

MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA

**«CONSTITUIÇÃO E CRIME»  
UMA PERSPECTIVA DA CRIMINALIZAÇÃO  
E DA DESCRIMINALIZAÇÃO**

Título **«CONSTITUIÇÃO E CRIME» — UMA PERSPECTIVA DA CRIMINALIZAÇÃO  
E DA DESCRIMINALIZAÇÃO**

Autor **MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA**

Colecção **ESTUDOS E MONOGRAFIAS**

Edição **UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA — EDITORA**

Depósito Legal **28750/94**

ISBN **972-8069-06-5**

Tiragem **1000 exemplares**

Data **2-2-1995**

Execução gráfica **Secção de Artes Gráficas das Oficinas de Trabalho  
Proteção da APPACDM Distrital de Braga  
Telef. 67 6398**

Distribuidora **Coimbra Editora, Lda.**



Universidade Católica Portuguesa — Editora  
PORTO • 1995

## NOTA PRÉVIA

*O estudo que ora se publica corresponde, com pequenas alterações, ao que foi apresentado em 1992 como dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

*Ao nosso orientador de tese, Professor Doutor Figueiredo Dias, ao arguente da mesma, Professor Doutor Costa Andrade, e ao Professor Doutor Ribeiro de Faria, membro do júri, desejamos testemunhar o nosso sincero agradecimento pelo incentivo, disponibilidade e sugestões feitas, o qual é justo também estender ao Professor Doutor Peter Hünerfeld, do Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, e à Universidade Católica do Porto, nomeadamente aos docentes de Direito Penal.*

## ABREVIATURAS

- P.A. = «Projecto Alternativo alemão de 1966»  
BMJ = «Boletim do Ministério da Justiça»  
FamRZ = «Familienrechtzeitung»  
JUS = «Juristische Schulung»  
JZ = «Juristenzeitung»  
ZRP = «Zeitschrift für Rechtspolitik»

## INTRODUÇÃO GERAL

Desejaríamos, com o presente estudo, averiguar da incidência da Constituição na determinação do âmbito da matéria a criminalizar. Esta análise implicará dois momentos distintos, embora indissoluvelmente relacionados: o primeiro consiste na questão da capacidade e legitimidade da Constituição para limitar o poder criminalizador; o segundo, na sua capacidade e legitimidade impositiva de criminalização. Da resposta a estas questões, e dos contornos específicos das hipotéticas soluções que viermos a obter, dependerá a delimitação da área de liberdade/vinculação do legislador penal na definição do crime.

Sendo maioritariamente aceite na doutrina a identificação da finalidade última do Direito Penal (da sua essência)<sup>1</sup> com a protecção dos pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e assim, também, das condições (mínimas)<sup>2</sup> de convivência das pessoas em sociedade, já

---

1 «Centro nevrálgico de toda a teoria do Direito Penal é, irrecusavelmente, a questão do bem jurídico: aqui, a razão de ser do Direito Penal; aqui, a função da pena, aqui o cerne das divergências das posições axiológico-normativas e das concepções relativistas (sociológicas, pragmatistas ou juspositivistas)» (Taipa de Carvalho, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal — Análise histórica. Sentido e Limites*, p. 85).

2 Neste sentido, acentuando a intolerabilidade do comportamento para poder ser qualificado como ilícito penal, o que corrobora a ideia de que o Direito Penal está vocacionado para proteger as condições mínimas, *essenciais*, e não as condições óptimas de convivência em sociedade, necessárias para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, diz-nos Figueiredo Dias: «Uma Política Criminal que se queira válida para o presente e futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem *lesões insuportáveis* das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem» (Os

se torna porém controversa a individualização desses pressupostos e dessas condições e, por vezes, mais controversa ainda será a decisão sobre o «como» da intervenção penal ou até sobre a necessidade (utilidade, vantagens) desta intervenção. No fundo, estamos sempre perante o problema da definição do crime, que se relaciona (é, por assim dizer, o outro lado da mesma questão) com o da identificação de bens jurídico-penais.

Apesar das tentativas feitas para se encontrar um conceito natural de crime<sup>3</sup>, apesar de eventuais «constantes» (ou «cons-

*Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, p. 13; no mesmo sentido, *Les Nouvelles Tendances de la Politique Criminelle du Portugal*, p. 13 e *Direito Penal 2*, p. 43). Também neste sentido, Costa Andrade, ao definir a dignidade penal como «um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ética de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade» (Costa Andrade, *A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, p. 11) e ainda, entre outros, Otto, ao referir que só «uma lesão particularmente grave do bem jurídico («gravierende rechtsgutsverletzung») será digna de pena (apud Costa Andrade, *idem*, p. 12; sublinhados nossos).

<sup>3</sup> Referimo-nos, em especial, ao esforço levado a cabo por Garófalo, no seio de uma visão positivista-sociológica, no sentido de encontrar um conceito de delito comum aos diferentes ordenamentos jurídicos, não dependente do tempo e lugar, o «delito natural» (Garófalo, *Criminologia*, 1.<sup>a</sup> edição, 1885, p. 3 e ss.). Para Garófalo, o crime consistiria num acto violador dos «sentimentos altruístas fundamentais geralmente acolhidos numa comunidade, que seriam os sentimentos de piedade e de probidade» (Garófalo, *La Criminologie*, 5.<sup>a</sup> edição, Paris, 1905, p. 36) «Não obstante, tal conceito absoluto de delito não podia comprovar-se empiricamente, nem fundamentar-se logicamente». (Zipf, *Introducción a la Política Criminal*, p. 80, referindo, a propósito, a obra de Ferri, *El Delito como Fenómeno Social*, 1896, que veio relativizar o conceito de delito absoluto de Garófalo, adaptando-o às condições específicas de cada comunidade jurídica). Apesar deste conceito de crime não ter conseguido lograr os seus objectivos, apesar de não ser possível encontrar um conceito de crime universal e a-histórico, esta tentativa não foi de todo em vão; pelo contrário, contribuiu positivamente para a política e a dogmática criminal. Segundo Figueiredo Dias, «a doutrina de Garófalo constituiu porventura a vez primeira em que se tentou erigir — mesmo que, na altura, disso não houvesse plena consciência — uma proposição político criminal transistemática e crítica. Uma proposição donde resultou (...) um claro entendimento da distinção — ainda hoje tão utilizada nos domínios da dogmática, v.g. para efeitos da teoria do erro e da distinção entre Direito Penal e Direito das contra-ordenações: (cf. Figueiredo Dias *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, pp. 104 e ss., 114 e ss. e 392 e ss.) — entre «crimes natu-

tantes evolutivas», se assim as pudermos designar)<sup>4</sup>, a definição dos bens jurídico-penais depende sempre das condições sociais, económicas e culturais, do ambiente valorativo de cada sociedade, em cada época histórica. Os valores essenciais para o Homem (e são estes de que o Direito Penal se ocupa), podendo embora apresentar algo de comum<sup>5</sup>, não há dúvida de que variam com o tempo e o lugar; assim, o crime terá de ser, necessariamente, histórico-espacialmente situado<sup>6</sup>. «O tipo de crimi-

rais», que se inscrevem num círculo de desvalor cultural, moral ou social mais amplo que o do desvalor jurídico, e simples «crimes legais» como puras construções do legislador» (Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, cit., pp. 13 e 14, nota 19). (Ainda sobre a concepção de crime de Garófalo, vide Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia. O Homem Delinquent e a Sociedade Criminológica*, p. 70 e ss. — relacionar também com a nota seguinte).

<sup>4</sup> Com esta expressão, «constantes evolutivas», pretendemos designar aqueles factos que, muito embora não de uma forma absolutamente homogénea, se foram mantendo ao longo do tempo e na generalidade das comunidades jurídicas como crimes (o que, obviamente, já pressupõe, por um lado, a existência de excepções, e, por outro, a de uma certa organização que possa levar a qualificar tais comunidades como jurídicas — o que, por vezes, será controverso); ou seja, aqueles factos que estão na base de alguns (poucos, mas importantes) crimes que desde há mais tempo foram sendo interiorizados pela consciência de diversas comunidades como gravemente desvaliosos e danosos, devendo assim estar sujeitos às sanções, também elas mais graves — crimes a serem cominados com penas. Quando colocamos o adjectivo «evolutivas», pretendemos significar, por um lado, que mesmo em relação a esses poucos crimes mais constantes, vão surgindo diferenças de formulação e, assim, que alguma (eventual) constância só se poderá observar na «base», na «raiz» do que é considerado crime — sobre este aspecto diz-nos Zipf (*ob. cit.*, p. 81): «há normas penais — em certa medida, no âmbito central do punível — que sobreviveram aos tempos com relativa independência» (cf. Jescheck, 1972, 34); por outro lado (um aspecto que ainda está intimamente ligado ao primeiro), poderá designar um certo juízo de valor — ou seja, que esses factos foram sendo interiorizados como gravemente desvaliosos, tendo-se apurado, em relação a eles, a consciência jurídica colectiva, à medida que se ia dando essa interiorização, e ao mesmo tempo que se iam formulando com maior precisão os contornos do que devia ser entendido como crime; em suma, que são factos com uma base de desvalor mais consensual e em relação aos quais o próprio conceito de desvalor vem sendo definido e apreendido de uma forma «evolutiva».

<sup>5</sup> Vide nota anterior.

<sup>6</sup> A inexistência de um conceito absoluto, «natural», de delito, relaciona-se, assim, com a inexistência de uma ordem social absoluta, imutável (quer do ponto de vista organizacional, quer do ponto de vista cultural-valorativo), pois

nalidade modifica-se no espaço e no tempo, em qualidade e em quantidade. Tal é condicionado pelo contínuo fluir, sobrevir e pela configuração das modalidades e das formas sociais e estruturais»<sup>7</sup>. Ao legislador penal cabe o papel de captar as modificações sociais, o diferente ambiente valorativo, para os tomar em consideração quando define a área do crime. «Esta dependência restringe o âmbito de decisão político-criminal»<sup>8/9</sup>.

o delito depende sempre da sociedade. Poder-se-á até dizer que o Direito Penal é, de todos os ramos do Direito, aquele que está mais dependente das modificações sociais e valorativas e, assim, que não poderá (deverá) «fechar os olhos, sob pena de perder eficácia e mesmo legitimidade, ao existir humano, individual e comunitário, na complexidade dos múltiplos factores de conflitos que o condicionam e, não poucas vezes, o dramatizam» (Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 11, a propósito da importância da abertura crítica aos resultados das investigações criminológicas). Neste sentido diz-nos Zipf (*Introducción...*, cit., p. 81) não existir um conceito absoluto de delito, mas apenas um conceito relativo, «porque não há uma forma de configuração absoluta da ordem social, à qual está sempre referido o delito como acto de transgressão», embora, como vimos (nota 4), «existam normas penais com a característica de maior permanência e outras com a característica de maior vulnerabilidade ao tempo e às modificações que este opera nas sociedades». «A história ensina-nos o que permanece, o que se repete de modo análogo, ensina-nos o diferente e o único. Ensina-nos o surpreendente, o imprevisível: o comedimento e a humildade» (Golo Man, *apud* Taipa de Carvalho, *ob. cit.*, p. 12, nota 6). Ainda quanto ao problema da historicidade do crime, diz-nos Eduardo Correia «Desaguando das mais diversas origens, fala-se hoje, com efeito, numa «Umwertung der Werte», ou na dimensão histórica do desenvolvimento dos próprios valores (...). Daí a justeza da ideia de que, tal como a historicidade é inseparável da existência do homem e dos sentidos que lhe cumprem, também o núcleo do ilícito criminal se transforma no tempo, na medida em que é influenciado pela sua dimensão histórica» (*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, pp. 268 e 269).

<sup>7</sup> Mergen, 1961, p. 67, *apud* Zipf, *ibidem*, p. 83.

<sup>8</sup> Zipf, *ibidem*, p. 83.

<sup>9</sup> Parece-nos, no entanto, que tomar consciência da historicidade do crime, aceitar a realidade da sua dependência social-cultural, não implica a adesão a um nihilismo axiológico. Perfilhamos, assim, a pertinente observação de Taipa de Carvalho — «Dizer-se que não existe um conceito de delito natural não significa, de forma alguma, a aceitação ou sequer a rendição a um qualquer relativismo ou nihilismo axiológico, com todos os riscos daqui advenientes para a pessoa humana que se tornaria em objecto «dócil» nas garras do positivismo e do voluntarismo político-jurídico. Significa, sim, que o crime se situa no mundo cultural e que, como tal, só se pode determinar e definir por referência aos

Não é, porém, nosso objectivo aprofundar, neste trabalho, (entrando quer em pesquisas historiográficas-criminológicas, quer nas difíceis polémicas entre juspositivistas e jusnaturalistas, nas suas multimodas correntes) o tema da existência ou não destas «constantes», nem, por outro lado, proceder a uma investigação de tipo sociológico<sup>10</sup> sobre o problema do crime

valores que, em cada época, em cada estágio da *re-criação humana* constituem a «estrutura» fundamental da consciência ético-social.

Tais valores, sendo como que exigências (imanes) e manifestações da própria consciência individual e social, dependem (na sua apreensibilidade) do aprofundamento e do *desenvolvimento* dessa mesma *consciência humana*, aprofundamento e desenvolvimento que só na *historicidade* do concreto quotidiano comunitário se realiza (*Condicionalidade...*, cit., pp. 13 e 14).

Haveria, assim, uma «apreensibilidade» evolutiva dos valores «essenciais» ao Homem, apreensibilidade só realizável na *historicidade* do concreto quotidiano comunitário; parece-nos, assim, que dependente da *historicidade* está essa apreensibilidade mas não, necessariamente, a existência do valor apreendível.

Quando referimos a eventual existência de constantes evolutivas, partíamos de um pensamento semelhante ao acabado de referir. Pretendíamos designar, no fundo, a provável existência de valores que, sendo como que exigências imanes à consciência individual e colectiva, foram mais rapidamente apreendidos por esta mesma consciência, tendo-se aperfeiçoado (e continuando a aperfeiçoar-se) progressivamente esta apreensibilidade...

Salientando esta dialéctica da própria Verdade — sua historicidade e transcendência, diz-nos Baptista Machado: «Todavia, em último termo, a Verdade, se, por um lado, é indeligiável da história do homem, é, por outro lado, transcendente a esta história enquanto história que acontece (enquanto mera contingência) — por isso que exige a transcendência *ad infinitum* do homem tal como é em cada momento histórico e exige, portanto, a transcendência do homem enquanto ser histórico (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 277 — quanto à abertura e incompletude do Homem, podendo-se relacionar, assim, com a necessidade de constante re-criação humana, p. 7 e ss. e *vide infra*, nota 17. Sobre estes polémicos problemas, ainda, deste autor, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, p. 65 e ss.; Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Illicitude...*, cit., p. 111 e ss.).

<sup>10</sup> Referimo-nos (em especial) à sociologia criminal americana, que quis encontrar um conceito de crime o mais possível isento de valoração e independente da norma, através da categoria da «conduta divergente». Seria «conduta divergente» a que se distanciava dos «modelos de conduta e expectativas de desempenho de um papel reconhecidos» (H. Kaufmann, 1971, p. 145 e ss., *apud* Zipf, *Introducción...*, cit., p. 80). Parece-nos impossível encontrar, através desta categoria, um conceito de delito válido. Se nos permite distinguir qual o com-

(muito embora reconheçamos a importância de todas estas abordagens e tenhamos, quando tal se apresente necessário, de a elas recorrer), mas sim de questionar este problema do crime (do que deve ser definido como tal) à luz da Constituição<sup>11</sup>.

portamento mais frequente e qual o minoritário, desviante (chamemos-lhe assim), tal não nos poderá servir de critério, sem mais, para definir o que deve ser considerado crime. Nem todos os comportamentos minoritários terão, necessariamente, e apenas por essa razão, de ser considerados criminosos, pois a divergência tanto pode ser positiva como negativa e mesmo dentro desta última a conduta nem sempre atingirá um tal grau de negatividade que implique que a devamos considerar criminosa. Ora, para distinguirmos entre conduta desviante positiva e negativa e, dentro desta, para avaliarmos do grau de negatividade, não nos podemos servir de critérios quantitativos, mas temos de fazer, necessariamente, juízos de valor. Neste sentido Zipf, *idem*, p. 80: «Na questão, que terá forçosamente de ser colocada, sobre que conduta divergente se quer considerar socialmente lesiva em tal grau que sobre ela devam aplicar-se sanções no sentido de uma pressão para lograr a conformidade, entra-se sem dúvida alguma no âmbito da valorização. Com isto, um módulo meramente quantitativo conduz certamente à afirmação de que, dada uma determinada conduta, se trata de uma conduta minoritária (cf. Lange, 1970, p. 29), mas nunca por si só à afirmação de que é socialmente lesiva em tal grau que o Estado deva reagir perante ela com sanções. Por isso, não é possível averiguar mediante a conduta divergente um conceito de delito verificável com a mera observação» (cf. detalhadamente Zipf, MDR, 1969, p. 889 e ss.). Quanto à teoria do consenso e às teorias sistémico-funcionais parece-nos que também elas não têm a capacidade, por si só, para nos indicarem critérios para a determinação de um conceito material de delito; no entanto, sobre estas teorias nos deteremos um pouco, *infra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3*.

<sup>11</sup> Diremos, com Figueiredo Dias, que independentemente da existência de uma ordem de valores anterior e superior à Constituição, «existem valores constitucionais que, por lacunosos, fragmentários e insusceptíveis de se erigirem em sistema que sejam, presidem à Constituição ou dela resultam» (*Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, n.º 3718, p. 10, nota 82). «Tanto basta», para nos questionarmos sobre a força orientadora da Constituição quanto aos factos a criminalizar. Para Natscheradetz, a vinculação do legislador penal à Constituição material na determinação dos bens jurídico-penais, seria susceptível de encontrar aceitação quer por parte de teorias positivistas moderadas, quer por parte de teorias jusnaturalistas moderadas. (Sobre esta possibilidade de consenso em torno da Constituição, Natscheradetz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, p. 102 e ss.; sobre esta questão, *infra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2*) e *Introdução à Segunda Parte*). De todo o modo, e na sequência do que temos vindo a defender, só nos parece de aceitar uma concepção de Direito Natural que tenha em conta a evolução cultural do homem. A cha-

Sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios, a todo o ordenamento jurídico<sup>12</sup>, reflectindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos factos a criminalizar. Pelo menos, parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídico-penais.

Neste percurso que iremos fazer, teremos de focar questões como a do próprio conceito e teorizações da Constituição e, por outro lado, do conceito de Direito Criminal, ou melhor, da sua

mada «Natureza das Coisas», quando referida aos fenómenos humanos, terá que incluir, necessariamente, o mundo da cultura. A própria natureza do homem é, por essência, aberta, em constante re-criação, postulando a própria acção criadora (re-criadora) do homem — a cultura no seu sentido mais lato, como tudo o que vai além dos dados do mundo físico. Assim, parece-nos que negar a historicidade, esta constante abertura e re-criação, negar a dimensão cultural do homem, seria mesmo contrário à sua natureza; mas, deste modo, estamos simultaneamente a encontrar um princípio que deverá ser tido em conta pelo legislador, um princípio, poderíamos dizer, de Direito Natural... Por outro lado, também nos parece que para a forma de vida humana ter sido possível, para ser possível a própria relação entre os homens, há, inevitavelmente, uma série de princípios que são pressupostos desta forma de vida, que foram surgindo e se foram consolidando de forma espontânea (desde a linguagem, que pressupõe consensos implícitos sobre as suas regras e, assim, o próprio princípio do respeito pelos consensos assumidos — *pacta sunt servanda*, princípio este que se alarga a todos os outros âmbitos da acção humana) e que, assim, são como que axiomas que não se põem em causa. Não se deverão considerar estes princípios mínimos, básicos, de Direito natural? Por «Direito Natural» ou por «Natureza das Coisas», entenderíamos, assim, de acordo com os ensinamentos de Baptista Machado, «algo que não depende do arbítrio humano, muito embora seja algo que constitui o resultado de algum modo espontâneo de um processo evolutivo que assenta numa práxis humana histórica (...) uma ordem que não é resultado de um projecto humano consciente, antes é ela que torna possíveis os projectos humanos (e por isso lhes é anterior) (...)» (*Introdução...*, *cit.*, pp. 299 e 300).

<sup>12</sup> A Constituição como «estatuto fundamental da ordem jurídica geral» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, p. 163).

essência, da sua função<sup>13</sup>, o que se imbrica com o problema do(s) fim(s) da pena e com o da legitimação do poder punitivo do Estado — estando todas estas questões dependentes do tipo de sociedade (vamos referir-nos, em especial, ao caso português) e da «forma» de Estado, assim como das finalidades que este vise prosseguir, tal vem corroborar a necessidade, ou pelo menos, a oportunidade, de perspectivarmos toda esta problemática à luz da Constituição.

A procura de princípios ou critérios constitucionais orientadores do legislador penal na definição dos factos a criminalizar; a dilucidação do problema da área de liberdade/vinculação do legislador, *maxime*, da existência ou não de verdadeiras imposições de criminalização e, conseqüentemente, dos poderes de controlo do Tribunal Constitucional nesta área (dependendo ainda da delimitação de funções por parte de cada órgão de soberania e, assim, de uma equilibrada aplicação do princípio da separação de poderes), pressupõe o esclarecimento daquelas questões prévias.

O primeiro momento do problema que temos por intuito contribuir para esclarecer será, assim, o da capacidade e legitimidade da Constituição para limitar o poder do legislador penal na definição do crime; só num segundo momento nos questionaremos sobre o aspecto mais controverso da capacidade e legitimidade da Constituição para impor a criminalização. A ordem não poderia ser a inversa, uma vez que, se a resposta à primeira questão não determina a solução da segunda, sem dúvida que a condicionará. Digamos que uma resposta afirmativa nos parece ser condição necessária mas não suficiente para a afirmação de imposições constitucionais de criminalização.

No entanto, ainda antes de entrarmos no âmbito das relações Constituição-Direito Penal para a definição dos bens a tutelar penalmente, julgamos oportuna uma breve referência às tentativas no sentido de encontrar um conceito material de

<sup>13</sup> Que nos parece ser, à partida, a protecção dos bens fundamentais da comunidade, como referimos, *supra*, p. 1.

delito, um conceito crítico e transistemático, capaz de orientar o legislador na positivação do crime e de fundamentar a sua escolha, independentemente ainda do eventual contributo da Constituição. Referir estas tentativas, é sintetizar a história do «bem jurídico penal», nos seus passos mais ilustrativos, até se ter chegado, nos nossos dias, a um *relativo* consenso quanto à sua função e formulação abstracta, muito embora persistam as divergências quanto à sua concretização. Só depois de chegados a este ponto, nos questionaremos sobre a sua real operatividade e passaremos ao plano constitucional, como eventual mediatizador deste conceito.

## I PARTE

# CONTRIBUIRÁ O CONCEITO DE BEM JURÍDICO PARA A DEFINIÇÃO MATERIAL DE CRIME?

## Introdução

Tal será a primeira questão a pôr-se.

Constituindo o crime a modalidade mais grave de oposição à ordem jurídica e sendo o Direito uma das formas hoje em dia mais utilizadas na protecção da Pessoa<sup>14</sup> como ser de relação<sup>15</sup> e das próprias Instituições<sup>16</sup> por esta criadas para satisfação das suas necessidades<sup>17</sup>, deverá, assim, consistir na prática dos factos que de forma mais grave afectem Pessoa e Instituições, sendo certo que ainda estas têm (devem ter) por fim último o

---

<sup>14</sup> Nem sempre assim foi. O Direito tende a absorver, hoje, toda a normatividade, que noutros tempos dava grande relevo à religião, moral, normas de cortesia, etc.

<sup>15</sup> «O Direito é a ordenação da sociedade organizada no Estado» (Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, p. 5). Porém, esta ideia, que um Kelsen levará ao seu grau máximo de apuramento, numa espécie de identificação entre Direito e Estado, é muito criticável. O que nos importa aqui sublinhar é apenas a protecção social operada pelo Direito nos casos mais graves de choque social, e, dentro destes, cabendo ainda os mais agudos litígios ao Direito Penal.

<sup>16</sup> Falamos de instituições em sentido jurídico e sociológico, instituições-pessoa e instituições-coisa.

<sup>17</sup> Qualificando o Homem como ser «incompleto» e, assim, «aberto para o mundo», Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 7 e ss., onde se acentua, como consequência deste inacabamento, o carácter relacional do Homem e a essencialidade das instituições na sua vida: «Aquela incompletude da ontogénese carece forçosamente de ser completada pela sociogénese. (...) Ontogénicamente inacabado, abandonado pelos instintos (nele muito rudimentares e inespecíficos), «aberto para o mundo» mas, por isso mesmo inseguro e desorientado, exposto à tentação e ao caos — eis como os antropólogos visionam o ser hominal na perspectiva da antropobiologia. Daí a necessidade radical que o homem tem das instituições» (p. 8). E ainda, como conclusão — «O humano estar em relação pressupõe uma realidade social historicamente «instituída» (p. 11).

Homem, o qual as criou como instrumento para o desenvolvimento da sua personalidade enquanto ser social<sup>18</sup>.

A esses factos que de forma mais grave interferem com a vida das pessoas nos seus aspectos mais essenciais, chamar-se-ia crimes e seriam cominados com a forma, também ela mais grave de sanção — a pena. Sendo a pena uma forma particularmente grave de sanção, interfere com bens valiosos dos agentes dos crimes, podendo-se assim dizer que a inflicção de uma pena, *maxime* da pena privativa de liberdade<sup>19</sup>, constitui uma «espada de dois gumes, tutelando bens jurídicos mediante lesão dos mesmos»<sup>20</sup>. Gravidade da sanção relaciona-se assim, necessariamente, com gravidade da lesão. E assim terá de ser, sob pena de se afectarem valores importantes da Pessoa, sem existência de razão justificativa para tal procedimento. Segundo o pensamento jurídico-penal hodierno, no mundo ocidental, em sociedades democráticas, plurais e abertas, que prestam homenagem ao princípio do Estado de Direito Material (de consagração constitucional), o Direito Penal é visto como o instrumento

18 «Todo direito existe para o homem. Tem por objecto a defesa dos interesses da vida humana («Lebensinteressen».)» (Von Liszt, *Tratado...*, cit., p. 6).

«A pessoa reconhece-se, portanto, como a «razão última» da tutela penal, mas dada a sua natureza radical e ontologicamente comunitária, a sua realização passa pela criação das condições necessárias e indispensáveis à subsistência da sociedade» (Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 90). «É que nem o Estado nem a Comunidade são pensáveis sem o homem, daí que este seja o ponto de partida» (Eduardo Correia, no seio da Comissão Revisora do Código Penal). Assim, não foi casual a ordenação dos tipos legais no actual Código Penal, que começa com os crimes contra as pessoas; esta sistematização exprime uma opção valorativa: «ela é reveladora, entre outras coisas, do lugar que se concede ao homem no mundo normativo, princípio que obteve clara consagração constitucional (...) ela representa a afirmação da dignidade da pessoa, mas não significa o menoscabo dos interesses e valores que o Estado assume e sintetiza em determinado momento histórico» (Preâmbulo do Código, ponto 19, *in fine*; salientando também este aspecto com referência às mesmas passagens, Lopes Rocha, *A Parte Especial do Novo Código Penal*, p. 347 e ss.).

19 Também as outras penas, embora geralmente não sejam tão gravosas, afectam a dignidade da pessoa. Neste sentido, entre outros, Fiandaca, *Bene Giuridico*, p. 52.

20 «Arma a dopo taglio, tutela dei beni giuridici attuata mediante lesioni degli stessi» (Von Liszt, *La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale*, p. 46).

de protecção dos bens fundamentais da comunidade. Diz-nos Figueiredo Dias: «Num Estado de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de protecção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime»<sup>21</sup>.

Por outro lado, e tendo ainda como fundamento a particular gravidade da sanção penal, com todos os custos sociais que tal gravidade implica, é maioritariamente aceite, actualmente, a caracterização da intervenção penal como subsidiária, como a «última ratio» do sistema social e devendo actuar apenas quando se mostre adequada; ou seja, só deverá haver recurso à pena quando tal se torne absolutamente necessário, por não existir uma outra forma suficientemente eficaz de protecção do valor essencial em causa e, concomitantemente, quando ela se apresente idónea, eficaz, apta a proteger esse valor<sup>22</sup>.

21 Figueiredo Dias, *Direito Penal e Estado de Direito Material*, p. 43; neste sentido, do mesmo autor, entre outros, *Os novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*, p. 13 e ss. Também para Fiandaca e Musco (*Diritto Penale. Parte generale*, p. 2): «O Direito Penal contribui para garantir as condições essenciais da convivência, predispondo a sanção mais drástica para defesa dos bens jurídicos: são estes os bens socialmente relevantes considerados merecedores de protecção jurídica».

22 Acrescentando assim à dimensão valorativa a de eficácia, afirma Figueiredo Dias a necessidade de se purificar a ordem jurídica penal «de todas as infracções que não atentem contra bens jurídicos ou cujo sancionamento não exhiba o carácter de necessidade que é condição justificativa da aplicação de uma pena criminal» (*Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3715, p. 299. Também, do mesmo autor, *O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, cit., p. 323). Para Taipa de Carvalho «a função do Direito Penal é a protecção do mínimo ético-jurídico fundamental (dimensão axiológica). Por outro lado, tendo em atenção o carácter gravoso das reacções criminais, só é legítima a intervenção jurídico-penal, quando as sanções de outra natureza (civil, administrativa, ordenação social) se revelarem insuficientes para a defesa e promoção dos valores em causa (dimensão pragmática ou de eficácia: princípio da subsidiariedade, da necessidade ou da intervenção mínima). Só um bem jurídico que satisfaça esta dupla exigência (positiva, isto é, a axiológica; negativa, isto é, a da necessidade) deverá qualificar-se como bem jurídico-penal (*Condicionalidade...*, cit., p. 90). Para Roxin, «a protecção dos bens jurídicos não é apenas realizada através do Direito Penal, mas os instrumentos (meios) de toda a ordem

Com estas breves considerações encontramos o conceito, ou melhor, um conceito, de bem jurídico penal (bem fundamental para determinada comunidade que só possa ser eficazmente protegido através de intervenção penal)<sup>23</sup>, operando como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção punitiva do Estado, conceito que, no entanto, carece de ulteriores explicitações. Por outro lado, o que, à partida, nos pode parecer razoável, ou até mesmo evidente, tem, por trás de si, uma já longa história, feita de avanços e recuos, de lutas de escolas, de polémicas, e está longe, mesmo hoje, de ser pacífico. Pois, se se consegue chegar a *algum* consenso quanto à definição abstracta (mesmo nesta fase já se indiciam, por vezes, as divergências, através das diferentes expressões utilizadas v.g. — valores, bens, mínimo ético) de bem jurídico e de danosidade social (como ofensa grave desses mesmos bens jurídico-penais), já inúmeras dificuldades surgem quando se trata de concretizar conceitos abstractos, quando se trata de converter o bem jurídico num conceito dotado de função crítica, capaz de orientar ou até mesmo de vincular o legislador penal na escolha dos factos a

---

jurídica (*der gesamten Rechtsordnung*) devem contribuir para tal protecção. O Direito Penal é até o último entre todos (...) ele só deve intervir, quando os outros meios (...) falham na resolução do problema social» (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 17, Rn. 28). Relacionando a imprescindível presença da *Strafwürdigkeit* (dignidade penal) com a particular gravidade das sanções penais, diz-nos Gallas ser digno de pena «aquele comportamento antissocial, tão perigoso e reprovável e tão intolerável como exemplo, que para defesa da sociedade aparece como *necessária e ajustada* uma reacção como a pena, o meio mais drástico de coerção estadual e a expressão mais forte de censura social» (*apud* Costa Andrade, *A «Dignidade Penal»...*, cit., p. 4: sublinhado nosso. Sobre a relação que intercederá entre dimensão valorativa e dimensão de eficácia do bem jurídico penal, *infra*, *Segunda Parte, Terceiro Capítulo* e ainda *Terceira Parte, Quinto Capítulo*).

<sup>23</sup> Embora por vezes haja uma certa confusão terminológica, utilizando-se a expressão «bem jurídico» ora para referir um valor relevante para o Direito em geral, ora um valor relevante para o Direito Penal, e outras vezes ainda para indicar um valor relevante para o Direito Penal, mas que preencha também a dimensão pragmática, tratar-se-á apenas de uma questão terminológica, pois há um certo consenso quanto à necessidade de um valor só dever ser protegido pelo Direito Penal quando preenche quer a dimensão valorativa quer a pragmática (*vide* nota anterior).

criminalizar e a descriminalizar. Este mesmo conceito abstracto pode ser susceptível de diferentes ou até opostas concretizações. Preocupado com este aspecto problemático do conceito de bem jurídico e, conseqüentemente, com a insegurança que ainda reina neste domínio, diz-nos Costa Andrade «Do ponto de vista crítico, é forçoso reconhecer que ainda não se conseguiu converter o bem jurídico num princípio operativo susceptível de demarcar com alguma consistência as margens do legitimamente crimínavel». E, ainda neste sentido: «As opiniões continuam, contudo, a divergir quando se trata de concretizar o sentido da *danosidade social* ou, inversamente, identificar os singulares bens jurídico-penais»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> in *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia (Decreto-Lei n.º 26/84 de 20 de Janeiro)* à Luz do Conceito de «Bem Jurídico», pp. 75 e 81.

