

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

OS NOVOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS (A EXPERIÊNCIA DA REFORMA PENAL PORTUGUESA, 1982-1995)

MANUEL DA COSTA ANDRADE

1. Em 1982 foi aprovado em Portugal um novo Código Penal, que entrou em vigor em 01.01.1983. E que veio substituir um código que, no essencial, remontava à codificação originária de 1852, uma lei directamente tributária do modelo, da estrutura e das soluções do *Code Pénal* (1820) napoleónico, bem como dos ensinamentos dos seus primeiros comentadores ou críticos.

Então, muitos teremos acreditado ter sido testemunhas privilegiadas de um daqueles eventos que, na história das instituições, tendem a suceder-se ao ritmo dos séculos. E teremos representado que para o horizonte das nossas vidas, se encerrava definitivamente o processo de reforma penal. Um processo que entre nós se arrastara por duas longas décadas de intenso labor legislativo e de controvérsias doutrinárias e político-criminais, polarizadas sobretudo em torno do Projecto Eduardo Correia – Parte Geral (1963) e Parte Especial (1968). De forma optimista – e seguramente também ingénua e narcisista – teremos igualmente admitido ter posto de pé um ordenamento jurídico-penal vocacionado para a perenidade e, como tal, oferecido às novas e sucessivas gerações de intérpretes e aplicadores. Como se lhe assistisse ainda aquela força legitimadora e estabilizadora que, durante séculos, as representações transcendentes de étimo divino (ou os seus

sucedâneos de índole metafísica) emprestaram ao direito.¹

Cedo, porém, os factos se encarregaram de frustrar aquela expectativa. Decorrido um ano sobre a entrada em vigor do Código Penal, a queda do Governo precipitou uma campanha eleitoral que viria a converter o Código num dos tópicos mais insistentemente invocados pela propaganda dos partidos concorrentes. De um modo geral, todos apostaram em colher as gratificações duma dramatização da ameaça do crime e do sacrifício nos altares de uma *guerra ao crime*, do apelo à *law and order*. Daí que praticamente todos tenham feito coro na denúncia da suposta brandura do Código, censurando a benignidade das penas e, em geral, a exagerada “compreensão” face ao crime e ao criminoso.

Daí que cedo o Governo tenha procedido à nomeação de uma comissão – presidida pelo Professor Figueiredo Dias e integrando magistrados, universitários

⁽¹⁾ Sobre o tema, recorrente na teoria e filosofia do direito, cf. v.g., W. Hassemer, “Derecho penal y filosofia del derecho en la República Federal de Alemania”, *Doctrina Penal* 1991, p. 89 e s. Numa das sínteses do autor: “o direito natural cosmológico de tradição aristotélica assentava na dedução do dever a partir do ser (monismo metódico); a ordem do dever humano deriva assim da ordem real da natureza”. ob. cit., p. 89.

e advogados — a que foi cometida a tarefa de estudar e propor os necessários ajustamentos a introduzir no Código Penal. Iniciava-se, assim, a reforma da reforma penal. Um processo político-legislativo que viria a culminar no Decreto-lei 48/95, de 15 de Março que aprovou o “novo” Código Penal, que entrou em vigor em 01.10.1995.

Antes de uma maior aproximação ao sentido e conteúdo desta reforma, convirá precisar que ela deixou sequelas na nossa vivência e compreensão do direito penal. A experiência da revisão de um código pouco antes aprovado, recebido com o aplauso quase unânime dos especialistas portugueses e com a simpatia dos penalistas estrangeiros² que sobre ele tiveram oportunidade de se pronunciar, teve o efeito de um abalo e ruptura epistemológica, induzindo a emergência de um novo paradigma de compreensão da lei penal.

O paradigma até há pouco dominante assentava na identificação de tempos de reforma: correspondentes a “situações marginais” (Jaspers) e como tais claramente referenciáveis e únicos na história irreversível dos acontecimentos e das idéias. Tal paradigma sobrevivía ainda de algum modo como sucedâneo das concepções jusnaturalistas. Em que a experiência do direito se esgotava na contemplação, leitura, hermenêutica e transmissão de leis antes recebidas. Na plasticidade expressiva de Marcel Gauchet, autor de *Le désenchantement du monde* (1985): “Tudo o que regula os trabalhos e os dias é recebido. As grandes obrigações e os gestos menores, toda a armadura sobre que decorre o quotidiano dos presentes-vivos deriva de um passado fundador que o rito vai perma-

nentemente activando como fonte inesgotável e reafirmando na sua alteridade sagrada”.³ Na síntese do mesmo ator, “le dehors comme source et l’immuable comme règle”.⁴

O paradigma terá de ser hoje outro. Não apenas nem principalmente no sentido já a seu tempo intuído por Hobbes — *auctoritas, non veritas facit legem* — e segundo o qual “depois do ocaso da fundamentação jusnaturalista do direito, o papel do legislador se modificou de uma maneira fundamental: de simples intérprete do direito, ele converteu-se em seu criador”.⁵ De um modo mais radical,

(3) M. Gauchet, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, p. 18.

(4) Gauchet, Id. p. 18.

(5) Hassemer, como na nota 1, p. 90. A contraposição de paradigmas para que apela o texto tem subjacente o confronto entre duas impostações de fundo quanto à compreensão do direito: entre uma postura predominantemente teórica e contemplativa — que privilegiava a dimensão de verdade do direito; e uma postura voluntarista e poética — que privilegiava a dimensão da decisão e era, por isso, aberta às ideias de contingência, alternatividade, historicidade e “heresia”. Trata-se, de resto, de uma antinomia que, de forma mais ou menos explícita e exposta, atravessa toda a história do pensamento mais empenhado na discussão dos princípios de validade e legitimidade do direito. Conhecendo, v.g., afloramentos expressivos como os protagonizados na Grécia antiga com o advento da sofística ou da Idade Média pela controvérsia que opôs dominicanos (S. Tomás) e franciscanos (Escoto), ela viria a assumir a sua expressão mais consciente e intensa a partir do século XVII. Sobre o tema, W. Hassemer, “Unverfügbares im Strafprozess”, *Maiohofer-FS*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1988, p. 185 e s.; Habermas, “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?”, *Kritische Justiz*, 1987, p. 1 e s.; N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt: Suhrkamp, 1983, p. 141 e s.; “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer

(2) Entre as tomadas de posição mais recentes, cf., por exemplo, H. Schultz, “Où est le neige d’antan, oder Die Strafrechtsreformer von Gestern Heute”, *Baumann-FS*, Bielefeld: Giesecking, 1982, p. 436 e s.

o legislador é hoje chamado à vigília permanente e à contínua criação do direito, *maxime* do direito penal: *Jus criminale semper reformandum*. Em definitivo, para o direito penal contemporâneo vale em cheio a advertência do filósofo pré-socrático segundo o qual não nos lavamos duas vezes no mesmo rio. E é assim mesmo quando a persistência de leis aparentemente imutáveis na rigidez fixista do seu teor verbal deixa sugerir o contrário. Mesmo então não pode desatender-se a penetrante lição de Geiger: “Como leis, elas foram pensadas e queridas para serem imutáveis. Que elas, de facto, acabem por deslizar suavemente, é o que caberá entender como uma manifestação de vingança da vida contra as instituições”.⁶ Neste contexto, não pode deixar de acompanhar-se Schultz quando, fazendo-se eco das mesmas preocupações considera: “a permanente mutabilidade do direito, associada à irreprimível esperança de o tornar cada vez melhor, pode também ser vista como consequência do facto de o direito, embora dele se possa falar como de uma ordenação jurídica (*Rechts ordnung*), não ser nada de estático, antes um processo-de-ordenação (*Odnungs verfahren*), devidamente regulado”.⁷

2. Pelas razões sumariamente expostas, compreende-se que a reforma penal em Portugal se tenha projectado tanto sobre a Parte Geral como sobre a Parte Especial.

moderner Gesellschaft”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, 1970, p. 175 e s.; R. Giorgi, *Wahrheit und Legitimation im Recht. Eine Beitrag zur Neubegründung der Rechtsstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980, *passim*. Para uma síntese, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 32 e s.

⁽⁶⁾ Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Sutherhand, 1964, p. 195.

⁽⁷⁾ H. Schultz, como na nota 2. p. 443.

a) No que directamente concerne à Parte Especial, avultam, desde logo, as inovações decorrentes da emergência de novos bens jurídicos supra-individuais, como os atinentes à regulamentação da vida económica ou à protecção do ambiente, a reivindicar a sua inscrição na constelação dos bens jurídico-penais. Trata-se de bens jurídicos que emergem em boa medida como produtos de uma construção normativa⁸ e, por vias disso, se reveste de uma índole cintilante: mudando frequentemente de brilho e de posição na hierarquia da dignidade penal, ao ritmo da sucessão imprevisível das concepções ideológicas triunfantes.

b) Numa primeira consideração poderíamos ser levados a crer que os crimes contra as pessoas estariam, no seu conjunto, resguardados dos ventos da reforma e da mudança. Desde logo, pela circunstância de estes crimes, reconduzíveis a atentados contra a integridade da pessoa humana, contenderem com bens jurídicos correspondentes a constantes antropológicas. Isto é, dimensões da pessoa humana capazes de assistir, sem alteração de substância nem perda de dignidade, ao fluir da história e ao cortejo de mundivisões que ela traz consigo. E susceptíveis, para além disso, de figurar como momentos privilegiados de comunicação entre ordenamentos jurídicos, máxime entre os ordenamentos dos países que partilham um património histórico-civilizacional e cultural comum.

Nada, por isso, mais legítimo do que acreditar que o próprio decurso do tempo tivesse decantado um catálogo definitivamente estabilizado de crimes contra a pessoa. Crimes naturalmente distintos no seu recorde típico, na sua gravidade e censurabilidade, mas de algum modo reconduzíveis ao modelo do “crime ori-

⁽⁸⁾ Sobre o tema, Figueiredo Dias/Costa Andrade, “O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português”, *RPCC*, 1996, p. 81 e s.

ginário” de que fala Freud. “Dir-se-ia — escreve o autor de *Totem e tabu* — que, muitos antes da existência de qualquer legislação recebida das mãos de um deus, os homens primitivos conheciam já o mandamento *não matarás*, e sabiam que toda a violação deste mandamento desencadeava um castigo”.⁹ Nesta linha, poderíamos ser facilmente induzidos a admitir que os crimes contra as pessoas resultariam sobremaneira desinteressantes numa perspectiva comparatística.

c) Esta é, porém, uma representação que, longe de colher a confirmação dos factos, é por eles posta em crise, dada a plétora de alterações que os crimes contra as pessoas acabam, no seu conjunto, por sofrer, na reforma de 1995.

As alterações começam por assumir uma impressiva expressão quantitativa. Na verdade, um Código Penal cuja Parte Especial perde no seu conjunto mais de 50 artigos ou incriminações, vê o título *Dos crimes contra as pessoas* substancialmente enriquecido: de 55 para 71 artigos. Um aumento tanto mais significativo quando é certo, por um lado, que ele foi obtido apesar de, mercê de um esforço porfiado de simplificação e racionalização, os crimes contra a integridade física — *Ofensas corporais* — terem sido reduzidos de 13 para 10 incriminações.¹⁰ E, por outro lado, que não se levaram ao Código Penal todas as condutas lesivas de bens jurídicos pessoais, e cujas dignidade penal e carência de tutela penal são hoje unanimemente reconhecidas em Portugal. Como sucede, por exemplo, com as agressões ao embrião e os atentados à identidade genética, a que os modernos meios de procriação assistida e de manipulação genética vieram abrir

as portas. A expressão quantitativa da reforma tem igualmente reflexos no plano sistemático: em vez dos seis capítulos originais do Código de 1982, o título *Dos crimes contra as pessoas* integra, na versão de 1995, dois novos capítulos, perfazendo, assim, um total de oito.

