

O CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1982 E A SUA REFORMA*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra (Portugal)

1. A formação do CP português de 1982 — 2. Princípios político-criminais fundamentais — 3. Dificuldades e anseios de reforma — 4. Conclusão

1. A formação do CP português de 1982

Em 23.9.82 foi publicado em Portugal, pelo Dec.-lei 400/82, um novo CP, que entrou em vigor em 1.1.83. Deste modo se pôs fim à vigência do CP de 1852, que havia introduzido em Portugal os tão apregoados “métodos realistas” do legislador francês em matéria de política criminal, com a sua total fidelidade aos cânones estritos da prevenção geral de intimidação.¹

* Versão portuguesa em alguma medida reelaborada, do texto publicado na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 105 (1993), pp. 77 e ss. sob o título “Das portugisische Strafgesetzbuch von 1982 in der Bewährung”, traduzido pelo Prof. Dr. Peter Hünerfeld e na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 161 e ss. A primeira parte representa um desenvolvimento do texto publicado como “introdução” ao *Código Penal e Outra Legislação Penal*, Equitas Editorial Notícias, 1992. Uma versão em língua espanhola deste texto surgiu na revista *ICADE* (1993), pp. 9 e ss., com tradução da lic. Maria del Rosario Vásquez Fenandez.

1. Pormenorizadamente sobre o que vai seguir-se no texto v. a excelente monografia de P. Hünerfeld, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, Rotscheld, 1971, pp. 70 e ss.

Criticado pela doutrina portuguesa como obra nascida já velha e reclamando por isso, desde o início, a sua substituição urgente — na medida em que pouco mais representaria do que uma tradução apresada, e nem sempre fiel, do CP napoleónico de 1810, na sua forma modificada sobretudo pela *loi du 28 avril 1832*² — o CP de 1852, foi profundamente alterado pela “Nova Reforma Penal” de 1884; daí resultando o que passou a chamar-se o CP de 1886, pelo

com amplas indicações bibliográficas; e em síntese H. H. Jescheck. “Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise. Estudos In Memoriam do Prof. Beleza dos Santos”. *Suplemento XVI ao Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1966, pp. 436 e ss. Cf. depois J. Figueiredo Dias, *La reforma del derecho penal portugues. Principios y orientaciones fundamentales*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, 1971, pp. 13-18 e J. Figueiredo Dias — A. M. Almeida Costa, “La réforme pénale portugaise”. *Rev. de Droit Pen. et Crimin.* 1985, pp. 7 e ss.

2. V. sobretudo, no sentido desta crítica, os grandes comentários do CP de 1852. L. M. Jordão, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, 4 vols. Lisboa, Morando, 1853-4, e F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal*, 8 vols., Lisboa, Imprensa Nacional, 1856 e ss.

qual Portugal basicamente se regeu até 1983. A característica fundamental desta reforma derivou de uma diferente concepção da finalidade da pena, que deixava de ser considerada primariamente instrumento de intimidação da generalidade das pessoas para passar a ser vista como retribuição do mal do crime, como expiação ou compensação da culpabilidade do agente. A esta dimensão da pena se tendo todavia desde muito cedo acrescentado — em todo o caso, de uma forma que a doutrina portuguesa tentou sempre que fosse a menos conflitual possível³ — um vector preventivo-especial que, aproveitando o essencial do pensamento correcionalista assente nas teses de Krause e Roeder, se liga à convicção da corrigibilidade de todos delinquentes e à

3. Através sobretudo de tentativas de referência da culpabilidade à personalidade do agente e da consequente erecção de um “sistema de via única” em matéria de reacções criminais detentivas aplicáveis aos delinquentes imputáveis. Tentativas estas que conformam a característica porventura mais marcante da dogmática jurídico-penal portuguesa deste século e se encontram em autores que partem de pressupostos básicos tão diversos como J. Belez dos Santos, M. Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia. Sobre estas tentativas informam, além dos estudos de Hünerfeld e de Jescheck citados na nota 1, Eduardo Correia, *Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform*. ZStW 76 (1964) p. 323; do mesmo, *Der Einfluß Franz v Liszt auf die portugiesische Strafrechtsreform*, ZStW 81 (1969), p. 723; e Hünerfeld, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, Baden-Baden; Nomos, 1981, pp. 181 e ss. Um ensaio de revisão do relacionamento de culpabilidade e personalidade a uma luz diversa da que presidia às tentativas mencionadas encontra-se em Figueiredo Dias, “Schuld und Persönlichkeit Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht” ZStW 95 (1983), p. 220 (publicado depois em Espanha, nos *Cuadernos de política criminal* 31 (1987), p. 5, com tradução de Maria del Carmen Lencastre de Albuquerque e Prof. Dr. Joaquim Cuello Contreras).

obrigação estadual de pôr à disposição daqueles os meios possíveis e necessários ao seu melhoramento. E daí decerto a circunstância de ter sido Portugal um dos primeiros países da Europa que acolheu o modelo franco-belga do *sursis*, o instituto da liberdade condicional, um sistema de medida de segurança, um sistema tutelar e de direito penal de menores avançado, enfim, a idéia da reforma penitenciária baseada num sistema de execução progressiva por períodos da pena privativa de liberdade.

Todo este poderoso movimento de reforma penal constava essencialmente de legislação extravagante e passava assim ao lado do CP, que praticamente permaneceu intocado até 1954. Só neste ano, sendo Ministro da Justiça o Professor de direito penal da Universidade de Lisboa M. Cavaleiro de Ferreira, se procedeu a uma extensa revisão do texto legislativo básico, incidindo ela todavia, de forma praticamente exclusiva, no capítulo relativo às reacções criminais. Por esta via se introduziram no texto do CP muitos dos institutos referidos que viviam em legislação extravagante, se procurou harmonizá-los entre si e com o novo sistema de penas e de medidas de segurança erigido, ao mesmo tempo que se deram passos significativos — e ainda hoje plenos de actualidade — em matéria de medida da pena.⁴

Apesar desta revisão, a necessidade de uma reforma global do CP português fazia-se sentir com acuidade acrescida.

4. Sobre este último ponto pode ver-se a minha contribuição “Algunas consideraciones sobre la evolución del Derecho penal portugués en materia de determinación de la pena” *Estudios de derecho penal y de criminología (en homenaje al Prof. Rodriguez Devesa)* II, Madrid, Fac. de Der. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia, 1989, p. 281. E agora Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Equitas/Editorial Notícias, 1993, § 235 e ss.

Por um lado, as normas legais relativas à doutrina geral do crime mostravam uma desactualização profunda face ao estágio de evolução alcançado pela dogmática jurídico-penal portuguesa, tal como era ensinada na Universidade e mesmo, ao menos em parte, praticada já pela jurisprudência dos tribunais portugueses. É que, além do mais, o próprio referente doutrinário havia mudado: na dogmática portuguesa deixara por completo de valer a construção doutrinária subjacente ao código napoleónico, como perdera relevo e significado a doutrina jurídico-penal francesa relativa à parte geral do direito penal; em sua substituição, era a doutrina germânica que, desde os anos 30, constituía referente obrigatório — e praticamente exclusivo! — das lições universitárias e da construção científica portuguesas do direito penal. Quanto à matéria relativa às consequências jurídicas do crime, o pensamento jurídico-penal português, combinando em larga medida os referentes francês, alemão, italiano e suíço, apresentava singularidades que o distinguiram e o colocavam, na expressão de Pierre Canat, “à la pointe même du progrès” nesta matéria⁵; sem que todavia muitas das propostas que então já insistentemente se faziam no plano de *lege ferenda*⁶ encontrassem campo possível de tradução no CP, mesmo no texto revisto de 1954. Finalmente, no que toca à Parte Especial, ela revelava-se por inteiro desactualizada apesar das revisões, fragmentárias e pouco numerosas, que desde

1886 havia sofrido; o que se torna compreensível não só pela circunstância de as condições sociais, económicas, políticas e culturais da sociedade portuguesa já nada terem de comum com as do século XIX, mas por o próprio pensamento jurídico-penal, nas intenções político-criminais básicas que directamente contendem com as partes especiais dos códigos penais, se ter modificado radicalmente.

A urgência de reforma global foi bem compreendida, em 1961, pelo então Ministro da Justiça Antunes Varela, que encarregou o penalista da Universidade de Coimbra e meu querido Mestre, Eduardo Correia, de elaborar o Projecto respectivo. Em 1963 foi por ele apresentado um Projecto da Parte Geral,⁷ sobre o qual se debruçou, em 1964-5, uma Comissão Revisora, que pouco o modificou nos seus supostos político-criminais básicos;⁸ em 1966 foi convertido em Projecto ministerial, já com modificações de certo relevo que, em parte significativa da doutrina das consequências jurídicas do crime, lhe furtavam algumas das suas inovações mais radicais.⁹ Ainda em 1966 apresentou Eduardo Correia um Projecto da Parte Especial, revisto, antes de publicado, por uma Comissão que trabalhou sob sua directa orientação.¹⁰

De um ponto de vista estritamente político, porém, os tempos não estavam

5. Pierre Canat. *Rev. pénit et de dr. pénal* (1966), p. 294.

6. E que encontram expressão resumida em Eduardo Correia, *Direito Criminal (Com a colaboração de Figueiredo Dias)*, 2 vols. Coimbra; Almedina, 1963-5. Com mais detalhe sobre a história que em seguida se conta resumidamente Lopes Rocha, *La réforme pénale portugaise et sa réception par la société*, in Lopes Rocha/Costa Andrade. *Relação da Criminologia com as Políticas e Práticas Sociais*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1984, p. 69.