## I CAPÍTULO

### Qual o contributo da evolução histórica do conceito de bem jurídico?

#### 1. O Iluminismo criminal e o conceito material de crime

a) Embora a paternidade do conceito «Bem Jurídico» tenha sido atribuída pela historiografia a Birnbaum, há quem entenda que as raízes deste conceito se podem encontrar no período do Iluminismo Criminal, uma vez que foi nesta fase que, reagindo-se contra a arbitrariedade da «justiça» criminal do período anterior (não só na forma de aplicação e execução das penas mas também na definição — e na falta de definição clara e prévia — dos crimes), se pretenderam traçar limites ao «*ius puniendi*» na determinação dos crimes, procurando-se, para esse fim, um conceito material de delito. Assim, identificou-se o crime com a necessária lesão de um direito subjectivo do indivíduo ou da comunidade, pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano directamente a uma pessoa em concreto ou à própria «república».

«Delito ou crime (injusto) é só aquilo com que privo, directa e imediatamente, de algo o próximo individual ou a república (...). O jurista e político que pensa com autonomia não deve deixar-se induzir, por práticas morais e palavras sonoras, no erro de procurar a dimensão do delito em algo que não seja, única e exclusivamente o dano que do mesmo resulta para a sociedade (...). A nossa regra é esta: quanto mais nocivo é o resultado que um facto causa à república, tanto mais punível é o facto. Mas, se não produz nenhum resultado nocivo na república, é indiferente ou, pelo menos, não é objecto das leis penais civis»<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Hommel, *apud* Roxin, *Franz von Liszt y la Concepción Politicocriminal del Proyecto Alternativo*, p. 46.

Para Beccaria, importante defensor deste «conceito liberal de bem jurídico», o direito de punir funda-se na «necessidade de defender o depósito da saúde pública das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e maior a liberdade, que o soberano conserva aos súbditos»<sup>26</sup>.

Para Feuerbach, que procurou delimitar o ilícito criminal do ilícito policial e que se preocupou em estabelecer a distinção do Direito face à moral, o crime consiste sempre na «violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado», entendendo os direitos subjectivos num sentido positivo — «nos direitos subjectivos eram protegidas esferas concretizadas de liberdade pessoal»<sup>27</sup>. «Toda a pena (...) é a consequência jurídica dum lei fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível»... «crime é (...) uma acção que contraria o direito de outrem»<sup>28</sup>. De acordo com este pensamento define como único objectivo estadual «...a defesa da liberdade e não a promoção da cultura ou da moralidade»<sup>29</sup>. Assenta, assim, a concepção crítica de Feuerbach, no crime como lesão de direitos subjectivos, no Estado como defensor da liberdade e na distinção entre Direito e moral<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*, p. 6 e ss.

<sup>27</sup> Sina, *Die Dogmengeschichte...*, p. 12, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 49.

<sup>28</sup> Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, apud Costa Andrade, *idem*, p. 43.

<sup>29</sup> Wurttemberg, *Das System des Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung*, p. 216, apud Costa Andrade, *Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação*, p. 91, onde se refere o contributo de Feuerbach para a distinção entre Direito Penal e Direito Penal de polícia (p. 91 e ss.).

<sup>30</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a concepção de Feuerbach, Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 42 e ss., referindo como influências determinantes do pensamento deste autor o jusracionalismo, o iluminismo e o idealismo Kantiano. Assim como Kant, parte do princípio de que ao Estado cabe «exclusivamente a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um. É na liberdade — e só na liberdade — que o direito encontra a raiz material e a matriz da legitimidade» (*idem*, p. 45). Segundo Larenz, para Kant havia um só bem jurídico — a liberdade (apud Costa Andrade, *Contributo...*, cit.,

Em Portugal, um dos mais importantes defensores do iluminismo criminal, fortemente influenciado pelo pensamento de Beccaria, foi Melo Freire<sup>31</sup>. O seu conceito de delito obedece a este pensamento iluminista, relacionando-o, assim, necessariamente, com a criação de um dano para a sociedade ou para os indivíduos — «Delito é o facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer uma pena»<sup>32</sup>. Relacionando o mal do crime com o mal da pena, caracteriza-a, citando Groccio, como «o mal do sofrimento que é infligido por causa do mal das acções»<sup>33</sup>.

Na Enciclopédia, sobre a rubrica «Peines», escrevia-se: «Le bien public est le grand but des peines». Positivando este ideal iluminista, consagrava a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 «La loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société (...) ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...)».

p. 89). Também se nota a influência de Kant na preocupação em distinguir entre Direito e moral e na expurgação do Direito Penal de finalidades transcendentes, religiosas «ou mesmo relevando do horizonte do Bem-Estar (*Wohlfahrt*)» (Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 45). No entanto, sobre os pontos de divergência de Feuerbach em relação a Kant, *idem*, p. 48.

<sup>31</sup> Autor — entre várias obras capitais e «fundadoras» do «Direito Pátrio» — de um projecto de Código de Direito Criminal (1789) que, no entanto, não veio a ser aprovado (só em 1852 cessou a vigência das Ordenações com o nosso primeiro Código Penal) e das *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*. Sobre Melo Freire, vide E. Correia, *Direito criminal I*, pp. 105 a 107; Francisco José Veloso, «Prefácio» às *Instituições de Direito Criminal Português*, de Melo Freire, pp. 5-41.

<sup>32</sup> Citação que Melo Freire faz de Groccio, § II do Título I, *Iustitia — De Jure Belli ac Pacis*, Livro II, cap. XVIII, apud Pascoal de Melo Freire, *Instituições de Direito Criminal*, p. 55.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 64. Refere ainda a definição de pena da autoria de Wolf «O mal físico aplicado, por causa de um mal moral, por aquele que tem o direito de obrigar» (Wolf, *Institutiones Juris Naturalis ad Gentes*, P. I, cap. III, p. 93, apud, *idem*, p. 64). Esta relação entre dois «males», dois aspectos negativos, é também acentuada, como vimos, por Liszt. (De resto, também por Hegel; para este, com o sentido do mal da pena neutralizar o mal do crime, caracterizando a pena como «um direito do criminoso»).

Direito subjectivo, danosidade social<sup>34</sup> e necessidade de pena são, assim, pressupostos do conceito iluminista de crime.

b) Este pensamento estava de acordo com os alicerces da mundividência desta época: contratualismo, individualismo, racionalismo, utilitarismo, legalismo-garantismo, codificação e secularização.

Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas, essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, à defesa da sociedade; quer dizer, para protecção da liberdade e direitos subjectivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenir danos sociais, mas já não para se alcançarem fins transcendentais, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho para a perfeição. Para Beccaria o «ius puniendi» resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte da sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a «liberdade possível em sociedade»<sup>35</sup>. Também Feuerbach via «nos direitos inatos do indivíduo e do Estado, reconhecidos no contrato social, os únicos bens penalmente tuteláveis»<sup>36</sup>. Assim, «quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime»<sup>37</sup>. Também para Melo Freire o direito de punir deriva do pacto social, através do qual os cidadãos renunciam a parte dos seus direitos em

34 No entanto, enquanto que individualistas como Hommel e Beccaria reconhecem um significado autónomo à danosidade social, o mesmo já não se passa com Feuerbach que leva ao extremo o ideário individualista liberal. (Neste sentido, Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 50).

35 *Apud* Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 52.

36 Feuerbach, *Revision*, II Teil, p. 12, *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 15.

37 Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 43.

favor do Estado<sup>38</sup>. Para os iluministas, é no contrato social que se encontra o fundamento e os limites ao poder criminalizador<sup>39</sup>.

Ligada à ideia de contratualismo está, por um lado, a de individualismo e racionalismo, e por outro, talvez paradoxalmente, a de utilitarismo.

c) De individualismo e racionalismo se pode falar, pois pretende-se elevar a posição do Homem, de cada Homem, e da Razão humana, da sua dignidade e autonomia. Afirma-se a prioridade do indivíduo face ao Direito e ao Estado — «o Homem é a medida de todas as coisas»<sup>40</sup>; o indivíduo é «o ponto de partida autónomo da ordem social e política»<sup>41</sup>; consequentemente, o indivíduo é visto como portador de direitos inatos, invioláveis, pré-jurídicos, de reconhecimento necessário pelo Direito, direitos que surgem simultaneamente como fundamento para o poder punitivo (o Estado está legitimado a intervir precisamente quando os direitos subjectivos são lesados) e como garantias face ao poder estadual.

Diz-nos Feuerbach: «Independentemente do exercício de um acto do governo ou da declaração do Estado, há direitos — dos cidadãos e do próprio Estado. Estes direitos, tutelados pelas leis penais, fundamentam o conceito de crime em sentido estrito»<sup>42</sup>. Afirma-se, assim, «a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente»<sup>43</sup>.

38 Pascoal de Melo Freire, *Instituições de Direito Criminal*, p. 63.

39 Para o pensamento iluminista «...é o contrato social que fornece simultaneamente o fundamento, os fins e os limites do poder punitivo do Estado, (...) ideia que tem no «Esprit des Lois» (1748) de Montesquieu o seu mais expressivo manifesto...» (Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 88).

40 Recuperando, assim, uma frase-princípio Clássica, e depois Renascentista.

41 Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 13.

42 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen: G. F. Heyer's Verlag, 1847, p. 46, *apud* Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 92.

43 Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 14, onde chama a atenção para o facto de se estar a referir à construção contratual do Estado de Locke que salvaguarda a autonomia individual e não à de Hobbes que acaba por legitimar o poder absoluto.

Na Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789 pode ler-se: «O esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos» e ainda: «O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis, consistindo estes na liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão».

Assim, o conceito de crime do iluminismo tem uma vertente marcadamente individualista e também transistemática, pré-jurídica, na medida em que os direitos subjectivos têm carácter originário, inato<sup>44</sup>. Deste modo, as condições necessárias para a existência da sociedade poder-se-iam determinar objectivamente, colocando-se ao Direito «um problema de verdade (de descoberta da verdade, apreensível pela razão humana) e nunca de decisão de valor»<sup>45</sup>.

d) Mas de utilitarismo se poderá também falar, pois afirma-se que o Direito Penal tem por finalidade a protecção da sociedade, a prevenção geral, e deve punir com esse fim e na medida necessária para o alcançar. Assim, apesar desta época se costumar apelidar de individualista, e ter, de facto, componentes individualistas, este ideal vem a ser prejudicado, na opinião de alguns autores<sup>46</sup>, por aquela preocupação utilitarista que não conhece nenhum limite ético à finalidade de protecção social nos termos descritos. É que, se por um lado, a tentativa de restrição do Direito Penal à protecção das liberdades e direitos subjectivos dos indivíduos ou da «república» constitui por si só um limite ao «ius puniendi», por outro, a justificação de qualquer intervenção tendo por fundamento a defesa dessas

<sup>44</sup> Há contudo uma mescla de opiniões em torno da Declaração e dos seus direitos: poderiam ser direitos naturais e inatos, ou direitos positivos ancestrais, pré-iluministas: direitos dos Gauleses, ou dos Gregos e Romanos, ou direitos aristocráticos, na verdadeira versão de Montesquieu.

<sup>45</sup> Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 50, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 36, contrapondo o pensamento iluminista ao conceito de bem jurídico de Birnbaum.

<sup>46</sup> Vide Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 49 e ss. nota 81 e p. 52 e ss.

liberdades e direitos, da sociedade, não é suficiente. Se se afirma a prevenção geral, desenhada nestes moldes, como único fim, limite e fundamento da pena, ela pode tornar-se, ao mesmo tempo, em meio de instrumentalização do homem, pois cada indivíduo pode vir a ser utilizado como «exemplo para os demais», como «meio» a ser «usado» em prol da defesa social. É claro que o iluminismo também combateu as penas cruéis e infamantes e preocupou-se, assim, com a humanização do sistema penal, em nome dos próprios direitos dos indivíduos e como reacção à crueldade do sistema penal anterior; poder-se-á dizer, então, que tal perigo de instrumentalização não existiria, que tal crítica se adequaria melhor à época precedente... Que tal perigo existiria ainda em maior grau em períodos anteriores, é certo, dado o processo de suavização das penas que se foi concretizando com o iluminismo, o próprio limite à criminalização através da referida noção material de crime, assim como a necessidade da sua definição prévia na lei<sup>47</sup>; mas que tal perigo tivesse cessado é que parece ser mais duvidoso, dada a inexistência de um limite ético capaz de graduar a responsabilidade

<sup>47</sup> Princípio da legalidade como garantia do indivíduo face ao poder estadual — a defesa da liberdade e igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei impunha que os crimes estivessem prévia e claramente descritos na lei, assim como a pena correspondente, o que, para além desta função de garantia contra o arbítrio estadual, também contribuía para o fim de prevenção geral. (Por exemplo, para Feuerbach, a previsão legal era essencial para que o mecanismo da «coacção psicológica» pudesse funcionar).

<sup>48</sup> Do esquecimento deste aspecto derivam as críticas da escola clássica ao pensamento iluminista. Apesar do seu conceito de culpa poder padecer de irrealismo, tal não retira a pertinência da chamada de atenção para a necessidade de um limite ético à responsabilização do indivíduo, como barreira ao perigo de instrumentalização do homem, instrumentalização essa que os próprios iluministas teriam pretendido banir ao afirmarem a prioridade do indivíduo e dos seus direitos imprescritíveis perante o poder estadual. Hoje é consensualmente aceite a necessidade deste limite ético à pena, embora já haja divergências quanto à sua caracterização. Desde logo, divergem as opiniões quanto à concepção de culpa — concepção psicológica, concepções normativas — culpa referida à vontade, partindo da crença no livre arbítrio; culpa referida à personalidade — sobre esta última concepção, vide Figueiredo Dias, *Culpa e Personalidade*; como introdução ao estudo sobre as várias concepções de culpa — Figueiredo Dias, *Direito Penal*, pp. 213-227, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 561 e ss.

penal individual, capaz de obviar à tentação de, com penas mais ou menos cruéis, sobrepor as necessidades de defesa da sociedade à justiça da decisão; quer se procure este limite na culpa (numa das suas diferentes formulações) quer num outro conceito apto a exercer esta mesma função, o certo é que é preciso encontrá-lo e afirmá-lo (não sendo, obviamente, indiferente, a sua concreta formulação para se conseguir uma solução mais justa e mais adequada à pessoa do infractor)<sup>48</sup>.

Vimos, assim, que a ideia de defesa social, de dano social, pode ser «um pau de dois bicos», operando como limite, mas podendo também favorecer a instrumentalização do indivíduo se não for acompanhada de outras precauções.

e) Outras antinomias se podem também descortinar na própria definição de Direito e suas fontes, com reflexos ainda na contraposição individualismo/utilitarismo. É que, se por um lado se afirma a natureza inata, pré-jurídica, dos direitos subjectivos, e se situa a sua fonte no indivíduo, cabendo ao Estado apenas o seu reconhecimento e não a sua criação, por outro lado, sendo necessário este mesmo reconhecimento e não havendo nenhuma referência objectiva superior, o efeito da declaração estadual torna-se, de facto, constitutivo<sup>49</sup>.

Por fim, para certas concepções do contrato social, este deixa de ter um cunho individualista, na medida em que os indivíduos abdicam da sua vontade individual em favor da Vontade Geral. Estamos a pensar na formulação da renúncia total de Hobbes, que legitimou o absolutismo, mas também (na opinião de alguns autores) na de Rousseau. Já assim não terá sido na de Locke que perfilhou a tese da renúncia parcial, e se preocupou com a defesa da autonomia privada<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Sobre este aspecto, vide Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 50. Neste sentido, a obra de Pascal Diener, *Idée Nominaliste et Déconstruction du Droit*, pp. 229-255. Ainda sobre os direitos individuais como pré-jurídicos, vide Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 11 e ss.

<sup>50</sup> Deve-se ter em conta, no entanto, que quer para Locke quer para Rousseau, a liberdade é concebida «como liberdade no Estado-sociedade, como corpos indiferenciados, ao contrário das doutrinas fisiocráticas da ordem natural, conducentes à concepção exclusiva de uma liberdade perante o Estado. É esta con-

O que queremos, no fundo, realçar, é que a ideia de contrato social não é nenhuma «varinha de condão» que garanta sem mais a individualidade e liberdade de cada homem, ao contrário do que poderia, à partida, parecer, e terá sido sua intenção inicial. Tal liberdade e individualidade poderá ficar em causa quando a Vontade Geral não conhece limites<sup>51</sup>. Recorde-se a frase de Rousseau: «Se o Estado republicano ordenar, em nome do bem público, que morram inocentes, estes devem deixar-se matar»<sup>52</sup>.

Ora, reduzindo tudo à defesa social, a um pensamento utilitarista que insiste apenas na necessidade de prevenção geral (que nos parece ser o fim último do Direito Penal, a sua razão de ser, mas que não deixa de carecer de limites), transformando-se os efeitos da declaração estadual dos direitos individuais em constitutivos e a Vontade Geral em única fonte do Direito, contrariam-se as premissas do sistema: a necessidade de defesa do indivíduo e seus direitos originários<sup>53</sup> e, pelo menos até certo ponto, a própria função crítica, transistemática, desta concepção, face ao Direito positivo<sup>54</sup>. Por isso nos diz Taipa de

cepção assente no dualismo Estado-Sociedade e na ideia de esfera de liberdade só limitada pelos direitos dos outros, que adquirirá contornos mais precisos no constitucionalismo tardio das monarquias dualistas (...)» (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.<sup>a</sup> edição, pp. 425 e 426; itálico nosso).

<sup>51</sup> A propósito da teoria do contrato social de Hobbes e Rousseau diz-nos André-Vincent: «As vontades individuais extinguem-se para ressuscitar na Vontade Geral: no mesmo momento em que elas se afirmaram como fundamento, elas abdicaram em favor da Vontade Geral. Não há senão um fundamento: o Contrato Social. Não há senão uma fonte primeira do direito: a Vontade Geral.» (André-Vincent, *Le Fondement du Droit et la Religion d'après les Documents Pontificaux Contemporains*, pp. 153, 154, apud Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 51, nota 81). Ainda sobre os aspectos antinómicos na teoria do contrato social, Michel Villey, *Philosophie du Droit*, p. 140 e ss.

<sup>52</sup> Apud *idem*.

<sup>53</sup> Na medida em que se considerem legítimas decisões da Vontade Geral que ponham em causa a dignidade individual...

<sup>54</sup> Na medida em que, tendo-se partido da necessidade de apor limites à vontade do legislador, através da definição de um conceito material de delito, se acabe por legitimar qualquer decisão do legislador, como representante da Vontade Geral, ou na medida em que se identifique mesmo o conceito material de delito com o que o legislador acabar por considerar como tal.

Carvalho que «aquilo que os «ilustrados» quiseram fazer entrar pela base acabaram por deixar fugir, em grande parte, pela cúpula»<sup>55</sup>. Não terá vivido, de facto, este período, nesta contradição?<sup>56</sup>

f) Por fim, caberá acentuar a influência fundamental da autonomia do poder político e da razão humana face à lei divina, na própria definição do crime. Abandonando-se uma visão teocêntrica, que fazia derivar, em última instância, a legitimidade do poder, do próprio poder divino e religioso e a validade da razão humana da lei divina, e substituindo-se esta concepção por uma outra que afirma a separação entre poder político e poder religioso e a validade da razão humana «a se» (secularização)<sup>57</sup>, torna-se possível a distinção entre crime e pecado, Direito e moral, Direito e religião, com a consequente expurgação do Direito Penal dos delitos religiosos e das condutas pecaminosas ou imorais, mas que não ofendam direitos subjectivos dos indivíduos ou da própria comunidade, que não causem danos sociais; torna-se ainda possível a progressiva negação de influência do Direito canónico no Direito criminal e advoga-se a tolerância religiosa e, mais ainda, a própria liberdade religiosa<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 58.

<sup>56</sup> Mais desenvolvidamente, sobre esta possível contradição, Taipa de Carvalho, *idem*, p. 49 e ss., em especial nota 81, onde também se critica a redução do Direito à lei, por inexistência de limites à vontade da maioria. Quanto a tais limites, v.g., Alberto Montoro Ballesteros, *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*; Mário Bigotte Chorão, *Temas Fundamentais de Direito*, p. 131 e ss., e *passim*. Quanto aos perigos de uma ditadura da maioria, Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, p. 101 e ss. Não será este, no entanto, o lugar adequado para aprofundarmos toda esta problemática.

<sup>57</sup> «A fundamentação da validade da razão humana (como critério do verdadeiro e do justo) na lei divina: (heteronomia e transcendência) substituí-se a afirmação da validade da razão «a se» (autonomia e imanência)» (Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., pp. 48, 49, nota 79). Sobre os antecedentes históricos do processo de secularização, vide Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., pp. 32 e 33, nota 7 e bibliografia aí citada.

<sup>58</sup> Porém, entre nós, a total liberdade religiosa não consta, nem dos Projectos de Melo Freire (iluminista), nem sequer dos textos do constitucionalismo liberal. De um modo geral, apenas os estrangeiros têm liberdade de crença, mas não a têm, geralmente, de culto.

É importante acentuar este aspecto, uma vez que a teoria iluminista do crime teve um «inequívoco entono crítico de sentido liberal, votado expressamente a recusar a legitimidade da criminalização das ofensas à religião e certas manifestações de imoralidade»<sup>59</sup>. Neste sentido, distingue Feuerbach, como vimos, o Direito da moral, contrapondo a uma visão que faz derivar o Direito da moral «uma razão jurídica, que é a afirmação máxima do princípio liberal e jusnaturalista da autonomia do direito face à moral»<sup>60</sup>. Assim, «ao estado não cabe formular juízos sobre a moral, nem erigir-se em protector da religião. A moral e a religião convertem-se em assuntos privados»<sup>61</sup>.

O Código Penal da Baviera (1813), da autoria de Feuerbach, concretiza<sup>62</sup> este ideal, não criminalizando a heresia, a blasfémia, a bigamia e o incesto. Por outro lado, remete para o Direito Penal de Polícia a sodomia, a heresia, a prostituição, o concubinato, a formação de seitas, etc.<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 77. Neste sentido, texto *supra*, a), nomeadamente as citações de Hommel e de Feuerbach...

<sup>60</sup> Baratta, *Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza. Contributo alla Filosofia e alla Critica del Diritto Penale*, Milano, 1963, p. 160, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 45.

<sup>61</sup> Bloch, *Naturrecht...*, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 45.

<sup>62</sup> Apenas até certo ponto, na opinião de alguns autores, nomeadamente na de Costa Andrade, uma vez que foram tomadas soluções de compromisso.

<sup>63</sup> Já anteriormente Globig/Huster haviam defendido, na senda do iluminismo criminal, a remissão para o Direito Penal de polícia de condutas como «o incesto, relações sexuais extra-matrimoniais, a sodomia, outras infracções contra os bons costumes (desobediência aos pais, automutilação, usura, elevação dos preços, etc.), todas as condutas perturbadoras e perigosas, crimes contra a religião, etc.» (Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo. História y Derecho Comparado*, p. 152, *apud* Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 90), excluindo-as, assim, do seio do Direito Penal, que se circunscreveria às «lesões do contrato social». O Direito Penal de polícia já teria por finalidade «promover a moralidade, a boa alimentação o aumento da riqueza nacional e tudo o mais relativo ao bem estar do cidadão e, em geral, à melhoria da saúde física e moral» (Mattes, *ob. cit.*, p. 151, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 47; vide também p. 46, onde se faz uma referência mais detalhada ao pensamento destes autores, situando-os na confluência entre o despotismo esclarecido, com as suas pretensões salutistas e eudemonistas e as exigências do iluminismo e ainda, do mesmo autor, *Contributo...*, cit., p. 90). Quanto ao problema da instrumentali-

g) Assim, cingindo-nos ao aspecto que aqui nos move — o da limitação e concomitantemente legitimação da intervenção criminalizadora, diremos parecer-nos que, apesar das antinomias referidas, o pensamento iluminista contribuiu, de alguma forma, para se encontrar um conceito material de delito, o qual possui um conteúdo crítico, transistemático, embora tenha ainda contornos algo vagos. Deste modo, não terão sido de todo em vão as tentativas de delimitação dos factos que legitimamente se poderiam considerar criminosos, para as quais assumiu particular relevo, como vimos já, a ideia de direito subjectivo individual ou da comunidade e de dano social, a distinção do Direito face à religião e à moral, assim como a categoria da necessidade penal.

zação da divindade pelo poder, no Estado de Polícia, com a passagem de um Estado baseado na divindade e na religião a um outro que abandona a visão teocêntrica, mas que se serve da religião como meio para manter o poder e o servir («agora é a divindade que é posta ao serviço do Estado e dos seus interesses eudemonistas» — Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 91), sendo os valores religiosos «degradados à categoria de «meros bens da Administração» (Oehler, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, p. 104, apud Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 91); sobre esta problemática vide Costa Andrade, *Contributo...*, cit., pp. 90 e 91, e ainda, do mesmo autor, *Consentimento...*, cit., p. 47, em nota. Será oportuno referir que, segundo a concepção de Feuerbach, as infracções de polícia distinguem-se dos crimes em sentido estrito por consistirem em «acções ou omissões que em si e por si não lesam direitos do Estado ou de um súbdito mas que são impostas ou proibidas sob a cominação de uma pena por causa do perigo para a segurança e a ordem jurídica» (definição estabelecida no próprio Código Penal da Baviera, § 2, n.º 4), o que implica já uma considerável restrição do próprio âmbito do Direito Penal de polícia, em relação à concepção de autores que anteriormente pretenderam fazer esta distinção, como é o caso de Globig/Huster. Nesta limitação do próprio âmbito do Direito Penal policial advogada por Feuerbach, pode ver-se ainda a influência de Kant: «As acções que, de per si, não lesam nenhum direito só poderão (...) ser proibidas e sancionadas como delitos de polícia se puserem em perigo a ordenação jurídica» (Amelung, *ob. cit.*, apud Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 89). Para mais desenvolvimentos sobre a distinção feita por Feuerbach entre crimes e infracções de polícia, vide este artigo, em especial pp. 91 a 94, onde se refere que, reconduzindo este autor, quer o crime quer a infracção policial, aos direitos subjectivos do cidadão ou do Estado, acaba por «converter uma distinção qualitativa numa mera diferença de grau: lesão ou perigo de lesão de direitos» (p. 94).

## 2. Ulterior evolução — Birnbaum e o conceito de bem (jurídico)

a) Começou por se dizer, no início deste capítulo, que se tem entendido que a raiz do conceito de bem jurídico se pode encontrar no pensamento do iluminismo criminal. O que foi dito até aqui em relação à concepção iluminista do crime, leva-nos a crer que este período foi rico nas tentativas de criação de um conceito material de delito, transistemático, pelo menos com alguma capacidade orientadora e legitimadora (apesar das antinomias referidas e da inevitável vagueza dos conceitos — direitos subjectivos originários, danosidade social/simples ofensas à moral, que poderá comportar, assim, algumas divergências de concretização) do legislador penal na sua tarefa criminalizadora/descriminalizadora e com alguma capacidade crítica.

Caberá agora questionar o ulterior desenvolvimento deste conceito. Poder-se-á encontrar algum fio condutor comum desde o conceito de crime do iluminismo até aos nossos dias, passando por Birnbaum, por Binding, Liszt, e pelos neo-kantianos como Honig e Schwinge?

Na resposta que vamos tentar dar a esta questão, centrar-nos-emos, precisamente, no pensamento destes autores, por nos parecer dos mais significativos, não perdendo de vista o problema que nos conduz neste trabalho — a procura de um conceito com função transistemática, crítica, orientadora, e já não possíveis contributos do conceito de bem jurídico para outros fins (dogmáticos, teleológicos, classificatórios, etc.)<sup>64</sup>.

Antes de mais, cabe referir que não é pacífica a existência de uma continuidade entre o conceito material de crime do iluminismo e a primeira concepção de bem jurídico da autoria de Birnbaum. Se é verdade que, como dissemos, se costuma iniciar a história do bem jurídico no denominado período do iluminismo criminal, tal não significa que desde essa altura até

<sup>64</sup> É claro que não nos será possível fazer um estudo aprofundado desta evolução, dado os limites espaço-temporais deste trabalho e o objectivo fundamental que o norteia. Limitar-nos-emos, assim, a enunciar as linhas-mestras do pensamento destes autores quanto ao conceito de bem jurídico, em especial questionando-nos sobre a sua capacidade crítica.

aos nossos dias tenha havido uma linha constante de evolução, apontando sempre num mesmo sentido. Pelo contrário, através desta expressão já se têm pretendido identificar as mais diversas realidades. Neste sentido diz-nos Costa Andrade: «A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenómenos de revolução no sentido etimológico (revolutio), de retorno ao que se julgava já irrepitivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinómicos»<sup>65</sup>.

b) Ora, se a doutrina tradicional entende ser a teoria do bem jurídico, iniciada por Birnbaum, uma «emanação directa ou pelo menos uma continuação da doutrina iluminista», para outros autores existiria uma «fractura irreparável entre as duas teorias»<sup>66</sup>.

No primeiro sentido, afirmando o «significado originariamente liberal da teoria do bem jurídico» diz-nos Sina que «o conceito de bem jurídico era real e inequivocamente uma continuação da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminístico no sentido da determinação de um conceito material de crime»<sup>67</sup>. De acordo com esta posição está também Stella, quando se refere à teoria do bem jurídico na experiência alemã nestes termos: «nascida no século passado com uma clara inspiração liberal e com o declarado intento de estabelecer um limite à tarefa do legislador penal, circunscrevendo o elenco de factos merecedores de pena somente aos (factos) socialmente

<sup>65</sup> Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 76. Sobre a recorrência no pensamento jurídico, a partir de um exemplo de recorrência — a distinção entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social (a qual tem, obviamente, relação directa com o problema que nos ocupa — a definição de bem jurídico penal), Faria Costa, *A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: A Distinção entre Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social*.

<sup>66</sup> Angioni, *ob. cit.*, p. 18, nota 26.

<sup>67</sup> Sina, *Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, p. 31, *apud* Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., pp. 77 e 78. No mesmo sentido Hassemer *Theorie und Soziologie...*, cit., p. 51.

danosos, ofensivos de entidades «reais» («empírico-naturais») do mundo externo (...)»<sup>68</sup>; esta seria, segundo a interpretação de Stella, a posição de Birnbaum, pai da teoria do bem jurídico, ainda na senda do pensamento iluminístico-liberal<sup>69</sup>.

Em sentido oposto concluem, no entanto, outros autores, nomeadamente Amelung<sup>70</sup>. Para estes, não existiria essa linha de continuidade entre a concepção iluminista de crime e a teoria do bem jurídico de Birnbaum, argumentando com o facto desta teoria ter nascido em manifesta oposição àquela concepção de crime como violação de direitos subjectivos, pretendendo substituir o conceito de direito subjectivo por outro mais lato — o de bem jurídico, capaz de legitimar «os crimes contra a religião»<sup>71</sup>. Assim, a mudança de conceito — de direito subjectivo para bem jurídico, corresponderia a uma mudança de sentido no entendimento do crime, reagindo contra o pensamento iluminista que pretendia estabelecer a distinção entre moral e

<sup>68</sup> Stella, *La Teoria del Bene Giuridico...*, cit., p. 4.

<sup>69</sup> Também nesta linha vai o pensamento de Hassemer (*Theorie und Soziologie...*, cit., p. 41 e ss. e p. 51). Hassemer, opondo-se ao entendimento de Amelung, afirma que «o pensamento da violação do direito e o pensamento do bem jurídico não implicam do ponto de vista político-criminal, resultados alternativos, constituindo antes diferentes formulações da mesma realidade político-criminal (...)» (*Recensão* ao livro de Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, 1975, p. 155 e ss., *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 93, nota 9). Ainda neste sentido, Frank (Frank, *VDA*, 5, 1908, p. 170 e ss.), Schaffstein (Schaffstein, *Das Verbrechen*, p. 112 e ss.; do mesmo autor, *DStR* 1935, p. 98 e ss., e 1937, p. 338), Jäger (*Strafgesetzbuch*, p. 6), Otto (*Grundkurs*, AT, p. 7), Gregori (Gregori, *Saggio*, p. 23), todos referidos por Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 54, nota 40 e, este último, ainda em Angioni, *ob. cit.*, p. 18, nota 26. Também Musco, embora reconheça que a teoria do bem jurídico surgiu como reacção ao conceito de crime como violação de direitos subjectivos, acaba por concluir ter esta teoria «representado um seguro momento de continuação daquela (concepção) até porque dela vai receber as fundamentais instâncias políticas». (Musco, *Bene Giuridico e Tutela dell'Onore*, p. 59).