O aumento em extensão do título *Dos crimes contra as pessoas* deve-se em parte à introdução de um capítulo novo que, sob a rubrica *dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, abarca, depois de sujeitos a modificações de tomo, os crimes que o Código de 1982 arrumava sob a categorização de crimes sexuais. E que, como tais, integravam uma secção autónoma de um capítulo relativo aos *crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*, por sua vez inscrito no título III, *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*. Seria, todavia, apressado e redutor encarar esta nova categorização dos crimes sexuais como mero resultado de uma simples deslocação formal. Ela só é compreensível como afloramento e consequência de mudanças operadas a nível da substância das coisas, isto é, como expressão de um movimento de fundo que vem alterando o panorama dos crimes contra as pessoas.

d) Não é possível proceder aqui a um exame mais detido destas transformações. Que nos forçaria a uma recensão dos desenvolvimentos mais recentes da reflexão filosófica e da teorização sociológica¹¹ e, mais próximos, da doutrina e da jurisprudência constitucionais. Limitar-nos-emos, por isso, a enunciar dois tópicos nucleares e, apesar de tudo, bastantes para sinalizar as linhas do horizonte na perspectiva do direito penal.

Temos em vista:

— por um lado, *a constante emergência de novos bens jurídicos, corresponden-*

⁽⁹⁾ S. Freud. *Totem et tabu*, Paris : Payot, 1979, p. 51.

⁽¹⁰⁾ Idêntica simplificação e redução foram levadas a cabo no campo das incriminações atinentes à tutela da vida privada e da intimidade.

⁽¹¹⁾ Para uma primeira síntese, Costa Andrade, como na nota 5, p. 492 e s.

tes à descoberta de novas dimensões da pessoa, autonomizáveis na sua dignidade e carência de tutela penais (Strafwürdigkeit e Strafbedürftigkeit)

— e, por outro lado, *as sequelas de uma civilização de risco, a multiplicar exponencialmente as manifestações de dano-social, sob a forma de atentados à integridade e autonomia pessoais.*

3. A começar, não será difícil referenciar manifestações concretas deste progressivo enriquecimento do *Güterkapital* (Binding)¹² dos crimes contra as pessoas.

É conhecida a emergência, a partir do direito à honra, de um direito à privacidade como bem jurídico autónomo, a reivindicar a incriminação de delitos de indiscrição, a princípio justificados mesmo em nome dum reforço da protecção da honra. Na expressão do Projecto Governamental alemão (1962), duma *"Verstärkung des Ehrenschutzes"*.¹³ Sabe-se outrossim como a partir do direito à privacidade se chegou à emancipação tanto de um direito à palavra como de um direito à imagem, a proteger penalmente como tais, independentemente da sua valência directa do ponto de vista da privacidade. Enquanto isto, a doutrina e a jurisprudência constitucionais (nomeadamente germânicas) vão pondo de pé e definindo os contornos de um novo e denominado direito de autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).¹⁴ E não será de estra-

nhar que este direito venha amanhã bater à porta da lei penal a reclamar a sua

afirmação daquele direito fundamental (cf. BVerfGE, 65,1 = JuS 1984, p. 298 e s. = NJW 1984, p. 419 e s.). Este pronunciamento do Tribunal Constitucional veio, na expressão de Hassemer, alterar-se "de forma dramática" a situação jurídica na Alemanha. Por exemplo, e ainda segundo o mesmo autor, "torna-se suficientemente claro que, depois do *Volkzählungssurteil* do Tribunal constitucional, o direito da investigação processual penal não pode ser igual ao que era antes" (Hassemer, "Rechtsprechungsübersicht", JuS, 1992, p. 161). Na caracterização do aresto pioneiro do Tribunal Constitucional, o que está em causa é um direito fundamental que garante ao indivíduo a Competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais" (JuS, 1984, p. 298). A descoberta do direito de autodeterminação informacional estará, assim, estreitamente associado ao "espanto" do Tribunal Constitucional Federal face às "condições do moderno tratamento de dados". O direito veio, porém, a conhecer uma rápida evolução que lhe permitiu ganhar a distância e autonomia em relação àquela área problemática e, por vias disso, ver a sua compreensão e extensão progressivamente alargadas. Nesta linha e em decisão ulterior pôde o mesmo Tribunal Constitucional precisar: "Foram seguramente as possibilidades e perigos do tratamento automático de dados que vieram tornar mais patente a urgência de uma protecção dos dados pessoais; mas não são eles que configuram o fundamento e a causa da sua carência de tutela (*Schutzbedürftigkeit*)". Foi em nome desta compreensão que o Tribunal Constitucional veio declarar (decisão de 09.03.1988) a inconstitucionalidade do § 687 do Código de Processo Civil alemão (ZPO) que prescreve a publicidade da interdição por prodigalidade ou alcoolismo. E isto precisamente em nome de atentado intolerável ao direito de autodeterminação informacional. E não tem sido significativamente outro o caminho trilhado pela jurisprudência ordinária, nomeadamente a do Tribunal Federal (BGH). Também este

(12) K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretungen*, Leipzig : Felix Meiner, I vol., 4ª ed. 1922, p. 339 e s.

(13) Cf., por todos, Gallas, "Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)", ZStW, 1963, p. 24.

(14) Este novo Recht auf Informationelle Selbstbestimmung começa a ganhar sedimentação na experiência jurisprudencial e doutrinária alemã. Isto a partir da marcante decisão do Tribunal Constitucional Federal (15.12.1983), proferida a propósito da constitucionalidade da lei alemã do censo (*Volkzählungsgesetz*) e que constitui a primeira

forma específica de tutela como um autónomo bem jurídico-penal.

tribunal superior vem reconhecendo o direito de *autodeterminação informacional* a que adscrive uma compreensão sobreponível. Isto enquanto ao mesmo tempo vem curando de enquadrar normativamente a sua extensão e limites. Nesta linha foi em nome da protecção do direito fundamental de autodeterminação sobre a informação que o BGH acaba de declarar (14.05.1991) a ilegitimidade de princípio da prática policial de acompanhamento e observação duradouras de um suspeito. Tratava-se, concretamente, do seguinte: com o acordo do Ministério Público, a polícia colocou uma câmara de vídeo oculta na porta de um vizinho que morava em frente, o que lhe permitiu acompanhar, durante um longo período, as entradas e saídas de casa do suspeito de crime de fogo posto em várias casas de habitação. Sobre esta decisão, cf. NStZ, 1992, p. 44 e s. bem como os comentários de K. Rogall, ibidem, p. 45 e s., Hassemer, ob. loc. cit.; K. Amelung/G. Kerckhoff, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen ohne spezialgesetzliche Ermächtigung — BGB, NJW, 1991, 2625", JuS 1993, p. 196 e s. Da já extensa literatura voltada ao tema do direito de autodeterminação informacional, cf., por todos, P. Krause "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. BVerfGE 65,1" JuS 1984, p. 268 e s.; K. Amelung, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin: Duncker: Humblot, 1990, p. 35 e s.; J. Wolter, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, München: C. H. Beck'sche, 1991, p. 24 e s., K. H. Gössel, "As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha", *RPCC*, 1992, p. 431 e s.; H. U. Gallwas, "Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit", *NJW*, 1992, p. 2785 e s.; Ch. Degenhart, "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht", Art. 2 I i. V. mit. Art. 1 IGG, *JuS*, 1992, p. 361 e s.

Noutro contexto, vem-se afirmando e consolidando a liberdade pessoal face aos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Um novo bem jurídico que podemos, com o BGH alemão, definir como "freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper",¹⁵ ou com Figueiredo Dias como a liberdade de "dispor do corpo ou da própria vida".¹⁶ Noutra direcção, e na esfera da doutrina pioneira do *Lebach-Urteil* (05.06.1971) do Tribunal Constitucional Federal alemão, fala-se cada vez com mais insistência de um direito (constitucional) do delinquente à ressocialização.¹⁷ Um direito cujo tratamento como autónomo bem jurídico-penal se afigura tão plausível como porventura desejável. Um passo nesse sentido foi abertamente assumido pelo legislador penal austríaco ao incriminar e punir a Imputação de um crime que foi já objecto de decisão judicial definitiva (*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*, cf. § 113 ÖStGB).

4. A enumeração exemplificativa ensaiada está longe de ser exaustiva. Mais interessante do que prosseguir nesta via será, contudo, pôr em evidência dois

(15) Expressão constante da decisão que ficou conhecida como *Myom-Fall* (28.11.1957). Cfr. BGHSt 11, 111 e s.; C. Roxin, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*, München: C. H. Beck, 1984, p. 86 e s.

(16) Figueiredo Dias, "O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica", in: *As Técnicas Modernas de Reanimação: Conceito de Morte. Aspectos Médicos, Teológico-Morais e Jurídicos*, Porto, ROA, 1973, p. 33.

(17) Sobre a fundamentação constitucional — como exigência da dimensão social do moderno Estado de direito, cf., desenvolvidamente, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aequitas, 1993, p. 74 e s.; Anabela Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: C Ed., 1995, p. 325 e s.

aspectos que se nos afiguram particularmente clarificadores.

a) O primeiro atinente à estrutura destes novos bens jurídicos. Trata-se, em geral, de bens jurídicos correspondentes a expressões concretizadas e estabilizadas na liberdade geral de acção ou dum direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente reconhecidos.¹⁸ Trata-se, por outro lado, de bens jurídicos de estrutura relacional, que só alcançam a sua realização na comunicação intersubjectiva à margem de toda a coerção. Analisam-se, assim, uma dupla dimensão: positiva (a liberdade para, sem restrições nem constrangimentos, empreender com autenticidade as acções comunicativas queridas); e negativa (a liberdade de não ter de suportar condutas, arbitrariamente impostas, como coerção, domínio e heteronomia).

b) O segundo relativo ao processo de revelação e afirmação. Nem sempre a consagração jurídico-penal de um destes bens jurídicos está necessariamente associada ao aditamento de uma nova incriminação à Parte Especial do Código Penal. Tal sucede muitas vezes de forma menos exposta e larvada, através de um processo mais ou menos lento de transformação semântica operada no interior de uma incriminação que, aparentemente — pelo menos ao nível da descrição verbalizada da conduta proibida — permanece a mesma. Então, esta aparência de mesmidade esconde mudanças significativas ao nível da realidade sociológico-cultural, das construções sociais da realidade, das referências e simbolizações que dão um sentido novo, uma nova direcção teleológica, à incriminação. *Brevitatis causa*, o que parece o mesmo já é outro. Como escreve Ellscheid: “o comportamento fáctico a descrever permanece superficialmente e grosso modo,

o mesmo, embora o tipo se tenha orientado também, e muitas vezes predominantemente, para outras estruturas sociais, delas recebendo, por isso um sentido renovado”.¹⁹ Assim, incriminações que iniciaram a sua trajectória histórica directamente preordenadas à tutela de bens jurídicos transcendentais e supra individuais, acabam por se converter em instrumentos de protecção de expressões tipificadas de liberdade pessoal.

5. É o que nos propomos ilustrar com a citação de alguns casos que reputamos particularmente expressivos desta evolução semântica e normativa no interior de incriminações que, vistas de fora, parecem “as mesmas”.

a) Paradigmático a este propósito o crime de *Introdução em casa alheia* ou *Violação de domicílio*. Segundo o que reputamos a melhor interpretação,²⁰ esta incriminação protege hoje um específico bem jurídico-penal de índole pessoal que podemos, com Welzel, definir como “ein Stück lokalisierte Freiheitsphäre”. Noutros termos, o crime de *Introdução em casa alheia* protege um bem jurídico, com a estrutura própria de uma liberdade que garante o “entrincheiramento do homem contemporâneo na esfera da vida privada” (Luckmann).²¹ Nem sempre foi, porém, assim. Na sua longa história, esta “mesma” incriminação da *Introdução em*

(19) G. Ellscheid, “Hermeneutik zwischen Lebenswelt und System”, in: W. Hassemer (Herausg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, F. C. Müller, 1984, p. 30.

(20) Para uma referência mais desenvolvida, Costa Andrade, como na nota 5, p. 368 e s. A expressão violação de domicílio é mais compreensiva e rigorosa por abranger tanto a introdução sem consentimento como a permanência contra a vontade.

(21) Th. Luckmann, *La religion invisible. El problema de la religión en la sociedad moderna*. Salamanca; Ediciones Sígeme, 1973, p. 122.