7. Eduardo Correia, *Código Penal, Projecto da Parte Geral*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1963.

8. V. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, 2 vols., Lisboa; Ministério da Justiça, 1965-6.

9. V. *Código Penal, Projecto da Parte Geral*. 1.ª Revisão Ministerial. Lisboa; Ministério da Justiça, 1966.

10. Eduardo Correia. *Código Penal, Projecto da Parte Especial*, Lisboa; Ministério da Justiça, 1966, e *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1979.

maduros para que um Projecto como o de Eduardo Correia pudesse ser transformado em lei. O étimo fundante do Estado português era ainda, nessa altura, claramente antidemocrático e antiliberal e chocava por isso com algumas das características mais notáveis da reforma proposta: desde a limitação, em nome de uma política criminal humana e socializadora, do máximo da pena privativa de liberdade, com as suas consequências ao nível da punição dos crimes singulares, até à riqueza e abundância da panóplia das penas de substituição, nas quais se punham as melhores esperanças de luta contra as penas privativas de liberdade não só de curta, mas de média duração; desde a consagração de uma pena privativa de liberdade única, apenas diferenciável pela sua duração, e que procurava evitar em toda a medida possível o efeito estigmatizador da prisão, até à recusa de efeitos automáticos da pena, de carácter civil, profissional ou político; desde a consagração de um estrito princípio da culpabilidade, com o particular efeito de garantia sobre a liberdade dos cidadãos, até à solução tendencialmente monista ou “de via única” que se propunha para os delinquentes imputáveis e que impedia a submissão dos delinquentes políticos a medidas de segurança indefinidamente prorrogáveis; desde o programa, se bem que moderado, de descriminalização que se subscrevia, em nome de uma função do direito penal orientada para a protecção de bens jurídicos e dissociada da tutela de uma qualquer ordem moral, até à própria ordem legal dos bens jurídicos subjacente à parte especial do código, definitivamente secularizada e assente na clara predominância dos valores individuais sobre os valores colectivos. Por razões deste teor os trabalhos de reforma estiveram paralizados até 1973, sendo só nesse ano que a Câmara Corporativa se debruçou

de novo sobre o problema da reforma das normas do CP relativas às consequências jurídicas do crime, elaborando umas Bases da Reforma Penal — de novo restritivas relativamente a algumas opções político-criminais fundamentais constantes do Projecto — que, todavia, não chegaram a ser aprovadas ou sequer discutidas pela Assembléia Nacional.¹¹

O movimento militar de 25.4.74 se por um lado atrasou compreensivelmente os trabalhos de reforma penal em virtude da instabilidade político-social a que deu lugar, por outro forneceu os pressupostos essenciais para que a tarefa pudesse vir a ser no futuro levada a cabo com êxito, ao promover a democratização da vida sócio-política portuguesa que encontrou expressão na Constituição da República de 1976. Nesse ano reiniciaram-se os trabalhos de reforma penal, sendo o Projecto submetido a nova análise por parte de uma comissão da responsabilidade do Ministério da Justiça,¹² e uma reanálise teve lugar em 1979, sendo então Ministro da Justiça Eduardo Correia.¹³ Os textos preparados foram submetidos ao Parlamento, mas não puderam então ser por ele discutidos, só em 1982 tendo sido aprovados — era então Ministro da Justiça J. Meneres Pimentel — por força de uma autorização legislativa para o efeito concedida ao Governo. Assim nascia o CP actualmente em vigor em Portugal.

11. Cf. Parecer 54/X. “Bases da Reforma Penal (Penas e Medidas de Segurança)”, in *Actas da Câmara Corporativa*, n. 174, de 23.10.73.

12. Que serviu de base à Proposta de Lei 117/I, constante do *Diário da Assembléia da República*, suplemento ao n. 136, de 28.7.77.

13. As propostas de lei que deste trabalho reformador resultaram não chegaram a ser publicadas no *Diário da Assembléia da República* em virtude da prematura dissolução da legislatura.

2. Princípios político-criminais fundamentais

Os princípios directores da política criminal que subjazem ao CP de 1982, se estavam já, em larguíssima medida, contidos no Projecto de Eduardo Correia, sofreram no texto legislativo uma reconformação, tornada necessária sobretudo por força das exigências jurídico-constitucionais emanadas da Lei Fundamental de 1976.¹⁴ Não é tarefa fácil reduzir a proposições sintéticas a multiplicidade daqueles princípios; sem qualquer preocupação de exaustão e antes de forma necessariamente sincopada, fragmentária e lacunosa, poder-se-á em todo o caso, creio que com razoável exactidão, formar o seguinte quadro:¹⁵

1. O primeiro dos princípios político-criminais informadores do CP português vigente é o da conformidade da matéria penal com a ideia do Estado de Direito; é nesta acepção, o princípio da legalidade. Ele cumpre ali integralmente a sua função tradicional: seja no plano das

14. Deve aliás acentuar-se que o exame da conformidade de tais princípios com a Constituição constituiu, desde a entrada em vigor desta até hoje, tarefa quantitativa e qualitativamente muito significativa primeiro na Comissão Constitucional (até 1982) e depois do Tribunal Constitucional. A análise dos pareceres e das decisões destes órgãos jurisdicionais aferidores da constitucionalidade da lei revela, na verdade, que a matéria do direito penal (conjuntamente com a do processo penal) constitui de longe a mais versada.

15. Essencialmente correspondente, na parte relativa às consequências jurídicas do crime, ao que tracei já nos meus trabalhos "Principes généraux de la politique criminelle portugaise". *Rev de sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1987, p. 87. "O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal". *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, I, Coimbra, Faculdade de Direito, 1989, p. 783, e por último, *Direito Penal*, como na nota 4, § 52 e ss.

fontes, obrigando a que só a lei — e, na verdade, a lei formal, proveniente do Parlamento ou por ele autorizada — possa regular a definição dos crimes e das suas consequências jurídicas; seja no plano da construção do tipo incriminador, vinculando à sua determinabilidade e proibindo o recurso à interpretação extensiva e ao argumento de analogia; seja no plano da aplicação da lei no tempo, proibindo a incriminação retroactiva mas ressaltando sempre a aplicação ao caso do regime penal concretamente mais favorável.¹⁶ Mas talvez deva afirmar-se que o princípio em análise, tal como se encontra consagrado no CP, ultrapassa em alguma coisa o seu conteúdo tradicional, na medida em que — seguindo de resto, ainda nesta parte, imperativos jurídico-constitucionais — abarca no seu âmbito não só a definição dos crimes e das penas, mas igualmente das medidas de segurança e dos seus pressupostos; também quando a estas valendo as consequências tanto da reserva de lei formal, como da proibição de aplicação retroactiva e de recurso à interpretação extensiva e à analogia *contra reo*.¹⁷

16. Sobre os problemas neste princípio implicados J. Sousa e Brito. "A Lei Penal na Constituição", in *Estudos Sobre a Constituição*, II, Lisboa, Petrony, 1977, p. 197, A. Castanheira Neves. "O Princípio da Legalidade Criminal. O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático". *Estudos E. Correia* (como na nota 15), p. 307; e A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Almedina, 1990.

17. No seu âmbito abarca ainda o princípio — numa medida e num sentido que todavia não podem ser aqui precisados — matéria processual penal. Daí (e da circunstância referida por último no texto) tendo o novo CPP português de 1987 retirado a consequência de que as questões da inimputabilidade e da eventual aplicação de uma medida de segurança não podem ser resolvidas nos quadros acanhados de um "incidente processual de alienação mental", mas têm de ser tratados com a totalidade dos meios do processo penal comum.

2. Um outro princípio político-criminal de relevo fundamental para o correcto enquadramento do CP português de 1982 é o que venho chamando¹⁸ princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Esta máxima — que encontra reflexo jurídico-constitucional bastante no art. 18.º-2 da Constituição portuguesa¹⁹ — é prenhe das mais relevantes consequências, explicativas, por uma parte, de muitas das mais fundamentais opções do CP, e permissivas, por outra parte, de uma sua compreensão político-criminal unitária.

a) O princípio dá desde logo a compreender a razão por que o direito penal só pode e deve intervir para protecção de bens jurídicos, não para tutela de normas morais ou de uma qualquer moral.²⁰ É da “orientação do direito penal

por e para o bem jurídico” que se trata, com as consequências que daí advêm para a determinação dos limites da criminalização e da punibilidade; e, com não menor importância, para a aceitação de critérios estritos de necessidade e de subsidiariedade da intervenção penal, assim erigida em *ultima ratio* da política social. Mas que daí advêm ainda — e aqui vejo eu o essencial — para outro ponto: o de que só finalidades “relativas” de prevenção, geral e especial, não finalidades “absolutas” de retribuição ou de compensação da culpabilidade, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir legitimação e sentido às suas reacções específicas. Assim assume a prevenção geral o primeiro lugar como finalidade da pena. Não, em todo o caso, a prevenção geral negativa ou de intimidação, mas a prevenção geral positiva, de integração ou reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de confiança no direito; numa palavra, para usar a expressão de Jakobs, a prevenção geral no sentido de estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na validade da norma violada.²¹ Bem se aceitando até que a própria medida de

Assim já Figueiredo Dias, *Annales internationales de criminologie* 25 (1987), p. 111; e agora também Maria João Antunes, “O internamento de imputáveis em Estabelecimentos Destinados a inimputáveis”, diss., não publicada, Coimbra, 1994, pp. 11, 116 e ss.

18. Cf., além dos trabalhos citados na nota 15, Figueiredo Dias, *Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Reschtsordnung*; Jescheck-Festschrift, I, Berlin; Duncker & Humblot, 1985, pp. 100 e ss.

19. Segundo o qual “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

20. Assim já nos meus estudos “Les nouvelles tendances de la politique criminelle portugaise” *Archives de politique criminelle* 6 (1983), pp. 194 e ss. e “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Rev. da Ordem dos Advogados* 43 (1983), pp. 13 e ss. E agora M. da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra; Coimbra Editora, 1991, pp. 42 e ss.