<sup>70</sup> Para além de Amelung (*Rechtsgüterschutz...*, sobretudo pp. 1 e ss. e 43 e ss. — referido por Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 54, nota 41 e por Angioni, *ob. cit.*, p. 18, nota 26), caberá referir Honig, *Die Einwilligung*, p. 32 e ss. e Moos, *Verbrechensbegriff in Österreich*, p. 212 e ss. (*apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 54, nota 41, e Angioni, *ob. cit.*, p. 18, nota 26).

<sup>71</sup> Neste sentido Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, p. 140 e ss., *apud* Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 78.

Direito, religião e Direito, expurgando do Direito Penal condutas apenas contrárias à religião ou à moral. Quanto a este aspecto, Birnbaum acentuava o facto de, na história do Direito Penal alemão, a punição do incesto e dos crimes contra a religião ter tido sempre lugar ao lado da punição do furto e do homicídio<sup>72</sup>. Também Mittermaier, em nome dos ensinamentos da escola histórica, considera criticável a posição de Feuerbach no sentido de excluir do Código Penal e remeter para o Direito Penal de polícia os crimes contra os bons costumes e a religião: «Sendo a religião um dos fundamentos do Estado, os ataques à divindade assumem, segundo Mittermaier, verdadeira dignidade penal, pelo que a sua exclusão do Código Penal poria em perigo a *Volksmoral*»<sup>73</sup>.

Para os autores que valorizam as discrepâncias entre o conceito de crime do iluminismo e o início da teoria do bem jurídico, outros pontos de conflito haveria a assinalar. No fundo, o pensamento de Birnbaum teria operado mais do que uma viragem, uma verdadeira ruptura com os postulados anteriores: ao pensamento individualista contrapõe-se a referência sistémico-social e a uma referência espiritual, uma outra, empírico-naturalista; ao jusnaturalismo e jusracionalismo, o positivismo e, assim, a uma função crítica do direito existente, uma função legitimadora das leis<sup>74</sup>.

Será esta a interpretação de Amelung, segundo a qual «com a doutrina do *bem jurídico*, Birnbaum antecipa e consuma já a ruptura com as representações jusracionalistas e iluministas e, sobretudo, com as concepções filosóficas e sociológicas subjacentes e relativas à polaridade entre o indivíduo e o sistema social»<sup>75</sup>. Para este autor «a teoria do bem jurídico tem pouco

<sup>72</sup> Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 94.

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> Embora seja um tema muito controverso dever-se-á também ter em conta o que foi dito quanto à existência de possíveis antinomias já no seio do próprio pensamento iluminista (*supra*, Secção I. d) e e).

<sup>75</sup> Costa Andrade *Consentimento...*, cit., p. 54, tendo em conta Amelung, *ob. cit.*, pp. 1 e ss. e 43 e ss. e referindo ainda em sentido tendencialmente convergente Honig, *Die Einwilligung*, p. 32 e ss. e Moos, *Der Verbrechenbegriff*, p. 212 e ss.

a ver com os postulados liberais e nasce como produto do positivismo, perdendo-se a perspectiva sociológica da «danosidade social» por uma perspectiva decisionista»<sup>76</sup>. E, ainda neste sentido «(...) dá-se o declínio da ideia iluminista segundo a qual só são legítimas as leis penais que visam assegurar as condições necessárias à subsistência de uma sociedade racionalmente construída»<sup>77</sup> «... Pelo contrário os *bens* são objectos acerca dos quais os sujeitos afirmam que têm valor. A prevalecer o princípio geral de que é na sua lesão que verdadeiramente consiste o dano, então está a construir-se um *conceito subjectivado* de bem jurídico: tudo dependerá daquilo que o sujeito da valoração quer converter em objecto do crime»<sup>78</sup>. Assim, diz-nos Costa Andrade que, segundo a interpretação de Amelung, «em Birnbaum estaria já claramente assumido o novo paradigma; caracterizado pelo positivismo e pela prevalência, senão mesmo a exclusividade, da referência sistémico-social que com Binding viria a conhecer a sua mais acabada expressão»<sup>79</sup>.

c) Como se poderão compreender estas posições antinómicas quanto ao significado da concepção de Birnbaum em relação com o seu predecessor conceito de crime?

Subscrevendo a posição de Costa Andrade, coincidente, pelo menos em parte, com a de Angioni, poderemos dizer que tal se deve ao facto de Birnbaum se situar num período de transição, tendo sido influenciado por tendências opostas. Procuraremos

<sup>76</sup> Amelung, *ob. cit.*, pp. 5 e 43 e ss., *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 93, nota 9. Diz-nos ainda Amelung: «Para os iluministas tudo se reconduz a um problema de verdade e nunca de decisão de valor. O significado da criação de Birnbaum (o conceito de *bem jurídico* — e a sua renúncia a ancorá-la numa construção teórica de maior alcance) reside no facto de ela ter contribuído para emancipar a doutrina penal, se não de toda a influência transjurídica, pelo menos das verdades meta-jurídicas (...). A emancipação face à teoria social do iluminismo representa um passo na direcção do mais puro positivismo» (Amelung, *ob. cit.*, p. 50, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 36).

<sup>77</sup> Amelung, *ob. cit.*, p. 27, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 78.

<sup>78</sup> Amelung, *ob. cit.*, p. 48, *apud ibidem* (itálico nosso).

<sup>79</sup> Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 54.

explicitar melhor esta ideia tendo em conta, precisamente, os ensinamentos destes autores.

De facto, Birnbaum não chegou sequer a utilizar a expressão «bem jurídico», mas uma série de expressões de tipo descritivo que se podem identificar com o referido conceito<sup>80</sup>. Daí ser-lhe atribuída a sua paternidade<sup>81</sup>.

Da sua definição de bem como «bem material, pertencente a um particular ou à colectividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela», várias ilações se podem retirar.

A sua concepção parece ser, de facto, empírico-naturalista — «bem material (. . .), pela sua natureza susceptível de violação», bem do mundo exterior, de carácter concreto e objectivo. Assim, ao conceito «direito subjectivo», ao Direito Penal centrado nos «homens e suas relações», num «momento espiritual», sucede-se uma concepção que coloca os «bens materiais» em lugar de primazia. Se é verdade que os bens têm importância enquanto servem para a satisfação de necessidades humanas, enquanto «nos pertencem», não deixa, no entanto, de se acentuar a vertente objectiva, concreta, a passagem tendencial da intersubjectividade para os objectos concretos do mundo

<sup>80</sup> Foi em 1834, num estudo sobre a tutela da honra, que Birnbaum utilizou pela primeira vez um conceito de bem identificável (e que tem sido identificado) com o de bem jurídico (*Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, 1834, p. 149 e ss., apud Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 92). Entre estas expressões, v.g., «Gut welches uns rechtlich zusteht» ou, «conceito de um bem a ser definido pela lei» (apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 52).

<sup>81</sup> Angioni, no entanto, refere-se expressamente a Binding como o «fundador do conceito» (*ob. cit.*, p. 79, nota 19), assim como Kaufmann (*Bindungs Normentheorie*, p. 69). De facto, a expressão «Rechtsgut» foi utilizada pela primeira vez por Binding (*Die Normen*, 1.ª edição, 1872), embora as expressões «Gut» e «rechtliche Gut» (ou bem protegido) já tivessem sido usadas por Birnbaum e por Hälschhner. Esta mudança terminológica traduz uma certa diferença de significado «Rechtsgut» como *bem-do-direito*, enquanto que «Rechtliche Gut» será *bem jurídico* ou *bem juridicamente protegido* (apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., pp. 64 e 65, nota 73). A este problema ainda voltaremos quando falarmos da concepção de Binding.

exterior<sup>82</sup>; a passagem da lesão dos direitos subjectivos e, assim, da lesão pessoal, «das perturbações ou frustrações a nível da intersubjectividade», para a lesão de «coisas» do mundo exterior, valoradas como bens jurídicos<sup>83</sup>. No entanto, já aqui se pode ver aquela ambivalência, e por vezes mesmo contradição da sua doutrina. É que, por um lado, pretende acentuar o carácter concreto, palpável, dos objectos carecidos de tutela penal (visão naturalista dos bens), mas por outro, faz referência a bens imateriais como a honra e, até, aos «bons costumes» e «valores religiosos»<sup>84</sup>.

Também em relação à contraposição individualismo/referência sistémico-social, se nota esta posição de compromisso. Se é inequívoca a acentuação da vertente sistémico-social — «a lei penal já não deveria possibilitar apenas a livre coexistência dos indivíduos, mas servir, também, de forma imediata, fins sociais»<sup>85</sup>, por outro lado, procura não esquecer a vertente individual-pessoal. Particularmente expressivo deste compromisso, ou, talvez melhor, desta tentativa de equilíbrio será esta passagem da sua obra: «A consideração do elemento de perigosidade comum, como dimensão essencial de todo o crime, poderia levar facilmente a acreditar que o dever de punição do homicídio que impende sobre o poder estadual, radicaria menos no dever de proteger a vida de cada homem individual do que no dever de preservar o estado como um todo. Por esta via, poderia ser-se levado a crer que os homens apenas existem para assegurar a subsistência do Estado, em vez de se considerar o Estado necessário por causa dos interesses do Homem»<sup>86</sup>.

Esta mesma ambivalência ou, talvez melhor, tentativa de conciliação, faz-se notar em relação à contraposição jusnatura-

<sup>82</sup> Neste sentido Sina, *Die Dogmengeschichte...*, pp. 23 e 25, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., pp. 51 e 52.

<sup>83</sup> Costa Andrade, *ibidem*, p. 51.

<sup>84</sup> Salientando esta «imprecisão» do conceito de bem em Birnbaum — por um lado exigência de carácter concreto do bem, violável do ponto de vista naturalista e, por outro, a referência a bens imateriais como a honra, Sina, *ob. cit.*, p. 22 (apud Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 94, nota 12).

<sup>85</sup> Moos, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 214-215, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 52.

<sup>86</sup> Birnbaum, *ob. cit.*, p. 180, apud *idem*, p. 53.

lismo/positivismo-historicismo, atitude crítica e transistemática/legitimação do direito «posto». Senão, vejamos: Se através da sua definição de bem «jurídico» como «bem material (...) ao qual o Estado atribui tutela», se pode retirar um pensamento positivista e intra-sistemático, de acordo com o qual «procurou formular o conceito de bem jurídico indutivamente a partir da lei — como produto de um processo de desenvolvimento social»<sup>87</sup> — podendo-se referir, no mesmo sentido, o seu interesse pelo momento aplicativo do Direito, em detrimento do momento formativo (criativo)<sup>88</sup>; se a favor do positivismo se pode ainda referir o facto de negar a distinção jusnaturalista entre *mala qui prohibita* e *mala in se(n)*<sup>89</sup> e a favor do historicismo, o facto de afirmar o carácter mutável e historicamente construído dos bens protegidos pelo Direito (o que se oporia à visão dos direitos inatos e originários)<sup>90</sup>; por outro lado, terá necessariamente que se atribuir carácter compromissório ao seu pensamento, se se tiver em conta que Birnbaum afirma como «inquestionável» serem «os bens (...) em parte dados já ao homem pela sua natureza e, noutra parte, o resultado do seu desenvolvimento social»<sup>91</sup> (não se opondo assim, em absoluto, à existência de direitos inatos), pertencendo «à essência do poder do Estado garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivam» e perspectivando o Direito a partir do «fundamento jurídico e do fim do próprio Estado»<sup>92</sup>, reflectindo estas últimas afirmações a tentativa de conciliação com a herança transistemática e crítica do iluminismo.

d) Parece-nos, pois, de recusar, quer a opinião daqueles autores que vêem no pensamento de Birnbaum uma relação de «continuidade» com o pensamento iluminista, quer a dos que entendem ter-se dado já nesta altura uma verdadeira «ruptura».

<sup>87</sup> Moos, *ob. cit.*, pp. 214-215, *apud idem*, p. 52.

<sup>88</sup> Birnbaum, *ob. cit.*, pp. 158 e 159, *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 79, nota 20.

<sup>89</sup> Birnbaum, *ob. cit.*, p. 166, *apud idem*.

<sup>90</sup> Costa Andrade, *Consentimento... cit.*, p. 53.

<sup>91</sup> Birnbaum, *ob. cit.*, p. 177. Tendo em conta esta distinção, Birnbaum reparte os crimes em naturais e sociais (*apud* Costa Andrade, *ibidem* e nota 35).

<sup>92</sup> Birnbaum, *ob. cit.*, *apud* Costa Andrade, *ibidem*, p. 53.

Diremos, com Costa Andrade, que se trata de posições reducionistas<sup>93</sup>, contendo cada uma delas apenas uma parcela da verdade.

Também na opinião de Angioni não se deverá ver na passagem do iluminismo criminal ao positivismo moderado de Birnbaum uma ruptura, em especial se pensarmos na vertente garantística e no objectivismo penal. Mas, por outro lado, tal não significaria «uniformidade geral de conteúdo». Em relação à vertente crítica e transistemática, Angioni não concede nenhum espaço à visão de Birnbaum. Entende que apenas Beccaria, Hommel e Humboldt a defenderam, desvalorizando esta perspectiva no próprio pensamento de Feuerbach<sup>94</sup>. Afirma expressamente que só a concepção originária iluminista que «considerava tuteláveis apenas os direitos subjectivos provenientes de uma fonte externa e superior ao sistema de leis vigentes» teve essa função crítica. Segundo este autor, todas as concepções subsequentes seguiram «o oposto procedimento de generalizar, até à descoberta de uma qualificação omnicompreensiva, própria do complexo de leis vigentes; em suma, esse procedimento ambicionou apenas unificar sob uma denominação comum o conjunto de factos tutelados»<sup>95</sup>. Assim sendo, apenas a teoria iluminista teria contribuído para a delimitação de um conceito material de crime, pré-jurídico, capaz de orientar o legislador penal, sendo a única com interesse para o nosso estudo.

Quanto à evolução ulterior a Birnbaum afigura-se-nos indispensável a análise do pensamento de alguns autores que prosseguiram na elaboração deste conceito, para podermos confirmar ou negar a conclusão de Angioni. Em relação à concepção de Birnbaum, parece-nos apenas tendencialmente correcta esta

<sup>93</sup> *Consentimento... cit.*, p. 54.

<sup>94</sup> «Com o primeiro projecto orgânico de reforma da legislação, por parte de Feuerbach, a função crítica circunscreveu-se à transferência de uma série de crimes (*delicta carnis, ecc.*) do direito criminal para o Direito Penal de polícia» (Angioni, *ob. cit.*, p. 18, nota 26. *Vide* sobre esta questão Costa Andrade, *Contributo... cit.*, p. 94 e *supra*. Secção 1. f)).

<sup>95</sup> *Ob. cit.*, pp. 18 e 19.

interpretação, pois cremos dever ter-se em conta o referido compromisso — na expressão de Costa Andrade, a «notória transacção entre uma postura trans-sistemática e crítica (...) e a atitude metodológica inversa, própria do positivismo legal»<sup>96</sup>.

Julgamos poder concluir, assim, ser a concepção de Birnbaum uma concepção compromissória, própria dos períodos de transição, influenciada ainda pelo iluminismo, mas também já pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado de Mittermaier. Não abandonando completamente o individualismo, o jusracionalismo e a vertente crítica e trans-sistemática, abre as portas ao objectivismo (objecto do crime como «realidades» do mundo exterior definidos, por princípio, à margem da intersubjectividade»<sup>97</sup>), à referência sistémico-social, ao positivismo e, assim, a uma visão intra-sistemática e acrítica.

### 3. As concepções de bem jurídico de Binding e de V. Liszt

a) Abertas as portas ao positivismo e a uma visão intra-sistemática de bem jurídico ou, talvez melhor, entreabertas, quem deixará de facto que ele penetre este conceito, sem pretender estabelecer compromissos com o pensamento iluminista, será Binding.

Definindo o bem jurídico («Rechtsgut») como «tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos»<sup>98</sup>, e, ainda no mesmo sentido e de forma mais completa, «tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empe-

<sup>96</sup> *Consentimento...*, cit., p. 53.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>98</sup> Binding, *ob. cit.*, p. 353 (*apud* Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia...*, cit., p. 78 e Angioni, *ob. cit.*, p. 79, nota 19).

nha através das normas»<sup>99</sup>, opta claramente pelo positivismo normativista, na medida em que o bem jurídico se identifica com tudo o que como tal for considerado pelo legislador. Quer dizer, para Binding há uma «congruência absoluta» entre a norma e o bem jurídico, sendo a norma a «única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico»<sup>100</sup>. Sendo assim, o conceito de bem jurídico abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente ao sistema — ou seja, é o próprio legislador que cria os bens jurídicos. Daí a expressão «Rechtsgut», entendido como bem-do-direito, diferentemente de «rechtliche Gut», como bem protegido pelo Direito<sup>101</sup>; se a segunda expressão assinalava a existência de bens, que o são independentemente da atitude legal, cabendo a esta a sua protecção, o seu reconhecimento, com a primeira refere-se a existência de bens que só são considerados como tais, porque a própria lei os elevou a essa categoria. Assim se vê, também, como esta concepção de bem jurídico se opõe ao conceito material de crime do iluminismo como lesão de direitos subjectivos inatos, de existência pré-jurídica. Para Binding, não há direitos inatos, são sempre criados pela lei, atribuídos e não simplesmente reconhecidos: «É bem jurídico tudo o que não constitui direito em si, mas tem valor aos olhos do legislador...», sendo certo que os únicos limites à criação de bens jurídicos por parte do legislador são aqueles «decorrentes da lógica e das suas próprias considerações»<sup>102</sup>.

Esta perspectiva de estrito positivismo legalista, repousará antes numa atitude de resignação e de crença na impossibilidade de se encontrar uma fonte segura de legitimação e limita-

<sup>99</sup> Binding, *ob. cit.*, I, pp. 53-54 (*apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 65).

<sup>100</sup> Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 67.

<sup>101</sup> *Idem*, pp. 64 e 65, nota 73 (*vide supra*, referência a estas expressões na Secção 2. c), em especial nota 81, a propósito da concepção de Birnbaum).

<sup>102</sup> Binding, *ob. cit.*, p. 340 (*apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 66). Pelo menos quanto a este último aspecto, parece-nos não se tratar de limite algum...

ção, do que propriamente numa confiança sem limites no legislador, muito embora Binding também pareça considerar nefasta e desvalorizadora do próprio Direito a busca dessa fonte de legitimação fora do Direito positivo.

Parece-nos ser esta a atitude que ressalta de algumas afirmações suas sobre o problema: «(...) da imposição legal não se deduz que a valoração do legislador tenha sido efectivamente correcta (...). Simplesmente, quem pode traçar com segurança a fronteira entre o que é juridicamente razoável e não razoável?» Ao jurista «só restará, assim, a resignação (...). Por detrás da proibição e da imposição é a mais opaca das neblinas que se depara a todo aquele que pretende encontrar a antijuridicidade»<sup>103</sup>.

Mas, para além desta impotência e correspondente necessidade de resignação (e de forma algo contraditória com as afirmações anteriores), declara a auto-suficiência do sistema jurídico que, como tal, se auto-legitima — «O jurista humilha indignamente o direito quando considera que a sua existência carece de outra justificação para além da que logra a vontade geral de regulamentação da vida comunitária, assente no reconhecimento livre da respectiva necessidade»<sup>104</sup>.

A defesa da auto-legitimação, assim como toda a sua concepção de bem jurídico, está em consonância com o ambiente da época — a mentalidade positivista que perpassa os vários sectores do conhecimento e da ordenação da vida em sociedade. Assim, a mentalidade cientista, naturalista, comunicou-se das ciências (ditas) exactas às ciências humanas, influenciando a própria concepção de Direito; esta redução do existente ao empiricamente observável, actuou em sintonia com a descrença em valores metafísicos e conduziu a um profundo relativismo ou até nihilismo axiológico<sup>105</sup>. Deste modo, seria estranha a defesa

<sup>103</sup> *Idem*, pp. 160-161 (*apud* Costa Andrade, *ibidem*, p. 66).

<sup>104</sup> *Idem*, p. 369 (*apud* Costa Andrade, *ibidem*, p. 66).

<sup>105</sup> No entanto, sobre a pretensão positivista de expurgação do Direito de quaisquer considerações filosóficas, jusnaturalistas e metafísicas, que acabou por criar uma nova filosofia e uma nova metafísica, *vide* Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, *cit.*, p. 70, nota 126 e p. 75, nota 136.

de referentes legitimadores do Direito e do próprio Estado, fora destas mesmas realidades. Deixa, assim, de ser preocupação dos juristas a definição dos fins do Estado, a partir dos quais seria possível pensar criticamente o próprio Direito Penal<sup>106</sup>. «O Estado é um fim em si mesmo», legitima-se a ele próprio; recusa-se qualquer legitimação material e, também, qualquer limitação à sua intervenção criminalizadora.

b) Outra é, no entanto, a concepção de Liszt, embora seja apontado, juntamente com Binding, como «expoente cimeiro do positivismo»<sup>107</sup>. Defensor de um positivismo de cariz naturalístico-sociológico, diferentemente do positivismo normativista de Binding, define o bem jurídico como o «interesse juridicamente protegido»<sup>108</sup>. Para este autor, «todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a protecção do Direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência eram interesses vitais (...), muito antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição contra as intromissões arbitrárias do poder do Estado, ou pelas leis penais, contra as violações procedentes dos indivíduos»<sup>109</sup>. A necessidade cria a defesa e com a mudança dos interesses varia o número e a espécie dos bens jurídicos.

Mas os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos ou entre os particulares e a sociedade organizada no Estado, e vice-versa»<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Neste sentido, Costa Andrade, *Consentimento...*, *cit.*, p. 62 e Taipa de Carvalho, *ibidem*, p. 69.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>108</sup> Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, p. 6.

<sup>109</sup> De salientar o diferente âmbito de protecção que na altura se adjudicava à Constituição (apenas defesa dos direitos dos indivíduos contra o arbítrio estadual) e ao Direito Penal (defesa perante violações de terceiros — embora Liszt também saliente o seu carácter de «Magna Carta do criminoso»). Actualmente, como veremos *infra*, *Terceira Parte*, a Constituição também impõe ao Estado a protecção dos direitos perante ataques de particulares...

<sup>110</sup> Liszt, *Tratado...*, *cit.*, p. 6 (sublinhado nosso).

Assim, Liszt põe o Direito em confronto com a própria vida; é esta que lhe deve oferecer os critérios, os limites e a legitimidade para intervir. Ele deverá intervir ali, onde exista um interesse digno de tutela e seja necessária a sanção penal para lhe dar suficiente protecção (introduz assim o conceito de necessidade penal ao lado da dignidade penal)<sup>111</sup>. Tendo em conta a heterogeneidade dos bens e interesses, para Liszt deve ser o Direito a adaptar-se — confia na «plasticidade reflexiva do Direito para responder às exigências duma realidade múltipla e diferente»<sup>112</sup>; daí, a diversidade dos bens jurídicos. Parte da realidade, dos indivíduos e suas relações, para o Direito — «eleva as relações da vida a relações jurídicas, os interesses da vida a bens jurídicos; faz da situação da vida (*Lebensverhältnis*) uma situação de Direito (*Rechtverhältnis*). As normas da ordem jurídica (...) são a muralha de defesa dos bens jurídicos. A protecção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a *protecção pelas normas (Normenschutz)*: «Bem jurídico» e «norma» são os conceitos fundamentais do Direito»<sup>113</sup>.

Por outro lado, deve-se salientar também a introdução feita por Liszt, a partir da sua teoria do fim da pena, dos conceitos de «necessidade» e «idoneidade» da pena, cuja fundamental influência se faz sentir no Direito Penal dos nossos dias<sup>114</sup>. De acordo com o conceito de «necessidade» (hoje também designado por princípio da subsidiariedade) só se poderá recorrer à pena quando não existir outra forma de protecção suficiente dos bens jurídicos; segundo o conceito de «idoneidade», mesmo que não exista uma outra forma de protecção suficiente dos bens jurídicos, só se deverá recorrer à pena quando esta se apresente ade-

111 Desenvolvidamente sobre este aspecto, *vide infra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo.

112 Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 69.

113 Liszt, *Tratado...*, cit., p. 7.

114 *Vide Marburg Programm*. Estes conceitos têm sido norteadores de importantes reformas penais em Estados com Constituições que consagram o princípio do Estado de Direito Material (exemplo no Projecto Alternativo alemão) (*vide* Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 44 e ss.). Como vimos, também o pensamento iluminista salientava, de algum modo, o critério da necessidade penal.

quada, operante, eficaz, e já não quando ela for ineficaz ou até mesmo nociva<sup>115</sup>.

c) Destas passagens da obra de Liszt resultam, claramente, pontos de divergência fundamentais relativamente à enunciada concepção de bem jurídico da autoria de Binding.

Se para Binding o bem jurídico é sempre criação do legislador; não tem existência pré-jurídica, para Liszt o bem existe como tal, como interesse vital da comunidade ou do indivíduo independentemente da atitude do legislador; assim, também, quanto à correspectiva danosidade social<sup>116</sup>. A norma jurídica vai reconhecer a existência desse interesse, concedendo-lhe protecção, para evitar o dano social. Para Liszt, o Direito parte das necessidades reais da vida humana em sociedade, dando-lhes forma jurídica, enquanto que, para Binding, as realidades do mundo é que se devem adaptar ao Direito. Binding contrapõe à referida «plasticidade reflexiva do Direito para responder às exigências de uma realidade múltipla e diferente», «a plasticidade das «coisas» do mundo e da vida nas mãos do direito»<sup>117</sup>.

Se para Binding há uma «congruência absoluta» entre a norma e o bem jurídico — o jurista «tem de tomar por boa e definitiva a solução legalmente sancionada», «comete exclusivamente à lei a competência para definir e *hoc sensu* criar o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do Direito Penal»<sup>118</sup>, para Liszt tal poderá não acontecer — «o mais frequente será uma relação de incongruência e de tensão»<sup>119</sup>, «o conteúdo material antissocial do ilícito é independente da sua justa valoração por parte do legisla-

115 Liszt salienta também a importância (e até as vantagens comparativas em relação à pena) dos meios de política social para combater comportamentos indesejáveis: «A política social actua, como meio para combater o delito, de modo incomparavelmente mais profundo e incomparavelmente mais seguro do que a pena e do que qualquer outra medida com ela aparentada. (*Lehrbuch*, apud Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 45).

116 Neste sentido, Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 67.

117 *Idem*, p. 69.

118 *Idem*, p. 65.

119 *Idem*, p. 67.

dor»<sup>120</sup>, fazendo sentido estabelecer a distinção entre ilicitude formal e material. Deste modo, para Binding, o conceito de «bem» é sempre intrasistemático e sem função crítica, enquanto que para Liszt já é transistemático e tem uma função crítica.

Liszt, em oposição à tese de Binding da autolegitimação do Direito e do Estado, procura definir fins estaduais e critérios orientadores do legislador — considera a pena «como forma de protecção do bem jurídico, uma criação e uma função estadual-social»<sup>121</sup>. Para Liszt, a função e justificação do poder penal estadual deriva da «necessidade da pena para a manutenção da ordem jurídica e, com ela, para a segurança da sociedade; por outro lado, da idoneidade, mesmo que limitada, da pena para alcançar esse fim»<sup>122</sup>. Assim, não seria legítimo que o Estado impusesse «restrições à liberdade por quaisquer fins de política estadual ou de poder que lhe pudessem ser sugeridos pela razão de Estado»<sup>123</sup>. Deste modo, também não seria legítima a criminalização de comportamentos apenas contrários à moral que não pusessem em causa a segurança da sociedade. A moral enquanto tal não deveria ser protegida como bem jurídico, mas só *se e quando* afectasse a esfera jurídica dos particulares ou da comunidade<sup>124</sup>. O poder penal só na protecção dos bens jurí-

<sup>120</sup> Liszt, *Lehrbuch*, pp. 14-15, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 67.

<sup>121</sup> Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 78.

<sup>122</sup> *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.<sup>a</sup> e 22.<sup>a</sup> ed., 1919, p. 6 (*apud* Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 40).

<sup>123</sup> Schmidt, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, p. 223 (*apud* Roxin, *ibidem*, p. 44).

<sup>124</sup> Vão neste sentido as palavras de Liszt a propósito da moral sexual: «a moral sexual não é um bem jurídico da colectividade protegido em atenção a ela própria (*sic* a moral), mas só quando «se interfira de modo lesivo na esfera jurídica dos particulares» (*Lehrbuch*, p. 374, *apud idem*, p. 48). Note-se que esta já era uma posição assumida pelo pensamento iluminista e é largamente propugnada na doutrina jurídico-penal hodierna, tendo influenciado decisivamente as reformas penais no domínio da sexualidade, nomeadamente na Alemanha e em Portugal (*vide* Projecto Alternativo alemão e ainda sua indicação de motivos; sobre este aspecto é importante a obra de Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., e ainda, do mesmo autor, *Strafrecht...*, cit., nomeadamente p. 12; *vide* também *infra*, Segundo Capítulo).

dicos encontrava fundamento suficiente<sup>125</sup>. A pena, «por ser uma forma de protecção de bens jurídicos é criação consciente do seu fim e função consciente da sua meta, da sociedade estadual»<sup>126</sup>.

Por fim, caberá referir a divergência destes autores em relação aos referentes materiais do objecto do crime. Para Binding, esse referente material encontra-se em todo o «mundo exterior» (*Aussenwelt*)<sup>127</sup>. Não se limita às «estruturas da intersubjectividade e convivencialidade, (...) vê a sua extensão consideravelmente alargada — passa a abranger pessoas, coisas, estados, animais, a família, as instituições político-administrativas, a moral sexual, a religião, etc.»<sup>128</sup>. Por outro lado, para Binding todos os bens jurídicos são, necessariamente, bens da comunidade, da «totalidade», não fazendo sentido a distinção entre bens individuais e bens colectivos ou supra-individuais (da sociedade ou do Estado). Para Binding, o Direito «só considera as pessoas, coisas e objectos enquanto partes da vida da comunidade jurídica. Tudo aquilo a que adscrive um valor jurídico só o tem para o todo. *O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser*»<sup>129</sup>. Diferentemente, Liszt, para quem «todo o direito existe em função do homem»<sup>130</sup>, divide os bens jurídicos em individuais — os que protegem interesses pessoais — e supra-individuais, correspondendo-lhes respectivamente portadores individuais e

<sup>125</sup> Deixando também de haver necessidade para «reconduzir a pena a um princípio metafísico». Colocava assim em primeiro plano a prevenção especial, sem deixar de lado a prevenção geral — «à pena retributiva opunha-se a pena protectora e a pena ajustada a fins» (*apud* Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 41).

<sup>126</sup> *Idem*, p. 41, nota 21.

<sup>127</sup> Amelung, *ob. cit.*, p. 59 (*apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 63).

<sup>128</sup> Cf. Ihering, *Zweck*, p. 484, *apud* Costa Andrade, *idem*, p. 63, onde refere (nota 69) o facto de Ihering rejeitar o conceito de direito subjectivo, pois este não valeria, por exemplo, para os crimes religiosos, contra a moral, etc, o que nos faz recordar a concepção de Birnbaum (*supra*, Secção 2).

<sup>129</sup> Binding, *ob. cit.*, p. 358, *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 68.

<sup>130</sup> Liszt, *Tratado...*, cit., p. 6.

supraindividuais, «entre os quais sobressai o Estado como portador por excelência dos interesses colectivos»<sup>131</sup>.

d) Mas será sempre uma relação de oposição a que se pode estabelecer entre estes dois autores, ou existirão, apesar da total antinomia aparente, pontos de contacto?

De facto, embora Binding parta do «mundo da lei», conferindo ao legislador aquela autoridade inquestionável, não sindicável, para definir, e ao definir criar os bens jurídicos, e Liszt parta «do mundo real», das relações da vida, para encontrar um critério orientador do legislador, ambos acabam por representar o bem jurídico como «uma realidade do mundo exterior que conta com a protecção do Direito Penal»<sup>132</sup>. Se o «bem», para Liszt, é pré-jurídico, ele só se converte em «bem jurídico» quando e se obtiver protecção legal — «bem jurídico é o interesse juridicamente protegido», «bens jurídicos são os interesses — com a significatividade, a densidade e a função *com que a vida os faz emergir*<sup>133</sup> — se e na medida do respectivo reconhecimento legal, isto é, da protecção que lhes é juridicamente assegurada»<sup>134</sup>. É claro que a preocupação de Liszt é encontrar, a partir do conceito de «bem»<sup>135</sup>, um conceito material de crime, um conceito político-criminal de crime que legitime a intervenção penal e oriente o legislador, configurando, assim, a possibilidade de existência de uma tensão entre ilicitude formal e material, contrariamente à tese de Binding da sua necessária sobreposição. Só que, apesar disto, acaba por concluir que, em caso de conflito, se deve «ceder sempre o passo à ilicitude formal»<sup>136</sup>, chegando-se, com esta «cedência», a consequências

<sup>131</sup> *Apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 69.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>133</sup> Sublinhado nosso (*vide infra*, nota 137).