(18) Para uma primeira síntese, Degenhart, como na nota 14, p. 361 e s.

casa alheia esteve já ao serviço de bens jurídicos inteiramente distintos. A começar por bens jurídicos supra-individuais, atinentes à ordem e tranquilidade públicas (como *crimen vis*) ou mesmo à continuidade da própria soberania do estado, sc., do monarca. Bastará recordar o significado de que se revestia a inviolabilidade do domicílio na experiência jurídica dos primórdios da monarquia portuguesa. Então a paz da casa (*pax domestica*) configurava um dos expedientes privilegiados pelo rei como forma de cercear e temperar os efeitos da vingança privada, mais ou menos institucionalizada sob o nome e o regime de *inimizade* ou *homizão*. E por vias disso, como um passo no sentido da publicização e do monopólio estadual do *jus puniendi*. Daí que a violação do domicílio configurasse um crime particularmente grave, sancionado com as reacções drásticas da “perda da paz”, aplicável nos casos extremos de *traição* ou *aleivosia*. Como se de uma afronta directamente perpetrada contra o soberano ou a ordem por ele representada se tratasse. Significativo neste contexto que o rei D. Dinis ao prescrever as normas de tutela da casa alheia e que haveriam de constituir o Título LXXIII das Ordenações Afonsinas, se louve expressamente do “serviço de Deos, e prol e asseseço de minha terra, e das minhas gentes”! Para além disto e noutros momentos, a incriminação apareceu igualmente associada a bens jurídicos de natureza económica e patrimonial. Como protecção da inviolabilidade do território da grande família, enquanto unidade económica autónoma.²²

b) Igualmente impressiva a revolução copernicana registrada no interior dos já citados crimes sexuais. Digna de menção apenas a circunstância de as mudanças se terem processado aqui de forma mais exposta e célere, e por vias disso, em termos mais ruidosos, sendo, não raro, acompanhadas de uma linguagem com níveis de emoção e veemência invulgares nos textos doutrinários. O afrontamento de modelos político-criminais e das subjacentes “construções sociais da realidade”, a que nos anos cinquenta e sessenta se assistiu, um pouco por todo o lado,²³ viria a assumir uma versão exemplar e codificada no confronto dos dois projectos apresentados na Alemanha: o *Projecto Governamental* (1962) e o *Projecto Alternativo* (1968). Uma controvérsia doutrinal que teria a sua réplica no plano jurisprudencial. É o que bem ilustra o contraste das decisões proferidas pelo mesmo BGH alemão — tão extremadamente antagónicas apesar de cronologicamente tão próximas — a propósito, respectivamente, da *Verlobten-Kuppelei* (proxenestismo dos pais que favorecem relações sexuais das filhas com os noivos, 1954 e 1962) e das *Memórias de Fanny-Hill* (1969), esta última celebrada por Arthur Kaufmann como “revolucionária”.²⁴ Em balanço feito em 1968 e dando já conta do triunfo da nova imposição política-criminal e das soluções legislativas por ela reclamadas, recordava Roxin que “escassos anos antes

Duncker & Humblot, 1974, *passim*. No que especificamente concerne à experiência histórica portuguesa, cf. Marcello Caetano, *História do Direito Português*. Lisboa: Verbo, 1981, vol. I, p. 256 e s.

(22) Para uma consideração mais desenvolvida, K. Amelung, “Der Hausfriedensbruch als Missachtung physisch gesicherter Territorialität”, ZStW, 1986, p. 365 e s.; H. Schall, *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch. Ein Beispiel für die soziologisch fundierte Auslegung strafrechtlicher Tatbestände*, Berlin:

(23) Para uma primeira recensão dos eventos mais significativos do foro legislativo, doutrinal e jurisprudencial, que assinalam a mudança, Costa Andrade, como na nota 5, p. 382 e s.

(24) Art. Kaufmann, “Strafrechtspraxis und sittliche Normen”, JuS, 1978, p. 362.

as mesmas propostas seriam certamente rejeitadas com a indignação de quem esconjura a tentativa de criar uma nova Sodoma e Gomorra".²⁵

Resumidamente, os crimes sexuais começaram por estar directamente comprometidos com a protecção e salvaguarda de uma conhecida moralidade. Na caracterização do BGH, no contexto do caso *Verlobten-Kuppelei*, "uma ordenação moral, em geral e objectivamente cogente". E ainda: "As normas da lei moral têm em si mesmas a razão da sua vigência. A sua (forte) eficácia vinculativa radica na ordenação — preexistente e que não pode deixar de ser reconhecida e recebida — de valores e nos princípios de valor que regulam a convivência humana (...). O seu conteúdo não pode alterar-se pelo facto de mudarem as concepções gerais sobre o que deve ou não vigorar".²⁶ Um discurso onde, no essencial, ecoa a compreensão de que, um século antes se louvava entre nós Levy Maria João segundo o qual: "a moralidade pública não pode deixar de ser defendida pelas leis, sendo a moral um dos fundamentos mais sólidos da sociedade".²⁷ E a propósito do *Adultério*, "uma violação da honestidade, menos pública do que a prostituição, mas mais criminosa" do que ela. "Atacar a santidade da fé conjugal, abalar um dos esteios mais fortes da sociedade, destruir as afecções da família, depravar e corromper os costumes, acender ódios e vinganças, e dar ocasiões a crimes terríveis, são consequências fa-

tais e inevitáveis do adultério e suficientes por si só para elevar esse facto à ordem dos crimes mais graves e funestos".²⁸ Uma concepção que transparece claramente na categorização sistemática dos crimes sexuais, que as Ordenações tratavam como crimes imorais e o Código Penal de 1852 como crimes contra a honestidade. Isto à semelhança do que acontecia com a generalidade das codificações europeias: o StGB alemão falava de *Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*; o Código francês de *Attentats aux mœurs*; o belga de *Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*; o italiano de *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*; o espanhol *Los delitos contra la honestidad*.

Entretanto passou a aceitar-se generalizadamente o dogma de que "ao legislador penal falta em absoluto a legitimidade para prevenir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da imoralidade" (Roxin).²⁹ Ou na formulação de

(28) Ob. loc. cit., p. 175.

(29) Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976, p. 23. Prestando homenagem à mesma impostação de fundo considera o BGH — na fundamentação da decisão vertida sobre o caso das *Memórias de Fanny-Hill* — que "não é tarefa da lei penal impor, na esfera da sexualidade, um padrão moral aos cidadãos adultos, mas apenas proteger a ordem social comunitária de perturbações e danos graves" (*apud*, Kaufmann, como na nota 24. p. 362). Em sentido claramente sobreponível vem entre nós sustentando Figueiredo Dias: "Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência — só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista — ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual". Cf., do autor, "Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre

(25) C. Roxin, "Sttlichkeit und Kriminalität", in: J. Baumann (Herausg.). *Misslingt die Strafrechtsreform?*, Darmstadt: Luchterhand, 1969, p. 157.

(26) Apud, P. Noll, "Begriff und Funktion der guten Sitten in Strafrecht", *Fest. zum 150. Jährigen Bestehen des Oberlandsgerichts Zweibrücken*, Wiesbaden: Franz Steiner, 1969, p. 227 e s.

(27) Levy M. Jordão, *Comentário ao Código Penal Português*, Lisboa, vol. IV 1854, p. 145.

Morris e Hawkins: "Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheia."³⁰ O que impôs uma compreensão radicalmente distinta. Hoje só se considera legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal, correspondente à liberdade de expressão sexual.

O que reclama novas categorizações e arrumações sistemáticas. Nesta linha, fala hoje o StGB alemão de *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, enquanto o Código Penal espanhol de 1995 de *Delitos contra la libertad sexual*, e em Portugal, já o vimos, a versão de 1995 autonomiza um capítulo sob a rubrica Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, integrado no título Dos crimes contra as pessoas. Um movimento de que terá querido distanciar-se o novo Código Penal austríaco (1975). Que, num capítulo sob a rubrica significativa *Strafbare Handlungen gegen die*

Sittlichkeit, continua a incriminar e punir práticas como o Homossexualismo profissional (masculino, § 210) o Incesto (§ 211), a Rufianaria (§ 216).

c) Também a incriminação da inseminação artificial merece, pela sua fecundidade heurística neste contexto, uma citação apressada. À luz do entendimento hoje dominante, o sancionamento penal desta prática só é admissível como tutela de um bem jurídico correspondente a uma específica liberdade reconhecida à mulher: a liberdade de decisão quanto à maternidade. Mulher a cuja autonomia insindivisível deve ser cometida a realização da liberdade, tanto na vertente negativa (não querer), como na vertente positiva (querer ser mãe), declinando-se e assumindo-se uma atitude de respeito e não-intervenção perante a orientação, sentido e conteúdo da decisão da mulher. Qualquer que ela seja.

Dá que a incriminação propenda hoje invariavelmente para um desenho típico e um regime que infatiza, para além da imposição arbitrária da prática à mulher ("sem consentimento da mulher"), a homogeneização — na irrelevância — jurídico-penal do carácter homólogo ou heterólogo da inseminação, bem como da concordância ou oposição por parte do marido. E que exclui, em qualquer caso, a punição da própria mulher.

O quadro será já outro se a incriminação se integrar num programa político-criminal em primeira linha orientado para a tutela de bens jurídicos supra-individuais ou institucionais, como a estabilidade do casamento e da família ou a educação do filho. Então, abrir-se-á já a porta à punição da mulher e à adscrição de relevância à distinção entre inseminação homóloga e heteróloga. Como sucedia com o art. 219º do Projecto Português de 1979 ou com o § 203 do Projecto Governamental alemão (1962).³¹ De acordo com a fun-

o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime". *Revista de Direito Penal*, 1982, p. 43. Esta impostação de fundo, consensual na reflexão doutrinal e político-criminal, tende outrossim a coherer a adesão de nomes eminentes da teologia como Janssens, Metz, Rahner ou Küng. Cf. a propósito, Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, Coimbra, 1976, p. 13 e Costa Andrade, como na nota 5, p. 386. Isto, de resto, na esteira de S. Tomás "lege humana non prohibentur omnia vitia (...) sed solum graviora (...) et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine prohibitione societas humana conservari non posset" (*apud*, J. Baumann, *Strafrecht im Umbruch*, Darmstadt: Luchterhand, 1977, p. 34).

⁽³⁰⁾ N. Morris/G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago: Univers. Press, 1969, p. 2.

⁽³¹⁾ Nos termos do § 203 (*Künstliche Samenübertragung*) do Projecto alemão de 1962:

damentação deste último, a punição da inseminação heteróloga, extensiva à mulher, justificava-se pela “similitude com o adultério”. E acrescentava-se: “A ocorrência do consentimento dos intervenientes em nada altera a situação. Se se verifica o nascimento duma criança artificial, com ela também o dador de sêmen irrompe, de fora, no matrimónio (...). não pode excluir-se a possibilidade de uma ligação sentimental da mulher ao dador. Como ensina a experiência, esta ligação leva, num número considerável de casos, à destruição da comunidade matrimonial e impede, por isso, que se alcance o objectivo da inseminação artificial: assegurar a harmonia conjugal mediante a benção dos filhos. Também da perspectiva do filho derivam graves objecções contra a inseminação heteróloga. A relação de criança face aos cônjuges baseia-se na mentira permanente,”³² fonte pos-

sível de crises e traumas tão graves como incontroláveis.

6. a) Seria, por seu turno, ocioso empreender aqui a demonstração do impacto e das implicações das mais recentes realizações técnico-científicas e da generalização dos seus produtos a círculos cada vez mais massivos de pessoas.³³ Sem pôr em causa o seu contributo para o progresso e a felicidade do Homem, a verdade é que elas trouxeram consigo novas formas de agressão e de risco, multiplicando o que com Binding podemos designar “as superfícies expostas às intempéries”(Wetterseite)³⁴ dos bens jurídicos pessoais envolvidos. E ajudando também a actualizar a consciência do relevo de valores ou dimensões pessoais, até então mantidas na penumbra e que acabam por ser chamadas ao primeiro plano dos bens jurídicos a proteger criminalmente.³⁵

“1. Quem realizar inseminação artificial em mulher será punido com prisão até três anos. 2. A mulher que consentir ou realizar sobre si própria uma inseminação artificial será punida com prisão até um ano. 3. O disposto nos números 1 e 2 não será aplicável quando um médico transmita o sêmen do marido à sua esposa com o consentimento de ambos os cônjuges, nem quando uma mulher se transmita a si própria o sêmen do marido com o consentimento deste. 4. Se a conduta descrita no n. 1 for realizada sem consentimento da mulher, a pena não será inferior a seis meses de prisão”. Por sua vez, dispunha-se no art. 219º, n. 2, do projecto Português de 1979: “Se a inseminação artificial for feita em mulher casada por ela própria ou com o seu consentimento, mas sem o consentimento do outro cônjuge, os respectivos agentes serão punidos com prisão até dois anos. A pena pode elevar-se até três anos se a inseminação artificial for feita com sêmen de terceiro”.