21. Jakobs, *Strafrecht AT*, Berlin; de Gruyter, 1983. Abs 1 Rn 4 e ss. Mas sem que eu possa aceitar — aproveito para dizer — que esta função da pena se contraponha à aludida função de tutela de bens jurídicos, na base de que esta última não caberia ao direito penal, ao menos de forma primordial, por isso que “a sociedade não é nenhuma instância para a conservação e muito menos para a maximização de bens” (Jakobs, cit. Abs 2 Rn 23). Tenho para mim que função primordial do direito penal é na verdade a tutela de bens jurídicos, sendo a ideia da estabilização das expectativas apenas uma forma plástica de tradução daquela ideia ao nível da finalidade da aplicação da pena. Talvez possa dizer que a minha concepção se afasta de um “normativismo puro”, que julgo visível na construção de Jakobs, para se aproximar daquilo que poderá porventura chamar-se um “realismo axiológico”.

segurança, continuando embora a justificar-se primariamente à luz de idéias de prevenção especial, acabe por se não poder manter de todo imune a princípios de prevenção geral positiva.²²

b) O referido “princípio de congruência” está, em segundo lugar, na base de um salutar movimento moderado de descriminalização. Esta via foi prosseguida claramente pelo CP português vigente, que procurou libertar das malhas da punibilidade tanto as condutas que não violassem um bem jurídico claramente individualizável — e por mais imorais ou a-sociais que elas pudessem apresentar-se —, como ainda as que, violando embora um bem jurídico, pudessem ser suficientemente contidas ou contrariadas por meios não criminais de política social.²³ Pese embora a circunstância de o direito penal português poder legitimamente reivindicar-se de uma longa e continuada tradição liberal em matéria de não-criminalização de condutas que, tidas embora por imorais por largas camadas

ou mesmo pela generalidade da população, não lesam bens jurídicos,²⁴ a verdade é que para o CP de 1982 ficava ainda um largo campo de possível descriminalização em matérias como as relativas à conduta sexual, à actuação no meio familiar, à ofensa de puros valores morais e religiosos, etc.²⁵ Esta tarefa foi cumprida, se não até ao limite possível pelo menos numa parte substancial, com êxito.

Na vertente oposta, o CP revelou-se saudavelmente parcimonioso no encetar de novos processos de criminalização. Isso ocorreu, justificadamente, em domínios como o dos crimes contra a intimidade ou o dos crimes de perigo comum. Mas é difícil deparar com novos campos em que possa afirmar-se que o CP de 1982 tenha feito intervir apressadamente a tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento das estratégias não criminais de controle social. Tanto mais quanto ele se manteve fiel à tradição portuguesa de reservar para legislação penal extravagante o tratamento de campos tão importantes como os do direito penal económico e financeiro, do ambiente, do trabalho, da circulação rodoviária, das sociedades comerciais. Uma decisão, esta, que, à luz do princípio

22. Disso é testemunha, na minha visão das coisas, um preceito como o do art. 91.º-2 do CP português, segundo o qual o internamento de imputável terá a duração mínima de 3 anos se o facto ilícito-típico praticado “consistir em homicídio, ofensa corporal grave ou outro acto de violência punível com pena superior a 3 anos e existirem razões para recluir a prática de outros factos da mesma natureza e gravidade”. Creio que o argumento de que se trataria aqui apenas de uma presunção legal de duração da perigosidade (assim, na doutrina portuguesa, Maria João Antunes, (nota 17), p. 97 e ss.) é insuficiente, deixando por explicar porque é que o internamento não cessa logo que, antes de decorrido o seu prazo mínimo, se deva concluir que o estado de perigosidade cessou. Cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 671.º e ss.

23. Procurei levar a cabo uma ampla demonstração desta afirmação no meu artigo “Lei Criminal e Controle da Criminalidade”, *Rev. da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 69.

24. Isso se revela na posição reservada que o direito penal português manteve, ao longo de mais de um século, relativamente à criminalização de condutas como a prostituição, o homossexualismo, a rufianaria, os chamados vícios contra a natureza e o próprio incesto. Verdade é no entanto que esta posição foi se não de todo desmentida, ao menos enfraquecida pela revisão do CP de 1954, a qual passou a considerar algumas daquelas condutas como estados de marginalismo criminoso ou de paradelinquência, susceptíveis da aplicação de medidas de segurança.

25. Em suma na generalidade das matérias que a moderna criminologia vem considerando, na esteira de E. Schur, *Crimes Without Victims*, Englewood Cliffs; Prentice Hall, 1965, sob a epígrafe de “crimes sem vítimas”.

político-criminal em análise, não poderá deixar de ser tida como fundada.²⁶

c) Estreitamente ligada, em geral, ao princípio em exame e, de forma particular, ao movimento da descriminalização está a aceitação de uma distinção material entre direito penal e direito de mera ordenação social. Este último, reportando-se a condutas axiologicamente neutras,²⁷ que todavia o legislador entende proibir e sancionar com coimas, é substancialmente direito administrativo, não é direito penal; não está pois sujeito a uma orientação por e para o bem jurídico, nem faz sentido falar, relativamente a ele, de um princípio de analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Isto foi absolutamente compreendido pelo legislador português, que eliminou do CP as contravenções e criou, em seu lugar a categoria das contra-ordenações, puníveis com sanções pecuniárias de carácter não penal e sujeitas a um processo especial, em que se casam notas características do processo penal e do processo administrativo.²⁸ Esta decisão do legislador ordinário encontrou, de resto, suporte constitucional através da revisão da Lei Fundamental operada em 1989: hoje é a própria Constituição a reconhecer a distinção (com implicações jurídico-constitucionais tanto a nível material, como orgânico) entre crimes e contra-ordenações; o que oferece indiscutível fundamento à doutrina

na²⁹ segundo a qual ao Tribunal Constitucional cabe competência — de que já tem feito uso — para sindicar a decisão do legislador ordinário de qualificar uma certa conduta como crime ou antes como contra-ordenação e de a submeter ao regime respectivo.

3. Um terceiro princípio político-criminal que preside ao CP português vigente e assume o mais incontestável relevo é o princípio da culpabilidade. Princípio que, não constando do articulado sob forma expressa, resulta todavia indiscutível das suas mais precípuas consequências, nomeadamente em temas como os da falta de consciência do ilícito não censurável (arts. 16.º e 17.º), dos crimes agravados pelo evento (art. 18.º), do excesso de legítima defesa, do estado de necessidade, do conflito de deveres e da obediência indevida desculpantes (arts. 33.º, 35.º, 36.º e 37.º), enfim — e sobretudo — da medida da pena (art. 72.º). Com esta consagração pode dizer-se que o problema tradicionalmente conhecido como da responsabilidade pelo resultado (ou responsabilidade objectiva), e outrora recorrente na doutrina e na jurisprudência portuguesas, se encontra hoje resolvido.³⁰

29. Que desde a entrada em vigor do novo CP defendi: cf. o meu artigo "O Movimento da Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social", in *Jornadas de Direito Criminal*, I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 328 e ss.

30. Sobre o ponto, por último, J. Faria Costa, "Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro III*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1983, p. 351. Para uma interpretação do direito penal português anterior a 1982, no sentido do princípio da culpabilidade já a minha "Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais", diss. não publicada, Coimbra, 1961, e Eduardo Correia, (nota 6), I, pp. 315 e ss.

26. Sobre as raízes desta tradição, cf. Figueiredo Dias, (nota 18), p. 82.

27. E que logo por aí se distinguem das condutas que formam o direito penal administrativo ou secundário, essas sim axiologicamente relevantes, orientadas por e para o bem jurídico sujeitas ao princípio de congruência e por conseguinte, constituindo a todos os títulos matéria penal em sentido próprio. Cf. de novo Figueiredo Dias, (nota 18), *passim*.

28. A lei-quadro do regime das contra-ordenações consta do Dec.-lei 433/82, de 27 de outubro.

Que não existe qualquer contradição entre este princípio e a afirmação precedente, segundo a qual o elemento inicial e decisivo de legitimação da pena reside numa idéia de prevenção geral positiva, é seguro e mal precisa de ser acentuado. O princípio da culpabilidade não vai buscar o seu fundamento axiológico a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa — o princípio axiológico mais essencial à idéia do Estado de Direito democrático.³¹ Deste ponto de vista fica reconhecido o bom fundamento da afirmação segundo a qual a culpabilidade é condição necessária, mas não suficiente de aplicação da pena; afirmação que corresponde de resto a uma terminante decisão normativa do CP português, ao consagrar no art. 75.º o instituto da dispensa da pena, em termos tais que esta terá lugar quando a culpabilidade do agente, se bem que diminuta, existe todavia.³²

31. Neste sentido, Figueiredo Dias, (nota 3), pp. 224 e ss.

32. O instituto português tem pois pouco de comum com o instituto do direito alemão, todavia homónimo, da "Absehen von Strafe" (§ 60 StGB). Mais próximo está ele da "mangelnde Strafwürdigkeit der Tat" que preside ao § 42 do StGB austríaco. Em todo o caso com a diferença, não despendendo, de que no direito português a sentença que conclui por uma dispensa de pena é condenatória, não absolutória. O que significa que o problema da dispensa de pena se põe ao nível da consequência jurídica de um crime que efectiva e integralmente se verificou; e que por conseguinte a categoria aqui operante — a da necessidade da pena — não actua ao nível dos pressupostos da punição, sejam eles quais forem (ou, se quisermos, ao nível do "facto"), mas da punição ela mesma (isto é, da pena). Não é porém possível, nem seria adequado, prosseguir esta linha de pensamento nos quadros do presente artigo, mais desenvolvendo sobre o ponto cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 467 e ss.

Com este sentido "unilateral"³³ de relacionamento da culpabilidade com a pena, um direito penal de culpabilidade surge como instrumento político-criminal indispensável de defesa e garantia da pessoa e para o qual eu não diviso alternativa viável e consistente. Ficando só por saber se, concebido nestes termos, o princípio da culpabilidade é ainda e apenas uma opção do legislador ordinário ou, diferentemente, se apresenta já como uma concretização do princípio jurídico-constitucional da intocabilidade da dignidade pessoal.³⁴

4. Se o princípio da culpabilidade exprime, como costuma dizer-se, as exigências que a "vertente liberal" (talvez mais exactamente: "democrática") do

33. A expressão é de C. Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, tradução de Muñoz Conde, Madrid; Reus, 1981, p. 187.