<sup>134</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>135</sup> Para Liszt, o «bem», o «interesse», é que se pode qualificar de prévio ao Direito e, assim, com conteúdo crítico, uma vez que «bem jurídico» já vem a ser o interesse que, de facto, obteve protecção legal. Só que, nem todos os factos que obtêm protecção legal se deverão considerar bens jurídicos. Tal seria, à partida, o pensamento de Liszt, só assim tendo também o próprio conceito de «bem jurídico» função crítica.

<sup>136</sup> Liszt, *Lebendiges*, p. 69., *apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 71.

práticas mais próximas das de Binding<sup>137</sup>. Os esforços de Liszt no sentido da definição dos bens a partir da complexidade e densidade da vida humana, valerão como tentativas de consciencialização do legislador, mas é este, na prática e em definitivo, quem decide quais vão ser os «bens jurídicos».

Por outro lado, se Binding pretendeu excluir do seu discurso este sentido «orientador» do legislador — «não se pode prescrever ao legislador o que é socialmente danoso»<sup>138</sup>, acabou por não conseguir fugir à tentação de definir, embora de forma muito genérica e abstrata, as «realidades» que deveriam ser erigidas em «bens jurídicos» — «as condições fácticas de uma vida comunitária são»<sup>139</sup>, podendo-se estabelecer um paralelo entre esta definição e a de Liszt — «as condições vitais da comunidade organizada em estado»<sup>140</sup>. Explicitando melhor o seu pensamento, diz-nos Binding: «O legislador procura as condições fácticas de uma vida comunitária são, detendo o seu olhar muito mais atentamente nas pessoas, coisas e estados do que nos direitos (...). É da perspectiva do legislador e da sua experiência que depende o reconhecimento, o mais completo possível, deste objecto (referia-se ao objecto da carência de tutela); e é da intensidade do seu olhar que *depende a sua precisa delimitação*»<sup>141</sup>. Deste modo, acaba por considerar que o legislador deve partir

<sup>137</sup> Note-se que apesar desta cedência, toda a sua teorização se preocupou com o problema da legitimação do Direito e com a procura de um conceito material de crime como lesão dos interesses vitais do homem e/ou comunidade. Por outro lado, não será indiferente, na prática, perspectivar aquelas realidades do mundo exterior a partir da vida «com a significatividade, a densidade e a função *com que a vida as faz emergir*» ou a partir da própria norma «com a significatividade, densidade e função que o direito lhes adscrive e prescreve» (posição de Binding — cf. Costa Andrade, *idem*, p. 71). A este propósito diz-nos Costa Andrade, (*idem*, nota 97) não estar «excluída a hipótese de o mesmo bem jurídico revelar uma extensão ou compreensão diferenciada — e por isso oferecer superfícies idóneas de lesão não necessariamente sobreponíveis — consoante a respectiva abordagem se faça a partir da norma (Binding) ou a partir da vida (Liszt)».

<sup>138</sup> Amelung, *ob. cit.*, p. 77, *apud* Costa Andrade, *idem*, p. 70.

<sup>139</sup> Binding, *ob. cit.*, I, p. 339, *apud idem*, p. 70.

<sup>140</sup> Liszt, *ZstW* 1883, p. 19, *apud idem*.

<sup>141</sup> Binding, *ob. cit.*, pp. 339-340, *apud idem*, p. 71 (sublinhados nossos).

dos «dados da vida» (pessoas, coisas e estados), dados estes heterogéneos<sup>142</sup>, para a definição dos bens jurídicos. Esta heterogeneidade dos objectos carecidos de tutela acaba por ir de encontro à «pluralidade e diversidade das coisas da vida» de que Liszt nos fala, muito embora Liszt não tenha reconhecido este ponto de contacto e critique Binding, qualificando os referentes materiais por este assinalados de «*tumultuarische Charakter*»<sup>143</sup>.

Por outro lado, ao falar em «reconhecimento» desses objectos, não estará implicitamente a aceitar, enquanto objectos carecidos de tutela, a sua natureza pré-jurídica? E esta mesma atitude não resultará também do facto de referir a possibilidade da sua delimitação ser «mais ou menos precisa»? Digamos que, em certas passagens da sua obra, pode-nos parecer que Binding começa a abrir mão do rigor da sua concepção, aproximando-se do conceito pré-jurídico de bem e, assim, fazendo alguma «prescrição» ao legislador<sup>144</sup>. Só que, acaba sempre por defender a perspectivação dos bens a partir do Direito positivo. É que as «condições para uma vida sã da comunidade» são aquelas que o legislador considere como tal... Particularmente expressiva do que se acaba de dizer, deste início de compromisso que começa a desenhar-se mas que é depois, pelo menos em parte, contrariado, parece-nos ser esta afirmação: «o legislador não conhece outros limites para além dos impostos pela lógica ou os decorrentes da *valência comunitária* dos bens jurídicos, *por ele próprio reflexivamente ponderada*»<sup>145</sup>. Quando se aponta como limite a «*valência comunitária dos bens jurídicos*» parece, por um lado, que estes têm existência anterior à lei e, por outro,

<sup>142</sup> Já noutras passagens alargava, como vimos, os referentes materiais do objecto do crime a realidades como — pessoas, coisas, estados, animais, a família, as instituições político-administrativas, a moral sexual, a religião, etc. (*supra*, c)).

<sup>143</sup> Liszt, *ZstW*, 1886, p. 676 (*apud* Costa Andrade, *Consentimento...*, *cit.*, p. 71).

<sup>144</sup> Também há algo de prescrição ao legislador quando Binding refere que «a tarefa da ordem jurídica é a protecção do direito e dos bens jurídicos e não dos sentimentos» (*Die Normen*, I vol., p. 145/146, *apud* Costa Andrade, *idem*, p. 81).

<sup>145</sup> Cf. Costa Andrade, *idem*, p. 77.

que têm função orientadora e assim limitadora do legislador; mas, quando se refere «por ele reflexivamente ponderada», já este limite fica em parte prejudicado, pois os bens têm o valor que o legislador lhes reconhecer... Cremos, no entanto, que nem todo o limite se perde, porque aqui se continua a indiciar a existência desses bens, *possuindo determinado valor para a comunidade*, como prévios à legislação, devendo ser tidos em conta pelo legislador. Digamos que se assinala a necessidade do legislador tomar em consideração, como não poderia deixar de ser, realidades exteriores ao Direito, não só puramente objectivas, mas ainda a própria «*valência comunitária dos bens*»; só que, tudo isso se passa no mundo das motivações do legislador, motivações essas indiscutíveis, insindicáveis... Aposta-se na sua decisão, nos seus critérios, optando-se assim, em definitivo, por uma visão positivista.

Por fim, caberá referir que quer Liszt, quer Binding, salientam a importância da categoria da «danosidade social», como lesão de bens jurídicos<sup>146</sup>. Embora Binding tenha sido acusado de «formalismo», ao fazer a distinção entre «normas» (proibições ou imposições a que corresponde por um lado um direito à obediência e por outro um dever de obediência) e «lei penal» (sancionamento penal da lesão de bens jurídicos, a qual se realiza através da violação de certas normas, pois nem sempre a violação da norma dá lugar ao crime), dá primazia ao bem jurídico e não ao direito à obediência; conseqüentemente, o que se quer evitar com a sanção penal é, não a mera desobediência, mas a destruição do bem jurídico, a danosidade social; assim, a sanção penal deve ser graduada em função da gravidade da lesão. Mais uma vez se nota em Binding uma preocupação não

<sup>146</sup> Sobre o problema dos crimes de perigo diremos, em síntese, que para Liszt a ilicitude material consiste na lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos; em relação a Binding poder-se-á perguntar se os crimes de perigo abstracto se reduziriam à mera desobediência. Segundo Amelung, mesmo nestes seria possível assinalar um papel ao bem jurídico; na opinião deste autor, para Binding não há crimes sem bem jurídico... (sobre este aspecto, *vide* Costa Andrade, *idem*, p. 76, nota 119).

apenas dogmática, mas teleológica; ele não deixa de apontar o fim da lei penal, que vem a ser o fim do Estado ao criminalizar: «do ponto de vista do Estado, as normas são um meio para preservar os bens jurídicos de ataques futuros (...)»<sup>147</sup>; isto, apesar da referida tendência para a auto-legitimação, uma vez que as motivações e as valorações que o legislador tem necessariamente de fazer, são sempre consideradas «válidas» (tem de se tomar por boa a sua decisão, embora reconheça que pode suceder não ser a sua valoração absolutamente correcta) e insindicações<sup>148</sup>. Já em Liszt, como vimos<sup>149</sup>, é clara a preocupação com os fins do Estado em matéria penal e os fins da lei penal. De resto, foi Liszt quem pela primeira vez se preocupou em estabelecer a ligação, mas simultaneamente autonomia, entre dogmática penal, política criminal e criminologia, acentuando a necessidade da dogmática penal se abrir aos dados da criminologia e às exigências de política criminal e, deste modo, «opondo-se a um tratamento puramente formal do direito, isto é, exclusivamente lógico-jurídico»<sup>150</sup>.

e) Tendo em conta o que ficou dito sobre o pensamento destes autores, julgamos poder concluir, descontadas algumas cedências ou pequenos compromissos de cada um deles, e tomando assim em consideração o seu pensamento nos seus traços mais característicos, pelo claro contributo de Liszt para a construção de um conceito de bem jurídico com função transistemática e crítica e, assim, limitadora e fundamentadora da intervenção penal, e pelo mais precário e discutível contributo de Binding quanto a este aspecto, uma vez que tende a identifi-

<sup>147</sup> Kaufmann, *Lebendiges*, p. 11 (apud Costa Andrade, *idem*, p. 75).

<sup>148</sup> Neste sentido, Costa Andrade, *idem*, p. 75 e ss. (vide supra, a), c) e d)).

<sup>149</sup> Vide supra, b).

<sup>150</sup> Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie des Rechtswissenschaft*, in 1888, p. 138 (apud Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 96). Sobre este aspecto, Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos da Política Criminal...*, *cit.*, p. 7 e ss.; Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 93 e ss.; sobre o dualismo Direito Penal-política criminal e suas relações, Roxin, *Franz von Liszt...*, *cit.*, p. 61 e ss.

car o bem jurídico com as «condições para uma vida sã em comunidade», mas tal como o legislador as delineou.

Em relação a Liszt o problema colocar-se-á na falta de apresentação de um critério mais preciso que permita individualizar quais os concretos «interesses da vida dos homens» que deverão ser qualificados como bens jurídico-penais e quais aqueles que não merecem tal qualificação ou não carecem de tal protecção (como vimos, Liszt preocupou-se também em acentuar o princípio da necessidade da pena). Assim, a sua concepção fornecerá um critério teoricamente válido mas carecido de concretização<sup>151</sup>. Poder-se-á, no entanto, dizer que esta concepção tem potencialidades delimitadoras e fundamentadoras da intervenção penal<sup>152</sup>. Segundo Rudolphi<sup>153</sup>, o conceito de bem jurídico de Liszt tem idoneidade para limitar o legislador penal, comparando-o quanto a este aspecto ao conceito material de crime do período iluminista. De facto, as duas concepções procuraram um fundamento transistemático para a criminalização. A diferença reside na não coincidência deste fundamento — se os iluministas o buscaram em teoremas filosófico-jurídicos, Liszt voltou-se para a realidade social.

Também será de salientar a continuidade do pensamento de Liszt em relação aos ideais da concepção iluminista, no que diz respeito à defesa da liberdade e individualidade pessoal, nomeadamente através da defesa de limites ao poder punitivo estadual<sup>154</sup>. Diz-nos Liszt: «No fundamental continuo ligado a

<sup>151</sup> Acentuando a vagueza do seu critério que deixaria sem resposta a questão de quais os bens jurídicos dignos de protecção penal, Hassemer, *Theorie und Soziologie...*, *cit.*, p. 39 e ss.

<sup>152</sup> Toda a sua concepção sobre os fins e fundamento do poder punitivo estadual, relacionados, necessariamente, com os fins da pena, contém uma fecundidade considerável neste campo. Atente-se no que Liszt referiu quanto à ilegitimidade do Direito Penal para proteger particulares «raisons d'État» e para proteger a moral sexual e, pelo contrário, quanto à sua legitimidade para tutelar a segurança da vida em comunidade, a esfera jurídica dos particulares, etc. (supra, em especial, c)).

<sup>153</sup> Rudolphi, *Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, p. 155.

<sup>154</sup> Também, como vimos, quando afirma que «todo o Direito é para o homem» (vide supra, c)), contrapondo-se esta concepção à de Binding.

essa tradição da época da Ilustração<sup>155</sup> (...) no interesse da liberdade pessoal, que não quereria entregar, indefesa, à «higiene social»<sup>156</sup>. De facto, Liszt preocupou-se com o perigo da instrumentalização humana em nome de interesses sociais ou políticos. Assim, parece-nos de aplaudir que Liszt tenha defendido o equilíbrio entre cada uma da dupla missão do Direito Penal: defesa da sociedade e defesa da individualidade; defesa da sociedade (combate ao crime) e garantia para quem delinuiu<sup>157</sup>. «Em minha opinião, por paradoxo que possa parecer, o Código Penal é a Magna Carta do delinquente (...). Garante-lhe o direito de ser castigado (...) só no caso de se darem os pressupostos legais e só dentro dos limites legais (...). O Direito Penal é a intransponível barreira da política criminal»<sup>158</sup>.

#### 4. O pensamento neo-kantiano e o progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico

a) A evolução ulterior foi no sentido da espiritualização e normativização do conceito de bem jurídico, libertando-se, por um lado, da sua matriz empírico-naturalista — como «objecto do mundo exterior», de natureza material, apreensível pelos sentidos — e, por outro, da sua potencialidade crítica, delimitadora, transistemática.

Esta evolução, que Sina qualifica de «funesta», teve início com a obra de Honig «*Die Einwilligung des Verletzten*», em 1919,

<sup>155</sup> Sublinhado no texto de Liszt.

<sup>156</sup> A.u.V. II, p. 61, apud Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 60.

<sup>157</sup> É claro que esta garantia reside quer nos referidos limites materiais ao poder criminalizador (procura de um conceito material de crime), quer na defesa de princípios como o da legalidade, com todas as suas implicações — proibição da analogia, proibição da retroactividade da lei penal desfavorável, etc. Serão de recordar, no entanto, as contradições em que o próprio pensamento iluminista, à partida preocupado com a defesa da liberdade individual face ao poder estadual, terá acabado por cair (muito resumidamente face à complexidade da questão, vide *supra*, Secção 1.ª d) e e) e bibliografia aí referida).

<sup>158</sup> A.u.V. II, p. 80, apud Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 59.

onde se identifica o bem jurídico com a «ratio» da norma. Para Honig, o bem jurídico consiste na «síntese categorial, através da qual o pensamento jurídico se esforça por compreender em fórmulas mais curtas o sentido e o fim dos diversos preceitos penais»<sup>159</sup>; ele é «o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve»<sup>160</sup>. Sendo assim, o conceito de bem jurídico não tem existência prévia à das próprias prescrições penais, não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar; a sua origem é normativa. Com isto, pretende-se estabelecer uma clara distinção entre objecto da tutela e objecto da acção, distinção esta que não teria sido feita por Birnbaum ao conceber o bem jurídico como um objecto da realidade empírica, objecto material do mundo exterior (concepção de que Binding não se terá totalmente libertado)<sup>161</sup>, nem por Liszt ao identificar o bem jurídico com os interesses da vida dos indivíduos. Para Honig, o bem jurídico é «um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objectos da tutela não existem enquanto tais, só ganham

<sup>159</sup> R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 94, apud Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Penal — Unidade e Pluralidade de Infracções*, p. 88; Eduardo Correia, *Direito Criminal*, p. 279; Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 79; Musco, *ob. cit.*, p. 85; Stella, *La Teoria del Bene Giuridico...*, cit., p. 4; Angioni, *ob. cit.*, p. 24, onde se refere, também, que já Rocco, na sua obra *L' Oggetto del Reato* (p. 580), escrevia «Indicar qual é o bem e o interesse lesado ou ameaçado com um dado crime, não significa outra coisa senão indicar o fim (*scopo*) que a lei penal se propõe atingir colocando sob ameaça de pena uma determinada acção ou omissão. Significa, noutros termos, interpretar a lei penal segundo os seus fins». (Em todas as obras referidas se faz um estudo sobre a concepção metodológica, onde nos baseamos para esta parte do nosso trabalho).

<sup>160</sup> O conceito de bem jurídico é reduzido a uma «abreviação do conceito de fim» (expressão utilizada por Grünhut, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, p. 8, apud Musco, *ob. cit.*, p. 86, nota 85).

<sup>161</sup> cfr. Honig, *ob. cit.*, p. 85, apud Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso...*, cit., p. 87 e, do mesmo autor *Direito Criminal*, p. 278. Pagliaro, na sua obra *Bene Giuridico e Interpretazione della Legge Penale* (p. 392), faz realçar esta distinção entre a realidade prévia ao Direito e o conceito de bem jurídico para a concepção metodológica: «o bem jurídico não é mais uma realidade natural, social ou económica tutelada pelo direito (...), não é um «quid» que deve ser: trata-se de um resultado da interpretação do fim» (apud Musco, *ob. cit.*, p. 87).

vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições»<sup>162</sup>. Ao nome de Honig podemos juntar os de Grünhut, Schwinge, Zimmerl e Menzger (entre outros) e, entre nós, o de Eduardo Correia, como defensores desta concepção metodológica-teleológica, de influência neo-kantiana. No entanto, algumas distinções haverá ainda a fazer no seio desta corrente.

b) Assim, Honig, ao considerar o bem jurídico como instrumento de interpretação das normas penais, continuava a ter em conta os valores subjacentes a essas normas e não negava que «com o conceito de crime se pensa necessariamente na exposição a um perigo ou na lesão de um objecto». Deste modo, na opinião de alguns autores, a sua concepção era composta ainda por dois conceitos distintos de bem jurídico: um tradicional e, a seu lado, um novo conceito — o metodológico<sup>163</sup>. Não deixava, no entanto, de acentuar o carácter normativo do conceito de bem jurídico e a necessidade de distinção entre objecto da tutela e objecto da acção. Por outro lado, com Honig, esta visão metodológica do bem jurídico, como critério de interpretação, não impedia que os resultados que daí adviessem fossem tidos em conta em sede dogmática<sup>164</sup>.

Já o ulterior desenvolvimento desta concepção (com Schwinge e Grünhut) encaminha-se no sentido do progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico, de tal forma que ele vai perdendo toda a autonomia face à própria norma e, assim, qualquer potencialidade dogmática. O bem jurídico passa a ser completamente identificado com a «ratio legis», desempenhando unicamente uma função interpretativa<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Honig, *ob. cit.*, p. 106, *apud* Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes...*, cit., p. 79, Angioni, *ob. cit.*, p. 25, e Musco, *ob. cit.*, p. 86. Acentuando também o carácter normativo do conceito de bem jurídico, Mezger (*Grundriss*, 2.ª edição, p. 65, *apud* Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Penal*, cit., p. 87).

<sup>163</sup> Neste sentido Angioni, *ob. cit.*, pp. 25 e 32.

<sup>164</sup> Neste sentido Angini, *ob. cit.*, p. 25.

<sup>165</sup> Até mesmo a função interpretativa é posta em causa por alguns autores, nomeadamente por Pagliaro, Nuvolone e Musco. Segundo o pensamento de Pagliaro, sendo o bem jurídico identificado com o fim central da norma, consistiria no resultado da própria interpretação, não podendo ser simultaneamente

c) Dentro do conceito de «ratio legis», podemos ainda estabelecer uma importante distinção: ela pode ser entendida como «o fim central e suficiente do tipo legal de crime»<sup>166</sup> ou como «a soma de motivos e fins que presidiram directa ou indirectamente à sua elaboração»<sup>167</sup>.

De facto, a «ratio legis» começou por ser entendida no primeiro sentido referido, como o fim fundamental, o fim determinante da norma penal, contribuindo, na opinião da maioria dos autores, para a teoria da interpretação e para o método teleológico<sup>168</sup>. Quanto à sua capacidade no plano dogmático e crítico, ela é considerada praticamente nula. Em relação ao plano dogmático (e porque não é esta a questão que aqui nos norteia), limitar-nos-emos a referir que, no que diz respeito ao facto ofensivo e ao objecto da ofensa, parece-nos não poder desempenhar papel relevante, uma vez que distancia o conceito de bem jurí-

resultado e critério de interpretação. Se «conhecer o significado da lei quer dizer tê-la já interpretado, o bem jurídico, como momento central do fim da norma, não pode desempenhar um papel no processo interpretativo da disposição normativa porque não representa mais do que um resultado» (Pagliaro, *ob. cit.*, p. 392, *apud* Musco, *ob. cit.*, p. 87; também neste sentido Nuvolone, *Il Possesso*, p. 55 ss.). Por outro lado, segundo a opinião deste autor, a interpretação do tipo legal também não seria capaz por si só de delimitar o conceito de bem jurídico. Para tal, necessário seria um «ulterior processo selectivo mediante o qual, do conjunto das razões finalísticas (...) se isolaria aquele aspecto do tipo legal que justifica a presença da norma» (cf. Pagliaro, *ob. cit.*, p. 396, *apud* Musco, *ob. cit.*, pp. 88 e 90). Já Marinucci, Amelung, Molari, Angioni e Esser (entre outros), acreditam no contributo da concepção metodológica para a teoria da interpretação tendo em conta «a necessidade para o intérprete de um contínuo passar (*trascorrere*) da fórmula à sua «ratio», e, inversamente, da segunda à primeira, para atingir (...) o critério a cuja luz o que se deduziu da análise completa sobre um dos aspectos possa ser controlado, integrado e eventualmente corrigido» (Molari, *La Tutela Penale*, p. 251 e ss., nota 27, *apud* Angioni, *ob. cit.*, pp. 27 e 28, nota 25). No mesmo sentido diz-nos Esser (*Grundsatz und Norm*, p. 262): «Interpretação significa recíproca adaptação de princípios e texto, porque qualquer um deles isoladamente não passa de um fragmento» (*apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 28, nota 25).

<sup>166</sup> Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung*, p. 22, *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>167</sup> Neste sentido Schwinge-Zimmerl, *Wissenschaftslehre*, p. 69 e ss., *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>168</sup> No entanto, *vide* nota 165.

dico do objecto da tutela, para o centrar na «ratio» da norma como «fim central, meio, ou resultado da interpretação»<sup>169</sup>. Ora, uma coisa é o objecto da tutela, outra o critério ou o resultado da interpretação, embora possam por vezes coincidir<sup>170</sup>.

Em relação ao plano crítico é clara a sua incapacidade, é nítido o *deliberado* afastamento desta função<sup>171</sup>. A concepção metodológica não tem, pois, uma finalidade limitadora do poder punitivo estadual; ela aceita a onipotência do legislador e apenas interpreta os dados legais por este estabelecidos. Também não tem uma intencionalidade limitadora do âmbito das prescrições penais; muito pelo contrário — orientou-se no sentido de uma interpretação extensiva das normas, conferindo-lhes assim o âmbito mais lato possível de aplicação<sup>172</sup>.

Com o entendimento da «ratio legis» numa acepção mais ampla, como «a soma de motivos e fins que presidiram directa ou indirectamente à elaboração da norma», alarga-se o conceito de bem jurídico, que passa a coincidir com o conjunto de elementos da norma penal. Assim, para Mezger, «com o conceito de bem jurídico exprime-se através de fórmulas mais curtas o objecto de protecção contra o qual se dirige o crime, incluindo uma especial actuação, certos sentimentos, a personalidade do agente, etc.»<sup>173</sup>. Deste modo, o bem jurídico «exprime numa

169 Angioni, *ob. cit.*, p. 31.

170 Neste sentido e mais desenvolvidamente Angioni, *ob. cit.*, p. 30 e ss.

171 Vejamos o que nos diz Schwinge: «Pode ainda suceder que o ordenamento conceda tutela jurídica a algo que a comunidade não considera dotado de muito valor; poderá mesmo tratar-se de uma situação culturalmente danosa. Nisto não encontra o legislador impedimento: é absolutamente pensável que tutele mesmo situações culturalmente danosas» (*ob. cit.*, *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 28).

172 A favor da máxima expansão da norma, Schwinge, *ob. cit.*, p. 23, nota 63 e, em Itália, Manzini, *Tratato*, contrariamente à tendência actual que vai no sentido da interpretação restritiva das normas penais, de forma a que não caibam no seu âmbito as situações limite. (Neste sentido Baumann, *Minima non Curat Praetor*, p. 11 e Vogler, *Möglichkeiten und Wege einer Enkriminalisierung*, p. 150, onde defende a ideia de que uma eficaz descriminalização depende mais da delimitação do âmbito de cada tipo legal do que da redução numérica das disposições penais da parte especial. Sobre este problema e fazendo referência, entre outros, a estes autores, Angioni, *ob. cit.*, pp. 28 e 29, notas 28 e 29).

173 Mezger, *Z.St.W.*, vol. 57, p. 699, *apud* Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Penal*, *cit.*, p. 88.

síntese todos os elementos que intervêm na modelação do tipo legal de crime»<sup>174</sup>. Para esta concepção, o bem jurídico não exprime pura e simplesmente um determinado interesse ou valor que se visou tutelar através da norma penal, pois também não foi este o único elemento que presidiu à elaboração da norma; o bem jurídico deverá abarcar o conjunto de critérios que levaram à modelação do tipo legal<sup>175</sup>. Assim, sabemos que no homicídio qualificado, para dar apenas um exemplo, se tem em conta não só o bem vida, como a particular forma de actuação, a especial relação entre agente e vítima, os próprios sentimentos que movem o agente: . . . , abarcando o bem jurídico o conjunto destes elementos<sup>176</sup>. É claro que com este entendimento de bem jurídico ele passa a identificar-se com o conteúdo da norma, perdendo completamente a autonomia e transformando-se assim num «conceito absolutamente supérfluo»<sup>177</sup>, sem qualquer capacidade dogmática ou crítica.

d) Esta evolução do conceito de «ratio legis» e concomitantemente de bem jurídico, teve uma razão política na sua base. Esteve na sua origem a necessidade de defender a todo o custo um conceito de bem jurídico face aos ataques contra ele movidos por parte dos juristas nacional-socialistas, uma tentativa de salvaguardar a ideia de tutela objectiva face à tendência subjectivista do nacional-socialismo. Só que, de concessão em concessão, pouco ou nada se terá salvaguardado. Identificando-se o bem jurídico com o conteúdo da norma penal, ele podia perfeitamente

174 Mezger, *Grundriss*, pp. 66 e 67, *apud idem*.

175 Segundo Eduardo Correia a crítica que se faz ao bem jurídico, com o fundamento de não ser este o único critério directivo do legislador, perde qualquer validade já a partir da concepção de Honig; esta crítica não teria em consideração toda a evolução a que este conceito esteve sujeito. (Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Penal*, *cit.*, p. 88 e *Direito Criminal*, *cit.*, p. 279).

176 Segundo Gallo (*Dolo*, p. 788), «na hipótese do homicídio é claro que a norma incriminadora não tutela *sic et simpliciter* o interesse (*id est* o bem jurídico) à vida, mas o interesse de que esta última não seja destruída mediante condutas de um certo tipo (...)» (*apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 36).

177 Antolosei, *Introduzione alla Parte Speciale*, p. 406 (*apud idem*).

servir os ideais totalitários do nacional socialismo. Por isso, enquanto a escola de Kiel atacou o conceito de bem jurídico por o considerar herança do período liberal, contrário aos ideais nacional-socialistas, objectando ainda com o facto da protecção de bens jurídicos não ser o único critério directivo do legislador na criação do tipo legal, já a escola de Marburgo utilizou o conceito de bem jurídico com um sentido omnicompreensivo (bem jurídico como a «ratio legis» em sentido amplo), como instrumento ao serviço dos seus ideais totalitários. Escrevia Schwinge: «A moderna teoria do bem jurídico (...) serve à orientação do direito em direcção ao conceito de comunidade e à penetração do ordenamento jurídico com o espírito do nacional socialismo»<sup>178</sup>. Sendo o bem jurídico identificado com todo o conjunto de elementos que estiveram na base da criação do tipo legal, com todos os elementos do tipo e, assim, esvaziado do seu conteúdo originário (no sentido de limitador do poder punitivo), já não faziam sentido as críticas que lhe eram movidas e a desconfiança com que era olhado por parte da escola de Kiel. Com este sentido omnicompreensivo, acentua-se a sua incapacidade para exercer uma função dogmática ou crítica. No plano dogmático, não servia para individualizar o objecto da ofensa, não sendo possível, assim, a distinção entre crimes de perigo e de dano, uma vez que este consistiria na violação da própria norma. No plano crítico, não estabelecia qualquer limite ao poder criminalizador.

<sup>178</sup> Schwinge-Zimmerl, *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, pp. 77-78, apud Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 80. Também neste sentido Baratta, *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale*, p. 70 e ss.

## II CAPÍTULO

### Qual o contributo do actual conceito de bem jurídico?

#### 1. Retorno a um conceito crítico de bem jurídico e actuais reformas penais

a) Esta digressão histórica em torno do conceito de bem jurídico, parece-nos ser já de algum modo ilustrativa do carácter polémico deste conceito, das suas potencialidades a vários níveis (nomeadamente quanto ao aspecto que aqui nos ocupa — o da fundamentação e delimitação do «jus puniendi») mas, concomitantemente, da sua difícil e controversa concreção, da sua plasticidade ou capacidade de adaptação a diferentes ou mesmo opostas concepções (embora se possa entender que algumas representaram a sua adulteração ou o seu esvaziamento), e ainda de uma evolução que, como começámos por afirmar, não obedeceu a uma linha de continuidade, mas a um processo sinuoso ou cíclico — recordemos a caracterização de Costa Andrade — «um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenómenos de revolução no sentido etimológico (revolutio), de retorno ao que se julgava já irrepitivelmente abandonado»<sup>179</sup>.

Prova clara desta «revolutio» encontramos na actual concepção de bem jurídico, que retorna às origens, ou seja, ao conceito material de crime do Iluminismo. Reagindo contra uma concepção que, como vimos, acabou por colocar o bem jurídico ao serviço do poder<sup>180</sup>, sente-se a necessidade de lhe conferir um sentido limitador do poder punitivo, crítico e transistemá-

<sup>179</sup> *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, cit., p. 76, Faria Costa, *A Importância da Recorrência...*, cit.

<sup>180</sup> Referimo-nos à concepção metodológica de bem jurídico que, como vimos (*supra*, Primeiro Capítulo, Secção 4.), ao conduzir à identificação do bem jurídico com o conteúdo da norma, esvaziou-o de qualquer função dogmática ou crítica.

tico, um sentido garantístico<sup>181</sup>. Não era outra a intencionalidade do conceito material de crime do período liberal<sup>182</sup>. Assim, o pensamento de juristas (como Hommel, Beccaria e Liszt, entre outros), que ao longo dos tempos foram defendendo um conceito de bem jurídico com função fundamentadora e limitadora do poder criminalizador, vai assumir de novo significado. De resto, a redobrada atenção que a teoria do bem jurídico suscitou a partir dos anos sessenta (fins dos anos cinquenta) na Alemanha e em Portugal e a partir dos anos setenta em Itália, teve por finalidade a busca de um conceito metapositivo, capaz de orientar ou mesmo vincular o legislador nas reformas penais que se sentiam como urgentes. E é curioso observar como propostas actuais de reforma do Direito Penal tinham sido já propugnadas no século XVIII e XIX. Exemplos patentes deste facto se podem constatar nos domínios da moral sexual e da religião<sup>183</sup>, áreas particularmente sintomáticas da concepção de

181 A palavra «garantístico» emprega-se aqui num sentido amplo — englobando não só as denominadas garantias formais (princípio da legalidade...), mas também garantias materiais, através da aposição de limites ao poder criminalizador (sobre a relação entre estes dois aspectos *infra*, na *Introdução à Segunda Parte*). É de Roxin a afirmação de que «o bem jurídico implica uma dupla protecção: através do Direito Penal e *ante* o Direito Penal, cuja utilização exarcebada provoca precisamente as situações que pretende combater» (Roxin, *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, p. 22), afirmação de conteúdo e intencionalidade substancialmente coincidente com o pensamento Iluminista e o de Liszt, o qual, como vimos, em muitos aspectos se identificava com o «mundo ideológico da Ilustração», facto por ele próprio reconhecido (Roxin, *Franz von Liszt...*, *cit.*, pp. 48 e 61).