(32) *Apud*, autores vários. *Sexualidad y crimen*. Madrid : Reus, 1969, p. 405. Sobre o peso das concepções religiosas e morais numa matéria como a procriação medicamente

assistida, cf. v.g., Costa Andrade. “Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas. As Conclusões do XVI Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro de 1989)”, *RDE*, 1989, p. 384.

(33) Para uma consideração mais aturada e desenvolvida, Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra : Coimbra Ed., 1992, p. 316 e s. CF. ainda, sobre o tema H. Hofmann, “Die Pflichten des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens”, F.-W. Krause-FS., Köln: Carl Heymanns, 1990, p. 115 e s.

(34) “O legislador – escreve Binding – procura as condições fácticas duma vida comunitária sã, detendo-se o seu olhar muito mais atentamente nas pessoas, coisas e estados do que nos direitos. Para além disso, ele procura identificar naquelas condições o que eu poderia designar pelo seu lado exposto às intempéries: aquela qualidade que chama e atrai a agressão juridicamente perturbadora. Está, assim, encontrado o objecto imediato da carência de tutela: é ele que é selado como objecto da norma e a sua lesão como crime”. Cf., como na nota 12, p. 349.

(35) Para uma primeira síntese, Gallas, como na nota 13, p. 17 e s.

É o que se pode exemplificar com a incriminação dos tratamentos arbitrários. Que ficou, em boa medida, a dever-se como resposta: por um lado, à atitude de ambivalência, “de fascínio e de inquietação” (Eser) provocada pelos mais recentes desenvolvimentos das ciências médicas; e, por outro lado, à experiência dos meados do século em que a afirmação de ideologias inspiradas pela ideia de *totale Inpflichtnahme* dos cidadãos trazia consigo a ameaça mais ou menos explícita de programas de tratamento coercivo. Como Engisch se apressou a denunciar — ainda em 1939 —³⁶ de forma tempestiva e tão penetrante como corajosa. Tudo se conjugando, assim, para que, ao lado do velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex*, se inscrevesse *voluntas aegroti suprema lex esto*. Enquanto isto, foram as modernas técnicas de procriação assistida e de manipulação genética que, por um lado, vieram expor o embrião a formas gravosas e antes impensadas de agressão e, por outro lado, permitiram descobrir a identidade genética como bem jurídico portador de dignidade penal.³⁷

Noutra perspectiva, foi o aparecimento e a divulgação de instrumentos de captação e registo da imagem e da palavra — com o seu potencial de devassa, reificação e manipulação — que levaram alguns legisladores à incriminação autónoma das gravações e fotografias ilícitas. E, por vias disso, fizeram emergir o direito à palavra e o direito à imagem como novos bens jurídico-penais, a proteger independentemente de atentado à intimidade e mesmo à privacidade.³⁸ Como foi o potencial de perigo representado pela recolha e tratamento informático de dados que levou à descoberta do direito de autodeterminação informacional.

b) Num plano mais elevado e, por isso, numa perspectiva mais aberta e alargada, não será arriscado antecipar que os desenvolvimentos que se deixam adivinhar nas relações entre a pessoa e o sistema e subsistemas sociais, cada vez mais densificadas de conflitualidade, acabarão por multiplicar as “superfícies (da pessoa) expostas às intempéries”. E, por vias disso, fazer subir de tom — e de angústia — os apelos à intervenção do direito, em defesa da pessoa, “reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas e, apesar de sempre empenhada nas estruturas que cria, diferença inobjectivável”.³⁹ Um *topos* para onde convergem, por caminhos próprios, tanto a teorização dos sociólogos como a reflexão dos filósofos.

Em horizontes e contextos distintos e, nessa medida, com sentidos não necessariamente sobreponíveis, de ambos os lados tende a privilegiar-se na interpreta-

que levou, por exemplo, o XIV Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro de 1989) a pronunciar-se por um “right to a genetic inheritance which has not artificially interfered with”.

(36) K. Engisch, “Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung”, *ZStW*, 1939, p. 1 e s.

(37) Cf., no que ao embrião especificamente respeita. A. Eser, *Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens. Embryoforschung und “Fetozid” in rechtsvergleichender Perspektive*, Heidelberg: C. F. Müller, 1990; H.-L. Günther, “Strafrechtliche Schutz des menschlichen Embryos über §§ 218 ff. StGB hinaus? Eine Exemplifizierung kriminalpolitischer Grundzüge der Verhaltenskriminalisierung in neuen Grenzbereichen von Recht und Medizin”, in: H.L. Günther/R. Keller (Herausg.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1987, p. 137 e s. Foi também a consideração das ameaças de manipulação genética, que os mais recentes desenvolvimentos médico-científicos trazem consigo,

(38) Cf., por todos, desenvolvidamente, Gallas, como na nota 13, p. 18 e s.

(39) Baptista Pereira, “Filosofia e Crise Actual de Sentido”, in: *Tradição e Crise*, Coimbra: Fac. Letras, 1986, p. 27.

ção da “construção social da realidade” hoje dominante, um discurso onde avultam as categorias weberianas de modernidade, racionalidade teleológico-funcional (*Zweckrationalität*) e desencantamento do mundo. Que têm por reverso, do lado da pessoa a objectivação dos papéis e a generalização das expectativas e, em última instância, a reificação da mesma pessoa. É neste sentido que se pode caracterizar a situação do Homem moderno na sociedade como de *homeless*,⁴⁰ ou acompanhar Habermas na denúncia da “colonização do *Lebenswelt*” pela racionalidade instrumental. Na clarificadora palavra do filósofo de Coimbra Baptista Pereira: “A vontade insaciável de poder organiza, planifica e coisifica o universo, como deusa anónima de um mundo abstracto de funções, gerador da série indefinida de projectos hermenêuticos, onde não cabe a experiência de um valor incondicionado”.⁴¹ E ainda: “Por isso, é possível falar-

se do carácter esquizóide da cultura e da sociedade modernas, cindidas em duas esferas ou correntes com sentido diferente e mutuamente estranhas: uma superior, autónoma, racional e pública; outra subliminar, inconsciente e reprimida”.⁴²

Os perigos ínsitos nesta construção social da realidade tornam compreensível a preocupação crescente pela pessoa face ao sistema social. Não devendo, por isso, estranhar-se que mesmo um autor como Luhmann se tenha visto compelido a introduzir uma mudança radical no paradigma das relações entre a pessoa e o sistema social. De mero ambiente do sistema social, a pessoa passa a ser também tratada como sistema próprio, autorreferente e autopoiético e, como tal, chamada – e legitimada – a desafiar permanentemente o sistema social como fonte de “irritação” e de “desordem”.⁴³

(42) *Ibidem*, p. 244.

(40) Desenvolvidamente, P. Berger/B. Berger/H. Kellner, *The Homeless Mind. Modernization and Consciousness*, Middlesex: Penguin, 1981; P. Berger, *Facing up to Modernity. Excursions in Society, Politics and Religion*, Middlesex: Penguin, 1979. Numa das sínteses de Berger, “com o seu imaginário mecanicista, a abordagem sistémica tende a sobrevalorizar as necessidades e serviços de índole funcional, subvalorizando a importância dos significados e valores na vida humana (...) Não pode perder-se de vista que se está a aplicar um esquema conceitual a uma realidade empírica composta de seres humanos que procuram obter sentidos para as suas vidas”. P. Berger/B. Berger, *The War over the Family*, Middlesex: Penguin, 1983, p. 215. Em sentido convergente, contestando o sistema (de obediência hegeliana) em nome da diferença e alteridade e, por isso, da dissidência, Ch. Ruby, *Les archipels de la différence*, Paris: Éditions du Félin, 1989, *passim*.

(41) Baptista Pereira “Sobre o discurso da Fé num Mundo Secularizado”, *Igreja e Missão*, 1988, p. 255.

(43) O que justificará a pretensão de apresentar a nova teoria de Soziale Systeme (1984) como uma *Zwang zur Autonomie*. Para uma referência mais compreensiva ao significado e implicações, tanto no plano teórico como prático, do novo paradigma de que Luhmann passa a louvar-se a partir de 1984, cf., do autor, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1984, p. 26 e s.; “Die Autopoiesis des Bewusstseins”, *Soziale Welt*, 1985, p. 402 e s. Sobre o tema podem ler-se ainda, D. Zolo, “Reflexive Selbstbegründung der Soziologie und Autopoiesis. Über die epistemologischen Voraussetzungen der ‘allgemeinen Theorie sozialer Systeme’ Niklas Luhmanns”, *Soziale Welt*, 1985, p. 519 e s.; K. Podak, “Ohne Subjekt, ohne Vernunft. Bei der Lektüre von Niklas Luhmanns Hauptwerk *Soziale Systeme*”, *Merkur*, 1984, p. 733 e s. Resumidamente, o novo paradigma resulta sobretudo da reinterpretação das relações sistema/ambiente a partir do “abalo” e do turbilhão teórico provocado pela introdução da “palavra mágica da autorreferência” (Podak) e da *autopoiese*. O que se projecta no que aqui mais directamente nos concerne, numa nova

Em sentido convergente e numa perspectiva já mais comprometida com o

e mais consistente subjectivização da pessoa, também ela a perfilar-se como sistema capaz de desempenho autorreferente e autopoético e, por isso, a confrontar o sistema social (seu ambiente) com complexidade que ele não pode reduzir, sem mais. O que permite a Luhmann questionar-se sobre se o todo (a sociedade) não é aqui menor que a soma das partes. CF. N. Luhmann, *The Differentiation of Society*, N. York: Columbia University, 1982, p. XX e 238. Isto na esteira de Maturana e Varela a que Luhmann ficou a dever o conceito de autopoiese. Como refere Maturana: "Na mediada em que os seres humanos são sistemas autopoieticos, todas as suas actividades como organismos sociais têm de satisfazer a sua autopoiese (...). Enquanto componentes da sociedade, eles realizam necessariamente os seus mundos individuais e contribuem para a determinação dos mundos individuais dos outros (...) Quando um ser humano escolhe um particular modo de vida, expresso na realização de um particular sistema de relações sociais, ele faz uma escolha ética fundamental, através da qual valida um mundo para ele próprio (...). O problema ético fundamental que, como observador-membro de uma sociedade, o homem enfrenta, é, assim, o da justificação ética das específicas relações de redução da autonomia e individualidade, que exige de si e dos membros da sociedade que ele produz e legitima com a sua conduta". Nesta linha, e do mesmo passo que reclama esferas de liberdade e criatividade individuais "necessariamente antissociais" Maturana aponta balizas às exigências sistémico-sociais sobre o indivíduo. Para obviar ao perigo de "destruição da plasticidade individual básica, necessária para o estabelecimento de áreas consensuais, a produção da linguagem e, por essa via, da criatividade humana em geral". Cf. H. Maturana/F. Varela, *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*, Boston: Reidel Publish Company, 1980, p. XXVI. Este paradigma tem reflexos sobre a própria compreensão da identidade pessoal. CF. Sobre o tema, U.

direito, vem Schelsky sublinhando que "a nova carência de tutela da pessoa não se dirige em primeira linha contra o poder mas contra o sofisticado grau de organização e funcionalização da sociedade". E a advogar, a par de uma compreensão "sistémico-funcional do direito, programada na perspectiva da sociedade", uma via concorrencial de sentido "funcional-pessoal", em ordem a garantir a "integridade e autonomia da pessoa perante a organização da sociedade e as suas pretensões sistémicas e universalísticas".⁴⁴ O

Schimank, 'Funktionaler Differenzierung und reflexiver Subjektivismus. Zum Entsprechungs-verhältnis von Gesellschafts- und Identitätsform', *Soziale Welt*, 1985, p. 447 e s. Em síntese: louvando-se expressamente da teoria de Luhmann, Schimank considera que a identidade mediatizada pela modernidade, marcada pelo *subjectivismo reflexivo* se distingue e contrapõe à identidade que outras épocas trazem consigo. Assim, na Idade Média prevalecia uma "identidade material-teológica". "A forma de identidade da Idade Média estava estruturada segundo *referências exteriores (fremdreferentiell strukturiert)*. A reflexão biográfica nunca colocava a pessoa sobre o terreno de um nada sem suportes: para todos os problemas da condução individual da vida encontrava-se sempre uma resposta clara na palavra de Deus, interpretada pela Igreja" (ob. cit., p. 449). Apesar de tudo, não é menos consistente e estabilizada a identidade mediatizada pela sociedade moderna, "uma construção autorreferente da identidade". O que permite à autora pôr em causa as representações correspondentes às primeiras reacções face à modernidade onde são recorrentes conceitos como: alienação e anomia, medo da liberdade (Fromm), *the lonely crowd* (Riesman), *fim do indivíduo* (Horkheimer), *homeless mind* (Berger) etc. Que invariavelmente apontam para a dissolução ou perda da individualidade pessoal.