34. Neste último sentido vai uma parte da doutrina jurídico-penal portuguesa (entre a qual se inclui uma minha anterior tomada de posição); e tanto a Comissão Constitucional como o Tribunal Constitucional, na motivação de algumas das suas decisões, apelaram para o carácter jurídico-constitucionalmente vinculado do princípio da culpabilidade, sem todavia ter havido até hoje qualquer uma que tenha considerado a questão em si mesma para o efeito de considerar uma norma jurídico-penal inconstitucional por violadora daquele princípio. Que o princípio da culpabilidade em direito penal seja consequência do princípio constitucional da dignidade da pessoa, continua a parecer-me indiscutível; mas daqui não poderá sem mais retirar-se a conclusão de que a obediência ao princípio da culpabilidade seja, mesmo só relativamente a delinquentes imputáveis, *conditio sine qua non* da constitucionalidade de uma norma jurídico-penal: há neste contexto, outras formas possíveis de defesa da dignidade da pessoa que não passam necessariamente pelo princípio da culpabilidade (mas, p. ex., pelo princípio da proporcionalidade), cf. por último, sobre o ponto, Figueiredo Dias, "Sobre o estado actual da doutrina do crime", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 1 (1993), p. 17.

Estado de Direito faz à política criminal, a sua “vertente social” conduz a um quarto princípio político-criminal fundamental, que creio poder ser designado como princípio da socialidade. Segundo este princípio — que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore, como sucede em Portugal, a cláusula do Estado de Direito social —, ao Estado que faz uso do *ius puniendi* incumbe, em compensação, uma obrigação de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes. Nisto — mas só nisto — deve traduzir-se a finalidade político-criminal de socialização do delinquente; a qual, deste modo, nada tem a ver com qualquer “modelo terapêutico” ou “ideologia do tratamento” ou com a negação de um “direito à diferença”. Com este “conteúdo mínimo” e dentro destes limites³⁵ não diviso também, neste momento, alternativa viável a um direito penal socializador.

É a consagração de um direito penal socializador a nota de todas mais profunda e característica do CP português de 1982, como de resto correspondia ao mais fundo do pensamento jurídico-penal de Eduardo Correia.³⁶ E são tantos e tão importantes os pontos em que este entono socializador claramente se revela — sobretudo no que toca à disciplina das consequências jurídicas do crime, da qual em seguida se referirão ainda algumas das características mais sensíveis — que não poderia ser aqui questão de os

enumerar. Fique só a nota de que o tratamento do delinquente não é, por regra, uma imposição legal, mas unicamente uma proposta que àquele é feita pela lei.

5. Outro dos princípios fundamentais de política criminal que subjazem ao CP português vigente poderá ser compreensivamente designado como princípio de humanidade. Se aceitarmos, para revelação do seu conteúdo, a definição que dele dá Jescheck,³⁷ terá então de concordar-se que o princípio, perpassando toda a matéria penal, engloba em si muitos dos princípios e máximas atrás explicitadas, nomeadamente aquilo que se chamou princípio da socialidade. Em todo o caso, parece não poder duvidar-se que ele assume o seu relevo maior no domínio das reacções criminais, aqui ganhando concretizações que bem se pode dizer que emprestam carácter ao CP português vigente.³⁸

a) Isso sucede, desde logo, com a circunstância de o CP ter mantido a recusa, já tradicional no direito penal português, da pena de morte e da pena de prisão perpétua. É praticamente unânime em Portugal, há mais de um século, a doutrina que considera injustificável a pena de morte à luz da legitimação e das finalidades da punição³⁹ e vê na prisão perpétua uma pena cruel e desnecessária.⁴⁰ Bem se aceitará, deste modo, que a própria Consti-

37. *Lehrbuch des Strafrechts* AT, 4, 1988, pp. 22 e ss.

38. Sobre o que se segue já Figueiredo Dias, *O Sistema...* (nota 15), pp. 788 e ss.

39. Cf. por todos Eduardo Correia e Braga da Cruz, ambos in *Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, 1968, Coimbra; Fac. de Direito I, p. 23 e II, pp. 423 e ss. e 546 e ss.

40. Cf. por todos Ferrão (nota 2) comentário ao art. 33.º. E sobre a evolução desta pena em Portugal Eduardo Correia, *Estudos Sobre a Evolução das Penas no Direito Português*, I, 1977, Coimbra; Fac. de Direito, pp. 96 e ss.

35. Em Portugal justamente preconizados por Anabela Rodrigues, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, Fac. de Direito, 1982, pp. 142 e ss., e em vários dos meus escritos sobre política criminal (p. ex. notas 17 e 20).

36. Cf. logo, neste sentido, as análises de Hünérfeld, (nota 1), pp. 253 e ss. e de Jescheck, (nota 1), pp. 458 e ss.

tução vigente — por força de votações obtidas por unanimidade — tenha podido reforçar a tradição portuguesa nesta matéria, revestindo-a com a força de proibições terminantes que ao legislador ordinário se impunha acatar.

b) Importa sublinhar, em segundo lugar, que o sistema sancionatório do CP vigente assenta na concepção básica de que a pena privativa de liberdade — sendo embora um instrumento de que não é ainda possível prescindir — constitui verdadeiramente a *extrema ratio* da política criminal. Donde resultam consequências, desde logo, quanto à reconformação da própria pena de prisão, no sentido de limitar o seu efeito negativo e criminógeno e de lhe oferecer antes um sentido positivo, prospectivo e socializador: por isso o CP consagrou uma pena de prisão única e simples, com limite absoluto mínimo mais elevado (1 mês) e máximo mais baixo (20 anos, em casos excepcionais 25 anos) relativamente ao direito anterior, cujo cumprimento admite que possa em certos casos ter lugar durante dias livres ou em regime de semidetenção (arts. 40.º, 44.º e 45.º). Consequências, por outro lado quanto à limitação da aplicação concreta da prisão, advogando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais; e impondo ao juiz que quando, no caso, possa escolher entre a aplicação de uma pena privativa de liberdade e uma pena não detentiva, dê preferência à segunda “desde que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reparação e prevenção do crime” (art. 71.º).

c) Uma terceira nota que cunha o sistema das reacções criminais do CP é a afirmação terminante do princípio⁴¹

41. Tão relevante e intimamente correspondente à consciência jurídica da comunidade portuguesa que ele foi elevado à categoria de princípio jurídico-constitucional pela reforma da Constituição de 1982 (art. 30.º-4)!

segundo o qual “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos” (art. 65.º). Trata-se aqui, antes de mais, de uma clara consequência da já aludida consagração do princípio da prisão única ou simples e, mais amplamente, de uma implicação directa da ideia político-criminal segundo a qual importa retirar às penas efeito estigmatizante em toda a medida compatível com a manutenção do seu efeito de prevenção geral positiva, no mínimo sob a forma de defesa do ordenamento jurídico.⁴² Todo o esforço que logo no plano normativo se faça no sentido de limitar aquela estigmatização deve ser saudado como elemento integrador do programa político-criminal de um Estado de Direito democrático e social; quer em si mesmo, quer no que se reflecte como critério orientador da própria execução da pena, sobretudo de prisão, quer ainda na severa restrição que implica no acesso ao (e no conhecimento do) registro criminal.⁴³

6. Uma última característica do sistema sancionatório contido no CP vigente — e que conforma um dos seus mais nítidos supostos político-criminais — deriva dos passos que ele pretendeu dar em direcção a uma concepção monista (ou de via única) das reacções criminais. Não no sentido de reconhecer a existência de um único tipo de sanções; mas no de obstar

42. Sobre a aplicabilidade deste conceito no direito penal português vigente cf. Anabela Rodrigues, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos E. Correia*, I, (nota 15), pp. 39 e ss.; e depois Figueiredo Dias (nota 4), § 330 e ss.

43. Sobre este ponto A. M. Almeida Costa, *O Registro Criminal*, Coimbra, Fac. de Direito, 1985, pp. 224 e ss., 234 e ss.; e já em síntese as minhas intervenções nas Jornadas da Neuchâtel da Fundação Internacional Penal e Penitenciária *Casier judiciaire et rehabilitation*, Neuchâtel; FIPP, 1979, pp. 49, 51 e ss. e agora como na nota 4, § 1.033 e ss.

a que ao mesmo delinquente sejam aplicadas, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança. Um tal resultado procura o CP português alcançá-lo através de um duplo movimento, tendente a operar uma aproximação das duas espécies de reacções. Dá-se, por um lado, uma extensão do conceito de pena, que agora se pretende dotar da capacidade de punir — mais severamente, mas ainda em nome da culpabilidade — os delinquentes por tendência, aos quais os sistemas de duplo binário provêem através da cumulação de uma pena com uma medida de segurança; e por isso consagrou o instituto da pena relativamente indeterminada, com um mínimo e um máximo fixados na sentença mas cuja concreta duração será determinada durante a execução. Verifica-se, por outro lado, uma restrição do conceito de medida de segurança que, quando privativa de liberdade, é unicamente aplicável a inimputáveis.

Este sistema tendencialmente de via única é, de resto, reforçado por uma ideia de vicariato aceite em matéria de execução das reacções criminais. Por uma parte o CP admite em certos casos o internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica em estabelecimentos destinados a inimputáveis, mandando descontar na pena o tempo que o condenado ali tenha passado (arts. 103.º a 105.º).⁴⁴ Por outra parte a lei de execução das reacções criminais (que antecedeu temporalmente o CP de 1982) parificava já, em toda a medida possível, a execução de uma e outra espécie de sanções;⁴⁵ até ao ponto de unificar as finalidades da execução de quaisquer sanções privativas de liberdade e, justamente, no sentido de

uma prevenção especial de socialização, apenas limitada por limiares mínimos de prevenção geral de integração sob a forma de defesa do ordenamento jurídico.⁴⁶ Idéia esta que assume particular consistência ao nível do próprio CP, quando se atenta em que este exige, em certos casos, o cumprimento de um tempo mínimo da medida de segurança aplicada a um inimputável, em função da gravidade do ilícito-típico praticado (art. 91.º-2). O que tudo parece indicar que o referido “vicariato na execução” não é senão revelação de algo mais profundo, a saber, de uma larga comunhão de espírito e de natureza entre pena e medida de segurança, que verdadeiramente só através do binómio culpabilidade/perigosidade vêm a distinguir-se.

