei nº 27/83, de 8 de Setembro, que concedeu autorização ao governo para definir em geral ilícitos criminais e definir as correspondentes penas e doseá-las, “tomando como ponto de referência as que, no Código Penal e na demais legislação penal, correspondam a ilícitos de gravidade semelhante”.

aplicar o Código, tanto quanto sabemos, sem sobresaltos ou dificuldades de maior.

Como é natural, tem-se ocupado principalmente da problemática da *aplicação da lei criminal no tempo* e, de modo especial, de um preceito do Código que parece destinado a frequente aplicação, ainda durante muito tempo, para resolver difíceis questões emergentes da sucessão de leis penais.

Trata-se do nº 4 do artigo 2º, cujo texto é o seguinte:

“Quando as disposições penais vigentes no momento da prática de facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, será sempre aplicado o regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente, salvo se já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado”.

O critério do *regime concretamente mais favorável* está destinado —tudo o indica— a proporcionar fecundo trabalho jurisprudencial, pelo menos nos tempos mais próximos.

Quando esta fórmula foi apreciada e discutida no seio da primeira Comissão Revisora, logo foi ponderado que a consagração da “cláusula geral” que nela se continha não prejudicaria nunca as soluções que se reputassem mais justas para certos problemas concretos, não sendo de saudar como procedimento legislativo óptimo a tentativa de resolver em definitivo todas as pequenas questões que, em concreto, se podem pôr perante qualquer princípio geral.

A fórmula então proposta para exprimir o princípio da aplicação do regime mais favorável foi defendida como uma disposição suficientemente elástica para abarcar todos os problemas que se entenda dever tratar na sua base —essa elasticidade permitia,

justamente, que se deixasse à doutrina e à jurisprudência campo livre para subsumir ou não nela outras questões (64).

9.8. Valha a verdade se diga que a jurisprudência dos tribunais superiores, nomeadamente a do Supremo Tribunal de Justiça até agora publicada, tem, a nosso ver e salvo algumas excepções, feito correcta aplicação daquele princípio.

Outras questões que tem sido chamada a decidir revelam um apurado sentido interpretativo e uma notória sensibilidade perante a nova filosofia da reforma penal.

É patente, aliás, um esforço criativo dessa jurisprudência, que lhe tem permitido superar dificuldades de monta, como, por exemplo, as que decorrem de disposições francamente inovadoras do regime punitivo dos crimes contra o património.

É o caso da circunstância qualificativa do furto expressa na fórmula “com valor consideravelmente elevado”, que tem proporcionado critérios jurisprudenciais de grande valia prática, susceptíveis de conduzir a uma desejável uniformização de decisões justas e de, por essa via, concorrer para a certeza do direito.

Já no que concerne às penas de *multa* da legislação penal secundária e, sobretudo no que respeita à questão de saber se, no caso de *multas em quantia*, se deve ou não aplicar a pena de prisão em alternativa, as hesitações são maiores, notando-se divergências entre os diversos tribunais superiores.

(64) Sobre a problemática da aplicação da lei criminal no tempo, referida ao novo Código Penal português, pode ver-se o meu estudo *Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço*, incluído na referida colectânea *Jornadas de Direito Criminal*, edição do Centro de Estudos Judiciários.

Não podem, porém, criticar-se essas divergências, porque as disposições do Código e, principalmente, as disposições transitórias do Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, que o aprovou, não são claras, carecendo, mesmo, de urgente revisão.

Falecem-nos informações seguras quanto ao uso das novas reacções de tipo não detentivo instituídas pelo Código, embora haja notícia de alguns casos de aplicação do *regime de prova* e da *prisão por dias livres*.

Mas ainda é cedo para avaliar do sucesso prático das mesmas.

Epílogo

Seja-nos permitido que rematemos estas considerações com o mais sincero agradecimento pela simpatia com que quisestes receber-nos nesta casa de tão gloriosas tradições e pelo interesse com que quisestes escutar-nos.

Não foi fácil falar-vos da nossa reforma penal, que está dando os seus primeiros passos e que representa uma pequena revolução nos costumes jurídicos portugueses.

Temos um Código que se propôs alinhar o direito penal lusitano pelo das nações estrangeiras que legitimamente podem arrogar-se uma posição de prestígio no domínio das ciências criminais.

Havendo, nele, muito da tradição cultural portuguesa, não é menos notória a influência exercida pelos direitos penais da República Federal da Alemanha, da Austria, da Suíça e até, conquanto em menor escala, do direito penal grego.

Não temos de nos admirar que assim seja.

Como escreveu o vosso insigne compatriota José Ortega y Gasset “el derecho tradicional es sólo reglamento para una realidad parálitica y como la realidad histórica cambia periódicamente de modo radical, choca sin remedio con la estabilidad del derecho, que se convierte en una camisa de fuerza”.

O novo Código está aí, mas não é seguro nem sequer desejável que se converta num corpo estático, frenador da evolução.

“El hombre necesita de un derecho dinámico, un derecho plástico y en movimiento, capaz de acompañar a la historia en sus metamorfosis”, disse ainda Ortega.

Um novo Código, só por si, por mais que represente a ideia de *um novo direito*, não resolve todos os problemas que a sociedade diariamente coloca ao legislador.

“No olvidemos que el derecho se compone de muchas cosas más que una idea: por ejemplo, forman parte de él los bíceps de los gendarmes y sus sucedáneos. A la técnica del puro pensamiento jurídico tienen que acompañar muchas otras técnicas aún más complicadas” (65).

Bem sabeis que assim é, agora que em Espanha se dão passos decisivos no caminho das reformas penais.

Que a experiência portuguesa, ainda que imperfeitamente transmitida neste acto de fraterno e gratificante convívio, de algum modo sirva para vossa reflexão, eis o que nos é lícito exprimir perante um auditório tão distinto.

(65) *Epílogo para ingleses* à “La Rebelion de las masas”, Colección Austral, Espasa-Calpe, S.A., pp. 204, 205 e 207.

E não saberíamos terminar melhor do que recordando e homenageando aqui o maior filósofo espanhol deste século, cujo pensamento fecundo abrangeu quase todos os ramos do saber, exprimindo-se com elegância e sentido de humor sempre que utilizou a sua pena privilegiada.