⁽⁴⁴⁾ H. Schelsky, "Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", in: *Die Funktionen des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und*

objectivo da análise funcional-pessoal será, assim, estabilizar a integridade e continuidade moral e psíquica da pessoa, como unidade de acção que a si mesma se orienta, através da autoconsciência que a si mesma se representa e reconhece. Uma unidade de acção que “reelabora e integra” na sua identidade, continuidade e totalidade pessoais, como fundamento das suas acções, todas as influências do “ambiente”.⁴⁵ Será por esta via que se logrará preservar a “integridade e autonomia” pessoais, face à ameaça de “dissolução e desintegração” na teia de “papéis” ou funções a que a teoria sistémico-social tende a reduzi-la.⁴⁶

Rechtstheorie, Bielefeld: Bertelsmann, 1970, p. 37 e s. Na caracterização do autor: “a análise sistémico-social do direito gira em torno desta questão: que contributos traz o direito para o funcionamento do sistema? O indivíduo (só) aparece nesta análise na dupla veste de destinatário da norma e de portador do conflito. Isto significa que ele é chamado (...) a assumir passivamente, como motivos da sua acção, os sistemas de normas produzidas e representadas pelo direito (...), que a sua acção social aparece induzida pelo sistema social. E que, deste modo, o indivíduo nada mais é, por assim dizer, do que a marionete do sistema de normas que lhe é imposto (...) Na análise sistémico-funcional o indivíduo é confrontado com o direito, que não é o seu direito, mas o do sistema (...) Só indirectamente os interesses do indivíduo são garantidos pelo direito”. Ob. cit., p. 56. Em sentido convergente, denunciando a “funcionarização da pessoa”, numa perspectiva já directamente jus-penalista, W. Hassemer, “Buchbesprechung: K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*”, *ZStW*, 1975, p. 161 e s. Cf. ainda, A. Baratta, “Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe”, *Kriminologisches Journal*, 1984, p. 132 e s.; do mesmo autor, “Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”, *Art. Kaufmann-FS.*, p. 393 e s.

(45) Ob. cit., p. 83.

(46) *Ibidem*, p. 76 e s. Em sentido convergente, numa perspectiva filosófico-antropológica,

Já mais próxima de nós, porque de um dos maiores mestres de direito penal do século, pode ainda ouvir-se a voz de Gallas. Que a propósito da apetência da sociedade técnica para se afirmar e desenvolver à custa da integridade e autonomia da pessoa precisa: “Tal disponibilidade não se encontra apenas nos sistemas totalitários. Também a moderna sociedade de massas das democracias ocidentais, ela própria um produto da idade da técnica, revela características (*Züge*) que (embora em termos diferentes dos do totalitarismo) podem facilmente redundar em abusos dos seus meios técnicos à custa da esfera individual dos seus membros”.⁴⁷ Continuando ainda a fazermos eco da mesma e autorizada voz: “Só a partir de uma autorresponsabilidade ética, radicada no transcendente, se pode derivar a inviolabilidade (*Unantastbarkeit*) da dignidade humana. A sua proclamação como valor fundamental do direito vale, por isso, como uma confissão e, nessa medida, como uma decisão. E é da coragem para assumir esta decisão e as suas consequências que depende a preservação da democracia moderna como uma ordenação social da liberdade”.⁴⁸

c) Restará precisar que esta conflitualidade aflora frequentemente entre: por um lado, a pessoa individual com os seus bens jurídicos e liberdades; e, por outro lado, determinados subsistemas ou instituições como, v.g., a imprensa (jornais, rádio, televisão).

Três circunstâncias fazem aqui subir de tom a complexidade e as dificuldades. Em primeiro lugar, o facto de o exercício da liberdade de imprensa corresponder a um direito fundamental, como tal constitucionalmente protegido e erigido em instituição basilar e irrenunciável do es-

W. Maihofer, “Die gesellschaftliche Funktion des Rechts”, in: *Die Funktionen*, como na nota 44, p. 11 e s.

(47) Gallas, como na nota 13, p. 17.

(48) *Ibidem* p. 20.

tado de direito e da sociedade democrática.

Em sendo lugar avulta a chamada “terceira dimensão” da imprensa, isto é, o facto de a actualização do direito fundamental correspondente a liberdade de imprensa estar, por via de regra, associada à salvaguarda de outros valores ou à prossecução de outros interesses de irrecusável dignidade comunitária. Como a transparência da administração pública, a descoberta e prevenção de actos de corrupção, a protecção de minorias discriminadas etc. Tudo interesses a levar à balança da ponderação, nomeadamente para efeitos de determinação de manifestações concretas de ilicitude.⁴⁹

Em terceiro lugar, o facto de o desempenho efectivo da imprensa só ser muitas vezes possível à custa de atentados mais ou menos drásticos a bens jurídicos como a honra, a intimidade, a privacidade, a palavra, a imagem, o segredo etc. também eles correspondentes a direitos fundamentais e, nessa medida, configurando igualmente instituições (Luhmann) nucleares da organização democrática. Razão assiste, assim, a Degenhart quando enfatiza: “O conflito entre a tutela da pessoa e a liberdade de comunicação constitui a constelação problemática mais significativa no desenvolvimento de um direito geral de personalidades”.⁵⁰

Este será, por isso, seguramente um dos terrenos mais permeáveis à actuação

da chamada “doutrina do efeito recíproco” (*Wechselwirkungstheorie*) dos direitos fundamentais.⁵¹ Isto a partir do dogma, pertinentemente sublinhado por Gallas e segundo o qual, à semelhança do que sucede com o processo penal, também a imprensa não pode reivindicar “um direito à (descoberta e divulgação) afirmação verdadeira *a tout prix*”.⁵²

7. É o quadro esboçado que em boa medida empresta sentido político-criminal e racionalidade dogmática às transformações mais recentes registradas pela lei penal portuguesa em matéria de crimes contra as pessoas. Transformações significativas tanto pelo número como pelo alcance e que, no seu conjunto, resultam num alargamento e reforço da tutela penal da personalidade, na plétora das suas dimensões erigidas à categoria de autónomos bens jurídico-penais.

(51) Sobre esta doutrina da “interpenetração e limitação mútua dos direitos fundamentais” (Tiedemann) ou das “Grenzen für die Grenzen” (Klug), na jurisprudência e dogmática jusconstitucionalísticas, cf. K. Tiedemann, “Constitución y derecho penal”, *Revista española de derecho constitucional*, 1991, p. 149 e s.; U. Klug, como na nota 49, *passim*: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 18ª ed., 1988, p. 27.

(52) Gallas, como na nota 12, p. 32. Quanto aos limites à descoberta da verdade em processo penal, cf. v.g., Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 117 e s. Nesta matéria é hoje consensualmente aceite a doutrina sustentada pelo BGH alemão segundo o qual: “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço” (NJW, 1960, p. 1582). E ainda: “O objectivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalecente do Estado” (NJW, 1964, p. 1142).

(49) Neste sentido e numa perspectiva jurídico-constitucional, cf. a marcante decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (25.01.1984) a propósito do que ficou conhecido como o Wallraff-Fall. Numa perspectiva jurídico-penal e mais directamente sobre o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à palavra, cf. U. Klug, “Das Grundrecht der Fernsehfreiheit im Spannungsfeld der Interessen- und Rechtsgüterabwägung nach § 34 StGB bei Kollisionen mit § 201 StGB”, Oehler-FS, Köln: Carl Heymanns, 1985, p. 397 e s.

(50) Degenhart, como na nota 14, p. 362.

Em que avultam incriminações novas como as preordenadas a proteger a liberdade de decisão quanto à maternidade (da mulher) (art. 168º), “a paz e o sossego” (art. 190º, 2), a privacidade/intimidade (art. 192º), a palavra e a imagem (art. 199º). Como avulta a incriminação da Subtracção às garantias do Estado de Direito Português (art. 201º), uma infracção desenhada segundo o modelo da *Verschleppung* do StGB germânico (§ 234 a) e que pune: “Quem, por meio de violência, ameaça ou qualquer meio ardiloso, fizer com que outra pessoa saia do âmbito de protecção da lei penal portuguesa e se exponha a ser perseguida por razões políticas, com risco para a vida, a integridade física ou a liberdade, tornando-se objecto de violência ou de medidas contrárias aos princípios fundamentais do Estado de direito Português.” Como avulta ainda a conversão dos crimes sexuais de crimes contra a moralidade ou transcendentais valores comunitários, em crimes contra a liberdade (sexual) da pessoa. Uma mudança radical que, longe de se esgotar no plano meramente sistemático se projectou na reconstrução praticamente total do universo destes crimes. Tanto ao nível teleológico e material-axiológico e, por vias disso, do conteúdo material do ilícito, como ao nível do desenho típico das singulares infracções. É o que uma primeira leitura das normas pertinentes cedo porá a descoberto.

Não cabe no espaço desta comunicação uma recensão global e esgotante das áreas problemáticas que ficam enunciadas. Limitar-nos-emos, por isso, a citar a título meramente exemplificativo, duas áreas problemáticas que se nos afiguram emblemáticas e particularmente fecundas numa perspectiva comparatística. A primeira correspondente ao núcleo clássico dos crimes contra a vida e a integridade física; a segunda atinente aos novos crimes contra a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem.

8. No primeiro grupo – e posta-entrepárentes a nova incriminação da Propaganda do suicídio (art. 139º) – sobressaem três incriminações: Homicídio a pedido da vítima (art. 134º), Incitamento ou a ajuda ao suicídio (art. 135º) e Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156º). Trata-se, naturalmente de incriminações sistemática e materialmente excêntricas: enquanto as duas primeiras tipificam atentados contra a vida, a última prevê uma afronta a liberdade. Trata-se, apesar de tudo, de incriminações normativamente complementares, já que só a sua integração sistémica pode oferecer a indispensável e ajustada resposta jurídico-penal a um conjunto de problemas tão complexos como os suscitados pela chamada eutanásia, na diversidade (factual-fenomenológica, axiológica e normativa) das suas expressões concretas – indirecta, activa e passiva.

a) A começar, e em sintonia com a lição prevalente do direito comparado, o legislador português manteve-se fiel à incriminação do Homicídio a pedido da vítima. Não se deixou abalar pelas críticas particularmente vivas que alguns autores (R. Schmitt, M. Marx ou Arthur Kaufmann) vêm fazendo à incriminação, que só persistiria como produto de uma “incongruência alimentada pelas fontes da irracionalidade”. Daí acreditar-se como Kaufmann que um “*Plädoyer* exclusivamente a favor da autonomia da pessoa humana e, por isso, do seu direito de autodeterminação”, será bastante para deixar a descoberto a irracionalidade e ilegitimidade da punição do Homicídio a pedido, no contexto de uma ordem jurídica que não puna, a qualquer título, o suicídio.⁵³ Com a doutrina maioritária

(53) A. Kaufmann, *Strafrecht zwischen Gestern und Heute. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Bonn: Carl Heymanns, 1983, p. 137 e s. No mesmo sentido, entre outros, M. Marx, *Zur Definition des Begriffs*

(onde merecem destaque os nomes de Engisch, Hirsch e Roxin), também a lei portuguesa parte da descontinuidade radical entre a auto-lesão (v.g. suicídio) e heterolesão consentida, face à qual a vida humana terá de valer com a força de um verdadeiro tabu.⁵⁴

b) A semelhança de outros ordenamentos (v.g. austríaco, suíço, espanhol ou grego) e diferentemente do que sucede com o direito alemão, a lei portuguesa procede à incriminação expressa e directa do Incitamento ou ajuda ao suicídio. Uma figura cuja plausibilidade político-criminal e valência dogmática tendem hoje a ser reconhecidas, mesmo entre os autores alemães.⁵⁵ E que podendo avultar

em constelações como a eutanásia passiva,⁵⁶ relevarão seguramente em situações como o suicídio provocado mediante erro. Um problema que, como Muñoz Conde pertinentemente recorda, coloca o intérprete e aplicador daqueles direitos que não conhecem a incriminação perante o “dilema de ter de optar entre o tudo que representa a qualificação como homicídio (*ex vi* auctoritatis mediata) e o nada da mais absoluta impunidade”.⁵⁷ Tudo com reflexos não dispenciando a nível, v.g., da doutrina da auctoritatis.