3. Dificuldades e anseios de reforma

1. A entrada em vigor do CP de 1982, se por um lado foi saudada — tanto no espaço jurídico-penal português, como internacional — por quem via nele um corpo legislativo moderno, liberal e adequado à ideia do Estado de Direito, assente num sistema dogmático claro e correcto e numa concepção político-criminal avançada e eficaz, despertou por outro lado; na opinião pública portuguesa, sentimentos de desconfiança e de temor. Assim, da parte de um certo sector jurídico⁴⁷ censurou-se-lhe sobretudo o seu carácter “estrangeirado”, que se pretendia deduzir da substituição daquilo que se tomava pela “tradição jurídico-penal portuguesa” (e que, na maioria dos casos, não passava do referente francês napoleónico) por um referente caracterizadamente alemão.

44. Pormenorizadamente Maria João Antunes, (nota 17), pp. 133 e ss. e Figueiredo Dias, (nota 4), § 939 e ss.

45. Art. 218.º do Dec.-lei 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei 49/80, de 22 de Março.

46. Art. 2.º do Dec.-lei 265/79. E sobre ele Anabela Rodrigues (nota 35), pp. 9 e ss., 154 e ss, 164.

47. Neste sentido sobretudo Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, PG, Lisboa, Verbo I, 1988, p. 7 e II, 1989, pp. 221 e ss.

Enquanto da parte de vastos sectores não jurídicos⁴⁸ se exprobu ao CP essencialmente o seu carácter “permissivo” ou “laxista” que se deduzia do abaixamento dos limites de pena previstos para a generalidade dos crimes, do que se considerava um excesso de preocupação e cuidado com o delinquente e com a sua ressocialização, em detrimento da protecção devida à vítima, enfim, da crença do CP na liberdade e auto-responsabilidade do homem e na sua corrigibilidade. Cedendo à pressão destes sectores da opinião pública, todos os grandes partidos políticos portugueses — sem que todavia tivessem contestado abertamente os fundamentos básicos, tanto dogmáticos como político-criminais, em que assentava a nova codificação — inscreveram nos seus programas eleitorais a intenção genérica de proceder imediatamente à revisão do CP.

Até 1988 porém os propósitos de revisão não assumiram expressão prática conclusiva,⁴⁹ sem prejuízo de terem sido levados a cabo no âmbito do Ministério

48. Sobre o que se segue Lopes Rocha, (nota 6), pp. 79 e ss.

49. Para além de algumas leis do Parlamento que alteraram certas normas da Parte Especial do CP, sem no entanto obedecerem a qualquer programa ou critério político-criminal (se exceptuamos o caso da interrupção voluntário da gravidez), mas antes motivadas por incidentes da vida político-social portuguesa e, deste modo, comandadas por aquilo que o meu Colega Costa Andrade chamou já uma “política criminal à flor da pele”. Os domínios sobre que incidiram as reformas parlamentares foram os do homicídio qualificado (alargando a qualificação da forma a abranger certas categorias de pessoas que exerçam autoridade pública), da interrupção voluntária não punível da gravidez (segundo um princípio estrito de indicações) das ofensas à honra do Presidente da República (tornando a perseguição penal independente de denúncia) e dos incêndios (estendendo as incriminações para além da criação de perigo comum e agravando as penas aplicáveis).

da Justiça alguns estudos preliminares.⁵⁰ No final daquele ano o Ministro da Justiça nomeou uma Comissão Revisora do CP (à qual me coube presidir) que, em Março de 1991, lhe fez entrega de um anteprojecto de reforma do texto básico de 1982. O mandato da Comissão não era de nenhum modo o de preparar um novo CP, que fosse produto de uma inflexão dos supostos dogmáticos e político-criminais fundamentais do diploma vigente. Era, bem diversamente, o de indagar se e em que medida o ambicioso programa político-criminal subjacente àquele diploma havia logrado concretização na *praxis*, influenciando ou determinando o quotidiano exercício da justiça penal; e, cumprido este exercício, o de propor as reformas tidas como indispensáveis para ultrapassar as resistências com que a realização daquele programa houvesse deparado. No mandato da Comissão cabia, em seguida, a tarefa de propor novos textos legais porventura requeridos pelas profundas transformações sofridas no último decénio pelo tecido político-social e pelo horizonte ético-cultural portugueses; na medida, naturalmente, em que se considerasse já possível identificar com segurança novos e emergentes bens jurídicos, merecedores e carecidos de tutela penal face às ameaças de agressão que a complexidade social acrescida, em particular o desenvolvimento tecnológico, traz inevitavelmente consigo. O Projecto da Comissão foi aprovado, com alterações, pelo Conselho de Ministros em fins de 1993 e em Julho de 1994 a Assembleia da República concedeu ao Governo autorização legislativa para o publicar.

É das principais conclusões a que chegou a Comissão e do sentido das consequentes propostas de reforma avançadas que procurarei em seguida fazer

50. Sob a orientação e responsabilidade de M. A. Lopes Rocha.

relato sucinto; coando-as inevitavelmente por uma visão pessoal dos problemas e do enquadramento dogmático e político-criminal das soluções por eles reclamadas.

2. É minha opinião — e foi esse também o parecer da Comissão — que a área normativa relativa à lei penal e à construção do conceito de crime, tal como foi regulada pelo CP de 1982, não exige qualquer modificação substancial. O que vale por dizer que o sistema do código relativo à lei penal e ao facto penal se mostrou perfeitamente aceitável pela teoria e dominável pela *praxis* jurídico-penais portuguesas. Isto apesar da já aludida “revolução” que a adopção legislativa de um tal sistema representou, ao substituir o referente napoleónico por outro correspondente, no essencial, à dogmática jurídico-penal alemã. Mas situação que se explica pela circunstância de esta dogmática constituir, já desde há mais de meio século, ponto obrigatório de referência da elaboração doutrinal e do ensino universitário portugueses do direito penal⁵¹ e mesmo — ao menos em parte — da própria jurisprudência: tudo em directa interpretação e aplicação das normas do CP de 1886! É o que vale por dizer ainda que o sistema em referência continua a mostrar-se em absoluto actualizado e sintonizado com os mais recentes desenvolvimentos da especulação doutrinal,⁵² dando resposta bastante às exigências daquela “gramática dogmática” que começa a revelar-se como modelo em torno do qual provavelmente acabarão por convergir, num futuro que creio e desejo próximo, as leis penais da gene-

ralidade dos países europeus⁵³ e sul-americanos.

O que fica dito não há-de porém ser entendido como se a parte em referência do CP de 1982 se revelasse mera “tradução” da parte correspondente do StGB alemão, na versão de 1975, ou, quando menos, uma acrítica transposição das soluções daquele para o espaço jurídico-penal português. Para quem conheça, mesmo que só perfunctoriamente, as normas alemãs e portuguesas em causa, será indiscutível que estas últimas apon-tam, em diversas e significativas áreas, para soluções que, de forma por vezes impressiva, reflectem idiosincrasias próprias, introduzindo importantes desvios que acabam por singularizar o sistema jurídico-penal português. Isso acontece por exemplo — e entre muitos outros casos que poderiam ser citados — na regulamentação legal relativa à aplicação da lei penal mais favorável do país estrangeiro em que o facto tenha sido praticado (art. 6.º-2),⁵⁴ à possibilidade de responsabilização penal de pessoas colectivas (art. 11.º),⁵⁵ ao erro sobre

53. Neste pressuposto teve lugar em Coimbra, em Maio de 1991, um Colóquio Luso-Alemão de homenagem ao Prof. Dr. Claus Roxin (por ocasião da sua investidura como *Doctor honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), com participação italiana e espanhola, justamente dedicado ao tema “Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechts-systems”.

54. Cf. Eduardo Correia, *Actas da Comissão Revisora do CP*, PG, I, Lisboa; Ministério da Justiça, 1965, pp. 90 e ss.

55. Sobre o ponto Castro e Sousa, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra; Coimbra Editora 1985; Figueiredo Dias, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário, *Rev. de Legislação e de Jurisprudência* 117 (1984), pp. 72 e ss., Lopes Rocha, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas”, *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, p. 109; Faria Costa, “A Respon-

51. Demonstrativos a este propósito os citados estudos de Hünerfeld (notas 1 e 3).

52. Sobre o ponto Figueiredo Dias, “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”, *Rev. Brasileira de Ciências Criminais* 0 (1992), pp. 23 e ss. e 1 (1993), pp. 16 e ss.

elementos de facto e sobre o ilícito (arts. 16.º e 17.º),⁵⁶ à extensão da inimizabilidade à incapacidade do agente para ser influenciado pela pena (art. 20.º-3),⁵⁷ aos pressupostos de punição da tentativa (art. 22.º),⁵⁸ à instigação como forma de autoria e à comunicabilidade das circunstâncias relativas ao ilícito no quadro da comparticipação,⁵⁹ às definições legais do concurso de crimes e do crime continuado (art. 30.º),⁶⁰ do conflito de deveres (art. 36.º),⁶¹ da obediência indevida desculpante (art. 37.º) e do consentimento (arts. 38.º e 39.º).⁶² Em todas estas hipó-

sabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos", *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), p. 537.

56. Cf. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora,¹ 1969,² 1987 e, em data recente, Figueiredo Dias, "Der Irrtum als Schuld-ausschliessungsgrund im portugiesischen Strafrecht", in Albin Eser/Walter Perron (Hrsg), *Rechtfertigung und Entschuldigung III* (1990), pp. 201 e ss.; e Roxin, "Acerca da problemática do direito penal da culpa", *Bol. Fac. de Dir. Coimbra*, 1983, p. 27, que considera no entanto que no direito alemão "poder-se-á chegar (...) ao resultado a que — de modo mais elegante — conduz o art. 16.º do CP português".

57. Sobre o ponto já Eduardo Correia (nota 6), I, Coimbra; Almedina, 1963, p. 359 e (nota 7), p. 39, e agora, Maria João Antunes (nota 17), p. 13 e ss.

58. Sobre este tema Faria Costa, "Tentativa e Dolo Eventual", *Estudos E. Correia* (nota 15), p. 716 e ss. e Maria da Conceição Valdagua, *Início da Tentativa do Co-Autor*, Lisboa; Danúbio, 1986, pp. 119 e ss. 207 e ss.