182 No entanto, o actual conceito de bem jurídico não se fundamenta, como veremos, numa concepção de Direito natural (ou, pelo menos, puramente de Direito natural) como acontecia na época iluminista, e também não se esgota (ou não se identifica) com o conceito de direitos subjectivos desse período. Há, no entanto, uma mesma intencionalidade crítica e transistemática, limitadora do poder criminalizador.

183 Como exemplo de normas mais mutáveis, refere Zipf (*Introducción...*, *cit.*, pp. 82 e 83) o Direito Penal de religião — «os factos puníveis contra a Religião representam uma grave ameaça para a comunidade quando o Estado se configura com base numa religião unitária ou quando Estado e Igreja formam uma unidade, a situação muda completamente quando se limita à sua função ordenadora temporal e adere à tolerância para com todas as actuações religiosas e ideológicas». Assim, o conceito de crime está também intimamente rela-

Estado e seus fins e, assim, «locus classicus do interesse moderno sobre os limites do Direito Penal»<sup>184</sup>. Paradigmático é o «Alternativ Entwurf eines StGB von 1966»<sup>185</sup>.

b) Animado de uma intencionalidade oposta à do «Entwurf eines StGB von 1962» que, a propósito da punição da homossexualidade, afirmava tratar-se de «comportamentos, segundo a convicção geral vergonhosos e eticamente reprováveis, a serem também ameaçados com a pena, embora através desses factos não fosse lesado, directamente, um bem jurídico determinado»<sup>186</sup>, defendia o «Alternativ Entwurf eines StGB von 1966»<sup>187</sup> a exclusão destes comportamentos, quando praticados por adultos, em privado, e com mútuo consentimento, do âmbito da punibilidade, por não serem lesivos de bens jurídicos, mas da mera moralidade.

Explicitemos melhor os fundamentos em que assenta esta concepção. Para o P. A., a pena não é «um processo metafísico, mas uma amarga necessidade dentro de uma comunidade de seres incompletos como são os homens»<sup>188</sup>. Sendo assim, ela

cionado com o tipo de Estado, quer do ponto de vista da sua organização, quer do ponto de vista dos fins que se propõe prosseguir».

184 Packer, *The Limits of Criminal Sanction: Sex Offenses*, p. 85.

185 Sobre a relação entre a concepção jurídico-penal de Liszt e o Projecto Alternativo de reforma penal alemão, Roxin, *Franz von Liszt...*, *cit.*

186 *apud* Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, *cit.*, p. 9, Rn. 3. E ainda, «de uma aberração inqualificável, dissolvente do carácter e destruidora dos sentimentos morais». Também a propósito da distinção entre Direito (mais ainda tratando-se do Direito Penal...) e moral, caberá referir a interpretação que a jurisprudência fazia do art. 181.º, I, n.º 2, do StGB (punição dos pais que favoreçam o impudor dos seus filhos) no sentido de punir os pais que permitissem que os filhos passassem a noite com a sua namorada na casa paterna, mesmo que se tratasse de filhos maiores ou até de noivos que esperassem já descendência. A intenção do referido tipo legal não teria sido chegar tão longe, mas apenas impor aos pais a protecção de filhos menores face a condutas que pudessem prejudicar o seu desenvolvimento. Mesmo para estes casos caberia questionar se seria a pena o meio mais adequado para se alcançar tal fim. (Exemplo referido por Roxin, o qual se questiona também sobre a adequação da pena em relação ao fim visado. — *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 23).

187 Que passaremos a designar por P. A. (Projecto Alternativo).

188 P. A., 1.ª edição, p. 29.

não deve ser imposta para se atingirem fins transcendentais, mas apenas quando tal for necessário para a preservação das condições essenciais da vida do homem em sociedade. «Não é a reprobabilidade de uma conduta, mas unicamente a sua qualidade de facto perturbador da ordem pacífica externa — a cujos elementos garantidores se chama bens jurídicos — o que pode acarretar a imposição de penas estatais»<sup>189</sup>. Assim, as acções imorais (ex. homossexualidade simples, sodomia, proxenetismo, divulgação de pornografia, bestialidade e incesto) que tivessem lugar entre pessoas adultas, com mútuo consentimento e em privado, que não causassem «moléstia»<sup>190</sup> a ninguém e não afectassem direitos individuais, nem «bens ofendíveis, protegíveis»<sup>191</sup>, não deveriam ser punidas. A sua punição poderia ter mesmo efeitos nefastos<sup>192</sup>. Segundo Jäger, faltaria a «real causalidade da lesão»<sup>193</sup>; não se trataria de lesões a bens jurídicos, mas apenas da violação de «conceitos gerais, como a moral»<sup>194 e 195</sup>.

<sup>189</sup> Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 45. Mais desenvolvidamente sobre este aspecto, na concepção de Roxin, *infra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 3. b) e 4. b) e c).

<sup>190</sup> «Belästigung» (Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 9, Rn. 3).

<sup>191</sup> «Güter» im Sinne verletzbarer, schützbarer» (Roxin, *ibidem*).

<sup>192</sup> Recordemos o pensamento de S. Tomás de Aquino, segundo o qual «a lei humana não pode proibir e punir todas as más acções, pelo que — conclui, alegando a autoridade de Santo Agostinho — é preciso, em nome da própria moral, rejeitar as leis que, sob pretexto ideal, provocam maiores males do que aqueles que pretendem prevenir» (*Summa Theologica*, 1<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>, q. 96, art. 2, apud Figueiredo Dias, *A Reforma do Direito Penal Português...*, cit., p. 143).

<sup>193</sup> *Realen Verletzungskausalität* (Jäger, apud Roxin, *idem*, p. 9, Rn. 3).

<sup>194</sup> *Allgemeinbegriff* (Jäger, apud *ibidem*, p. 9, Rn. 3).

<sup>195</sup> Parece-nos, no entanto, ser defensável não terem o mesmo tratamento todas as situações referidas. Se em relação à homossexualidade e à sodomia, entre pessoas adultas, de comum acordo e em privado, se pode dizer que não são afectados direitos individuais, que não se causa «moléstia» a ninguém, nem são lesados «bens», já em relação ao proxenetismo e à divulgação de pornografia nos restam mais dúvidas. Quanto à divulgação de pornografia cremos que tudo poderá depender das condições em que tal for permitido. Se for permitido em termos muito amplos, aliciando mesmo menores, não poderá causar danos sociais? (sobre o problema da danosidade social na pornografia, *infra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 5.).

Em consequência desta concepção acerca do que o legislador está autorizado a criminalizar, as reformas penais que vieram a ocorrer<sup>196</sup> tenderam para a redução da punibilidade, no âmbito sexual, às ofensas aos jovens<sup>197</sup> e à liberdade sexual — estaria em causa não a tutela de uma moral sexual mas da autodeterminação das pessoas no âmbito sexual. A própria mudança de denominação, na parte especial do Código Penal relativa aos comportamentos sexuais, é esclarecedora quanto a esta viragem de sentido: de «Crimes e Delitos (infracções) contra os bons costumes (a ordem moral)»<sup>198</sup>, passou a referir «Crimes contra a autodeterminação sexual»<sup>199</sup>, muito embora estas reformas tenham ficado algo aquém do pretendido pelo P. A., continuando, por exemplo, a existir o tipo legal de exibicionismo (183)<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> Em 25-6-1969 e em 23-11-1973.

<sup>197</sup> Garantir, aos menores de catorze anos, o desenvolvimento sexual livre de solicitações externas, coactivas ou não (176) e em relação aos menores de dezoito, a tutela é no mesmo sentido, mas apenas em relação a pessoas com qualidades ou funções particulares — ex. preceptor, dador de trabalho, etc. (174).

<sup>198</sup> *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*.

<sup>199</sup> *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*. Em relação à homossexualidade, por exemplo, a primeira lei de reforma penal de 25-6-1969, só castiga a homossexualidade praticada entre homens adultos se o autor abusa da relação de dependência que frente a ele têm tais adultos, ou se o autor exerce profissionalmente a homossexualidade. Caso contrário, só é penalizada a homossexualidade entre menores de 21 anos.

<sup>200</sup> Assim, as soluções que vieram a ser consagradas ainda não relevam uma adesão total ao P. A., mas sim a adopção de uma posição de compromisso (uma «via per mezzo», nas palavras de Costa Andrade, *O Novo Código Penal Português e a Moderna Criminologia*, p. 201) entre as duas concepções. São ainda punidas condutas que ofendem sentimentos de terceiros causando-lhes, p. ex., indignação — é o caso do crime de exibicionismo (p. 183 — acções sexuais diante de terceiros), ofensa que, no entanto, tem que ser *directa*, ou seja, provinda da percepção directa do facto. Exemplos ainda de outros «compromissos» — fidelidade ao princípio da culpa, mas abertura à prevenção especial; descriminalização no sentido do P. A. com alguns limites, mas não consagração do princípio da lesão de bens jurídicos na parte geral do Código (Costa Andrade, *ibidem* e Angioni, *ob. cit.*, p. 133. Sobre este compromisso, o comentário de Lenckner, *Schönke-Schröder, Kommentar*, pp. 1191 e ss., 1219 e ss.). Também em Itália continua a existir o crime de ofensa ao pudor segundo o sentimento comum (529) e o crime de escândalo público (564). No âmbito da religião, a nova legisla-

Em Portugal, a tradição penalística sempre manifestou uma tendência liberal-tolerante<sup>201</sup>, sendo certo que o Código de 1982 a veio exprimir de forma mais clara. Como exemplos desta mundivisão acerca do papel do Direito Penal podemos referir, no âmbito sexual, a não punição do adultério<sup>202</sup>, da homossexual-

ção alemã também optou por uma posição compromissória. Enquanto que o P. A. propunha a quase total abolição dos crimes nesta área (bestemia, vilipêndio de religião), a solução acolhida foi a de deixar de se tutelar as convicções e sentimentos religiosos, para se tutelar a *paz pública*. Há assim uma mudança de sentido fundamental — já não são os sentimentos religiosos em si mesmos considerados que merecem a tutela penal, mas sim a manutenção dessa paz. Logo, aqueles só serão protegidos mediatemente, na medida em que uma sua ofensa possa pôr em causa a paz pública. Só que, na verdade, o que acabará por mudar é o grau de lesão exigido para que haja intervenção penal — esta lesão terá que ser de tal extensão (ou grau) que ponha em perigo a tranquilidade social. Assim, na Alemanha, é punido o insulto público a uma confissão religiosa e o sentimento de piedade para com os defuntos. Para Roxin, também é esta paz pública a razão que está na base (é este o bem jurídico?) da punição do exibicionismo. Segundo Amelung, a lesão de sentimentos só seria socialmente danosa quando pusesse em causa a paz social, *ob. cit.*, p. 346 e ss. No mesmo sentido, P. A. Alemão, p. 83. Em Itália, são punidos os delitos contra o sentimento religioso e a piedade dos defuntos. (Quanto a estes aspectos, Roxin, *Strafrecht*, p. 12, Rn. 12 e Angioni, *ob. cit.*, p. 133, nota 80). Quanto a Portugal, *vide infra*.

201 De facto, «se na vigência das Ordenações do Reyno havia uma hiper-criminalização no âmbito do comportamento sexual, a partir do código de 1852, iniciou-se um processo de descriminalização nesta área. Assim, este Código e legislação posterior «constituíram, já em seu tempo, alavancas de um poderosíssimo movimento de descriminalização» (Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 19, nota 35). A tendência era para a descriminalização de condutas como a prostituição, homossexualidade, vícios contra a natureza, incesto e rufianaria, tendo no entanto ocorrido uma inflexão de sentido em 1954, por influência dos «ventos do totalitarismo ético» dessa época, passando algumas dessas condutas a constituir «estados de marginalismo criminoso ou de para-delinquência» (*idem*, p. 20) sujeitos a medidas de segurança.

202 A descriminalização do adultério foi uma inovação face às leis descriminalizadoras anteriores. No entanto, apesar da opinião de alguns autores (Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 429) ir no sentido da despenalização da própria bigamia e do estupro, estes factos continuaram a ser considerados crimes, muito embora se tenha alterado o tipo legal de estupro. Ainda sobre a tendência descriminalizadora do actual Código Penal na área dos comportamentos sexuais, ofensa a valores morais e religiosos, Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, p. 60.

idade<sup>203</sup>, dos vícios contra a natureza, da prostituição e do incesto, o novo recorte de tipos legais referentes ao estupro e à violação<sup>204</sup>, assim como a expressiva substituição do título «Crimes contra a Honestidade» pelo de «Crimes Sexuais»<sup>205</sup>. Mas o atentado ao pudor continua a ser punido<sup>206</sup>. Também a não punição de condutas associadas — mendicância, vadiagem, rufianaria — e do próprio consumo de droga que, no entanto, foi posteriormente (re)criminalizado<sup>207</sup>, indicam a mesma intencionalidade no sentido da tolerância, da preservação da liberdade individual na decisão da própria vida... De resto, o preâmbulo do actual Código Penal é suficientemente elucidativo: «O Código assume-se deliberadamente como ordenamento jurídico-penal de uma sociedade aberta e de um Estado democraticamente legitimado. Optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou a formas de vida que relevando de particulares mundividências morais e culturais não põem directamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais»<sup>208/209</sup>.

203 No actual Código Penal a homossexualidade só é punida quando praticada com menor de 16 anos (207).

204 Art(s) 201 e ss. do Código Penal.

205 «Nem contra a honestidade, nem contra os bons costumes — afinal crimes sexuais» (título do comentário médico-legal, da autoria de Oliveira e Sá, a propósito desta parte do novo Código Penal).

206 art. 205.º e ss.

207 Pelo D.L. 430/83, de 13 de Dezembro.

208 Neste sentido e sobre esta temática — Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, *cit.*, p. 200 e ss.

Quanto aos crimes religiosos e em relação a defuntos, continuam a existir. Mas, os primeiros, na medida em que haja um ultrage público à crença, função religiosa (art. 220.º) ou culto (art. 223.º) ou um impedimento ou perturbação de culto (p. 222); os segundos, na medida em que se impeça ou perturbe cerimónia fúnebre (art. 225.º), se profanem lugares fúnebres (art. 227.º) ou o próprio cadáver (p. 226 — destruição, ocultação ou profanação de cadáver). Ou seja, sempre face a condutas com um grau de gravidade considerável.

209 Esta mesma tendência no sentido da expurgação de condutas sem «dignidade penal» do âmbito da criminalidade, levou também a que se criasse o *ilícito de mera ordenação social* e a que se transferissem condutas até aí consideradas crimes para esta área.

c) Toda esta mundividência como que «ressuscita» a «velha ideia da Ilustração»<sup>210</sup> de que o Direito Penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para alcançar a moralidade dos cidadãos, com destaque para a já citada afirmação de Hommel, de que recordamos algumas passagens: «Delito ou injusto é só aquilo com que privo directa ou imediatamente de algo ao próximo individual ou a «res publica»<sup>211</sup>. E ainda:

Mas, desta vez, o objectivo era fazer face à crescente hiper-criminalização que se fazia sentir no âmbito da intervenção conformadora do Estado na vida social — nomeadamente na área dos serviços públicos, economia, etc. Sobre a distinção entre ilícito de mera ordenação social e crime, vide Figueiredo Dias, *O Movimento da Descriminalização e o lícito de Mera Ordenação Social e Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*; Costa Andrade, *Contributo...*, cit. e Eduardo Correia, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*; Taipa de Carvalho, *Sumários de Direito Criminal*, p. 60 e ss.

<sup>210</sup> Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 46.

<sup>211</sup> *Notas de Hommel ao texto de Beccaria*, p. 29 da reedição, *apud* Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 46. É de salientar o carácter de «imediatez» do dano para a sociedade, excluindo-se assim danos remotos — também sobre este aspecto, vide a exposição de motivos do P. A. e relacione-se ainda esta questão com a exigência de percepção directa dos factos, no actual crime de exibicionismo, na Alemanha. Julgamos radicar aqui um dos principais problemas da exclusão do âmbito de punibilidade das condutas imorais que não parecem causar, de imediato, nenhum dano social. De facto, se não recorressemos ao critério da imediatez, seria muito difícil traçar a fronteira entre condutas danosas e não danosas do ponto de vista social, e poder-se-iam vir a incluir no âmbito da punibilidade uma série de acções que, à partida, e de acordo com o critério da imediatez, se têm por não danosas. Mesmo assim, no entanto, algumas dúvidas poderão em certos casos persistir, já que nem sempre será fácil determinar o grau de imediatez dos danos; muitas vezes eles não se poderão dividir claramente em mediatos ou imediatos, haverá antes uma contínua gradação... A propósito da inclusão ou não de condutas ofensivas da moral no Direito Penal e, também, destes efeitos mediatos socialmente danosos, confronte-se a posição de Devlin e Stephan com a de Stuart Mill e Hart (*vide infra*, notas 301 e 424 e *infra*, *Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 4.*). De todo o modo, a determinação do que é socialmente danoso depende sempre, necessariamente, dos bens que se tenham por socialmente valiosos (do que se considere ser bem jurídico) e estes variam com as condições culturais e sociais, espaço-temporalmente situadas. Por isso, passo prévio em relação à determinação da danosidade social, parece-nos ser a determinação de quais os bens jurídicos da comunidade em causa, o que implica que se atente no ambiente social, económico e cultural-valorativo da sociedade em questão, embora também dependa

«O tribunal divino é diverso do dos homens e é tão difícil integrar um no outro, quanto misturar a água e o azeite, porque os seus elementos e as suas fontes são substancialmente diversas. A fonte da qual dimanam as leis penais humanas é representada unicamente e apenas pelo dano que um delito causa ao próximo ou a todo o estado»<sup>212</sup>.

Também para Liszt, «as acções meramente contrárias à moral não ameaçam a segurança da sociedade» e, em consequência, a pena não é «necessária» nem «adequada» para as combater (... ) tendo de ser excluídas de antemão dos «bens jurídicos». Assim, segundo Roxin, parece ter-se cumprido a profecia de Radbruch, quando dizia, numa época em que Liszt parecia totalmente esquecido<sup>213</sup>: «Não ressuscitará de novo um dia sem que nos demos conta e passear-se-á entre nós com influência viva?»<sup>214</sup>

d) A actual defesa de um Direito Penal tolerante<sup>215</sup>, não impositivo de finalidades transcendentais — concepções ideológicas ou morais determinadas, mas sim voltado para a realidade, com os «pés na terra»<sup>216</sup>, vocacionado para a protecção dos bens essenciais dos indivíduos e da comunidade em geral, tem, como vimos, as suas raízes históricas no período Iluminista. Afigura-se no entanto imprescindível ter em conta que, apesar da recorrência de certos problemas<sup>217</sup>, a realidade social

de uma análise cuidada de todas as (possíveis) consequências de uma conduta, sua probabilidade, proximidade e gravidade, o que pressupõe um estudo criminológico aprofundado. (Sobre estes problemas, *vide infra*, *Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 2. b), 4. a)* e 5; *vide* notas 298 e 413).

<sup>212</sup> Hommel, *Beccarias un sterbliches Werk*, trad. italiana, p. 609 (*apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 136, nota 84).

<sup>213</sup> Nas palavras de Roxin, «quando Liszt parecia morto e sem possibilidade de ressuscitar», Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 38.

<sup>214</sup> *Apud idem*.

<sup>215</sup> A propósito do mandato de tolerância *vide*, entre outros, Zipf, *Introducción...*, cit., p. 98 e ss.

<sup>216</sup> Klug fala da obediência ao imperativo de «permanecer fiel à terra» — *apud* Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 6.

<sup>217</sup> Estamos a pensar, em especial, nas referidas áreas da moral sexual e da religião, onde, como vimos, o apelo à tolerância já se fazia sentir no período do Iluminismo Criminal.

mudou<sup>218</sup>, assim como a própria concepção de Estado, o que necessariamente condicionará (deverá condicionar) a concretização do conceito de bem jurídico. A concreção do conceito de bem jurídico com função limitadora do poder punitivo, não pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito formal, mero garantidor (formal) das liberdades, não intervencionista, para um Estado de Direito que se quer material, democrático e social. Assim, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais deverão exercer influência determinante na definição dos bens jurídicos a ser tutelados pelo Direito Penal. Tal parece-nos reflectir-se, desde logo, na consideração de bens jurídicos de índole social<sup>219</sup>. Isto, de acordo com uma concepção de Bem Jurídico<sup>220</sup> que reclama que o Direito Penal esteja em consonância com a realidade social e suas exigências, com as concepções valorativas dominantes (o que se deve distinguir da imposição de uma particular moral maioritária, uma vez que tal estaria em contradição com o próprio valor dominante da tolerância), com a tutela dos bens essenciais para aquela comunidade concreta e a co-respectiva prevenção de danos sociais (do que é considerado dano e sentido como tal na sociedade em causa...); tudo factores espaço-temporalmente situados.

## 2. Consenso e discrepâncias na actual concepção de bem jurídico — especial referência à natureza material ou imaterial do bem jurídico

a) É praticamente unânime, nos nossos dias, a afirmação de que o fim e a razão de ser do Direito Penal consiste na protecção subsidiária de bens jurídicos — na protecção daqueles

<sup>218</sup> O que, para além de colocar novos problemas, tornará (porventura) mais prementes exigências antigas.

<sup>219</sup> Pensemos nas prestações sociais, que Roxin colocava ao lado dos bens jurídicos, como realidades dignas de tutela, e que Figueiredo Dias sempre considerou incluídas no próprio conceito de bem jurídico, uma vez que este deve abranger todas aquelas condições essenciais para a vida do homem em comunidade (sobre este aspecto, *vide infra*, nota 363).

<sup>220</sup> Diferente neste aspecto da iluminista — direitos inatos — *vide Angioni, ob. cit.*, p. 96.

bens mais essenciais<sup>221</sup> à vida humana em comunidade, que não possam ser eficazmente protegidos por uma outra forma menos drástica. Também se dá por assente o correspondente princípio da danosidade social, como lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos. Vimos já, no entanto, que o problema reside na concretização destes conceitos. Não curaremos, por ora, do princípio da subsidiariedade, mas do pressuposto prévio, imprescindível para que possa haver criminalização — a dignidade penal do bem em causa<sup>221</sup>. Tão imprescindível se apresenta, nos nossos dias, a existência do bem jurídico, que Jäger faz mesmo um paralelo entre os princípios «nulla poena sine legge» e «in dubio pro reo» dirigidos ao juiz, com os princípios dirigidos ao legislador «nenhuma norma penal sem protecção de bens jurídicos. Em caso de dúvida, nenhuma punibilidade»<sup>223</sup>. Procura-se, assim, um conceito de bem pré-jurídico, «como objecto de tutela das normas criminais e não como seu derivado, já que tutelar e criar bens são coisas inconciliáveis entre si»<sup>224</sup>.

b) Várias definições de bem jurídico, com esta intencionalidade crítica, têm sido tentadas. Referiremos apenas algumas, mais significativas, para analisarmos, sumariamente embora, os seus pontos de contacto e divergências. Por fim<sup>225</sup>, questionar-

<sup>221</sup> Sobre o carácter fragmentário (a expressão é de Binding) do Direito Penal, no sentido de não estar vocacionado para a protecção de todos os interesses individuais ou sociais — nem sequer de todos os interesses juridicamente relevantes — mas apenas dos mais essenciais e não de todos os ataques mas tão só dos mais graves, dos mais danosos, dos mais intoleráveis, *vide* Mainwald, *Zur fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, p. 9 e ss. — *vide* também *infra*, nota 583 e bibliografia aí referida.

<sup>222</sup> A dupla dimensão do bem jurídico penal — axiológica e pragmática (na terminologia de Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, *cit.*, p. 90) correspondem fundamentalmente os conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal (*vide* Costa Andrade, *A Dignidade Penal...*, *cit.*, sendo ambos pressupostos necessários para a criminalização de uma conduta).

<sup>223</sup> *Strafgesetzgebung...*, *cit.*, p. 222 e ss., *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 90, nota 1.

<sup>224</sup> De acordo com a visão de Jäger, *ob. cit.*, p. 21, *apud* Angioni, *ob. cit.*, pp. 87 e 88 e Costa Andrade, *Os Novos Crimes Contra a Economia...*, *cit.*, p. 80.

<sup>225</sup> Na última parte deste capítulo (Secção 4.).

-nos-emos sobre a sua fecundidade para delimitar, em concreto, o âmbito da matéria criminalizável.

Assim, para Jescheck, é missão do Direito Penal proteger bens jurídicos e estes consistem em «bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de protecção através do poder coactivo do Estado representado pela pena»<sup>226</sup>. Para Roxin, bens jurídicos são os «pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum, que se concretizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação, ou a propriedade», devendo o Estado moderno assegurar ainda, se necessário com os meios do Direito Penal, «o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado»<sup>227</sup>. E, de acordo com uma sua formulação mais recente, «bens jurídicos são realidades ou posições finais (Zwecksetzung) úteis para o desenvolvimento dos indivíduos no quadro de um sistema social ou úteis para o próprio desenvolvimento do sistema»<sup>228</sup>. Jäger define os bens jurídicos como «situações valiosas que podem ser alteradas pela acção humana e que, conseqüentemente, podem também ser protegidas através de normas penais de tais alterações. Noutros termos, trata-se de situações susceptíveis de serem lesadas e tuteladas»<sup>229</sup>. Rudolphi, define bens jurídicos como «conjuntos funcionais de valor para a nossa sociedade orientada constitucionalmente e, portanto, também para a posição e liberdade dos cidadãos individualmente considerados»<sup>230</sup>. Marx, refere-se aos bens jurídicos como «aqueles objectos de que o homem necessita para a sua livre auto-realização»<sup>231</sup>. Já Muñoz Conde acrescenta o elemento social ao individual — «aqueles pressupostos de que o homem necessita para a sua auto-realização na

226 *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pp. 9-10.

227 *Sentido y Límites de la Pena Estadual*, p. 21.

228 Roxin, *Strafrecht*, p. 11, Rn. 9.

229 *Ob. cit.*, p. 13, *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 90.

230 *Die Verschiedenen Aspekte...*, *cit.*, p. 161 e ss.

231 *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, p. 62.

vida social»<sup>232</sup>. Para Polaino Navarrete são «os bens e valores mais sólidos da ordem de convivência humana em condições de dignidade e de desenvolvimento da pessoa em sociedade»<sup>233</sup> e segundo Mir Puig, «as condições necessárias, segundo a observação empírica, para um correcto funcionamento dos sistemas sociais (...) que se traduzem em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interacção e comunicação social»<sup>234</sup>. Também em Itália Fiandaca e Musco, entre outros, põem em relevo o facto do Direito Penal só encontrar legitimação «na tutela dos bens socialmente relevantes», a necessidade de que o comportamento, para ser considerado criminoso, «lese ou ponha em perigo bens jurídicos»<sup>235</sup>. Na doutrina Portuguesa, Figueiredo Dias tem do bem jurídico «uma visão funcional, que o vê (ao bem jurídico), como unidade de aspectos ónticos e axiológicos através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso»<sup>236</sup> e Taipa de Carvalho define-o como «os bens, interesses ou valores apreendidos pela consciência ético-social como fundamentais à convivência comunitária, na qual se realiza a pessoa humana»<sup>237</sup>.

c) Em primeiro lugar, parece-nos de assinalar a existência de um consenso fundamental de base quanto à definição de Bem Jurídico. Todas as afirmações referidas sublinham o carácter de essencialidade dos bens<sup>238</sup> para a existência humana em comunidade<sup>239</sup>.

232 *Introducción...*, *cit.*, p. 48.

233 *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*, p. 356.

234 *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p. 140.

235 Fiandaca e Musco, *Diritto Penale*, p. 1.

236 *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 15.

237 *Sucessão de Leis Penais*, p. 73.

238 *Bens vitais, pressupostos imprescindíveis, situações valiosas, conjuntos funcionais valiosos, objectos necessários, bens e valores mais consistentes ou fundamentais...*

239 Caberá aqui uma referência a Zipf que, ao tentar caracterizar o conceito material de delito, parte desta mesma concepção de base. Segundo Zipf, «as normas penais só podem ser empregues como reguladoras do acontecer social

No entanto, algumas diferenças de concepção (com eventuais reflexos na concretização deste conceito) podem ser indiciadas através das diversas formulações.

Assim, dever-se-á atentar, na mais recente formulação de Roxin, à referência a «posições finais» (*Zwecksetzung*), tendo em vista acentuar que o bem jurídico não abarca apenas realidades previamente dadas, mas também interesses em devir, o que vem de encontro ao carácter social do actual Estado de Direito<sup>240</sup>. Também se nos afigura significativa a referência de Rudolphi, de Figueiredo Dias e de Mir Puig ao aspecto funcional dos bens, exprimindo assim uma visão dinâmica e instrumental do bem jurídico (nesta perspectiva indica Rudolphi como exemplo de bem jurídico a administração da justiça «como verdadeira unidade funcional necessária para uma sociedade constitucionalmente organizada»). Será ainda de salientar, na formulação de Mir Puig, a perspectivação sistémica do bem jurídico (funcionamento do sistema, condições de participação do indivíduo nos processos de interacção...) <sup>241</sup>, e ainda a acentuação do princípio da necessária lesividade ou ofensividade do bem jurídico por parte de Jäger, Fiandaca e Musco — posição que, no entanto, também é compartilhada pelos outros autores.

Por outro lado, enquanto que a concepção de Marx é marcadamente personalista, autores como Roxin, Muñoz Conde, Navarrete, Figueiredo Dias e Taipa de Carvalho tentam o equilíbrio entre a referência pessoal e a social, de acordo com a convicção de que a pessoa humana se realiza na convivencialidade comunitária e que, portanto, a preservação das condições sociais,

quando tal seja forçosamente exigido por necessidades essenciais de protecção da colectividade e interesses vitais do indivíduo». (Zipf, M.D.E., 1969, p. 892, *apud Introducción...*, cit., p. 98). Sobre esta problemática, *idem*, p. 97 e ss., acentuando a referência ético-social e o fundamento sociológico do conceito material de delito e o carácter de intolerabilidade da conduta criminosa para as condições da convivência comunitária, em relação com o mandato de tolerância dos Estados pluralistas.

<sup>240</sup> Já no seu trabalho — *Sentido y Límites...*, cit., nomeadamente p. 33, distinguía entre bem jurídico e prestações públicas.

<sup>241</sup> As concepções sistémicas referir-nos-emos, *infra*, na Secção 3.

no respeito pela dignidade individual, reverte ainda em favor da plena realização de cada homem.

d) Será ainda de ter em atenção a acentuação do carácter vulnerável dos bens por parte de Jäger («situações que podem ser alteradas pela acção humana... situações susceptíveis de serem lesadas e tuteladas») e, por outro lado, a caracterização dos bens jurídicos como «unidade de aspectos ónticos e axiológicos...» por parte de Figueiredo Dias. Contrapusemos estas duas caracterizações, pois, parece-nos ser indiciadora, cada uma delas, de uma diferente atitude sobre a polémica questão da natureza material ou imaterial dos bens jurídicos<sup>242</sup>.

Assim, a insistência de Jäger na susceptibilidade dos bens para serem lesionados, indicia a defesa, na esteira de Birnbaum, do carácter necessariamente material do bem jurídico<sup>243</sup>. De acordo com esta perspectiva, apenas poderiam ser considerados bens jurídicos os objectos naturalísticos do mundo exterior, aqueles que fossem apreensíveis pelos sentidos, palpáveis, susceptíveis de ser agarrados (*Greiflichkeit*)<sup>244</sup>. Também Roxin<sup>245</sup> se inclinava neste sentido, dele fazendo derivar importantes consequências para a delimitação do âmbito da criminalização. Assim, para Roxin, «a moral, o bem comum, os sentimentos populares, a ordem ética e a dignidade humana não constituem bens jurídicos, por lhes faltar a possibilidade de serem apreendidos pelos sentidos e não constituírem estados realizados num mundo exterior susceptíveis de serem lesionados por meio de um comportamento externo»<sup>246</sup>.

<sup>242</sup> Questão que temos vindo a referir ao longo da nossa digressão sobre a evolução do conceito de bem jurídico...

<sup>243</sup> Muito embora Birnbaum, como vimos já, entre em contradição com esta concepção, ao considerar a honra como um bem jurídico... (*supra*, *Primeiro Capítulo, Secção 2. c)*).

<sup>244</sup> *Apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 111 e *apud* Musco, *ob. cit.*, p. 126 (Musco refere-se à posição de Arndt, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, p. 30).

<sup>245</sup> *Vide* neste sentido também Rudolphi, *Die Verschiedenen...*, cit., p. 162, Marx, *Zur Definition...*, cit., p. 82 e Muñoz Conde, *Introducción...*, cit., p. 75.