Recorda-se que, nos termos da nova redacção do n. 2 do art. 135º, é a subsistência ou não da capacidade de valoração e determinação a decidir, em concreto, sobre se a pessoa incitada detém ainda o domínio do facto ou, pelo contrário, ela deve ser já tratada como um mero “instrumento” nas mãos do agente do incitamento. E, por vias disso, a dividir as águas, extremando as situações de ajuda ao suicídio face às hipóteses de verdadeiro homicídio, em auctoritatis mediata. Uma compreensão das coisas que, aplicada à área problemática do suicídio provocado mediante erro, fará, a nosso ver, avultar o acerto da tese segundo a qual, “só a provocação de um erro sobre a qualidade letal da acção, ou sobre o próprio facto da morte, pode fundamentar uma auctoritatis mediata de quem provoca esse tipo de erro e, com isso, um homicídio” (Muñoz Conde).⁵⁸

Charalambakis, “Selbsttötung auf Grund Irrtums und mittelbare Täterschaft”, *GA*, 1986, p. 491.

(56) Sobre o tema, Costa Andrade, como na nota 5, p. 440 e s.

(57) Muñoz Conde, “Provocación al suicidio mediante engaño: un caso limite entre auctoritatis mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicidio”, *Doctrina penal*, 1987, p. 248. Desenvolvidamente, Costa Andrade, ob. cit., p. 618 e s.

(58) Muñoz Conde, ob. cit. p. 263. Mo mesmo sentido, Roxin, como na nota 55, 1984, p. 72, Costa Andrade, como na nota 5, p. 622 e s.

“*Rechtsguts*”. *Prolegomena einer materiellen Verbrechenstheorie*, Köln: Carl Heymanns, 1972, p. 62 e s.; R. Schmitt “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes”, *Maurach-FS*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1972, p. 113 e s. Sobre o tema, desenvolvidamente, Costa Andrade, como na nota 5, p. 205 e s.

(54) CF. Engisch, “Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung”, *H. Mayer-FS*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, p. 399 e s.; “Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe”, *Dreher-FS*, Berlin: Walter de Gruyter, 1977, p. 309 e s.; H.-J. Hirsch, “Einwilligung und Selbstbestimmung”, *Welzel-FS*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 775 e s.; “Behandlungsabbruch und Sterbehilfe”, *Lackner-FS*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 597 e s.; C. Roxin, “Die Mitwirkung beim Suizid. Ein Tötungsdelikt?”, *Dreher-FS*, p. 331 e s. No mesmo sentido H. Hofmann, como na nota 33, p. 121.

(55) Em abono da incriminação autónoma do incitamento ou ajuda ao suicídio pronunciaram-se hoje, entre outros, C. Roxin *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 25, n. 83; do mesmo autor, “Anmerkung”, *NSiZ*, 1984, p. 73; G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin: Carl Heymanns, 1976, p. 223;

c) A lei penal portuguesa pune as Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, como um crime contra a liberdade pessoal. A incriminação presta homenagem à experiência doutrinal alemã que aponta para um regime dos tratamentos médico-cirúrgicos assente na distinção entre a tutela da integridade física ou saúde, por um lado, e da liberdade ou autodeterminação sobre o corpo e a vida, por outro.

Este é, com efeito, um dos *topoi* mais consensuais e constantes da evolução dogmática e jurisprudencial na Alemanha no último século, sc., desde a publicação da obra marcante de Carl Stoos, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung* (1898). De um modo ou de outro, de todos os lados acabou por se convergir na tese segundo a qual: "As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da actividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidas como tratamentos arbitrários" (Mezger).⁵⁹ Este modelo doutrinal tende a converter-se em património comum ao pensamento dogmático-penal europeu. E vem colhendo o sancionamento expresso de algumas das mais recentes codificações penais, como a austríaca (§ 110) ou a portuguesa (art. 150º, 156º e 157º). Singularmente, e mercê da álea própria da evolução das instituições penais, este paradigma não logrou ainda triunfar no direito penal positivo da pátria de origem. Apesar de sistematicamente inscrito nos sucessivos, projectos de reforma e de, pelo menos a partir de Stoos, constituir uma reivindicação permanente da doutrina.⁶⁰ "O que – como Eser observa – não deve constituir motivo de resignação. Pois, o que entretanto o legislador

austríaco logrou, terá de ser igualmente possível ao alemão".⁶¹

Nesta linha, a lei penal portuguesa exclui formalmente os tratamentos médicos da tipicidade das Ofensas corporais. E isto independentemente do seu resultado, do seu êxito ou fracasso. O legislador português levou, assim, ao extremo a contraposição entre a conduta do médico e do faquista, cuja confusão, mesmo que apenas para efeitos de tipicidade, tinha a seu tempo sido já veementemente esconjurada por Binding.

Nesta sede caberá apenas sublinhar que a liberdade do paciente é protegida mesmo que a recusa do tratamento só seja possível à custa de grave sacrifício da saúde ou mesmo da vida. E tanto nas situações normais de doença como nas provocadas por tentativa de suicídio. Neste domínio específico a lei portuguesa antecipa as soluções por que viria a pronunciar-se o conhecido *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, publicado na Alemanha em 1986. E que apontam num sentido divergente do sufragado pelo BGH germânico na decisão (04.07.1984) do chamado *Wittig-Fall*. Isto pressuposta naturalmente a continuidade do exercício da autodeterminação (na recusa do tratamento) e a continuidade da comunicação com o paciente. Devendo superar-se *pro vita* as situações de dúvida – porventura as mais frequentes – a este propósito subsistentes.

É seguramente à ideia de *favor vitae* que presta a homenagem a alteração introduzida na incriminação da *Coacção*, por força da qual "o facto não é punível se visar evitar suicídio" (art. 154º, 3, b). Seguindo nesta matéria a lição do direito austríaco, os autores da reforma procuraram, todavia, deixar as coisas mais explícitas. Recordar-se que a formulação menos unívoca do § 105, 2 do ÖStGB – a

⁽⁵⁹⁾ *Apud*, Eb. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig: Th. Weicher, 1939, p. 123.

⁽⁶⁰⁾ Para uma síntese histórica, Costa Andrade, como na nota 5, p. 416 e s.

⁽⁶¹⁾ A. Eser, "Medizin und Strafrecht. Eine schutzgutorientierte Problemübersicht", *ZStW*, 1985, p. 19.

saber: “o facto não é ilícito se o uso da força ou das ameaças, como meio para atingir o fim visado, não é contrário aos bons costumes” — pelas dúvidas que suscita, vem dividindo a jurisprudência e a doutrina austríacas.⁶² Face à nova redacção proposta para a lei penal portuguesa, uma coisa resulta linear: a intencionalidade normativa de subtrair à punibilidade, a título de *Coacção*, a conduta de oposição ao suicídio de outra pessoa. À vista do novo regime da *Coacção* bem como de pertinentes argumentos de índole sistemática e teleológica, talvez deva igualmente concluir-se pela não punibilidade, a título de Intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário, do médico que cura o autor de uma tentativa falhada de suicídio, mesmo contra a vontade expressa do paciente. Seja como for quanto a este ponto, temos por seguro que as inovações legislativas assinaladas não alteram o quadro normativo vigente no que respeita à eutanásia passiva. Isto é, que elas não impõem a responsabilização penal (homicídio por omissão) do médico que, respeitando a vontade do paciente, o deixa morrer. Mesmo em caso de tentativa de suicídio. Isto dadas “a descontinuidade e a assimetria que medeiam entre a incriminação dos Tratamentos arbitrários, por um lado, e o Homicídio (por omissão), por outro (...). A intervenção médica que cai fora da matéria proibida dos tratamentos arbitrários não se converte, sem mais, em fundamento de punibilidade a título de homicídio”.⁶³ Na síntese de Geilen: “mesmo que o desejo de morrer do doente não tenha (*muss*) de ser tomado em conta, ele sempre pode (*kann*), pelo menos, ser tomado em conta.”⁶⁴

9. Na segunda área problemática começa por sobressair o art. 192º (Devassa da vida privada), uma incriminação concebida como um delito geral de indiscrição e como tal preordenado à tutela penal da privacidade e da intimidade.

a) É uma incriminação assente no reconhecimento à pessoa — a toda a pessoa — do domínio sobre a sua área de reserva como espaço de autodeterminação e entrincheiramento contra a devassa da sociedade e do estado. E, por vias disso, como protecção contra os ruídos, as pretensões e a racionalidade padronizadora de um mundo que propende a reduzir e pessoa ao conjunto de expectativas próprias de um papel social, abstracta e estereotipadamente considerado. E que tanto pode concretizar-se sob a forma de intromissão arbitrária e ilegítima como sob a forma de divulgação não autorizada.

No estádio actual não faria sentido vincular a protecção da área de reserva à punição da divulgação de factos desonrosos. Como fazia o conhecido § 182 do Projecto Governamental alemão de 1962. Uma limitação cedo denunciada e criticada pela doutrina alemã⁶⁵ e que os autores do *Alternativentwurf* (§ 145) se propuseram superar. A privacidade/intimidade emerge hoje como um bem jurídico-penal claramente autónomo face à honra. Uma assimetria que se espelha na estrutura típica das incriminações pertinentes, nomeadamente no desenho das condutas proibidas e punidas. Resumidamente, os crimes contra a honra tendem a privilegiar a imputação de factos não-verdadeiros; inversamente, a verdade da

(62) Para uma primeira síntese, cf. Costa Andrade, ob. cit., p. 453 e s.

(63) Costa Andrade, como na nota 5, p. 442 e s.

(64) G. Geilen, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975, p. 10.

(65) Cf., por todos, Gallas, como na nota 13, *passim*; H. Roeder, “Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschen und österreichischem Strafgesetzentwurf”, *Maurach-FS.*, p. 347 e s.; B. Schünemann, “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnisse”, *ZStW*, 1978, p. 11 e s.; G. Arzt, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970, p. 1.422 e s.

imputação figura como um elemento conatural aos delitos de indiscrição.

b) Na esteira da experiência jurídica alemã e sobretudo da doutrina sufragada pelo Tribunal Constitucional Federal, a lei penal portuguesa presta clara homenagem à chamada teoria das esferas (*Dreistufentheorie*).⁶⁶ Que resulta na separação da área de reserva em duas esferas distintas.