59. Cf. Teresa Beleza "Ilícitamente Comparticipando", *Estudos E. Correia* (nota 15), III, 1990, p. 589.

60. Sobre estes temas é ainda hoje essencial Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra; Atlântida, 1945.

61. Importante Boaventura Santos, "O Conflito de Deveres em Direito Criminal", Coimbra, diss., não publicada, 1968.

62. Fundamental agora Costa Andrade (nota 20).

teses se trata de regimes que, por sobre não merecerem, do meu ponto de vista, censura — tanto em perspectiva dogmática como político-criminal —, podem ser arvorados, num contexto jurídico-penal comparatístico, em referência paradigmática de eventuais inovações legislativas e de possível evolução de discussões frutuosas à roda da construção do conceito de crime.

3. Diferentemente do que se passa com os capítulos da Parte Geral relativos à lei penal e ao conceito de crime, já as normas do CP de 1982 respeitantes às reacções criminais — sua tipologia, critérios de medida e de escolha da pena, regime das penas de substituição etc. — se revelam carecidas de ajustamentos significativos. Foi nesta matéria que se verificou um enorme desfasamento entre as intenções político-criminais subjacentes ao CP e a realidade da sua aplicação quotidiana, a ponto de poder falar-se a este propósito de um rotundo fracasso.⁶³ Bastará, para comprovar esta afirmação, ter presente o peso desproporcionado que continuam a ter as condenações em pena privativa de liberdade relativamente às condenações em multa, bem como a frequência preocupante com que continuam a ser aplicadas penas privativas de liberdade de curta duração em detrimento

63. Tornou-se conhecida em Portugal a frase de um juiz, proferida depois de alguns anos de vigência do CP de 1982, segundo a qual "a entrada em vigor do novo CP não se notou"! A *decalage* referida no texto resulta com clareza do estudo de Maria Rosa Crucho de Almeida, "Novas Medidas Detentivas e Semidetentivas...", *Boletim do Ministério da Justiça*, 548 (1985), p. 63 e é internacionalmente reconhecida, por exemplo nos estudos de Dolcini/Paliero, *Il carcere ha alternative?*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 75 e ss., e Kalmthout/Tak, *Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe*, I, Kluwer, Quint, 1988, Cf. por último Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 67 e ss.

da vasta panóplia, legalmente consagrada, de penas de substituição (suspensão de execução da pena, regime de prova, prestação de trabalho a favor da comunidade, admoestação).⁶⁴⁻⁶⁵

Para o assinalado fracasso contribuiu em alguma medida, durante os primeiros anos de vigência do CP de 1982, a deficiência das estruturas indispensáveis a uma correcta execução de algumas penas de substituição, nomeadamente o regime de prova e a prestação de trabalho a favor da comunidade; mas hoje os problemas aqui suscitados podem considerar-se ultrapassados, sobretudo por força da meritória acção desenvolvida pelo Instituto de Reinserção Social, sem que por isso a situação se tenha substancialmente modificado. As principais causas do fracasso não residem pois aqui, mas

64. O total das penas de multa alcançou em 1991 o *score* máximo de 46% do total das condenações, enquanto as penas privativas de liberdade não superiores a 6 meses representam — ao que indicam as estatísticas — cerca de 16% do total das penas de prisão aplicadas. É significativo, por outro lado, que das penas de substituição mencionadas apenas tenham expressão prática a suspensão da execução da pena e a admoestação (respectivamente cerca de 25% e 1% das condenações em pena privativa de liberdade), ambas elas espécies de penas já reconhecidas pelo CP anterior, enquanto as restantes se contam apenas por algumas dezenas durante os anos de vigência do CP de 1982! Dados a propósito encontram-se nos estudos referidos na nota anterior e concluem-se das Estatísticas da Justiça posteriores a 1982.

65. A estas penas há que acrescentar a prisão por dias livres e o regime de semidetenção que, não sendo tecnicamente penas de substituição da pena privativa da liberdade — por elas próprias se traduzirem em uma tal privação — todavia participam, de um ponto de vista político-criminal, do mesmo movimento de luta contra a privação (contínua) de liberdade que justifica a existência das (autênticas) penas de substituição, cf. neste sentido Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 506.

têm de procurar-se, por um lado, ao nível de uma mentalidade predominantemente conservadora dos aplicadores do direito — os quais têm tardado a reagir positivamente ao programa político-criminal legalmente imposto —, por outro lado ao nível legislativo, onde se deparam obscuridades, lacunas e desarmonias sensíveis da regulamentação legal. Não deve por tudo isto estranhar-se que tenha sido justamente neste campo que a Comissão Revisora tenha avançado com as propostas mais sistemáticas e profundas de inovação legislativa.

a) Uma questão básica que logo se suscitava era a de manter fidelidade ao sistema tendencialmente monista das reacções criminais consagrado no CP vigente ou antes de operar uma inflexão no sentido da adopção de um sistema dualista ou da dupla via. De um ponto de vista puramente teórico conto-me entre os que exprimem dúvidas — que me parecem cada vez mais consistentes —⁶⁶ sobre se a chamada pena relativamente indeterminada é uma verdadeira pena ou antes substancialmente (ao menos em parte) uma medida de segurança. Sempre defendi que a culpabilidade do agente por tendência — daquele que viola repetidamente as normas jurídico-penais e revela, deste modo, uma mais funda traição da tarefa existencial de conformação da sua atitude interior perante o direito com a suposta pela ordem jurídica — pode (e porventura deve) ser vista como uma culpabilidade agravada, sem por isso ter de abandonar-se os pressupostos de um direito penal do facto.⁶⁷ Mas já duvido que, só por efeito dessa culpabilidade agravada e sem nenhuma correspondência desta a

66. Cf. o meu estudo citado na nota 15, pp. 793 e ss. e, por último, *Direito Penal*, (nota 4), § 879 e ss.

67. Neste sentido me pronunciei sobretudo no meu livro *Liberdade-Culpa-Direito Penal* 1983, pp. 215 e ss.

uma agravação do ilícito-típico, o máximo da moldura penal prevista para o facto possa ser excedido:⁶⁸ na parte em que o for estaremos, de um ponto de vista material, perante uma medida de segurança. Ao que acresce, creio que decisivamente, que a pena relativamente indeterminada só será aplicada quando “a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revele acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista”. Face ao momento de avaliação da persistência da inclinação para o crime a que a lei manda atender, não vejo que possa contestar-se ser um puro critério de perigosidade o que aqui está em causa, como tal irrelevante para (e incompatível com) a culpabilidade.

Do exposto não deve porém retirar-se a conclusão de que, em meu parecer, o instituto da pena relativamente indeterminada deveria ser substituído por um sistema de duplo binário. E foi essa também a opinião da Comissão Revisora, que decidiu manter praticamente intocado aquele instituto. Uma tal decisão ficará justificada quando se considere que o sistema de via única consagrado pelo direito penal português não é necessariamente fruto de um certo construtivismo teórico-dogmático — nomeadamente de uma concepção da culpabilidade na formação da personalidade⁶⁹ —, mas é antes de tudo um monismo prático, que de resto continuará então, aperfeiçoando-a na melhor via, a tradição da reforma

penitenciária de 1936 e do CP de 1886 na formulação de 1954.⁷⁰

b) A concepção subjacente ao CP de 1982 em matéria de medida e de escolha da pena não pôde, até há bem pouco tempo, ser interiorizada pela jurisprudência portuguesa, conduzindo por um lado a graves equívocos, e arvorando-se por outro lado em grande responsável pela falência do sistema das penas de substituição. Quanto à matéria da medida da pena, a jurisprudência assentou no princípio de que o juiz deveria partir do ponto médio entre o mínimo e o máximo da moldura penal aplicável, agravando ou atenuando depois a pena em função de circunstâncias agravantes ou atenuantes; como se não existisse o artigo 72.º-1, que⁷¹ manda ao juiz que determine a medida da pena “em função da culpabilidade do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes”! Quanto à escolha da pena, uma parte significativa de decisões que negam a possibilidade de substituição de uma pena privativa por uma não privativa de liberdade vêm invocando como argumento decisivo o elevado grau de culpabilidade com que o agente actuou; baseando-se para tanto em considerações textuais que — há que convir — podem ser equívocas, mas não escondem, em meu juízo, a intenção fundamental do CP de só dar relevância para o efeito a considerações de prevenção.

É certo que, muito recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça português parece querer distanciar-se de qualquer

68. Decerto por isso é que o art. 77.º do CP, relativo à agravação da pena por efeito da reincidência, não permite que o máximo da moldura penal para o facto possa ser excedido. E por isso também decidi a Comissão manter esta agravação, não seguindo a lição do direito alemão que recentemente a revogou.

69. Como sempre defendeu Eduardo Correia (nota 3, ZStW 76 1964), pp. 328 e ss. Criticamente Figueiredo Dias, (nota 3), pp. 235 e ss.

70. Sobre esta tradição, na qual se destacam os nomes de Beleza dos Santos e de Cavaleiro de Ferreira, muito exactamente Hünerfeld (nota 1), pp. 221 e ss., 226 e ss. e 239 e ss.

71. Na esteira já, de resto, do art. 84.º de CP de 1888, na formulação de 1954, bastante próxima do § 46 StGB alemão. Sobre o ponto Figueiredo Dias (nota 4), pp. 287 e ss. e sobretudo *Direito Penal*, (nota 4), § 301 e ss.

uma destas posições⁷² e adoptar a propósito uma jurisprudência substancialmente correcta. Mas a extensão que o problema assumiu e as gravíssimas consequências a que vem dando lugar levaram a Comissão Revisora a propor a introdução no CP de um preceito⁷³ sobre as finalidades da aplicação das penas e das medidas de segurança. Nesse preceito se afirma que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpabilidade; e que a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Torna-se assim próxima a crítica de que, com um preceito como este, o legislador cederá ao propósito ilegítimo de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas. Creio todavia ter sido menos ambicioso e mais empenhadamente pragmático o objectivo que aquele preceito visa: ele propõe-se apenas oferecer à interpretação do direito critérios seguros e normativamente estabilizados de medida e escolha da pena, levantando obstáculos definitivos à eventual persistência de correntes jurisprudenciais tão erradas e funestas como aquelas a que aludi. O que me parece indiscutível que cabe na competência do legislador e das suas legítimas opções político-criminais.