<sup>246</sup> *Taterschaft und Tätherrschaft*, p. 413 (*apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, pp. 111 e 112; sublinhado nosso). No entanto, o próprio Roxin vem mais tarde apontar como exemplos de bens jurídicos a «honra» e a «assistência judiciária»

No extremo oposto desta concepção, autores há, como Mittasch e como Schmidhäuser, que concebem a lesão de um bem jurídico como um fenómeno espiritual. Para o primeiro, «o bem jurídico é entendido como o valor ao qual se refere a função de tutela do Direito Penal»<sup>247</sup>. Para Schmidhäuser, o bem jurídico consiste na «pretensão de respeito por parte de cada particular dos bens<sup>248</sup> da comunidade»<sup>249/250</sup>.

(*Rechtspflege*) (Roxin, *Strafrecht*, p. 9, Rn. 2), assim como não põe em causa a qualificação como bem jurídico do «sentimento de piedade face aos defuntos» (*Pietätsgefühls*) ou do sentimento de decoro, de pudor (*idem*, p. 10, Rn. 5). Segundo Roxin, a pura contrariedade à moral não lesa nenhum bem jurídico, mas tal não significa que o Direito Penal não esteja autorizado a proteger sentimentos. Dá como exemplos de condutas ofensivas de sentimentos (*Empfindungen*), o insulto a um credo, roubar o cadáver do funeral e comportamentos sexuais em público, uma vez que todos estes comportamentos perturbam a paz jurídica, sem a qual um sistema liberal-social não pode subsistir; com estes comportamentos lesa-se a ordem pública (Roxin, *idem*, p. 12, Rn. 12 e *infra*). Ora, todos estes casos se referem a situações em que o bem jurídico é imaterial (ou o substracto do bem jurídico, se quisermos fazer esta distinção — *vide infra*, nota 250).

<sup>247</sup> Mittasch, *ob. cit.*, p. 86, *apud* Angioni, *ob. cit.* p. 51. No fundo, identifica sempre bem jurídico com um valor, sendo, deste modo, indestrutível (no mesmo sentido em que se pode considerar inviolável uma norma), uma vez que estabelece a diferença entre bem jurídico e objecto da conduta. Assim, o bem jurídico permaneceria numa esfera ideal — no tipo legal de homicídio, por exemplo, tutelado não seria cada homem concreto, mas o Homem como valor ideal (*vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 55). Ora, esta concepção, chegando a este ponto de espiritualização, também tem os seus riscos, desligando o tipo legal da vida concreta e centrando-o em modelos abstractos (*vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 54 e ss. e *infra*, nota 250). No entanto, caberia ainda perguntar pela natureza dos substractos do valor, uma vez que serão estes que estão em causa quando se traça a distinção entre bem material ou imaterial.

<sup>248</sup> Também aqui nos parece, no entanto, que o problema residiria na natureza destes bens — quer dizer, a questão poderia persistir. O bem jurídico é completamente espiritualizado, identificado com a pretensão de respeito, mas poder-se-ia perguntar ainda se os bens em relação aos quais se exige respeito teriam de ser de natureza material ou imaterial.

<sup>249</sup> Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, p. 37 (*apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, 112).

<sup>250</sup> Será conveniente, para não se cair em confusões terminológicas, ter em atenção a possível distinção entre bem jurídico e substracto do bem jurídico, coincidente com a distinção entre bem jurídico e objecto da acção. De facto, pode-se dizer que o bem jurídico é sempre imaterial, na medida em que con-

Parece-nos que o essencial reside no carácter de fundamentalidade de que os bens se devem revestir para a realização humana em comunidade e não na sua natureza material ou imaterial<sup>251</sup>. Assim, essencial é que as valorações feitas pelo

siste sempre num valor englobante e abstractizante de um conjunto de referentes concretos. Noutros termos, e exemplificando: o bem jurídico vida, protegido no tipo legal de homicídio é um valor, e como valor pode-se dizer imaterial, englobando a protecção das várias vidas concretas, cada uma delas com o seu substracto material; o bem jurídico propriedade é um valor, protegido, p. ex., no tipo legal de furto, englobando a protecção da propriedade de cada objecto concreto, objecto este material. Já o bem jurídico honra, p. ex., é também um valor, mas cujo substracto concreto é imaterial. Mas, no próprio caso do bem jurídico propriedade, pode, em certos casos, questionar-se a natureza do seu substracto (veja-se o problema do furto de coisas imateriais — ex. o caso do furto de electricidade...). E mesmo no caso do bem vida, para certas concepções metafísicas, os substractos concretos deste valor incluiriam algo de imaterial. Por outro lado, deve-se salientar também a existência de casos em que é impossível estabelecer-se a distinção entre bem jurídico e substracto material — a imparcialidade na administração da justiça, p. ex. Assim, o entendimento segundo o qual o valor não é passível de lesão mas sim os seus substractos materiais, encontra aqui dificuldades. É claro que, para sermos rigorosos do ponto de vista linguístico, também não se poderia falar de «violação de normas» (Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 61. Sobre o problema do conceito material ou imaterial de bem jurídico, referindo esta distinção entre bem jurídico e seu substracto, *vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 50 e ss.). Mas, dizer-se isto não implica a aceitação «qua tale» do conceito imaterial de bem jurídico, com os consequentes perigos de se reconduzir o bem jurídico a um bem meramente ideal, a um modelo abstracto, perdendo-se de vista a realidade que lhe está subjacente e podendo-se correr o risco de deixar de lado as «cópias imperfeitas de um modelo ideal» (*vide supra*, nota 247, a propósito da posição de Mittasch e Angioni, *ob. cit.*, p. 56, p. ex., em relação ao valor vida, deixar de lado as vidas humanas portadoras de anormalidades, etc.). Dever-se-á, assim, substituir a relação ideal-real por uma outra — a relação geral-particular (talvez melhor do que abstracto-concreto), quer dizer, o tipo legal de homicídio, ao proteger o valor vida, tem por intenção proteger todas as vidas concretas subsumíveis ao conceito geral («abstracto») da norma. «O conceito, o qual é abstracto, é o específico fruto do pensamento, que condensa no universal os traços caracterizantes de um enorme número de concretos». (Rambaldi, *Astratto/Concreto*, p. 1013, *apud* Angioni, p. 55, nota 43 e, no mesmo sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 54 e ss. — criticamente sobre a concepção imaterial dos bens jurídicos, *idem*, p. 50 e ss., em especial p. 55 e ss.).

<sup>251</sup> Württenberger, *La Situazione Spirituale della Scienza Penalistica in Germania*, p. 104. Neste sentido também, entre outros, Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 15, Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 111 e ss., Musco, *ob. cit.*, p. 126 e ss.

legislador tenham em conta a vida do Homem em sociedade, naquela sociedade em concreto, de uma forma realista e global, ou seja, atentando nos pressupostos (condições) vitais para a sua realização, pressupostos estes que incluem, necessariamente, bens materiais e valores ideais (bens imateriais), pois nem só os bens com abstracto material, apreensível pelos sentidos, são essenciais ao Homem, nem são só esses os susceptíveis de serem postos em perigo ou lesionados, os susceptíveis de causarem danos sociais. . . Neste sentido diz-nos Natscheradetz: «Existem bens jurídicos sem abstracto material ou corporal, valores ideais susceptíveis de uma percepção psíquica, mas que constituem pressupostos essenciais para a vida em sociedade, dos quais a intimidade, a autenticidade no tráfego jurídico, o exercício imperturbado de funções públicas, a administração imparcial da justiça, constituem, entre outros, exemplos»<sup>252</sup>.

Deste modo, a razão pela qual nos parece defensável a exclusão dos valores referidos por Roxin do âmbito da criminalização (a moral, os sentimentos populares. . .), nada terá a ver com o seu carácter «não apreensível pelos sentidos», mas com o seu carácter não essencial e com o valor reinante da tolerância<sup>253</sup>. Exemplificando: a defesa da exclusão da moral e dos sentimentos populares do âmbito dos bens jurídicos, num Estado de Direito Democrático, pode encontrar como fundamento o princípio da autonomia das pessoas, do pluralismo, da tolerância, a necessidade de separação entre Direito e moral, para que não haja uma interferência exagerada do poder punitivo na esfera de liberdade individual, nas convicções particulares das pessoas,

<sup>252</sup> *ob. cit.*, pp. 112 e 113.

<sup>253</sup> Já a consideração, feita por Musco, de que os bens jurídicos teriam de ser «claramente perceptíveis pelo intelecto», devendo apresentar-se claro o valor lesado pelo comportamento do sujeito, nos parece correcta. Mas tal não é equivalente, como Musco afirma, a «bens perceptíveis com os sentidos» ou de carácter material. Esta necessidade de perceptibilidade intelectual, vem de encontro à caracterização dos bens jurídicos como aquelas «condições mínimas para a vida em comum» (*ob. cit.*, pp. 126 e 127). Sobre a relação que este autor estabelece entre o princípio da ressocialização, consagrado na Constituição italiana (art. 27º, comma 3.º), perceptibilidade intelectual dos bens jurídicos e sua determinação, *vide infra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.3.

mesmo que em contradição com a moral e os sentimentos populares dominantes, mas não no seu carácter imaterial. . . Já não vemos com base em que argumentos se possa defender a exclusão do valor da dignidade humana, pois parece-nos ser um valor essencial ao Homem, sem o qual não é possível uma «sã convivencialidade», valor que vem sendo reforçado (consciencializado de forma evolutiva) ao longo dos tempos. Mais ainda em Estados de Direito Democráticos, como é o caso do alemão e português, onde a base para os direitos, autonomia e liberdade dos indivíduos, nos parece residir mesmo neste princípio. O que se poderá dizer é que não se trata de um bem jurídico, mas de um *valor ou princípio jurídico* geral presente em vários bens jurídicos.

Também não nos parece de aceitar a relação entre carácter imaterial do abstracto de um bem e impossibilidade de lesão<sup>254</sup>. Como afirmámos já, nem só os bens materiais são susceptíveis de ser lesionados; o que se passa é que há diferentes tipos de lesão (ou, se quisermos, diferentes conceitos de lesão). Um conceito amplo de lesão, não exclusivamente naturalístico, inclui danos materiais e imateriais. Só este conceito está em sintonia com a própria natureza humana, com a heterogeneidade de bens de que o Homem necessita<sup>255</sup> e, conseqüentemente, com a heterogeneidade de situações que afectam de forma grave (relevante) a sua existência<sup>256</sup>. Por isso, nos parece particular-

<sup>254</sup> É de salientar a importância que Jäger confere ao princípio da ofensividade — «O conceito de bem jurídico adquire significado só em relação com uma real causalidade ofensiva», (Jäger, *ob. cit.*, apud Angioni, *ob. cit.*, p. 87), com o qual estamos perfeitamente de acordo desde que não se limitem os objectos ofensivos aos «apreensíveis pelos sentidos».

<sup>255</sup> Actualmente, dada a crescente complexidade da vida em sociedade, surgem até novos bens, de contornos mais imprecisos que os tradicionais, tais como a ordenação económica, a confiança na autenticidade dos bens alimentícios, etc. (Neste sentido, salientando a crescente heterogeneidade dos bens e dos seus respectivos suportes ontológicos, Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia. . .*, *cit.*, pp. 82 e 83).

<sup>256</sup> Todos nos sentimos «lesados» quando nos insultam, nos injuriam, nos discriminam, sendo estas lesões *objectivamente verificáveis*. Este aspecto é importante porque é evidente que o Direito Penal não pode (nem deve) tutelar meras

mente expressiva deste conjunto diversificado (heterógeno) de «objectos» passíveis de tutela penal a caracterização do bem jurídico feita por Figueiredo Dias como «unidade de aspectos ontológicos e axiológicos através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso».

### 3. Concepções sociológicas do Direito Penal. A teoria funcionalista da danosidade social de Amelung e a teoria do consenso de Habermas

Caberá agora fazer uma breve referência às concepções sociológicas do Direito Penal, para, por fim, nos questionarmos acerca da sua real operatividade delimitadora do poder punitivo estadual. Dentro destas concepções prestaremos especial atenção à teoria funcionalista da danosidade social da autoria de Amelung e à teoria do consenso de Habermas.

---

susceptibilidades, «impressões», sensibilidades exageradas face a condutas não objectivamente lesivas... Se é verdade que os danos «imateriais» são sentidos de forma diferente de pessoa para pessoa, tal acaba também por acontecer com danos materiais — o furto do mesmo objecto, a duas pessoas diferentes, pode representar sacrifícios também muito diversos para cada uma delas, independentemente mesmo da sua situação económica e até do eventual valor estimativo do bem — aspectos estes que já podem ser, até certo ponto, verificáveis objectivamente. Cabe ao Direito Penal tentar critérios gerais de definição dos bens jurídicos (e do grau da sua ofensa) dignos de tutela penal, critérios gerais e objectivos, para comprovar da existência da respectiva lesão. Sobre o problema do preenchimento (abstracto) do tipo sem que, no entanto, se verifique uma lesão efectiva do bem jurídico, ou verificando-se esta lesão apenas em grau mínimo, não socialmente relevante, vide Stella, *La Teoria del Bene Giuridico e I.C.D. Fatti Inoffensivi Conformi al Tipo*; Zipf, *Introducción...*, cit., p. 102 e ss. (É necessário distinguir estas situações, em que a conduta preenche o tipo mas a lesão ao bem jurídico é mínima, daquelas em que o próprio tipo legal é bagatela, ou seja, protege o bem jurídico de agressões pouco relevantes — sobre estes problemas, vide Paliero, *Note sulla Disciplina dei Reatti «Bagatellari»*).

Simplificando muito a complexidade do tema e atendo-nos, assim, ao que nos parece ser o ponto comum e o cerne destas concepções (para além das suas importantes diferenças específicas), diremos que pretendem uma «aproximação do Direito ao sociológico» e que, assim, vêem o Direito como redutor da complexidade e garante da funcionalidade e eficácia dos sistemas sociais<sup>257</sup>.

#### 3.1. A teoria funcionalista da danosidade social de Amelung

Começaremos por uma breve referência às teorias social-sistémicas, às quais vêem a sociedade como um complexo sistema de interações, competindo ao Direito conferir-lhes estabilidade e, assim, garantir a funcionalidade do sistema. Para tal, o Direito distribui funções, gerando expectativas e, quando estas são violadas, reafirma-as através da sanção, para que deste modo se mantenha a imprescindível confiança na funcionalidade do sistema.

No âmbito destas teorias, será oportuno fazer uma especial referência à concepção de Amelung.

a) Amelung pretendeu encontrar um conceito de danosidade social, à margem da teoria do bem jurídico, que fosse pré-jurídico e, assim, pudesse exercer função orientadora do legislador. Um conceito de danosidade social que retomasse a intencionalidade do conceito material de crime do período iluminista, opondo-se assim à visão positivista que começara a surgir com a teoria do bem jurídico<sup>258</sup>.

Para tal, parte de uma representação sistémica da sociedade, de acordo com as teorias sistémicas de Parsons e de Luhmann. Para poder sobreviver a sociedade cria estruturas e estas, funções sociais. «A função social de um elemento estrutural — como

257 Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 80 e ss.

258 Como vimos, para Amelung, com Birnbaum dá-se a ruptura com o conceito material de crime iluminista, abrindo-se caminho ao positivismo (vide supra, Primeiro Capítulo, Secção 2. b)).

uma norma — consiste no seu contributo para a manutenção do sistema social (...). Disfuncional é, pelo contrário, um facto que ameace a subsistência do sistema»<sup>259</sup>. Assim, «socialmente danoso é (...) uma manifestação de disfuncionalidade, um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas (...). O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (déviance), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade (...). O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do Direito Penal, como mecanismo de controlo social é, assim, a de contrariar o crime»<sup>260</sup>.

Esta definição de danosidade social parece-nos sintetizar o pensamento de Amelung. Assim, o Direito Penal só pode criminalizar condutas socialmente danosas (exigência esta que a própria Constituição alemã impõe ao definir o Estado alemão como um Estado de Direito)<sup>261</sup>; é socialmente danoso o facto disfuncional, o facto que dificulta ou impede que o sistema social resolva os problemas da sua sobrevivência e manutenção — o crime é um caso particular de facto disfuncional. Ao Direito Penal compete agir em sentido contrário ao do crime — impor uma sanção que tem por finalidade repor a confiança na funcionalidade do sistema.

Quanto à relação entre indivíduo e sociedade, Amelung coloca a tónica na sociedade. A teoria do sistema social está preocupada com as condições de sobrevivência do sistema; averigua,

<sup>259</sup> Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, cit., p. 356, apud Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 116.

<sup>260</sup> *Idem*, p. 361, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 97.

<sup>261</sup> Art. 20º da Constituição — «alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der volziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt».

em primeira linha, «não as necessidades da pessoa individual, mas antes as exigências da interacção entre uma maioria de pessoas»<sup>262</sup>. O sistema social é o «lugar de determinação dos efeitos socialmente danosos do crime». Assim, a teoria sistémica não apõe nenhum limite à funcionalização da pessoa, se tal se afigurar necessário para a estabilização do sistema; «Uma vez que toda a solução de problemas tem os seus custos, é pensável a solução de um problema do sistema à custa da tutela da pessoa e, se necessário, mediante o sacrifício da existência dos cidadãos individuais». Refere ainda: «um sistema social pode estabilizar-se também permitindo a morte de velhos, doentes ou criminosos». A protecção do indivíduo não teria valor por si mesma, mas apenas em ordem ao funcionamento do sistema, «porquanto nenhum sistema pode subsistir sem pessoas». Deste modo, a teoria sistémica não coloca limites à subalternização da pessoa humana. Estes limites só poderiam provir de um pensamento exterior ao sistema. Amelung refere a Constituição, com o princípio da «inviolabilidade da dignidade humana», como um «custo» para o sistema mas, ao mesmo tempo, ainda retira deste custo uma utilidade sob o ponto de vista sistémico, «já que uma sociedade altamente diferenciada também carece de pessoas seguras do seu próprio valor». Assim, é com base na Constituição e não, propriamente, no pensamento sistémico, que se terá de combater, «como socialmente danosa, toda a acção lesiva da pessoa»<sup>263</sup>.

b) O que se pode criticar, quanto a este aspecto, é o facto da tese de Amelung, a concepção funcionalista da danosidade social, não ser capaz, ela própria, de proteger a pessoa humana contra a instrumentalização; o facto de encarar a pessoa como um meio, funcionalizada em ordem ao sistema social. Assim, será sempre necessário recorrer a uma outra instância, limitadora, para se evitar este grave perigo.

<sup>262</sup> Amelung, *ob. cit.*, p. 363, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 98. As citações seguintes são da referida obra de Amelung (p. 388 e ss.), e foram retiradas da obra de Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 98 e ss.

<sup>263</sup> Muito embora, mesmo nestes casos, também se retire a referida utilidade para o sistema social...

Deve assinalar-se ainda a «neutralidade política» desta teoria. Se o que importa é a funcionalidade do sistema, se o Direito é mero garantidor de funções e estruturas, acaba por ficar reduzido a uma tecnologia social, vazia de conteúdo<sup>264</sup>. A doutrina funcionalista, tendo tido por intenção, à partida, encontrar um conceito pré-jurídico de danosidade social, acaba por não dizer nada de material. Se socialmente danoso é todo o facto disfuncional e se a disfuncionalidade consiste na perturbação da interacção social («disfuncional é (...) um facto que ameace a subsistência do sistema»), mas se nada se diz sobre a forma como a sociedade deve estar organizada e, muito menos, sobre os valores que a devem reger («a constatação da funcionalidade ou disfuncionalidade de um elemento estrutural não possui em si qualquer espécie de implicações éticas»), ela pode ser aproveitada por uma qualquer ideologia. Refere uma função necessária do Direito — a de manter uma certa ordem, de preservar expectativas, no fundo, a dimensão de eficácia — mas nada esclarece quanto à «seiva que deve penetrar o sistema, à justiça que legitimará a necessidade de revigoração das expectativas sociais no sistema (...)»<sup>265</sup>. Por isso nos diz Fikenscher «trata-se, assim, de uma teoria que só pode funcionar se ela própria se pensar sob condições que em si mesma não oferece»<sup>266</sup>.

De resto, é o próprio Amelung que, contrariamente ao que seria de esperar (dada a sua intenção inicial no sentido de encontrar um «conceito objectivável de danosidade social»<sup>267</sup>), reconhece a incapacidade da sua concepção para *definir materialmente* o que é socialmente danoso: «Assim como da teoria do sistema social não pode fazer-se decorrer um direito sociológico, assim, ela não está igualmente em condições de servir de fundamento a um conceito natural de danosidade social que defina

264 Todavia, não é politicamente indiferente uma teoria em que a pessoa é meio e o sistema é fim. Trata-se de um anti-personalismo, de todo o modo totalitário e sem rosto.

265 Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 87.

266 *Methoden des Rechts III*, p. 400, apud Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 84, nota 152.

267 Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 98.

aquilo que, em concreto, é prejudicial para a vida em comum em todas as sociedades passadas, presentes e futuras»<sup>268</sup>. Diríamos, a este propósito, que o problema desta teoria parece-nos residir, não tanto na impossibilidade de servir de fundamento a um conceito intemporal e universal de danosidade social<sup>269</sup>, mas na própria incapacidade para chegar a um conceito material, espaço-temporalmente situado, de facto socialmente danoso, nem sequer nos indicando, por si mesma, um critério legítimo para se determinar algo de material. Do facto danoso dá-nos apenas uma definição formal — facto disfuncional. Dependendo este, necessariamente, do modo de organização da sociedade (o qual também não está imune a opções valorativas) e dos valores que se pretendem preservar ou atingir (pressupondo assim, necessariamente, juízos valorativos), nada nos indica quanto a estes aspectos — quanto ao seu conteúdo ou quanto ao processo para o determinar.

c) Como se há-de, então, chegar à definição do que é socialmente danoso?

Para solucionar este problema, Amelung vê-se forçado, mais uma vez contrariamente ao que seria de esperar (dada a sua intenção inicial no sentido de encontrar um conceito de danosidade social independente do conceito de bem jurídico e «purificado dos lastros de positividade»<sup>270</sup>), a socorrer-se do conceito

268 Amelung, *ob. cit.*, p. 368, apud *ibidem*.

269 Uma vez que, o que é socialmente danoso, variará, necessariamente, com o estágio de evolução das sociedades. (Sobre o problema da inexistência de um conceito natural de crime, vide *supra*, *Introdução Geral* e bibliografia aí citada — nota 3 e ss.). A não ser que se quisesse encontrar um conceito necessariamente abstracto, intemporal e universal de comportamento socialmente danoso, a partir do qual fosse possível determinar os factos concretamente danosos (variáveis de sociedade para sociedade). Só que, tal conceito, estava condenado a ser demasiado vago e, neste caso, o problema não foi apenas o da indeterminação e abstracção (inevitável), mas da falta de indicação de *um critério material para a sua determinação*.

270 Amelung, *ob. cit.*, p. 368, apud Costa Andrade, *Consentimento...*, cit., p. 98 (as citações seguintes são desta obra de Amelung, retiradas da citada obra de Costa Andrade, p. 98 e ss.).

de bem jurídico e, «pior ainda», de um conceito positivista de bem jurídico. Na verdade, acaba por concluir que pré-positivos são «apenas os problemas fundamentais de organização da vida em comum», mas que as soluções «têm de ser determinadas pelo genial instrumento de resolução dos problemas que é o direito positivo (. . .)». Deste modo, o conceito de danosidade social não substitui o conceito de bem jurídico, mas vem complementá-lo e «servir-lhe de pano de fundo». É o bem jurídico que vai determinar «qual o objecto sobre o qual incidem os efeitos danosos de um crime», para cuja determinação foi necessário proceder-se a um juízo de valor. Ora, qualquer juízo de valor pressupõe um «sujeito valorador» — este sujeito vai ser o legislador. Assim, remete a decisão fundamental para a «vontade do legislador» com o consequente risco de «ter de se ver convertido em bem jurídico qualquer objecto que o legislador tem por valioso e digno de protecção». Ao pensamento da danosidade social caberá apenas o papel de reflectir «sobre as condições funcionais da ordenação social como base de valoração para a determinação dos bens jurídicos». Ora, embora este aspecto se revista de importância, como auxiliar do juízo de valoração do legislador, a verdade é que é a este que cabe o papel decisivo. Deste modo, a doutrina funcionalista da danosidade social vai desembocar na concepção que começou por criticar. Neste sentido, é de salientar a observação de Musco segundo a qual Amelung chega a uma «inesperada conclusão» que «realiza precisamente o que queria evitar: um retorno a Binding e à definição do bem jurídico como tudo o que, do ponto de vista do legislador, constitui condição de uma vida sã da comunidade jurídica»<sup>271</sup>, assim como a de Costa Andrade que classifica esta doutrina como uma «profecia-que-a-si-mesma-se-destrói»<sup>272</sup>.

d) Sintetizando, diremos que a teoria funcionalista da danosidade social, tendo sido movida, de início, por uma louvável intencionalidade, não assenta em pressupostos que pudessem dar uma indicação de conteúdo ao legislador penal e, assim, estava,

<sup>271</sup> Musco, *ob. cit.*, p. 107.

<sup>272</sup> Costa Andrade, *Consentimento. . .*, *cit.*, p. 104.

já à partida, condenada a ter de se socorrer de elementos exteriores à sua própria lógica. Ela poderá oferecer um contributo instrumental<sup>273</sup> ao abordar sociologicamente os problemas, ao salientar a necessária dimensão de eficácia do Direito, ao acentuar a importância (mais ainda nas complexas sociedades dos nossos dias) da preservação das expectativas (e seu revigoreamento quando estas são violadas) e da redução da complexidade dos sistemas sociais<sup>274</sup>, mas não uma indicação de conteúdo. Nas palavras de Hassemer, «ela está imunizada a respeito de uma discussão de conteúdo. O seu critério (. . .) vale, pura e simplesmente, para tudo»<sup>275</sup>. Assim, não é esta concepção que nos pode esclarecer quanto ao problema que aqui nos move — não é ela que nos pode oferecer um critério pré-positivo, orientador do legislador penal, até porque, ao reconhecer a sua insuficiência (e para a colmatar), recorre, como vimos, a um conceito de bem jurídico imanente ao sistema.

### 3.2. A teoria do consenso de Habermas

Por seu turno, para a teoria do consenso, o critério de legitimidade das decisões reside no consenso social, para o qual é necessário que se crie uma «situação ideal de diálogo», ou seja, uma situação em que todos os destinatários das normas tenham as mesmas oportunidades de participação («diálogo isento de

<sup>273</sup> Neste sentido, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade. . .*, p. 89: «Se, porém, tais teorias nos surgem como instrumento, como meio, como condição, ao serviço do homem e da sociedade e, deste modo, perspectivadas pela justiça, pela *recta ratio* a conduzir a *recta ordinatio rerum*, então o seu contributo é relevante. Mas, então, não são tais construções que se podem reclamar de orientadoras de um processo de humanização do homem e da sociedade (tarefa que também ao direito diz respeito), mas, sim, é nos princípios, no valor da justiça, ao mesmo tempo imanente e transcendente à realidade social (*ens et bonum, ens et iustum convertuntur*), que tal humanização se há-de ir realizando».

<sup>274</sup> Salientando a importância desta função de preservação de expectativas e de redução da complexidade, nas sociedades modernas, Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia. . .*, *cit.*, p. 82.

<sup>275</sup> Hassemer, na recensão ao livro de Amelung, *cit.*, p. 164, *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 117.

dominação») e sejam apenas movidos pela procura de uma decisão racional. Competeria ao Direito garantir os pressupostos que tornassem possível essa «situação ideal de diálogo».

a) Principal teorizador desta concepção foi Habermas. Aten-temos um pouco mais pormenorizadamente no seu pensamento: Habermas questiona-se acerca da possibilidade de nas actuais sociedades complexas, diversificadas e plurais, se encontrar uma «identidade racional». Percorrido um longo caminho em que compara a identidade individual à social e em que delinea as etapas fundamentais do desenvolvimento histórico da vida humana em comunidade, com o co-respectivo aparecimento do problema da identidade e sua evolução, chega à sociedade moderna. Acaba por concluir que, nas sociedades actuais, a identidade se deve buscar através de um processo de comunicação, baseado na argumentação racional («a argumentação é o filtro da tradição») <sup>276</sup>, «que elabore estruturas valorativas e normativas novas. Essa será, em síntese, a identidade de uma sociedade sem preconceitos» <sup>277</sup>. Quanto à contraposição tradição/novos valores, diz-nos Habermas que a nova identidade social «não pode orientar-se retrospectivamente de acordo com os valores da tradição, mas também não pode orientar-se exclusivamente de modo prospectivo de acordo com as tarefas planificadoras ou as formas de vida projectadas» <sup>278</sup>. Assim, pelo discurso

<sup>276</sup> Cuello Contreras, *Presupuestos para una Teoría del Bien Jurídico Protegido en Derecho Penal*, p. 470. Neste trabalho, Cuello Contreras faz uma síntese do pensamento de Habermas (p. 466 e ss.). Essencialmente neste trabalho, na obra de Baptista Machado, *Introdução...*, cit., (especialmente p. 273 e ss.) e na obra citada de Natscheradetz (e, ainda, na de Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit. (p. 81 e ss.) e no artigo de Mario Romano, *Legislazione Penale e Consenso Sociale*), nos baseamos para esta parte do nosso trabalho.

<sup>277</sup> Cuello Contreras, *ibidem*.

<sup>278</sup> Habermas, *Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?*, p. 118, *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, pp. 109 e 110. Descreve ainda duas características, já sumariamente referidas no texto, da nova identidade social: «a identidade colectiva só é actualmente concebível numa forma reflexiva, de modo a fundamentar-se na consciência de oportunidades gerais e iguais de participação naqueles processos comunicativos em que tem lugar a formação da identidade na forma de um contínuo processo de aprendizagem» (*idem*,

argumentativo e pela auto-reflexão comunitária por aquele viabilizada, se deveriam ultrapassar as crises de identidade e avançar para novas etapas <sup>279</sup>.

Consequentemente, a criminalização seria legítima quando baseada num racional consenso intersubjectivo ou se, não tendo havido tal consenso, tivesse hipótese de o suscitar. O consenso racional, para Habermas, é critério de «verdade». Ele indica-nos quais os interesses gerais (ou susceptíveis de generalização) e quais os interesses particulares. Importante seria que estivessem criadas as condições necessárias para que, por via argumentativa, não emotiva nem norteadas por motivações particulares, mas pela procura da verdade, se chegasse a esse consenso <sup>280</sup>.

p. 116, *apud idem*, p. 109) e «tal identidade tem de pressupor a vigência de uma norma universal, que se reconduz às normas fundamentais do discurso racional. O seu conteúdo distingue-se pelo seu estatuto susceptível de ser revisto mediante interpretação e reconstrução críticas da tradição e dos grandes ideais sobre a essência humana» (*idem*, p. 117, *apud idem*, p. 109).

<sup>279</sup> Vide, desenvolvidamente sobre este aspecto, Baptista Machado, *ob. cit.*, p. 282 e ss.

<sup>280</sup> Sendo o consenso racional, e nele se baseando «a verdade», «podemos afirmar que as questões práticas são susceptíveis de verdade» (Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus...*, *apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 110). Também neste sentido, encontrando no consenso social o critério de legitimidade das normas penais, Mario Romano, *Legislazione Penale e Consenso Sociale*, apontando, no entanto, limites à idoneidade legitimante do consenso, pelo facto de existirem «consensos» baseados na irracionalidade, «consensos excessivos», dando como exemplos, em Itália, o consenso existente quanto aos crimes económico-financeiros e aos crimes contra a ordem pública (p. 423 e ss.): «Nem sempre, de facto, o consenso se forma e exprime em termos conformes à racionalidade (a opinião pública — avisava Hegel — contém a um tempo verdade e falsidade, e é tarefa do poder distinguir uma da outra): existe assim ainda o perigo, por vezes considerável, por assim dizer, de um excesso de consenso, ou melhor, de um seguidismo excessivo, por parte do legislador, das exigências de penalização que se manifestam na sociedade» (pp. 424 e 425). Deste modo, o consenso seria pressuposto necessário mas nem sempre suficiente para haver criminalização. Como os limites à idoneidade legitimante do consenso provêm, para Mario Romano, da hipótese de ocorrerem consensos irracionais, e como Habermas se refere apenas ao consenso racional como critério de validade, as duas concepções acabariam por se encontrar... Uma questão, que gostaríamos de colocar e que nos foi suscitada pela concepção de Mario Romano, é a seguinte:

b) Esta concepção, entendida como critério de verdade<sup>281</sup>, suscita-nos duas reservas, sendo (aparentemente) a primeira de ordem prática (do domínio das «possibilidades») e a segunda de cariz substancial, mas estando, no fundo, intimamente relacionadas.