De um lado, avulta a esfera da intimidade, compreendida como o último reduto da reserva, enquanto área nuclear e inviolável do *right to be alone*. Na impressiva formulação do *Bundesverfassungsgericht*: "der letzter unantastbarer Kernbereich menschlicher Freiheit". É uma esfera reconhecida a todas as pessoas, independentemente do seu estatuto social, isto é, independentemente da sua pertinência às elites da vida política, económica, cultural, artística, desportiva (...) ou como os autores alemães referem, independentemente da sua pertinência ao círculo das "pessoas da história do seu tempo (*Personen der Zeitgeschichte*)".⁶⁷ Na síntese de Max Scheler, toda a pessoa tem direito a um espaço em que sabe que está só ("in dem ... er sich ... einsam weiss").⁶⁸ Trata-se outrossim de uma esfe-

ra inviolável e como tal subtraída ao princípio geral da ponderação de interesses e em particular à chamada prossecução de interesses legítimos (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*). Por vias disso, ela configura também uma barreira intransponível à *exceptio veritatis*, em geral admissível quando estão em causa atentados à honra sob a forma de imputação de factos (art. 180º, n. 2 e 3).

O quadro é outro do lado da privacidade, *stricto sensu*. Desde logo, a sua densidade e extensão são decisivamente influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela sua maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade. Ela tenderá, por isso, a estreitar-se drasticamente quando estão em causa *public figures* ou *Personen der Zeitgeschichte*. Por outro lado e sobretudo, a privacidade configura sempre um valor susceptível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legítimos (art. 192º, n. 2). Nunca, por isso, ela figurará como limite à *exceptio veritatis* (art. 180º, n. 3).

10. Deve, em qualquer caso, precisar-se que não é possível referenciar um universo de eventos ou vivências invariáveis e definitivamente pertinentes à privacidade/intimidade. Isto é, não é possível definir a privacidade e a intimidade como espaços de conteúdo material estabilizado e fixo e, como tal, estanque face ao domínio da publicidade.

A isso se opõe, desde logo, a consabida relatividade histórico-cultural da privacidade e as oscilações da fronteira entre o privado e o público ao ritmo das transformações civilizacionais. É a conhecida *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, particularmente enfatizada por Habermas.⁶⁹

⁽⁶⁶⁾ Sobre a teoria das três esferas (ou dos três graus), cf., por todos, E. Benda, "Privatsphäre und 'Persönlichkeitsprofil'", *W. Geiger-FS.*, p. 28 e s.; G. Schmidt, "Zur Problematik des Indiskretionsdelikt", *ZStW*, 1967, p. 770 e s.; Schünemann, ob. cit., p. 17 e s.; Costa Andrade, *Sobre a Valoração como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações Produzidas por Particulares*, Coimbra, 1987, p. 46 e s.; Gómez Pavón, *La intimidad como objecto de protección penal*, Madrid: Akal, 1989, p. 38 e s.

⁽⁶⁷⁾ Sobre o conceito (e as implicações práctico-jurídicas) de *Personen der Zeitgeschichte*, cf., por todos, Neumann Duesberg, "Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte", *JZ*, 1960, p. 114 e s. Arzt, ob. cit. *passim*.

⁽⁶⁸⁾ *Apud* D. Krauss, "Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess", *Gallas-FS.*, p. 371.

⁽⁶⁹⁾ J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied: Luchterhand, 1961. Sobre a relatividade da esfera da privacidade/Intimidade, cf. ainda, Schünemann, ob. cit., p. 15 e s.; P. Mota Pinto, "O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1984, p. 107 e s.

Acresce a permanente comunicabilidade entre o público e o privado. Um processo em que as pessoas da *Zeitgeschichte* em sentido relativo — v.g. autor ou vítima de um crime, casamento com uma pessoa da *Zeitgeschichte* em sentido absoluto etc. — desempenham um papel determinante. Mesmo eventos, em geral pertinentes à esfera da intimidade podem, em concreto, revestir-se de relevo comunitário ou sistémico-social. O que os converterá em objecto legítimo de investigação, divulgação e discussão públicas, nomeadamente através dos media. É o que bem ilustra o caso *Profumo*, particularmente conhecido da experiência europeia.

Em matéria de tutela penal da área de reserva deve citar-se ainda o art. 196º (Devassa por meio de informática). Que revela o cuidado do legislador penal português face à ameaça que as realizações técnicas no campo da recolha e tratamento informático de dados pessoais trazem consigo. E que é complementada por um arsenal de dispositivos penais constantes do chamado direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*), com destaque para a lei da criminalidade informática (Lei 109/91, de 17 de Agosto).

Apesar de tudo, não parece que as soluções adoptadas pelo Código Penal português para a protecção penal da privacidade/intimidade se afastem significativamente do modelo comum à generalidade das legislações europeias. Já o mesmo não poderá afirmar-se face ao disposto no art. 199º (Gravações e fotografias ilícitas) que incrimina e pune os atentados ilegítimos ao direito à palavra e ao direito à imagem. Duas dimensões da personalidade humana que a lei penal portuguesa eleva à categoria de novos e autónomos bens jurídico-penais. E a que adscrive uma tutela penal que, no seu conjunto, não encontra paralelo fácil no panorama comparatístico europeu.

11. Numa primeira aproximação, as singularidades das soluções da lei penal portuguesa começam a ganhar relevo em dois tópicos significativos:

a) Desde logo, a inscrição no Código Penal português de uma incriminação directamente preordenada à protecção da imagem não é normal nos códigos penais da generalidade dos países europeus.

Por exemplo, nem o § 120 do Código Penal Austríaco Abuso de gravadores e aparelhos de escuta (“Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeräten”) nem o § 201 da codificação germânica Violação da confidencialidade da palavra (“Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes”) conhecem qualquer dispositivo homólogo preordenado à tutela penal do direito à imagem. E isto depois de, no que especificamente concerne à Alemanha, não ter logrado consagração legal a proposta adiantada pelo Projecto Alternativo, cujo § 146, II, incriminava, *inter alia*, quem, sem consentimento, fotografasse ou divulgasse a fotografia de outrem nos seus espaços privados.

Diferentemente, já o Código espanhol de 1995 parece apostar na tutela da imagem como específico bem jurídico-penal. Neste sentido apontará a autonomização de um título (X) sob a rubrica: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. Acontece, porém, que o único artigo que contém uma referência expressa a imagem (art. 197º) se inscreve no capítulo (I) que tem como rubrica *Del descubrimiento y revelación de secretos*. Nos termos daquele art. 197º será punido: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen...”

Ao contrário do que uma primeira leitura poderia sugerir parece, assim, dever concluir-se que o código espanhol de 1995 não encara os atentados ao

domínio pessoal sobre a imagem, sc., ao direito à imagem em si, como portadores da dignidade penal e da carência de tutela penal indispensáveis à sua criminalização. A imagem reserva-se uma tutela meramente reflexa no contexto da protecção penal directa do segredo e da intimidade. Isto na linha de uma compreensão das coisas, que parece encontrar eco entre os penalistas espanhóis. Segundo a qual e em nome da *ultima ratio* do direito penal, se propende a cometer exclusivamente à lei civil a tutela do direito à imagem *qual tale*.⁷⁰

Recordaremos ainda que também na Itália, e no contexto de um ordenamento positivo lacunoso, se propende a considerar o direito à imagem como emanção e concretização do direito à reserva da vida privada. E, por vias disso, a denegar ao direito à imagem, enquanto tal, uma tutela jurídica autónoma e directa. Tanto no plano material como processual, a violação do direito à imagem só relevará se e na medida em que configure um atentado à reserva da vida privada. Na síntese de Savini: “visto, assim, o direito à reserva da vida privada, ele tem, como primeira manifestação positiva, o direito à imagem, do próprio aspecto físico tal como ele é perceptível ao olhar, correspondendo tal direito também à necessidade eminentemente moral do sujeito de subtrair ao conhecimento arbitrário de outrem uma dimensão da própria personalidade, em concreto, a imagem”.⁷¹

b) Em segundo lugar, deve enfatizar-se o facto de o Código Penal Português tratar a palavra e a imagem como bens jurídico-penais autónomos. Isto é, protegidos em si e de per si, independentemente da sua valência do ponto de vista da privacidade/intimidade, a partir da qual emergiram e se afirmaram. A última pedra neste processo de emancipação e separação definitiva das águas acaba de ser colocada pelo legislador de 1995. Que deslocou a incriminação das *Gravações e fotografias ilícitas* do capítulo dos *Crimes contra a reserva da vida privada*, para um capítulo autónomo sob a rubrica *Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais*, em boa medida criado para dar guarida sistemática àquela incriminação.

E também aqui ressaltam as diferenças face ao panorama comparatístico. Pois, se é certo que a generalidade das legislações europeias incriminam as gravações não consentidas, poucas são as que o fazem em nome da tutela directa do direito à palavra como bem jurídico-penal autónomo em relação à privacidade. Fá-lo, por exemplo, o art. 179º ter (introduzido em 1968) do Código Penal suíço. Que incrimina e pune “quem, sem consentimento dos outros interlocutores, registar em gravador uma conversa não pública em que participar”. E ainda “quem conservar uma gravação sabendo ou devendo presumir que ela foi obtida através duma infracção prevista na primeira alínea, ou quem dela se aproveitar ou a tornar acessível a outrem”. No comentário de Stratenwerth, é claro o fim de protecção que preside a esta norma. Trata-se de “impedir que a palavra fugaz, falada numa determinada situação, possa ser abusivamente utilizada contra o autor, se, por exemplo, a sua reprodução for feita num contexto completamente diferente”.⁷²

(70) Cf. v.g., neste sentido, o documento subscrito pelo Consejo General del Poder Judicial sob o título, “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n. 11, p. 242. No mesmo sentido, Herrero-Tejedor, “Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *Poder Judicial*, 1992 (n. 28), p. 134 e s.

(71) A. Savini, *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova: Cedam, 1989, p. 13.

(72) G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen*

A regra em direito comparado é a vinculação da tutela penal do direito à palavra à protecção da privacidade. Como acontece paradigmaticamente com o § 120 do Código Penal austríaco (ÖStGB) que, sob a rubrica “Abuso de gravadores e aparelhos de escuta” (*Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeräten*), pune: “quem, utilizar um gravador ou um aparelho de escuta para tomar ele próprio conhecimento ou dar conhecimento a terceiro não legitimado (*unbefugten*) de uma conversa não pública nem destinada ao seu conhecimento”. Para além da exigência de uma intenção específica de devassa – que converte a infracção num crime de tendência – o legislador austríaco optou por circunscrever o círculo dos agentes, excluindo todos aqueles a quem as palavras eram, segundo a vontade de quem as proferiu, destinadas. Na estrutura típica da infracção prevista na lei austríaca, e tanto no plano objectivo como subjectivo, avulta, assim, um momento de devassa, “Há-de, por isso, considerar-se como central o conceito de intromissão na esfera íntima (*Eindringen in die Intimsphäre*) de outrem. Devendo, a par disso, ser também tutelada a confiança na exclusividade da palavra não proferida em público”.⁷³

Considerações idênticas poderiam fazer-se a propósito do art. 197º do Código Penal espanhol de 1995. Um preceito que, à semelhança do que já vimos acontecer com o direito à imagem, também não reconhece relevo jurídico-penal autónomo ao direito à palavra, como um bem jurídico digno de tutela penal. Segundo tal dispositivo, a gravação não

consentida só é punível se realizada com o propósito de atingir a intimidade.

12. Também o preceito correspondente da lei penal alemã (§ 201 StGB) se mostra invencivelmente equívoco e ambivalente e, por isso, motivo de controvérsias entre os autores e os tribunais.

a) Há autores que fazendo jus à rubrica do preceito – “Violação da confidencialidade da palavra” (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*), § 201 – erigem a confidencialidade da palavra falada em bem jurídico. Os adeptos desta orientação definem a infracção como um crime de indiscrição que, acima de tudo, pretende garantir ao autor da palavra o controlo sobre as pessoas a quem ela há-se poder chegar. A punição da mera gravação só se justifica, a esta luz, na medida em que “fundamenta o perigo de as palavras chegarem ao conhecimento de pessoas que o autor não conhece (...) configura, assim, um perigo abstracto para a área de tutela”. Um perigo agravado, além do mais, pela circunstância da sua “perpetuação” no tempo.⁷⁴

De outro lado, e soando claramente maioritários, os autores que apontam como bem jurídico o que o Tribunal Constitucional Federal designa como o direito à palavra falada “sem mais”. Para esta orientação o que em rigor é protegido é, ainda segundo a formulação do Tribunal Constitucional Federal, o direito, que assiste “a todo o homem – e só a ele – de decidir quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registada num gravador, se e perante quem a sua voz pode ser, de novo, ouvida”.⁷⁵ Em sentido substancialmente convergente e em termos clarificadores fala Arzt da “confiança na volatilidade (*Flüchtigkeit*) da palavra, bem como da protecção da conexão das palavras entre si e com a respectiva

Individualinteressen, Bern: Stämpfli, 1978, p. 150.