Pessoalmente, penso que o modelo de determinação da medida da pena que melhor se adequa a um preceito como o que acaba de se referir — como de

resto já ao preceituado no CP vigente — é aquele que comete à culpabilidade a função (única, mas nem por isso menos decisiva) de determinar o limite máximo e inultrapassável da pena; à prevenção geral (de integração) a função de fornecer uma “moldura de prevenção”, cujo limite máximo é dado pela medida óptima de tutela dos bens jurídicos — dentro do que é consentido pela culpabilidade — e cujo limite mínimo é fornecido pelas exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico; e à prevenção especial a função de encontrar o *quantum* exacto de pena, dentro da referida “moldura de prevenção”, que melhor sirva as exigências de socialização (ou em casos particulares, de advertência ou de segurança) do delinquent. Decerto que um tal modelo⁷⁴ não é imposto por um preceito como o proposto pela Comissão Revisora. Mas é, em minha opinião, o que melhor combina os critérios da culpabilidade e da prevenção como vectores legalmente impostos de medida da pena, dentro das intenções político-criminais básicas do CP.

c) Com vista a potenciar o recurso do julgador à pena de multa enquanto pena principal, a Comissão Revisora propôs um conjunto articulado de inovações, tanto na parte Geral como na Parte Especial do CP. Mantém-se inalterado o sistema de dias-de-multa, de longa e venerável tradição no direito português.⁷⁵ Mas, com o objectivo de alargar o âmbito da possível aplicação desta pena, sugere-se o aumento quer do limite

72. Sobre o primeiro, cf. p. ex. o Acórdão do STJ de 7.6.89, *Actualidade Jurídica* 1 (1989), p. 4, e sobre o segundo, o fundamental Acórdão do STJ, de 23.3.90, *Rev. Port. de Ciência Criminal* 1 (1991), p. 243, com anotação favorável de Anabela Rodrigues.

73. Próximo em alguns pontos, do § 2.º do *Alternativ Entwurf*, AT, alemão.

74. Cuja fundamentação exigiria precisões e argumentos que aqui não podem ser fornecidos. Em pormenor, cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 301 e ss.

75. Ele já se encontrava consagrado, na verdade — decerto por influência do art. 55.º do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 — no art. 41.º do primeiro CP português o de 1852, tendo sido, desde então até hoje, conservado.

máximo dos dias-de-multa (passando-o de 300 para 360 dias, mas permitindo que atinja, em certos casos especiais, 600 dias), quer o quantitativo diário da multa (que passa de 10.000\$ para 100.000\$). Por outra parte, propõe-se o integral abandono, na Parte Especial, da prescrição, político-criminalmente indesejável, de penas de prisão e multa,⁷⁶ tendo-se optado por um sistema de alternatividade sempre que, relativamente ao mesmo tipo de crime, a pena de multa haja de articular-se com a pena privativa da liberdade; solução esta que, para além de outras razões, se louva do carácter em geral reconhecidamente criminógeno da aplicação cumulativa daquelas duas espécies de pena. Por outro lado ainda — e ressalvados domínios específicos, como os da generalidade dos crimes contra as pessoas e dos crimes contra o Estado —, a Comissão optou pelo princípio geral de previsão da pena de multa como alternativa da pena privativa de liberdade não superior a 3 anos; mas propôs que, para praticamente toda a extensa fenomenologia da criminalidade patrimonial, a multa pudesse atingir 600 dias, perfilando-se nestes casos como alternativa à pena privativa de liberdade até 5 anos.

Torna-se deste modo claro que a Comissão Revisora operou, em matéria de alternatividade entre pena privativa de liberdade e pena de multa, no pressuposto de uma certa “equivalência normativa” entre as duas penas, segundo a qual a 1 ano de prisão corresponderão 120 dias de multa. Isto explica-se pela circunstância de o CP vigente ser muitas vezes censurado — com razão — por haver incorrido na mais completa arbitrariedade e anarquia na fixação dos limites da pena de

multa alternativa. A Comissão procurou manter aquela correspondência relativamente à generalidade dos crimes previstos na Parte Especial; mas, ainda no propósito de fazer subir o peso percentual da pena de multa no total das condenações, não deixou em certos domínios — máxime, no dos crimes contra a honra — de introduzir ligeiros mas justificados entorses na referida correspondência, prevendo penas privativas de liberdade comparativamente mais leves do que as que deveriam caber às penas de multas alternativa cominadas.

d) Alterações do mais elevado significado foram propostas pela Comissão em tema de penas de substituição. Não só se procura agora tornar claro — como atrás se acentuou — não ser legítimo denegar a substituição da pena privativa de liberdade em nome de considerações retiradas da medida da culpabilidade, mas também que a opção entre várias penas de substituição aplicáveis se faz em função de considerações exclusivamente preventivas. Procura-se também unificar o regime cabido ao caso em que a pena de substituição não é (ou não é devidamente) cumprida, ordenando neste caso o cumprimento da pena privativa de liberdade; o que tem como efeito dar agora claramente a perceber que a multa como pena de substituição é entidade diferente da multa como penal principal.⁷⁸

Por outro lado, na linha de simplificação do sistema mas sem reduzir a panóplia das penas de substituição, a Comissão optou por alterar o estatuto doutrinário do regime de prova. Em vez de autónoma pena de substituição que é no direito vigente, aproximando-se assim do estatuto da *probation* do direito

76. Criticamente sobre esta espécie de pena, Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 192.

77. Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 194, com exemplos.

78. Diversamente, o art. 43.º-3 do CP vigente declara aplicável à multa que substitui a prisão o regime cabido à pena de multa como pena principal nomeadamente no que toca às consequências do seu não pagamento.

anglo-americano,⁷⁹ a prova passa a valer — segundo um modelo muito chegado ao do instituto alemão da *Strafaussetzung zur Bewährung* — apenas como uma modalidade do instituto da suspensão da execução da prisão: instituto que passa assim a assumir três espécies diferentes: suspensão simples; suspensão com imposição de deveres e/ou regras de conduta; e suspensão com regime de prova. Esta última modalidade distingue-se da anterior em dois pontos: na obrigatoriedade de, por um lado, o condenado ser confiado, durante o tempo de prova, à vigilância e apoio dos serviços de reinserção social; e de, por outro lado, ser elaborado por estes serviços, com homologação do tribunal, um plano individual de readaptação social do condenado.

Por seu turno, em nome das esperanças que continuam a depositar-se na pena de prestação de trabalho a favor da comunidade — porventura a mais importante “descoberta” político-criminal dos últimos decênios no domínio sancionatório e a única das penas que não possui carácter estritamente pessoal-negativo, mas assume cariz social positivo — a Comissão propôs um alargamento significativo dos pressupostos da sua aplicação, passando dos 3 meses actuais para 1 ano o máximo da medida da pena privativa de liberdade que a prestação de trabalho pode substituir.

e) No que toca às penas acessórias cabem duas referências particulares às inovações propostas pela Comissão Revisora. A primeira tem a ver com o facto de ela ter pretendido fazer de tais sanções verdadeiras penas — subordina-

das à culpabilidade e portanto com molduras penais temporais específicas —, diversamente do que sucede com o CP vigente que as trata como simples efeitos das penas;⁸⁰ por isso terminou inclusivamente com a chamada pena (criminal) de demissão de funcionário público, substituindo-a pela pena de proibição de assunção ou de exercício de função pública por determinado período de tempo. A segunda referência cabe à pena acessória de proibição de conduzir, à qual pela primeira vez se procura outorgar consagração expressa no texto do próprio CP, tendo-se aliás proposto também e paralelamente, no âmbito das medidas de segurança, a consagração das medidas de cassação da licença de condução de veículo automóvel e a interdição de concessão da licença.

f) A problemática geral das medidas de segurança veio, de resto, a revelar-se outro domínio particularmente carecido de ajustamentos legislativos, desde logo preordenados a assegurar uma satisfação ainda mais cabal das exigências jurídico-constitucionais de legalidade e de proporcionalidade. Desiderato que procurou alcançar-se através de uma mais rígida definição dos pressupostos de aplicação das medidas e do estabelecimento de duração tendencialmente inultrapassáveis. Desta forma e no seu conjunto — tendo em conta a articulação entre direito constitucional e ordinário — terá a ordem jurídico-penal portuguesa logrado, em minha opinião, um regime das medidas de segurança digno de particular consideração na perspectiva da maximização da tutela da liberdade e segurança dos cidadãos.

Para além disto procurou a Comissão Revisora valer-se da oportunidade para

79. Sem todavia com ela se identificar, na medida em que — contra o que sucedia no Projecto da Parte Geral de 1963 — a aplicação do regime de prova não supõe a suspensão do processo no momento anterior ao da determinação da pena. Cf. Eduardo Correia (nota 57), II, pp. 398 e ss.

80. Sobre esta questão v. o meu contributo “O Sistema das “Penas Acessórias” no Novo Código Penal Português”, *Libro-Homenaje al Prof. A. Beristain*, S. Sebastian, Instituto Vasco de Criminologia, 1989, p. 499; e agora *Direito Penal* (nota 4), § 227 e ss.

colmatar uma das mais comprometedoras lacunas normativas na área das medidas de segurança do CP vigente. Talvez conduzido pela idéia de que o sistema que consagra é essencialmente de via única, não curou o CP⁸¹ de uma realidade que mesmo à sua luz não pode deixar de verificar-se, atenta a indiscutível ligação do conceito de inimizabilidade ao facto praticado: a de que ao mesmo agente, por virtude de ter praticado mais que um crime, que todavia são conjuntamente julgados por força das normas relativas à conexão de processos (CPP, arts. 24.º e ss.), podem ser aplicadas em simultâneo uma pena e uma medida de segurança. Para colmatar uma tal lacuna propôs a Comissão Revisora uma regulamentação específica da execução das sanções em tais casos, baseada naquilo que considero ser um criterioso regime de vicariato;⁸² a medida de segurança é executada sempre antes da pena e nesta descontada, se ambas forem sanções privativas de liberdade, logo que a medida de segurança deva cessar o agente pode ser posto em liberdade condicional se se verificarem os respectivos pressupostos formais, podendo o último ano que lhe falte cumprir para o efeito ser substituído, a seu pedido, por prestação de trabalho a favor da comunidade; se a prestação de trabalho ou a liberdade condicional vierem a ser revogadas, o tribunal decidirá se o agente deve cumprir o resto da pena ou continuar o internamento pelo mesmo tempo.