A primeira, tem a ver com a própria possibilidade de se chegar a um consenso racional. E isto, devido à dificuldade em se criarem os pressupostos necessários à «situação ideal de diálogo» — quer garantindo iguais oportunidades de participação em relação a todos os destinatários das normas<sup>282</sup>, quer pelo problema (mais profundo ainda, mas incindivelmente ligado ao anterior) de se conseguir que os participantes no «diálogo» não sejam movidos por interesses egoísticos, ou por emoções irracionais, mas pela procura da solução mais correcta. O consenso racional pressupõe que as pessoas se deixem conduzir por juízos

---

será apenas pensável um consenso irracional no sentido criminalizador ou poderá haver também consensos irracionais em sentido oposto, ou seja, no sentido des-criminalizador ou simplesmente não criminalizador? Parece-nos pensável ocorrerem resistências irracionais à criminalização de condutas lesivas de valores importantes, mas cujo significado, ou do próprio valor (globalmente considerado ou apenas de manifestações particulares desse valor) ou da lesão (de facto, pode o valor ser considerado essencial, mas não ter havido a apreensão do perigo que determinada conduta representa para esse valor, das repercussões sociais de tal conduta, etc.) ainda não tenha sido totalmente apreendido... Este problema relaciona-se com o da própria função prospectiva do Direito Penal — em relação a novos valores, a novas realidades, a recentes manifestações de certos valores já apreendidos e/ou, do lado da lesão, a recentes possibilidades de lesão... Este problema será referido *infra*, nomeadamente nas notas 383, 490 e 725 (à luz da Constituição).

281 Estamos, de facto, a considerar a teoria do consenso como *critério de verdade* e a situação ideal de diálogo como *situação prática a concretizar*. Já se entendessemos a situação ideal de diálogo como, nas palavras de Baptista Machado, um «ideador necessário» («utopia regulativa», «consenso presumido»), substituiria a «evidência racional como critério de verdade por uma outra designação, visto que aquele consenso é o consenso presumido de todos os seres racionais...» (*ob. cit.*, p. 275).

282 Problemas que têm a ver com o diferente grau de informação e formação das pessoas, distorções que os mecanismos de representatividade sempre criam, manipulação ideológica das «massas», etc. (Isto, se pensarmos nas formas reais de democracia política como meio que tenta viabilizar «consensos»).

imparciais, o que nem sempre (ou até mesmo raramente — consciente ou inconscientemente) acontece. Poder-se-á dizer que a situação ideal de diálogo apenas seria atingível se cada participante desconhecesse a sua situação social concreta? <sup>283</sup> Mas, na verdade, mesmo nessa situação hipotética (não realizável), não se estaria de todo imune a preconceitos adquiridos e sentimentos irracionais, embora houvesse maiores probabilidades das motivações não serem egoísticas<sup>284</sup>.

O problema reside, assim, na dificuldade de se conseguir um consenso racional, embora seja louvável que se tente encontrar esse consenso e essa racionalidade...

A segunda questão tem a ver com a distinção entre Verdade e Justiça/e caminho para a atingir. Assim, parece-nos que o consenso é uma via legítima para se tentar atingir, de uma forma evolutiva, a justiça das decisões. Mas uma coisa é ser processo legítimo, uma via, outra, é confundir-se com a própria Verdade, com a própria Justiça. Enquanto via é, como vimos (aqui relaciona-se com o ponto anterior) contingente, pode falhar<sup>285</sup>.

---

283 Neste sentido, a teoria da justiça de John Rawls, imaginando uma situação em que todos fossem levados a decidir com imparcialidade, por desconhecerem a sua situação concreta na sociedade — cobertos pelo «véu de ignorância...» (John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, p. 119 e ss., *ed. passim*).

284 Mas não total garantia, dada a possibilidade de cada um exprimir a sua opinião ainda com base em regras de probabilidade em relação aos benefícios a auferir (*vide* sobre este problema, Barbosa de Melo, *Curso de Ciência da Administração*. — *Sumários*, p. 31 e ss., em especial p. 36 e ss.).

285 Aqui, poder-se-ia objectar com o seguinte: o que vimos que é falível é a possibilidade de se chegar a um consenso racional. Mas, o consenso racional, quando (e se for possível) se atinge, já seria, de facto, critério de Verdade e de Justiça. Quanto a isto, teremos de dizer que, por um lado, é difícil (ou mesmo impossível) comprovar a possibilidade de existência de consensos totalmente racionais e, por outro, que a própria racionalidade humana (por mais racional — e onde quer e como quer que tal seja possível) é, ela mesma, contingente... A não ser que se diga que a própria Justiça e a própria Verdade também são contingentes, a objecção mantém-se de pé. É de notar que mesmo Habermas adverte para o facto de não se tratar de uma ordem racional infalível, absoluta, a que se atinge a partir do consenso racional, mas haver a possibilidade de se descortinar uma identidade falsa... (*apud* Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 110). Quanto a isto estamos perfeitamente de acordo. Mas, continuamos a afirmar que, sendo assim, esta teoria refere apenas uma via legítima, uma metodologia. A experiên-

Assim, não nos parece correcto dizer que é no consenso racional que se baseia a Verdade, mas sim que o consenso racional é *uma (ou é a) via legítima para se atingir a Verdade*. A Verdade, em última instância, não *careceria* de justificação, mas é necessário percorrer um caminho legítimo para a atingir... <sup>286/287</sup>

c) Tendo em conta estas breves considerações, concluímos pelo contributo desta concepção, mas apenas no sentido indi-

cia histórica também nos alerta para a falibilidade das decisões consensuais e, assim, para a necessidade de estabelecer a distinção entre consenso como via, e Verdade, Justiça das decisões. Bastará recordar a experiência «consensual» (naquela comunidade, é claro, já não se nos referimos a um consenso universal...) da Alemanha nazi. Consenso irracional? Em que consiste a racionalidade? Como avaliar a racionalidade do consenso? *Contém em si implícito o sentido de Justiça?* Então, mesmo que respondamos afirmativamente a esta última questão, é no consenso racional ou na própria Justiça a ele imanente que reside o critério de Verdade? De qualquer modo, na prática, temos que contar com a possível irracionalidade dos consensos (assim como com a própria dificuldade em se atingirem consensos...).

<sup>286</sup> Neste sentido, diz-nos Baptista Machado: «Ora, a teoria do consenso como critério de verdade e da justiça não pode ser aceite. Desde logo, se o consenso é tomado como facto, dir-se-á que de um facto não pode deduzir-se qualquer validade (...). Porém, se a tese do «consenso como critério de verdade» não parece aceitável, talvez possa admitir-se que o Discurso Universal e universalmente participado, *produtor* do consenso é caminho para a verdade...» (*Introdução...*, cit., pp. 275 e 276). Também neste sentido, Castanheira Neves: «o consensus é fundamento-critério da validade (ou da verdade), como quer a Konsensus Theorie, ou antes mediação necessária para atingir o fundamento e simultaneamente uma manifestação em que ele se objectiva? Estamos em crer que neste último sentido irá a solução exacta...» (*A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido*, p. 148). Diz-nos ainda Taipa de Carvalho: «É na acção comunicativa concreta que o valor justiça se manifesta no mesmo acto em que se afirma como critério de validade (...). O consensus, como tal, é um puro facto e de um facto jamais poderá extrair-se o *verum* ou o *justum* (Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 83).

<sup>287</sup> E este ponto não é despreciando, pois embora possamos tomar consciência da falibilidade dos consensos, o que contribuirá até para o aperfeiçoamento desta via (nomeadamente tendo em conta o depósito de experiências históricas que nos mostram os erros e as virtualidades de consensos passados), como se poderá querer descobrir a Verdade de uma forma legítima senão através de um discurso o mais possível isento de dominação, que virtualize o consenso? Pois mesmo acreditando que ela existe como tal, *quem pode arrogar-se, em cada*

cado — ao apontar um processo legítimo para se atingirem, de uma forma evolutiva, a Verdade e a Justiça, processo esse que deve ser aperfeiçoado, para se tentar conseguir, tanto quanto possível, a sua isenção e racionalidade.

Urge assim concluir, em relação às concepções que denominamos de «sociológicas», pelo contributo apenas instrumental<sup>288</sup> da teoria funcionalista e pelo contributo — mas apenas no sentido assinalado — da teoria do consenso para legitimar e delimitar o âmbito da criminalização.

*momento de decisão, como seu detentor?* Isto, apesar de nos parecer, no entanto, que há pressupostos básicos, diríamos mesmo *inevitavelmente* supra-positivos, do nosso estar em relação. De resto, ao dizermos que o consenso é uma via legítima para se atingir a justiça, estamos já a partir deste princípio prévio, que engloba também a ideia de que os acordos se devem cumprir, ideia sem a qual a vida em sociedade seria insustentável (ou nem poderia mesmo ter surgido). Se quiséssemos encontrar fundamentos positivos para todos os princípios, cremos que cairíamos num *recursum ad infinitum*. (Neste sentido Baptista Machado, *ob. cit.*, p. 254 e *vide supra*, na *Introdução Geral*, nota 11). Parece-nos também, no entanto, que este Discurso e este Consenso devem ser compreendidos e devem tender para um sentido, por assim dizer, lato — atendendo à evolução da «comunidade comunicativa», aos valores que nela foram sendo alcançados, à consciência colectiva mais profunda, e buscando isenção e racionalidade, conduzindo-nos assim, segundo cremos, àquela «democracia cultural strictu sensu» de que nos fala Baptista Machado («ideal de «situação comunicativa», alcançada através de um discurso universalmente participado que virtualize o consenso...», *ob. cit.*, p. 277). Ora, neste sentido, o consenso racional parece-nos poder *relacionar-se* com a própria capacidade da Constituição, entendida num sentido material, para se chegar a decisões justas — quanto ao problema que aqui nos preocupa, para orientar o legislador na definição de bens jurídico-penais. E, neste sentido, com estas características, *já o consenso, mediatizado na Constituição material de cada Estado*, não se identificará com um pensamento positivista-legalista (*vide supra*, nota 11 e *infra*, *Introdução à Segunda Parte*).

<sup>288</sup> A precaridade do contributo é, assim, mais nítida nas «teorias sistémicas» do que nas do «consenso», pois estas indicam-nos uma via (com todas as insuficiências de que pode, como vimos, padecer) e concomitantemente um limite (só pode ser considerado crime o que como tal for considerado pelo «consenso racional») para se tentar chegar a um conceito material de crime. Poder-se-ia contra-argumentar com o facto de, nas actuais sociedades democráticas, a legitimidade da decisão do legislador provir dos mecanismos de representatividade e, assim, a sua decisão ainda poder ser considerada como expressão de um «consenso» comunitário. Deste modo, defender a teoria do consenso ou, em última instância, a onipotência do legislador para definir o crime, conduziria

#### 4. Insuficiência do conceito de bem jurídico para a definição material de crime

a) E que dizer das actuais concepções de bem jurídico que, como vimos, pretendem conferir-lhe, de novo, um sentido limitador, crítico, pré-positivo? São elas capazes de encontrar um conceito de bem jurídico com fecundidade prática?

De facto, embora a partir da sua definição de bem jurídico, alguns autores concretizem já, exemplificativamente<sup>289</sup>, interesses que como tal se podem caracterizar; embora se possa entender que a sua formulação abstracta contém já (?) alguma potencialidade delimitativa, a verdade é que se trata de um conceito ainda *demasiado vago*, ainda susceptível de diferentes concretizações, ainda carecido de uma instância mediadora que lhe confira operatividade.

É verdade que referimos a importância que esta nova subdivisão do Direito Penal, baseada na teoria do bem jurídico com sentido metapositivo, exerceu nas recentes reformas penais, com destaque para o exemplo paradigmático do Projecto Alternativo alemão e, ainda, para o caso Português. Mas, na verdade, não foi a teoria do bem jurídico, *sem mais*, não foi este conceito abstracto, *por si só*, que operou esse efeito reformador.

ao mesmo resultado. Até certo ponto este argumento fará sentido. No entanto, para além de todas as deficiências dos mecanismos de representatividade (deficiências e dificuldades que, no entanto, estarão presentes, em maior ou menor medida, em qualquer tentativa de consenso racional e que, assim, poderão impedir a verdadeira natureza consensual da decisão e a sua racionalidade — *vide supra*), a decisão legislativa não exprime, as mais das vezes, um consenso profundo e alargado, mas a «opinião» de uma maioria (*vide supra*, nota 11. A estes problemas voltaremos *infra*, na *Introdução à Segunda Parte*, a propósito do consenso constitucional...). Por outro lado, o contributo da teoria do consenso será, precisamente, o de chamar a atenção para a necessidade de se tentar ir encontrando condições de diálogo «livres de dominação» e de valorizar a caminhada da comunicação dos homens, o consenso num sentido mais profundo e alargado, aquela «democracia cultural *stricto sensu*» de que nos fala Baptista Machado — como forma de descoberta da Verdade e da Justiça (*vide* Baptista Machado, *Introdução...*, *cit.*, p. 273 e ss., em especial 276 e ss. e *supra*, nota anterior; à «discussão livre de domínio sobre os instrumentos de domínio» se refere também Pulitanò, *Obblighi Costituzionale di Tutela Penale*, p. 524).

<sup>289</sup> Roxin e Rudolph, p. ex. (*vide supra*, *Secção 2. b*).

Senão, vejamos: Pode-se dizer que<sup>290</sup> o Direito Penal só está autorizado a proteger bens jurídicos; a moral social (moral dominante) não é um bem jurídico. Logo, o Direito Penal não está autorizado a proteger a moral social. Assim se sustenta, p. ex., que a homossexualidade não deva ser criminalizada. Mas qual foi o «passe de mágica» que nos permitiu chegar à conclusão de que a moral social não deveria ser considerada um bem jurídico?<sup>291</sup> *Mais ainda*, e para sermos mais concretos, qual foi o «passe de mágica» que nos permitiu chegar à conclusão de que a defesa da «estrutura heterossexual das relações sexuais», enquanto estrutura fundamental da comunidade, não se deveria incluir no âmbito dos bens jurídicos?

Não se pondo em causa a existência de bens jurídicos supra-individuais<sup>292</sup>, o que nos impede de considerar «a moral social dominante» ou, em relação ao exemplo referido, a «estrutura heterossexual das relações sexuais», um bem jurídico protegível pelo Direito Penal? Residirá o impedimento no facto de se tratar de «sentimentos ou valores gerais?» Mas, por um lado, toda a identificação de bens jurídicos pressupõe juízos de valor, (no fundo, o Direito Penal protege sempre valores)<sup>293</sup>; vimos também que nem só os bens materiais são susceptíveis de ser qualificados como bens jurídicos<sup>294</sup>; e, por outro lado, não serão também valores do mesmo «tipo» («valores gerais» ou

<sup>290</sup> Tendo em conta o exemplo da moral sexual... Nas questões que se colocam de seguida partimos do pensamento de Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 10, Rn. 5 (embora se acrescentem argumentos e questões aí não referidos).

<sup>291</sup> Não poderá ela ser essencial à sobrevivência da sociedade? Desde logo, dependerá da sociedade em questão... (*vide infra*, *Segunda Parte, Primeiro Capítulo*).

<sup>292</sup> A existência destes bens jurídicos não é posta em causa, embora haja quem entenda que se trata de bens instrumentais em relação aos individuais, enquanto que outros autores lhes conferem autonomia enquanto bens colectivos (*vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 150, nota 117).

<sup>293</sup> O que não quer dizer que aceitemos uma concepção que espiritualize o conceito de bem jurídico (*vide supra*, *Secção 2. b*).

<sup>294</sup> De resto, há, como vimos já, uma série de bens imateriais cuja qualificação como bens jurídicos não é posta em causa, quer no domínio dos supra-individuais, quer no domínio dos individuais — administração da justiça, honra, intimidade da vida privada...

«sentimentos gerais»), os que estão na base dos crimes de provocação de escândalos públicos e atentado ao pudor, assim como os de violação do sentimento de piedade e de sentimentos religiosos? <sup>295</sup>

Na verdade, as propostas mais radicais põem em causa a existência destes crimes. Mas que considerações levaram, de facto, a que não se considerasse a homossexualidade ou o incesto <sup>296</sup> como crime e, no entanto, se mantivessem os crimes de exibicionismo? Por outro lado, porque razão se põem em causa os crimes de violação de sentimentos religiosos e de respeito pelos defuntos ou do sentimento de piedade, e já se aceitam pacificamente os crimes contra a honra? Não será ainda a ofensa a sentimentos que está em causa nos crimes contra a honra? Não será afectada a dignidade das pessoas quer com as ofensas à honra quer com as ofensas a sentimentos religiosos e ao respeito pelos defuntos? Não será ainda a liberdade das pessoas que está em causa nos crimes de exibicionismo e em certos crimes religiosos? <sup>297</sup>

Recorramos ao princípio da danosidade social para ver se se alcançarão fundamentos mais consistentes. O problema está, mais uma vez, na determinação do que seja socialmente danoso, e tal depende sempre da concretização dos bens jurídicos para uma dada comunidade <sup>298</sup>, pelo que estamos caídos na questão

<sup>295</sup> Sobre estes crimes, em diferentes ordens jurídicas, sumariamente embora, *vide supra*, Secção 1.).

<sup>296</sup> Isto, apesar do valor da assexualidade nas relações entre consanguíneos ser dos mais antigos e mais estáveis no tempo e no espaço. «Segundo a antropologia cultural é o único valor presente em todos os tempos e em todas as civilizações» (*apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 92, nota 61). E apesar do efeito (embora discutível, em especial em certos graus de parentesco) de degeneração genética e, mais ainda, da paz familiar poder ficar comprometida. Ainda quanto à homossexualidade se pode colocar este mesmo problema dos danos mediatos ou remotos. No entanto, vimos já que o critério tem consistido na distinção entre danos imediatos e mediatos, só se dando relevo, em princípio, aos primeiros (*vide supra*, Secção 1., nota 211).

<sup>297</sup> *Vide infra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 4., em especial nota 418 e *vide* no Código Penal Português, art. 220º e ss.

<sup>298</sup> Parece-nos que, apesar de existir uma dialéctica entre bem jurídico-danosidade social, podendo concorrer esta, até certo ponto, para a determinação dos bens jurídicos (*vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 89, nota 54 e *vide supra*, nota

inicial... <sup>299</sup> É claro que com base na existência ou não de pessoas *directamente afectadas* com a conduta podemos conseguir um outro argumento que merecerá atenção <sup>300</sup>. Assim, no caso

211), domina a primazia da definição dos bens jurídicos — ou seja, não se poderá determinar a «danosidade social», sem antes se definirem os bens jurídicos. Neste sentido diz-nos Natscheradetz: «um comportamento só pode ser considerado socialmente danoso quando se determinarem e ordenarem os bens e valores sociais básicos de uma comunidade» (*ob. cit.*, p. 101). Claro, danosidade social entendida no sentido de perigo ou lesão para bens jurídicos. Considera-se, assim, que mesmo no caso de lesão de bens marcadamente individuais se lesa um valor social (neste sentido ainda Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 101, nota 37). Não porque se funcionalizem os bens individuais a interesses sociais, subordinando-os ao sistema social, mas, pelo contrário, porque é socialmente relevante a defesa de cada indivíduo, da sua dignidade, dos seus direitos...

<sup>299</sup> Quanto à ofensibilidade como requisito do bem jurídico, *vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 89 e ss. Também aqui se verifica a dialéctica bem jurídico-ofensibilidade. Sendo a ofensibilidade dedutível do bem jurídico, também concorre para a sua determinação, na medida em que só uma realidade ofendível pode ser considerada bem jurídico, pois só nessa medida é que necessita de tutela (*vide* posição de Jäger — ofensibilidade como característica que concorre para a determinação dos bens jurídicos — *versus* posição de Bockelmann — ofensibilidade como consequência de se estar perante um bem jurídico; *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 89). O problema, porém, é que, entendendo-se que não são apenas os objectos materiais os susceptíveis de ser causalmente ofendidos, como nos parece por bem (diferentemente de Jäger — *vide supra*, Secção 2. d)), são susceptíveis de ofensa uma multiplicidade de «realidades», não sendo esta característica de modo algum suficiente para a determinação dos bens jurídico-penais. Ofensibilidade de quê? Há todo um conjunto de instituições, factos e valores susceptíveis de serem ofendidos, quer se entendam como a soma de referentes concretos, quer se identifiquem com os próprios referentes concretos... (neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, pp. 92 e 93). Causalidade... mas também os bens imateriais podem ser causalmente ofendidos... De facto, se quanto aos objectos materiais haverá uma causalidade naturalística que, de resto, se repercute sempre, também, na ofensa a sentimentos, quanto aos referentes imateriais há também um efeito causal. Angioni dá o exemplo do bem jurídico honra — aqui, haverá uma diminuição da reputação social, haverá a percepção por parte do sujeito passivo do significado injurioso de certa expressão, etc; não será uma causalidade naturalística mas uma causalidade psicológica, social ou outra (*idem*, p. 94 e *vide supra*, *idem*). Parece, assim, que com base na característica da ofensibilidade não se conseguiria delimitar o âmbito da criminalização.

<sup>300</sup> Mas este conceito é demasiado vago. Identificação de bem jurídico com direitos subjectivos? (*vide* Angioni, *ob. cit.*, p. 128 e ss.) Para Stuart Mill só haveria dano quando fossem afectados directamente terceiros. Mas as pessoas podem

da homossexualidade em privado, p. ex., não haveria terceiros directamente afectados com a conduta, enquanto que tal já se verificaria na ofensa ao sentimento de piedade, na ofensa a sentimentos religiosos e na provocação de escândalos públicos, assim como no atentado ao pudor<sup>301</sup>. Ora, se este deverá ser um aspecto importante a tomar em consideração, a verdade é

sentir-se afectadas com uma multiplicidade de condutas. Quais as que se deveriam considerar relevantes? Como determinar os próprios direitos subjectivos merecedores de protecção penal?

<sup>301</sup> Mas há quem defenda que com a violação de um valor ético (como seria o caso da homossexualidade) se estão a lesar os sentimentos do conjunto de pessoas que crêem nesse valor, mesmo que os actos tenham sido praticados em privado. No entanto, nestes casos, pode-se criticar o facto de, ao se imporem padrões de conduta, se estar também a violar o sentimento dos que pensam de modo diferente e queriam agir em conformidade com as suas concepções de vida. Para Stuart Mill e Hart, haveria uma desproporção entre a ofensa às pessoas que defendem a moral sexual dominante e a infelicidade para quem teria de ser forçado a adoptar essa moral. (Sobre esta discussão, vide Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 22 e ss., referindo-se ao *Wolfenden Report* e às posições de Stuart Mill e Hart em confronto, respectivamente, com as de Stephan e Devlin). Quanto a esta desproporção entre os «danos», diz-nos Stuart Mill: «... não existe paridade alguma entre o sentimento de uma pessoa face à sua própria opinião e o sentimento de outra que se sente ofendida pela existência dessa opinião; e não a há mais neste caso do que entre o desejo do proprietário legítimo de ficar com a sua bolsa e o do ladrão de a furtar. E as opções de uma pessoa, tal como a sua opinião ou a sua bolsa, só unicamente a ela dizem respeito». — (*On Liberty*, p. 107, *apud idem*, p. 26; sobre este problema, vide também Angioni, *ob. cit.*, pp. 130-131 e 134 em nota, referindo-se também à desproporção entre danos e não propriamente à impossibilidade de se afirmar a existência de um bem ou sentimento ofendível). Diremos que subjacente a toda a decisão criminalizadora tem de haver, de facto, uma ponderação de liberdades. Pegando no exemplo de Stuart Mill, poderíamos colocá-lo noutros moldes: o ladrão ofende o valor propriedade; o homossexual o valor estrutura heterossexual da sociedade. Só que, o valor propriedade é considerado mais importante do que o valor estrutura heterossexual da sociedade. E porquê? Desde logo porque a preservação da propriedade de cada pessoa é um valor mais fundamental à convivência pacífica entre todos (e parece que não só nos nossos dias — em Sodoma e Gomorra os comportamentos sexuais imorais tinham-se generalizado, mas se se tivesse generalizado o atentado à propriedade, parece que a comunidade não poderia subsistir) e também porque, actualmente, a tolerância e o pluralismo são valores sociais muito importantes. Poder-se-á ainda dizer que o dano à propriedade é normalmente sentido como mais grave do que o dano às concepções morais dominantes? Julgamos que a desproporção está, realmente, entre o dano

que não resolve todas as nossas dúvidas — ainda aqui, dar ou não relevo ao sentimento que é afectado também depende dos valores que forem considerados dignos de protecção. Por outro lado, podem ser consideradas socialmente danosas condutas que não afectem direitos de terceiros individualizáveis, mas a própria ordem social globalmente considerada, uma vez que existem bens jurídicos cuja titularidade reside na comunidade em

para quem defende a moral dominante em confronto com o dano para quem não poderia agir segundo a sua própria concepção de vida, por contraposição com a desproporção (de sentido inverso) entre o dano para quem vê a sua propriedade lesada, em confronto com quem desejaria apropriar-se dela. Tal será assim, em última instância, pela ponderação de liberdades em conjugação com os valores em que as actuais sociedades democráticas assentam — o valor do pluralismo valorativo, da tolerância, mas a defesa da propriedade privada...

Estes casos seriam qualitativamente diferentes daqueles em que se praticam condutas contrárias à moral dominante mas em público? Nestas situações lesa-se a paz pública, ou os sentimentos de pudor, ou direitos de terceiros como a própria liberdade de não se ser incomodado com a presença de certas condutas? No fundo, aqui, há uma ofensa mais directa às concepções dominantes, a qual acaba por pôr em causa a própria liberdade alheia, sendo possível não se produzir esta ofensa, sem que, no entanto, se tivesse de impor a moral dominante nas relações privadas. No fundo, importará mais a preservação da liberdade de não se ser incomodado com certas condutas do que o da moral dominante (embora a perturbação resulte, de facto, da contrariedade àquela moral...), pois esta pode ser violada desde que no domínio privado... Mais uma vez estamos perante uma questão de proporcionalidade, de tentativa de se encontrar um equilíbrio entre as duas liberdades. Também este equilíbrio tem em conta, assim, os valores a que se dá mais relevo nas actuais sociedades (ainda sobre estas questões, vide *infra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 2. a), nota 385 e Secção 4., em especial nota 418).

E na liberalização total da divulgação de pornografia? Até que ponto essa liberalização sem limites (exposição em lugares públicos, junto a escolas, etc.) não poderá consubstanciar também um atentado ao pudor e pôr ainda em causa a protecção dos mais jovens? Estas questões, como vimos, foram tidas em atenção em relação aos comportamentos sexuais pelas reformas penais (*supra*, Secção 1. b)). A este propósito convirá referir também a fundamentação do *Wolfenden Report*: «Aqui está a nossa própria formulação do Direito Penal em relação ao objecto deste inquérito. Nesta área, a sua função, segundo a nossa concepção, é a de manter a ordem e a decência públicas, proteger os cidadãos do que é ofensivo ou nocivo, e estabelecer garantias suficientes contra a exploração e a corrupção alheia, especialmente em relação àqueles que são particularmente vulneráveis, por serem jovens, débeis de corpo ou de mente, inexperientes, ou

geral e que não são postos em causa...<sup>302</sup> De resto, a importância dos bens jurídicos supra-individuais ou colectivos, vem sendo até crescentemente posta em relevo... Não poderia então defender-se ser a «estrutura heterossexual da sociedade» um bem jurídico que a comunidade visa preservar?

A vagueza do conceito de bem jurídico tem também repercussões na dificuldade em se estabelecer uma clara distinção entre crime e ilícito de mera ordenação social<sup>303</sup>. Se o Direito Penal também deve proteger valores gerais, no âmbito económico, financeiro, ambiental<sup>304</sup>, como delimitar os seus bens dos que devem constituir objecto do Direito de mera ordenação social? Também este tem em vista valores gerais (para além de poder proteger bens individuais), muitas vezes nos mesmos domínios. Ao se preocupar, preponderantemente, com a manutenção de serviços públicos, também tem em vista preservar uma determinada ordem estadual... Por outro lado, sendo os actuais Estados democráticos de cariz social, há quem se questione acerca da razão pela qual o dano para funções administrativas não é encarado como um crime<sup>305</sup>.

b) É inquestionável que criminalizar ou descriminalizar implica juízos de valor. Só que, todo o labor em torno de um

estarem numa situação especial de dependência física, hierárquica ou económica» (p. 9 e ss.). No entanto, se estas áreas poderiam legitimar sob o ponto de vista valorativo, a intervenção penal, faltará ainda averiguar da necessidade penal (*vide infra, Segundo Capítulo e Terceiro Capítulo*).

<sup>302</sup> No âmbito da economia — uma determinada ordem económica — dos impostos, do ambiente, da administração da justiça...

<sup>303</sup> Neste sentido Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 10, Rn. 9.

<sup>304</sup> Valores em que o objecto de tutela da norma, o bem jurídico, se confunde com o objecto da acção, e em que se pode dizer que o bem jurídico é criado pela própria regulamentação... (muito embora possa ter por base concepções económicas, políticas, sociais pré-existentes na sociedade). Assim, a exigência dos bens serem pré-existentes (posição de Jager, *apud* Angioni, *ob. cit.*, p. 95 e ss.), se virmos bem, não resolve o nosso problema. Para além do Direito Penal também poder ter uma função prospectiva (discutível), há toda uma série de bens e valores, já interiorizados na consciência ética da sociedade, que tiveram origem normativa — organização estadual, económica, a própria propriedade, etc. (neste sentido, *ibidem*, p. 95 e, em sentido semelhante, Roxin, *ibidem*).

<sup>305</sup> Roxin, *ibidem*.

conceito de bem jurídico com sentido crítico, teve sempre em vista reduzir o campo de arbítrio ou, talvez melhor, de subjectivismo do legislador, limitando-o por um critério simultaneamente legítimo e eficaz... No entanto, não podemos deixar de subscrever as palavras de Roxin quando afirma que «o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica com cuja ajuda se possa separar *sem mais* por meio da dedução e da subsunção, a conduta punível da que deve permanecer impune»...<sup>306</sup>

Como fazer então derivar da construção abstracta de «bem jurídico» consequências práticas, vinculativas para o legislador? Ou teremos de nos render à pura decisão política? Como transpor o conceito abstracto de bem jurídico, fundamentalmente coincidente em todos os autores, para a concretização dos diferentes bens que o legislador está autorizado a criminalizar, superando (ou pelo menos diminuindo) as diferenças que se começam a sentir quando se passa da definição para a concreção, diferenças onde está necessariamente envolvido o subjectivismo do juízo de valor de cada autor?<sup>307</sup>

Na verdade, ao referirmos a característica da *essencialidade* para vida do homem em comunidade (para a sua realização enquanto ser individual-social), de que um valor se deve revestir, para poder ser considerado bem jurídico, salientámos sempre o facto da vida humana estar espaço-temporalmente situada e, assim, afirmámos a historicidade desses valores. Deste modo, não se podendo encontrar um conceito natural de crime, válido

<sup>306</sup> Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., pp. 46 e 47. Segundo Angioni, se, de facto, este conceito teve uma finalidade crítica, a verdade é que não teve uma «função crítica efectiva» (*ob. cit.*, p. 100 e, ainda, pp. 136 e ss. e 139). Segundo Marx, «a exigência de encontrar legitimação para as normais penais merece a nossa aprovação. Mas já é mais duvidoso que um auxílio essencial nesse sentido possa ser oferecido pela teoria da protecção de bens jurídicos» (*ob. cit.*, p. 346).

Por outro lado, ir buscar esse critério a concepções religiosas, filosóficas ou mesmo sociológicas também se nos não afigura nem legítimo nem eficaz. (Neste sentido Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 45).

<sup>307</sup> Questionando-se também sobre este aspecto, Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, cit., p. 15; Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes...*, cit., p. 83, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 45.

para todos os tempos e lugares, a determinação dos bens jurídico-penais terá de ser determinada pelo contexto histórico-social-cultural de cada comunidade<sup>308</sup>. Terá sempre de se atender às reais condições da sociedade em causa, ao seu ambiente valorativo, à sua concepção de Estado. . . Terá, nas palavras de Taipa de Carvalho, de se «apelar» «à consciência ético-social da comunidade histórica»<sup>309</sup>. Este é um critério exigido pelo próprio conceito actual de bem jurídico.

No entanto, mais uma vez se terá de qualificar tal critério, tal conceito de bem jurídico, como demasiado vago<sup>310</sup>. Como se poderá então proceder à sua concretização?

A resposta tem sido encontrada, recentemente<sup>311</sup>, na necessidade de se operar com um instrumento idóneo (no duplo sentido de legítimo e operativo), a servir de mediatizador do conceito de bem jurídico<sup>312</sup>. Instrumento transistemático em relação ao sistema penal, não só com legitimidade para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico (reduzindo as diferenças subjectivas de opinião), como com capacidade para o fazer; instrumento não apenas orientador do legislador, mas com força «vinculante» limitativa do poder punitivo estadual<sup>313</sup>.