(73) A. Koberger, “Grenzloser Schutz der privatsphäre vor Tonbandsgeräten?” *ÖJZ*, 1990, p. 320. No mesmo sentido, H. Zipf, *Wiener Kommentar zum Stragesetzbuch*, Wien, 1981, § 120, n. 2 e 8.

(74) H. Suppert, *Studien zur Notwehr und “notwehrähnlichen Lage”*, Bonn: L. Röhrscheid, 1973, p. 84 e s.

(75) CF. *JZ*, 1973, p. 505.

atmosfera (lugar, tempo e demais circunstância da expressão)".⁷⁶

b) A insegurança e ambiguidade em que laboram tanto a doutrina como os tribunais germânicos têm as suas raízes na lei, designadamente no desenho normativo do § 201 que, sob a rubrica *Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*, proíbe e pune condutas de direcção teleológica claramente centrífuga. Os equívocos inquinavam já versão originária do § 201 (sobreponível, no essencial, ao anterior § 298), que nos seus n. 1 e 2 incriminava, respectivamente: a gravação e a utilização de gravações feitas sem consentimento; e a devassa da conversa de outros por recurso a meios (ocultos) de escuta, sem mediação do gravador. Como facilmente se intui, já então era mais que questionável que pudesse adscrever-se ao § 201 um unívoco fim-de-protecção, na direcção de um único e comum bem jurídico.

E os equívocos mais se multiplicaram e adensaram com as alterações entretanto produzidas pela recente 25ª Lei da Reforma Penal (20.08.1990), que veio aditar uma nova alínea ao n. 2 do § 201. Segundo ela, passou a ser também punida a divulgação pública, "no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial" (*im Wortlaut oder seinem wesentlichen Inhalt*) da palavra gravada sem consentimento, ou escutada nos termos do n. 2.

Para além e ao contrário do que até aqui se previa, não se trata de permitir a terceiros o acesso à palavra "conservada" (Gallas) no gravador, mas antes de divulgar ao público o sentido ou conteúdo da palavra antes e indevidamente gravada ou escutada. Como pode ler-se na fundamentação pertinente, com este alargamento do punível visa-se obviar ao perigo de a "valoração da palavra ilegalmente gravada ou escutada poder, pela sua publicação na imprensa escrita ou

falada, atingir de forma particularmente drástica a esfera privada da pessoa concretamente atingida".⁷⁷ Como os primeiros comentadores não têm deixado de acentuar, as incongruências resultam agora mais expostas. Segundo Lenckner, esta nova conduta típica não atinge o direito à palavra, mas outro e distinto 'bem jurídico próprio de um delito de indiscrição'. Constitui, por isso, um "corpo estranho" na economia do § 201, a cuja "paisagem" não se ajusta.⁷⁸

Na história mais recente do direito alemão, só a regulamentação prevista no § 107 do *Alternativ-Entwurf* se aproxima de um modelo consequentemente preordenado à tutela penal da palavra no sentido e com as implicações sustentadas pela corrente doutrinária maioritária.

13. Uma última observação permitir-nos-á clarificar melhor o sentido e alcance da protecção deste *Recht auf eigenen Wort* (Maunz/Dürig)⁷⁹ ("direito à própria palavra") como bem jurídico-penal autónomo, no contexto da lei penal portuguesa.

a) *Brevitatis causa*, o que a esta luz aparece como objecto de tutela é a "própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio".⁸⁰ De nada interessando igualmente que "de expressões completamente banais se trate".⁸¹ Isto em termos perfeitamente homólogos ao que sucede com o crime de violação da corres-

(77) *Bundestagsdrucksache* 11/6714, p. 3.

(78) Th. Lenckner, "Zur 'Vertetzung der Vertraulichkeit des Wortes': § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderungsgesetz", *Baumann-FS.*, p. 141 e s.

(79) Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, München: C.H. Beck, 1983, art. 2º, n. 88.

(80) A. Schöнке/H. Schröder/Th. Lenckner *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München: C.H. Beck, 1991, § 201, n. 5.

(81) Th. Lenckner, como na nota 78, p. 142.

(76) Arzt, como na nota 65, p. 343.

pondência, que se consuma com a mera abertura duma carta sem consentimento de quem de direito e independentemente do seu conteúdo. Na clarificadora formulação de Gallas,⁽⁸²⁾ o objecto de tutela da incriminação das gravações ilícitas não é o conteúdo da área da personalidade, nem a necessidade de preservar algo como segredo mas apenas a inocência (*Unbefangenheit*) da palavra e o direito à sua própria palavra como uma expressão da vida, por natureza, pertencente ao passado”.⁽⁸²⁾ Na síntese do *Alternativ-Entwurf* (fundamentação do § 147), o que aqui se tutela é a própria “personalidade na sua comunicação inocente com os outros membros da sociedade”.⁽⁸³⁾ É neste sentido que converge toda uma plétora de formulações que é possível referenciar entre os autores alemães: “inocência da palavra” (Maurach/Schröder/Maiwald); “a inocência das expressões orais e a confiança na volatilidade da palavra não pronunciada em público” (Wessels); a “inocência” e a protecção face “à perpetuação da palavra dita com a intenção de ser fugaz” (Lackner); “o poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada” (Schmidt-Häuser) etc.⁽⁸⁴⁾ Tudo formulações congruentes com o postulado de que o conteúdo do ilícito típico se esgota e consuma na simples gravação ou audição não consentidas. Ou seja, na redução arbitrária da palavra a coisa — Gallas, fala, a propósito, de um *Wortkörper* — e na posterior e igualmente arbitrária manipulação da palavra reificada.⁽⁸⁵⁾

b) Na protecção jurídico-penal do direito à palavra prevalece a dimensão

negativa ou exclusiva. Trata-se de impedir que, através da gravação, a palavra — que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes —, possa converter-se num “pedaço objectivado da personalidade”. É ser posteriormente invocada contra o autor, fora do contexto e significado originários, abrindo-se deste modo a porta ao que Suppert apoda de “falsificação da imagem da personalidade (*Verfälschung des Persönlichkeitsbildes*)”. Uma contrafacção da personalidade cuja “especial perfídia reside precisamente no facto de a reprodução das palavras produzir a impressão invencível da autenticidade daquela versão acústica da imagem da personalidade”.⁽⁸⁶⁾

Para além disso, e agora numa perspectiva comunitária, trata-se ainda de preservar o que Eduardo Correia define como a confiança nas relações sociais. Em primeira linha votada à tutela da autonomia e do domínio pessoal sobre o próprio discurso oral, a incriminação das gravações ilícitas visa ainda, e reflexamente, preservar uma acção comunicativa “inocente” e autêntica. Isenta de coerção e, por isso, susceptível de reforçar as cotas de solidariedade e coesão sociais. Um valor cuja relevância as reflexões de Habermas vêm pondo em relevo. E que seria drástica e irreversivelmente comprometido pelo recurso generalizado e abusivo — e principalmente pelo seu receio — aos microfones ocultos.

Como adverte o Tribunal Constitucional Federal Alemão: “a inocência (e a autenticidade) da comunicação humana seria gravemente perturbada se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras — por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição meramente

⁽⁸²⁾ Gallas, como na nota 13, p. 40.

⁽⁸³⁾ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, 2. Halb., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1971, p. 37.

⁽⁸⁴⁾ Cits. *apud* Th. Lenckner, como na nota 78, p. 141.

⁽⁸⁵⁾ Gallas, como na nota 13, p. 40.

⁽⁸⁶⁾ Suppert, como na nota 74, p. 165 e s.

incidental no decurso de um situação especial — nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutro contexto, pudessem vir a ser valoradas, com o seu conteúdo, conotação e intensidade, como depoimentos contra nós próprios”.⁸⁷

Como, na mesma linha escreve Gallas, é preciso prevenir o perigo associado ao sentimento de estar permanentemente exposto e indefeso face à devassa e agressão da curiosidade sensacionalista de terceiros. Em especial o perigo de “ter de pagar a assunção de tarefas públicas com a perda da defesa da sua esfera privada. Um tal sentimento terá, a longo prazo, de levar à resignação (...) ou à renúncia a uma participação activa na vida pública”. Na verdade, argumenta o autor, o sentimento de estar sob a ameaça contínua do gravador oculto, faz “perder a inocência da palavra e rouba à pessoa um dos elementos essenciais do humano: a possibilidade de uma comunicação, assente na confiança, com os outros”.

14. O que fica dito para a palavra, vale, no essencial para o direito à imagem. Na verdade, são substancialmente sobreponíveis — tanto no que respeita aos fundamentos axiológicos-materiais e enquadramento normativo, como no que concerne às vias de progressão normológica e metodológica — os caminhos de equação e superação dos problemas suscitados pela incriminação das fotografias ilícitas. E o que, por razões de economia, se afirma para as fotografias valerá, correspondentemente, para as demais reproduções mecânicas susceptíveis de captar e registar a imagem (filmes, registos videográficos etc.) e a sua ulterior utilização através de meios de divulgação (v.g. jornais, televisão) ou valoração como meio de prova em processo penal.

Isto sem prejuízo de um conjunto significativo de diferenças a nível do regime jurídico-penal positivo, capazes de induzir resultados pragmáticos finais excêntricos em relação às soluções vigentes para as constelações homólogas, em matéria de gravações fonográficas. E que, invariavelmente, se traduzem num estreitamento da área de tutela penal da imagem. Na proclamação do Tribunal Constitucional Federal, também o “direito à própria imagem terá de ser encarado como uma parcela (*Ausschnitt*), uma particular expressão cunhada do direito geral de personalidade”.⁸⁸ Um direito em tudo e para todos os efeitos parificado ao direito à palavra falada, tanto no que concerne à estrutura axiológico-normativa como no que respeita ao topos na constelação constitucional.

Só esta compreensão de um autónomo direito a imagem, material e normativamente distinto do direito à reserva da vida privada e da intimidade, se ajusta ao direito português vigente. Onde, e para além do direito penal, o direito à imagem conhece igualmente, a par da expressa consagração constitucional (art. 26º, n. 1, da CR) uma directa e consistente tutela juscivilística (art. 79º do CC).

Em causa está um bem jurídico eminentemente pessoal, com a estrutura duma liberdade fundamental e que outorga à pessoa o domínio sobre a própria imagem: determinar quem e em que medida a pode registar ou divulgar. Na formulação do art. 79º, n. 1, do CC (Direito à imagem): “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o seu consentimen-

(87) Cf. JZ, 1973, p. 505. Cf. ainda Eduardo Correia, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial*, Lisboa, 1979, p. 111.

(88) A citação é retirada da marcante decisão vertida sobre o que ficaria conhecido como o caso do “*Assassinio dos Militares de Lebach (Soldatenmord von Lebach)*” (05.06.1973), Cf. BVerfGE, 35, 202 = JZ, 1973, p. 509 e s.

to". Na caracterização de Orlando de Carvalho: "o direito ao não conhecimento por outrem da sua própria imagem física: no que se inclui *decerto* o *retrato*, mas se incluem igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua projecção imagética".⁸⁹

E na pertinente e impressionante formulação do Tribunal da Relação de Lisboa (ac. 15.02.1989): "parece inquestionável hoje que o direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar são direitos distintos"⁹⁰ na ordem jurídica portuguesa vigente.

⁽⁸⁹⁾ Orlando de Carvalho, *Teoria Geral da Relação Jurídica. Bibliografia e Sumário Desenvolvido*, Coimbra, 1970, p. 72.

⁽⁹⁰⁾ Cf. *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, vol 1, p. 154. Sobre a compreensão jurisprudencial,

cf. ainda o acórdão do STJ de 24.05.1989 (*Bol. Minist. Justiça*, n. 387, Junho de 1989, p. 531 e s.) bem como o acórdão do Tribunal Constitucional de 18.01.1984 (BMJ, n. 340, Novembro de 1984, p. 177 e s.).