4. Também a Parte Especial do CP acabou por sofrer, no projecto da Comissão Revisora, numerosas e importantes modificações.

81. Sobre o que se segue cf. no mesmo sentido do texto, Maria João Antunes (nota 17), pp. 129 e ss., 151 e ss. e Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 776 e ss.

82. Correspondente no essencial ao proposto por Maria João Antunes e Figueiredo Dias, locs. cit. na nota anterior.

a) Tais modificações resultaram, desde logo, na redução significativa do número global de tipos legais de crime, bem como em algumas inovações, facilmente referenciáveis, no plano sistemático.

De assinalar neste âmbito, por exemplo, a deslocação dos crimes sexuais do título relativo aos Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade⁸³ — título onde o CP vigente revela uma certa insuficiência quanto à sua orientação para e pelo bem jurídico, acabando por constituir uma espécie de “sótão”, que recolhe tudo quanto, justamente em função de uma certa indefinição dos bens jurídicos, sobra dos restantes títulos! — para o título que trata dos Crimes contra as pessoas, onde passam a formar um capítulo autónomo sob a rubrica dos Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Esta modificação empresta carácter ao trabalho reformador da Comissão e projecta-se em consequências prático-jurídicas importantes, entre as quais cumpre destacar a substituição do conceito-chave nesta matéria do “atentado ao pudor” (um conceito, uma vez mais, de natureza demasiado indeterminada e de conteúdo inadmissivelmente moralista) pelo conceito preciso de “acto sexual de relevo”.⁸⁴

Igualmente digna de menção se revela a introdução, ainda nos crimes contra as pessoas, de um novo e autónomo capítulo relativo a outros bens jurídicos pessoais. Capítulo este que foi pensado para dar expressão positivada e guarida sistemática a novas manifestações de liberdade ou dimensões da pessoa que o processo histórico-civilizacional vai

83. Criticamente sobre este ponto, com razão, K. Natsheradetz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina, 1985.

84. Sobre a questão, já à luz do Projecto da Comissão, Ferreira Ramos, “Notas sobre os crimes sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982”, *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 53 e ss.

decantando e convertendo em autónomos bens jurídicos, merecedores e carecidos de tutela jurídico-penal (gravações e fotografias ilícitas,⁸⁵ omissão de socorro, subtracção às garantias do Estado de Direito português).

Na ordem sistemática será por último de assinalar a deslocação dos Crimes contra o património para o Título II da Parte Especial, logo a seguir aos crimes contra as pessoas, como testemunho de que ainda aí se trata diferentemente do que sucede com os títulos seguintes, de bens jurídicos individuais.

b) Para além de quanto fica indicado, não será difícil reconduzir a generalidade das modificações registradas na Parte Especial à prossecução de um equilibrado programa de descriminalização, conjugado com um propósito de maior simplificação e racionalização. E isto tanto no que toca à facticidade típica — procurando-se uma mais precisa identificação do bem jurídico tipicamente protegido, conjugada com uma mais segura demarcação da área de tutela —, como no que respeita às espécies de molduras penais aplicáveis, cujo número se procurou reduzir significativamente. Nesta última matéria igualmente se tentaram ultrapassar algumas das assimetrias mais comprometedoras, como as que resultavam da relativa⁸⁶ benignidade da punição de certos crimes contra as pessoas em confronto com as penas cominadas para tutela de bens jurídicos exclusivamente patrimoniais.

c) Numa consideração mais analítica convirá enunciar algumas das opções

mais significativas assumidas pela Comissão Revisora.

Para além das assinaladas já e relativas aos crimes sexuais e contra a integridade física, deverá pôr-se em evidência a considerável simplificação operada quanto a estes últimos, a partir de critérios de qualificação e de privilegiamento que se fazem funcionar sobre a base da existência de um crime de ofensas corporais simples (repetindo assim, quase integralmente, a sistemática dos crimes contra a vida). Diferentemente, entendeu a comissão Revisora deixar inalterado, no essencial, o estado do direito vigente em matéria de interrupção voluntária da gravidez. A razão terá estado em que sobre esta questão havia recaído ainda não há muito uma decisão político-legislativa do Parlamento; e depois, valha a verdade dizer, o sistema vigente de estritas indicações médica, ética e eugénica não parece ter funcionado mal nem dado origem a grande criticismo na opinião pública, tanto jurídica como leiga.⁸⁷

Também as normas do crime de furto e, por via reflexa, a generalidade dos preceitos relativos à criminalidade patrimonial sofreram alterações de tomo no projecto da Comissão. As mais óbvias são as que resultam do abandono do modelo vigente, que não liga directamente a qualificação ou o privilégio a níveis quantificados e pré-fixados do valor pecuniário do objecto do crime, antes se serve para o efeito essencialmente de conceitos indeterminados ou cláusulas

85. V. Costa Andrade, "Sobre a reforma do CP português. Dos crimes contra as pessoas em geral, e das gravações e fotografias ilícitas" em particular, *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 427 e ss.

86. Quando não escandalosa, como sucedia no máximo de pena privativa de liberdade previsto para as ofensas corporais graves 5 anos!

87. Cf. todavia, para distintos pareceres, Boaventura Santos, "L'interruption de la grossesse sur indication médicale en droit penal portugais", *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 1967, p. 167; Figueiredo Dias, "Lei Criminal e Controle da Criminalidade", *Rev. da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 89; Costa Andrade, "O Aborto como Problema de Política Criminal", *Rev. da Ordem dos Advogados* 39 (1979), p. 24; A. M. Almeida Costa, "Aborto e Direito Penal", em *O Aborto à Luz do Dia*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 166.

gerais de valor (diminuto valor, valor elevado, valor consideravelmente elevado). Um tal sistema — cujos méritos doutrinais e cuja consonância com as exigências da justiça material bem podem continuar a ser defendidos — acabou por suscitar na jurisprudência dificuldades e oscilações tais que a Comissão entendeu que o legislador não poderia deixar de procurar a elas obviar. Não o fez porém no sentido — do meu ponto de vista pessoal porventura polifónico-criminalmente preferível — de eliminar o valor económico da lesão patrimonial dos elementos constitutivos do tipo de crime patrimonial e dar-lhe relevo apenas como factor de medida da pena. Pelo contrário — não retomando embora o modelo dos escalões de valor patrimonial pré-fixados consagrado no CP de 1886 —, a proposta da Comissão vai no sentido de uma definição quantificada dos conceitos de valor diminuto, elevado e consideravelmente elevado enquanto fundamentos de privilégio ou de qualificação.⁸⁸ Resta saber se a certeza e a simplificação que a jurisprudência sem dúvida espera de um tal sistema não serão vantagens insuficientemente compensadoras da maior complexidade que dele resultará em matéria de aferição do dolo e de tratamento do erro.

Ainda no domínio dos crimes patrimoniais, a Comissão propôs o relativo agravamento da punição do crime de dano, como forma de restabelecer aquele que parece ser o desejável equilíbrio com as penas cominadas para os demais crimes contra o património.

O título Dos Crimes contra o Estado foi igualmente objecto de alterações de relevo. Estas traduzem-se, por exemplo, na descriminalização de algumas infracções contra a segurança do Estado e

contra a autoridade pública. Atrás dela está a ideia básica segundo a qual, num Estado de Direito democrático estabilizado, aqueles valores só devem em princípio ser penalmente protegidos contra atentados que impliquem o recurso indevido à violência ou a formas análogas de actuação. No capítulo dos crimes de funcionários procedeu-se à atenuação da punição da corrupção activa em confronto com a da corrupção passiva (no Código vigente equiparadas), em nome da ideia de que a corrupção é, antes e acima de tudo, um crime de funcionários.

d) Por último, não será difícil identificar no projecto de reforma um conjunto significativo, se bem que limitado, de propostas de neo-criminalização. Elas ficam a dever-se já à revelação de novos bens jurídico-penais ou de novas modalidades de agressão ou de perigo, já a compromissos internacionais assumidos por Portugal. Como exemplos de novas incriminações podem indicar-se a propaganda do suicídio (por mais duvidosos que me pareçam os contornos do bem jurídico aqui protegido e portanto o bom fundamento de uma tal opção de criminalização), a perturbação da paz e do sossego por meio de telefonemas, a burla informática, o abuso de cartão de garantia ou de crédito, a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, o comércio ilegal de aparelhagens destinadas a escutas telefónicas ou à violação de correspondência ou de telecomunicações, a poluição inadmissível sonora, das águas, do ar ou dos solos.

Cabe todavia acentuar que a Comissão entendeu dever manter-se fiel a já assinalada tradição legislativa portuguesa de deixar fora do CP a punição de muitas condutas cuja dignidade penal é pacífica e consensual, mas que razões de técnica legislativa aconselham que continuem a constituir objecto de legislação extravagante. Esse se considerou ser o caso — para além de todas as condutas que devam imputar-se à responsabilidade penal

88. Sobre o ponto cf. J. Manso Preto, "Novos aspectos da punição do crime de furto", *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 1 (1991), p. 543.

de pessoas colectivas como tais — de matérias como as relativas à criminalidade informática,⁸⁹ ao chamado branqueamento de dinheiro e aos atentados contra a integridade e a identidade genéticas.

5. Conclusão

Se quisesse atrever-me a retirar uma proposição conclusiva de quanto ficou exposto, diria que o CP português de 1982, posto à prova durante os seus dez anos de vigência, revelou que os funda-

89. Com a já assinalada excepção da burla informática.

mentos dogmáticos e político-criminais em que assenta lhe dão capacidade para resistir aos desafios formidáveis que, muito provavelmente, lhe serão postos pela criminalidade dos tempos vindouros. Para tanto torna-se porém imperiosa uma mais cabal e decidida aproximação daqueles fundamentos à realidade da administração quotidiana da justiça penal. No fundo é esse o denominador comum das tentativas reformadoras ora em fase de conclusão em Portugal. Logo que elas sejam levadas a bom termo há razões fundadas para esperar que o CP de 1982 possa continuar com êxito a fazer caminho.