<sup>308</sup> Vide supra, na Introdução Geral.

<sup>309</sup> Condicionabilidade. . . cit., p. 91.

<sup>310</sup> Nas palavras de Taipa de Carvalho «tal critério material da profunda e negativa ressonância ético-social é demasiado vago, constituindo como que uma cláusula geral» (idem).

<sup>311</sup> A partir dos fins dos anos sessenta — início dos anos setenta, em especial na doutrina alemã e italiana, mas também na portuguesa e espanhola.

<sup>312</sup> Neste sentido, diz-nos Angioni «(. . .) importa sobretudo realçar que a leitura de longos textos precedentes confirma a ideia de que sem um critério (de orientação) externo e superior, qualquer opinião sobre a individualização e extensão dos bens jurídicos é substancialmente arbitrária e como tal vale tanto quanto qualquer outra» (ob. cit., p. 148, nota 113).

<sup>313</sup> Segundo Natscheradetz, o legislador penal nem se deverá basear em princípios supra-positivos de Direito natural como era intenção dos iluministas, nem como Liszt em relações fácticas prévias ao Direito, mas tomar como base as decisões de valor da Constituição. Ancorar o Direito Penal na Constituição seria uma posição susceptível de ser aceite quer pelas teorias jusnaturalistas moderadas (que não acreditassem na absoluta atemporalidade e universalidade do crime) quer pelas positivistas também moderadas, que não aceitassem uma lei em situação de manifesta irracionalidade. (Sobre este aspecto,

Ora, qual o instrumento que se reveste de tais características?

Tal instrumento mediatizador de um conceito de bem jurídico com as características apontadas, a generalidade da doutrina actual o tem afirmado<sup>314</sup>, só pode ser a Constituição<sup>315</sup>.

Na doutrina Portuguesa, Figueiredo Dias sintetiza deste modo a relação que deverá interceder entre Constituição e bens

ob. cit., p. 102 e ss. e vide supra, na Introdução Geral, nota 11, com referência também à posição de Figueiredo Dias. Sobre o consenso constitucional, vide supra, nota 287 e infra, na Introdução à Segunda Parte, nomeadamente notas 327 e 339).

<sup>314</sup> Na doutrina Portuguesa — Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, n.º 3718, p. 10 (vide também bibliografia referida na nota 80); do mesmo autor, *Os Novos Rumos. . .*, cit., p. 15, *Direito Penal* 2, p. 64; Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia. . .*, cit., p. 83 e ss., Taipa de Carvalho, *Condicionabilidade. . .*, cit., pp. 91 e 92; Natscheradetz, ob. cit., p. 101 e ss. Na Alemanha — Jäger, ob. cit., p. 909 (vide Angioni, ob. cit., p. 76); Roxin, *Strafrecht. . .*, cit., p. 11 e ss. (Rn. 9 e ss.), Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p. 9 e ss.; Sax, ob. cit., pp. 911, 923 e ss. Rudolph, ob. cit., p. 158 e ss. Marx, ob. cit., p. 38, Zipf, *Introducción. . .*, cit., p. 89 e ss. e *Kriminalpolitik*, p. 66. Também neste sentido o *Alternativ-Entwurf* (parece-nos, de facto, que as posições supra indicadas — *Secção 1. b)* — fazem sentido, mas com o apoio da Constituição como mediatizadora do conceito de bem jurídico, não simplesmente a partir de um abstracto conceito de bem jurídico, como bem ofendível e protegível. . .). Em Itália, Bricola, *Teoria Generale del Reato*, p. 14 e ss.; *Legalità e Crisi: l'Art. 25.º, commi 2.º e 3.º, della Costituzione rivisitato alla fini degli anni 70 e Art. 25.º, 2.º e 3.º comma, in Commentario della Costituzione*; Musco, ob. cit., p. 115 e ss. e, em especial, p. 124 e ss. Angioni, ob. cit., p. 152 e ss. Fiandaca, *Bene Giuridico*, p. 49 e ss., analisando a posição de Bricola, em especial na p. 65 e ss. tomando posição quanto à influência da Constituição na determinação dos bens jurídico-penais; Fiandaca/Musco, ob. cit., p. 4; Pallazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*; p. 84 e ss.; Pulitanò, *La Teoria del Bene Giuridico fra Codice e Costituzione* e, do mesmo autor, pressupondo esta função constitucional de legitimação e limitação do poder criminalizador, *Obblighi. . .*, cit.; Stortoni, *L'Abuso di Potere nel Diritto Penale*, em especial p. 100 e ss. e, do mesmo autor, *Profili Costituzionali della non Punibilità*, p. 634 e ss., Mantovani, *Diritto Penale*, p. 186. e ainda, Nuvolone, *La Problematica Penale della Costituzione*, e Petrone, *Aspetti Costituzionale della Depenalizzazione*; em Espanha, entre outros, Vives Antón, *Estado de Derecho y Derecho Penal*, p. 25; Cabo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, I. Mir Puig, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho e Fundamento Constitucional de la Pena y Teoría del Delito*, p. 117 e ss.; Polaino Navarrete, *El Bien*

jurídicos, para que estes ganhem «a indispensável materialidade e concreção»: «Se, num Estado de Direito material, toda a actividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação, que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado»<sup>316</sup>.

*Jurídico en el Derecho Penal*, p. 103 e ss.; Bajo Fernández, *Marco Constitucional del Derecho Penal Económico*, p. 244 e ss.; Rodríguez Ramos, *Protección Penal del Ambiente*, p. 261; Encontro Tedesco-Espanhol, *La Reforma Penal*, sob a orientação de Barbero Santos. Vide ainda *Seminário sobre Bien Jurídico y Reforma de la Parte Especial* e as considerações de síntese e crítica feitas por González Rus.

<sup>315</sup> É importante assinalar que as consequências que os autores referidos tiram do conceito de bem jurídico, assim como as actuais propostas de reforma penal, têm por base este instrumento mediatizador — a Constituição. Sem esta base, as referidas propostas seriam mais difíceis de elaborar e perderiam legitimidade. No fundo, sem fundamento na Constituição entendida em sentido material, nos valores fundamentais da sociedade, e daquela sociedade concreta, não de uma outra, a legislação penal poder-se-ia transformar em puro decisionismo... (vide Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 103).

<sup>316</sup> Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 15, 16. Mais desenvolvidamente, do mesmo autor, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, 1318, p. 10 e ss. e *Direito Penal 2*, p. 64.

## II PARTE

### A CONSTITUIÇÃO LEGITIMARÁ E LIMITARÁ A CRIMINALIZAÇÃO?

#### Introdução

a) A actual intencionalidade no sentido de se encontrar um conceito de bem jurídico com função crítica do Direito Penal e orientador do legislador na sua tarefa criminalizadora<sup>317</sup>, foi acompanhada da busca de um instrumento legítimo e vinculante, mediatizador deste conceito. Esse instrumento foi encontrado, dissemo-o já, na Constituição de cada Estado<sup>318</sup>.

Mas *porquê*<sup>319</sup> na Constituição e *de que forma* poderá ela operar esta mediatização?

A estas questões tentaremos responder ao longo desta segunda parte do nosso trabalho.

Contendo a Constituição as decisões de fundo mais importantes para uma ordem jurídica, quer a nível organizatório quer

<sup>317</sup> Fundamentando o recurso à intervenção penal e, assim, autorizando a criminalização. Não trataremos, por ora, das eventuais obrigações de criminalização, mas, tão só, da delimitação entre a área em que o legislador estará legitimado a intervir daquela em que estará impedido de o fazer.

<sup>318</sup> Assim, a maior parte dos autores de quem citamos definições de bem jurídico (*vide supra*, *Primeira Parte, Secção 2. b)*), preocuparam-se, de facto, em encontrar esse instrumento mediatizador e encontraram-no na Constituição (embora diferindo, por vezes, quanto ao seu grau de incidência para essa concretização do conceito de bem jurídico). Se, ao tratarmos da actual concepção de bem jurídico (referindo as definições desses autores e também algumas reformas penais), não entramos ainda no problema da mediatização constitucional, foi apenas para demonstrarmos a inidoneidade de um conceito de bem jurídico *tout court* para limitar o poder criminalizador. Só no presente capítulo completaremos o pensamento desses autores e das próprias reformas penais, ancorando-os na Constituição.

<sup>319</sup> A razão pela qual seria a Constituição instrumento legítimo para traçar os limites ao poder criminalizador, mediatizando assim um conceito crítico de bem jurídico, referimo-nos já no fim do capítulo anterior. Pareceu-nos, no entanto,

material, as opções valorativas mais fundamentais<sup>320</sup> e simultaneamente mais consensuais, ela reflecte o ambiente social-valorativo de uma comunidade e impõe-se a toda a ordem jurídica. Ela é «o estatuto fundamental da ordem jurídica geral»<sup>321</sup>. Dever-se-á impor, assim, ao Direito Penal<sup>322</sup>, e até com particular incidência e particular legitimidade, uma vez que entre estes dois planos jurídicos intercede uma relação mais estreita, em virtude do próprio Direito Penal contender com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade.

Quando falamos de Constituição, convirá precisar, referimo-nos à Constituição material<sup>323</sup>, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto Constitucional<sup>324</sup>, muito embora em ordens jurídicas como a Portuguesa nos pareça existir uma tendencial convergência entre Constitui-

ser útil para o nosso estudo reafirmar essa legitimidade e explicitar melhor as razões que estão na sua base.

<sup>320</sup> A propósito, serão de referir as considerações de Vives Antón: «cada norma concreta tem de ser entendida por referência a uma valoração fundamental, expressa no conceito de direito (...) se é certo que o conceito de direito de um ordenamento... encontra uma expressão difusa na totalidade das suas normas, o direito positivo conhece também uma forma de expressão «concentrada» das suas valorações fundamentais — a Constituição» (*Estado de Derecho y Derecho Penal*, pp. 21 e 22. No entanto, na nossa perspectiva, dever-se-á ter em conta, como assinalaremos *infra*, a Constituição em sentido material e não, apenas, a Constituição formal). No mesmo sentido, vimos já Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, pp. 15-16; salientando a necessidade de se tomarem decisões axiológicas, do mesmo autor, *A Reforma do Direito Penal Português*, pp. 114 e 115.

<sup>321</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 163.

<sup>322</sup> Neste sentido, Stortoni, *L'Abuso...*, *cit.*, pp. 63 e 64.

<sup>323</sup> Em sentido semelhante ao defendido por Vieira de Andrade quando se refere à dimensão material da Constituição e à dimensão material dos direitos fundamentais (*ob. cit.*, p. 128 e ss.); neste sentido também Sousa Brito, *A Lei Penal na Constituição*, p. 199.

<sup>324</sup> Reportamo-nos assim, implicitamente, à tridimensionalidade constitucional. Neste sentido, Vieira de Andrade, em relação aos direitos fundamentais — «Norma, valor e realidade no domínio dos direitos fundamentais» (*ob. cit.*, p. 126 e ss.); *vide* também Miguel Reale, *Norma, Facto e Valor*.

ção material e formal, ou melhor, nos pareça que o conjunto de valores fundamentais — Constituição material — se contém na Constituição escrita, sendo no entanto defensável, inversamente, a existência de normas formalmente constitucionais sem «dignidade» Constitucional. Tal deve-se, como é evidente, à extensão do nosso texto Constitucional, que «pretendeu consumir todos os domínios que considerou constitucionalmente relevantes (...)»<sup>325</sup>. No entanto, noutras ordens jurídicas esta distinção fundamental é de particular relevo e mesmo para o caso Português ela não deverá nunca ser esquecida para se superarem eventuais dificuldades de interpretação e integração. Se, ao recorrermos a estes conceitos, se poderá perder em certeza, em determinabilidade, ganha-se em coerência, em unidade de sentido, em ajustamento à própria realidade social-valorativa e, deste modo, em legitimidade e eficácia<sup>326</sup>.

Assim, será da identificação da Constituição com as opções mais fundamentais e mais consensuais<sup>327</sup> dum comunidade

<sup>325</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>326</sup> De facto, parece-nos que neste caso (como em muitos outros...) legitimidade e eficácia apontam num mesmo sentido — uma Constituição é tanto mais legítima quanto mais estiver em consonância com o espírito valorativo vigente (esta é, na verdade, a Constituição em sentido material) e, simultaneamente, ganha em força conformadora, impositiva, pois será cumprida, concretizada, de forma mais espontânea. Isto, para além do necessário espaço para opções políticas que uma Constituição sempre deverá permitir, de acordo com a sua própria essência e ainda em ordem aos próprios valores reinantes nas actuais sociedades democráticas onde o pluralismo e, assim, o espaço para o confronto entre diferentes posições, é valor, ele próprio, com eminente dignidade constitucional. (Sobre o carácter compromissório, pluralista e aberto das actuais constituições, em sociedades democráticas, assim como sobre o pluralismo e tolerância como valor constitucional, *vide infra*, ao longo do *Primeiro Capítulo*).

<sup>327</sup> Quer a constituição escrita, pelas especiais exigências quanto à sua elaboração, quer eventuais princípios e valores não escritos mas implícitos ou reinantes no âmbito valorativo social, exprimem, necessariamente, um âmbito relativamente alargado de consenso e, para tal ser possível, em sociedades plurais como a nossa, de compromisso (neste sentido *vide supra*, nota 11, com referência à posição de Figueiredo Dias e Natscheradetz e ainda notas 287/288). Se esta não é garantia absoluta de racionalidade das decisões, nem de justiça absoluta, representa no entanto a única via legítima até hoje encontrada para se caminhar para uma racionalidade e uma justiça mais perfeita. De resto, racionalidade e justiça humana são necessariamente contingentes e mutáveis, embora

que deriva a sua legitimidade para se impor, de forma vinculante, a toda a ordem jurídica; e será da relação do Direito Penal com os valores mais essenciais (na dupla vertente de os proteger e de, através das penas, os limitar) do homem em comunidade que resulta a sua particular dependência (e subordinação) face à Constituição.

Parece-nos que a Constituição, desde a concepção de Estado aos princípios organizatórios, com especial incidência na delimitação de competências (separação de poderes); desde os tradicionais direitos fundamentais — direitos, liberdades e garantias pessoais — aos direitos de participação política e aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, até à própria organização económica, assim como a unidade de sentido que de todos os seus princípios e normas resulta, deverá ter *influência* no Direito Penal.

b) *Mas de que forma, como, com que particular sentido e incidência(s)?*

Talvez seja útil distinguirmos entre o que Pallazzo e Nuvolone denominam por «princípios de Direito Penal constitucional» e «princípios constitucionais influentes em matéria penal» ou «normas constitucionais com reflexos penais»<sup>328</sup>.

a Justiça em si não o seja... Ter, no entanto, a consciência destes problemas poderá ajudar o homem na evolutiva apreensibilidade dos valores... (*vide*, sobre a Justiça como valor transcendente — imanente à historicidade, *supra*, *Introdução Geral*, notas 3 e ss. e 285 e ss.). Sobre o problema dos direitos das minorias, deve-se ter em conta que os próprios princípios fundamentais Constitucionais da dignidade humana, da liberdade, do pluralismo e da tolerância, impedem um seu desrespeito, assim como o desrespeito e instrumentalização de qualquer indivíduo, em nome de uma qualquer utilidade social. Só tendo-se em conta a natureza social do homem, mas, simultaneamente, a «originalidade» de cada indivíduo e a defesa intransigente da sua dignidade, se consegue um Direito equilibrado, que não ponha em causa a sua razão de ser. Estes são princípios basilares das actuais Constituições democráticas. (Sobre os problemas das minorias em sociedades democráticas, entre outros, Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, em especial p. 101 e ss. e Montoro Ballesteros, *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*).

<sup>328</sup> Pallazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, p. 22 e ss.; Nuvolone, *Norme Penali e Principi Costituzionali*, p. 5 e ss. Neste sentido também Sousa Brito, *A Lei Penal na Constituição*, p. 198.

b) a) Os primeiros incidem directamente no sistema penal, traçando os limites (poderíamos chamar-lhes «formais») ao poder punitivo, delineando em que termos pode o legislador penal intervir, mas não dizendo nada (pelo menos directamente)<sup>329</sup> quanto ao conteúdo do que pode/não deve vir a ser criminalizado. São princípios como o da legalidade dos crimes e das penas com os seus corolários: princípio da tipicidade, proibição do recurso à analogia, não retroactividade da lei mais desfavorável, o da jurisdicionalidade, o da humanidade — proibição da pena de morte, penas cruéis, infamantes, penas perpétuas ou de duração indeterminada — o da responsabilidade pessoal e da culpa... Princípios que se impõem ao Direito Penal, fazendo parte integrante deste e que têm por finalidade proteger o indivíduo do arbítrio estadual. Dão expressão à tradicional concepção, de origem liberal-iluminista, da Constituição como garantidora da liberdade e direitos dos cidadãos, como o instrumento por excelência de defesa dos indivíduos face ao poder estadual. Na sua origem está a contraposição liberal Estado/Sociedade, que visa limitar a intervenção do Estado ao mínimo indispensável e assegurar o máximo de espaço possível à liberdade (entendida como valor primordial mas tendo um conteúdo ainda formal) dos cidadãos. Esta concepção tem particulares consequências a nível do poder punitivo, uma vez que este é o mais «terrível»<sup>330</sup> de todos os poderes do Estado; assim, estes princípios «vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no sector delicado do Direito Penal»<sup>331</sup> em termos tais que permitam considerá-lo, nas palavras de Liszt, «a Magna Carta do criminoso»<sup>332</sup>. De acordo com este pensamento, os

<sup>329</sup> Indirectamente veremos que estes princípios também devem ser considerados relevantes para a determinação da matéria a criminalizar (*vide infra*, *Segundo Capítulo, Secção 1.*).

<sup>330</sup> Em sentido convergente, Vives Antón, *ob. cit.*, p. 19: «ao Direito Penal incumbe regular o instrumento mais temível desse poder (refere-se ao poder do Estado), o seu último recurso: a pena».

<sup>331</sup> Pallazzo, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>332</sup> Liszt, *A.u.V.* II, p. 80, *apud* Roxin, *Franz von Liszt...*, *cit.*, p. 59. Recordemos que, para Liszt, o Direito Penal deveria ter esta característica de protecção do infractor face ao poder estadual — «Protege (...) não a colectividade, mas o indivíduo que se rebela contra ela. Garante-lhe o direito de ser casti-

direitos fundamentais são vistos como direitos de defesa face ao Estado — quando se proclama o direito à vida e à integridade física, está-se a pensar na sua inviolabilidade por parte do Estado, e proscreve-se, assim, a pena de morte e as penas cruéis; quando se proclama o princípio da legalidade dos crimes e das penas e o máximo espaço possível ao direito de liberdade, garante-se aos cidadãos que a sua liberdade só será restringida nos casos expressamente previstos na lei, assegurando-se, deste modo, a certeza jurídica dos indivíduos, como reacção à insegurança reinante no período de absolutismo monárquico<sup>333</sup>.

b) b) Mas, na verdade, ficarão os cidadãos suficientemente protegidos face ao poder punitivo estadual e estará este suficientemente legitimado com o simples facto de respeitar limites como o da legalidade, o da humanidade das penas e o da culpabilidade? Com o simples facto de ter de obedecer a uma determinada *forma* para poder intervir penalmente? Se a certeza do direito, a cognoscibilidade acerca de quais as condutas puníveis, a limitação das penas a formas menos degradantes e cruéis, e a necessidade de recondução do ilícito à responsabilização ética do agente, são valores irrenunciáveis no contexto de um Estado que visa evitar o arbítrio, são conquistas que estão na origem do Direito Penal moderno e cuja influência se deve considerar, actualmente, «se não exaurida, pelo menos largamente adquirida»<sup>334</sup>, a verdade é que não bastam para legitimar e limitar o poder penal estadual, na medida em que, entendidos desta forma, lhe deixam inteira liberdade para decidir *quais os factos a criminalizar*.

É verdade que, estabelecendo a Constituição a reserva de lei em matéria penal em favor do Parlamento<sup>335</sup>, se poderia

gado... só se se verificarem os pressupostos legais e só dentro dos limites legais... O Direito Penal é a intransponível barreira da política criminal».

<sup>333</sup> Sobre o arbítrio na aplicação das penas durante este período — as graças reais, a comutação de penas e perdões ao sabor das conveniências políticas do momento, vide Taipa de Carvalho, *Condicionabilidade...*, cit., p. 38 e ss., em especial p. 42 e ss.

<sup>334</sup> Pallazzo, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>335</sup> Esta foi também uma conquista que teve origem no pensamento iluminista-liberal, a partir da defesa do princípio da separação dos poderes, como

defender a legitimidade deste, enquanto órgão directamente representativo do povo, para proceder aos juízos de valor que qualquer decisão criminalizadora pressupõe, sem necessidade de quaisquer limites substanciais a estes juízos. Mas será de subscrever tal absoluta confiança no órgão legislativo<sup>336</sup>, num domínio em que a intervenção representa sempre a restrição de valores fundamentais da pessoa (a dignidade — em qualquer tipo de pena, a liberdade — nas penas detentivas, nas penas pecuniárias, a propriedade), valores esses com inegável expressão Constitucional?<sup>337</sup>

única forma de evitar o abuso de poder é de respeitar as liberdades fundamentais, representando o Parlamento «o repositório das esperanças da Nação» e sendo o executivo ainda encarado com desconfiança, como que herdeiro do poder do monarca absoluto. Assim, só o Parlamento poderia interferir com as liberdades fundamentais dos cidadãos, pois seria o seu representante. O princípio da separação de poderes é considerado desde então co-essencial à ideia de Constituição garantidora dos indivíduos e limitadora do poder estadual. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ler-se: «Une société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution». Saliendo esta origem iluminista, quer da defesa do princípio da separação de poderes, quer da ciência do Direito Penal, quer do próprio constitucionalismo, com uma mesma intencionalidade — a de limitar o poder do Estado, nomeadamente (e em especial) o poder penal, Vives Antón, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>336</sup> Sobre este aspecto vide Amato, *Individuo e Autorità*, p. 450. Também Stortoni, *L'abuso di Potere nel Diritto Penale*, p. 64, criticando o facto da desconfiança no legislador, posta em relevo por Amato, se transformar em completa confiança no labor legislativo, no domínio penal, o qual incide sobre os direitos primários do cidadão. Trata-se, segundo Stortoni, de uma contradição... Por seu turno, Woesner refere-se a uma «saudável desconfiança face ao legislador» (*Grundgesetz und Strafrechtsreform*, p. 1729).

<sup>337</sup> «Por trás do tema da função crítica do bem jurídico o que há é um problema de confiança ou desconfiança no legislador, o qual, em consequência, se quer limitar mais ou menos no momento da criação do ilícito penal. A potencial perigosidade que para o indivíduo ou a sociedade implica um uso prepotente e desviado do instrumento penal fazem-me partidário de extremar, dentro do possível, as garantias de que tal utilização será pelo menos dificultada; pois seria ingénuo pretender que tais condicionamentos, enquanto jurídicos, seriam capazes de travar uma decidida vontade de se servir interessadamente do ordenamento penal para a consecução de fins parciais. E um tal resultado (num Estado de direito democrático) só pode lograr-se com um ancoramento consti-

De facto, vimos já que no próprio período Iluminista houve a preocupação de se encontrar um conceito material de crime capaz de limitar o poder criminalizador, mas tal conceito transistemático não foi ancorado na Constituição, mas em princípios supra-positivos de Direito natural e no conceito de direito subjectivo<sup>338</sup>. Actualmente, do que se trata (e esta é, como vimos, uma óptica relativamente recente) é de procurar na Constituição, enquanto instrumento fundamental de uma ordem jurídica, princípios capazes de exercer essa função legitimadora-limitadora do âmbito de uma eventual criminalização<sup>339</sup>.

tucional do bem jurídico e do ilícito penal em geral...» (González Rus, *Seminário sobre o Bien Jurídico...*, cit., pp. 717 e 718). Ainda quanto ao problema da limitação do poder legislativo, Otto Bachoff, *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, p. 6. Vide também Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*.

<sup>338</sup> Numa visão de Direito natural imutável, vimos já (*supra*, nomeadamente na *Introdução Geral*) os problemas que tal concepção suscita e mesmo a sua ilegitimidade (...). Também a noção de direito subjectivo não se mostra apta a delimitar o poder criminalizador, dada a existência de bens fundamentais para a comunidade que não se podem reconduzir a este conceito (neste sentido Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal*, p. 275), a não ser que se considerassem também «direitos subjectivos da comunidade»; de todo o modo, ficar-nos-ia sempre a questão de como determinar os próprios direitos subjectivos e de quais de entre os existentes (criados ou reconhecidos? cremos que uns criados outros reconhecidos) se deveriam tutelar penalmente.

<sup>339</sup> Vide *supra*, na *Introdução Geral*, nota 11, a referência por nós feita à posição de Figueiredo Dias, para quem, independentemente da existência de uma ordem superior à Constituição, faz sentido perguntarmos pela sua força orientadora quanto aos factos a criminalizar, e ainda à de Natscheradetz, quando defende que o ponto de vista da Constituição tem potencialidades para congregar os esforços de jusnaturalistas e juspositivistas moderados. Também Bricola salienta não se opor ninguém, em absoluto, ao aprofundamento do discurso para a descoberta dos critérios que a Constituição oferece para a determinação dos factos que podem ser considerados crimes, para a individualização dos elementos em que legitimamente se pode basear o juízo de ilicitude penal, e para a fixação dos índices quantitativos de pena a prever no tipo legal (*Teoria Generale...*, cit., p. 14 e ss.).

Em relação à ideia de que o princípio da constitucionalidade teria surgido com a erosão da ideia da racionalidade da lei — sentindo-se a necessidade de encontrar um grau de sublimação ter-se-ia transitado da lei para a Constitui-

Esta perspectiva parece ser a única que *completa* o sentido *garantidor* da Constituição, que lhe confere verdadeira eficácia material, assegurando ainda a unidade de toda a ordem jurídica e a necessária harmonia entre o universo valorativo penal e o Constitucional<sup>340</sup>. Segundo Bueno Arús, «uma completa fundamentação do nosso ramo do direito não pode, hoje, eximir-se de buscar na Lei Fundamental uma caracterização, mesmo em relação ao conteúdo, do Direito Penal»<sup>341</sup>. Ora, são estes princípios e normas incidentes sobre o conteúdo da matéria penal que Pallazzo denomina de «princípios influentes em matéria penal», distinguindo-os dos «princípios de Direito Penal constitucional». São, nas suas palavras, princípios ou valores «que condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística»<sup>342</sup>.

No nosso entender, estes princípios influentes em matéria penal vão desde a consagração do tipo de Estado e seus fins

ção, diz-nos Natscheradetz: «... penso que sobretudo se revela aqui a preocupação de preservar o consenso que numa sociedade pluralista tão difícil é de alcançar — as chamadas Constituições compromissórias —, consenso este que deve ser considerado racional devido aos valores de justiça que tais Constituições incorporam» (*ob. cit.*, p. 104). Mais uma vez se nota aqui a dialéctica consenso/justiça. Parece-nos que se indicia aqui uma relação necessária entre consenso racional/valores de justiça, embora se retire a racionalidade do consenso da presença de valores de justiça e não o inverso. Também Figueiredo Dias se refere à ordem axiológica constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário sem o qual a ordem jurídico-penal não pode ser pensada» (*Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 10). Sobre a teoria do consenso, vide *supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2.* e ainda *supra*, nota 327).

<sup>340</sup> Sobre esta harmonia, mais ainda, sobre a necessidade de «analogia substancial» entre as duas ordens, Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, cit., pp. 15 e 16, *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 10, *Direito Penal 2*, p. 64; também Sax (*Grundsätze der Strafrechtspflege*, p. 911), afirma que entre a ordem valorativa constitucional e a ordem de bens jurídico-penais tem que existir uma referência, mas não uma recíproca cobertura (sobre esta relação, vide *infra*, *Segundo Capítulo, Secção 2.3. a*).

<sup>341</sup> *Las Normas Penales en la Constitución Española de 1978*, p. 31, *apud* Pallazzo, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>342</sup> *ob. cit.*, p. 23.

até ao catálogo de direitos fundamentais, quer os que exprimem a dimensão de Estado de Direito (*Rechtsstaatprinzip*) — os tradicionais direitos, liberdades e garantias pessoais —, quer os que exprimem a inovadora face do Estado, a sua dimensão social (*Sozialstaatprinzip*) — os direitos sociais, económicos e culturais —, não se limitando, de acordo com a perspetivação da Constituição em sentido material, ao texto escrito, mas atendendo à realidade constitucional e aos valores ínsitos na consciência comunitária.

Quanto aos direitos fundamentais, julgamos ser conveniente fazer algumas considerações<sup>343</sup>:

c) Actualmente, é de subscrever a inclusão nos tradicionais direitos, liberdades e garantias, expressão do Estado de Direito, quer dos princípios de Direito Penal constitucional, quer de valores influentes em matéria penal. Na verdade, embora estes direitos tenham sido encarados, *ab initio*, primordialmente como direitos de defesa «formal»<sup>344</sup> face ao poder estadual — constituindo assim a referida garantia quanto à forma de intervenção penal, mas segundo a maioria dos autores pouco ou nada<sup>345</sup> relevando quanto ao conteúdo da tutela penal — parece

<sup>343</sup> As considerações que se seguem serão, no entanto, desenvolvidas na *Introdução à Terceira Parte* do nosso trabalho, por nos parecerem fundamentais pontos de partida para a análise do problema das imposições constitucionais de criminalização.

<sup>344</sup> Com este adjectivo não queremos desvalorizar a sua importância, mas apenas distingui-los, precisamente, dos influentes no próprio conteúdo do Direito Penal, se é que tal distinção é possível de fazer; de facto, como veremos *infra*, Segundo *Capítulo, Secção 1.*, autores há que já retiram consequências quanto à delimitação da matéria a criminalizar, a partir dos princípios de Direito Penal constitucional. Digamos, para sermos mais rigorosos, que eles só são indiferentes a considerações em relação ao conteúdo do Direito Penal, numa sua interpretação tradicional e no contexto de um Estado de direito ainda prevalentemente formal.

<sup>345</sup> *Vide*, no entanto, Hofmann, salientando ser a doutrina dos Direitos Fundamentais como puros direitos de defesa face ao Estado um *mito* bastante eficaz. Segundo este autor, os direitos Fundamentais no período do iluminismo já implicavam pretensões do cidadão face ao Estado, principalmente através do *Direito à Segurança* que este deveria garantir. Assim, em nome do Direito à Segurança, o Estado deveria proteger, nomeadamente, a vida, a propriedade,

não restarem dúvidas, nos nossos dias, quanto à sua influência de conteúdo. É que, superado o Estado liberal (com a sua contraposição Estado/Sociedade), os direitos fundamentais passaram inequivocamente a ser vistos não apenas como direitos de defesa face ao Estado, mas também como princípios objectivos e direitos de defesa face a ataques de particulares<sup>346</sup>. O potencial agressor da vida, da integridade física, da liberdade (para citarmos os exemplos já referidos), em relação ao qual a Constituição confere («promete») protecção, não é apenas o Estado, mas também os próprios cidadãos, devendo o Estado agir no sentido de tornar eficaz essa protecção Constitucional. Não vamos deter-nos, por ora, nas implicações que tal pensamento

---

garantir o policiamento e o funcionamento das instituições (*Die pflicht des Staates zum schutz des Menschlichen Lebens*, pp. 115 e 116). De facto, a Constituição Portuguesa de 1822, no art. 3º, consagra a obrigação do Governo conferir protecção a todos os cidadãos para garantia dos seus direitos pessoais; e na Carta Constitucional de 1826 prevê-se a existência de socorros públicos (art. 145º, § 29) e de instrução primária gratuita (art. 145º, § 30) — estes serão exemplos de como, já nesta época, a Constituição não continha apenas deveres de omissão estadual perante os direitos dos cidadãos, mas também alguns deveres de actuação. Gomes Canotilho refere que a *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789*, não afirmava os direitos fundamentais apenas face ao Estado, mas também face aos privilégios da nobreza e do clero, contra posições desigualitárias (assim como a Constituição Portuguesa de 1822, arts. 12º e 13º). Deste modo, «o Estado deveria assegurar também a liberdade no âmbito privado» (*Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 608). Quanto a este aspecto diz-nos Vieira de Andrade que a consagração constitucional de direitos e liberdades dos cidadãos não representava apenas a defesa do indivíduo isolado perante o Estado, mas da Sociedade, no seu conjunto, perante o Estado; «a defesa, afinal, de um determinado modelo de sociedade e de uma determinada ideia de Estado»; por outro lado, «também os indivíduos estavam obrigados juridicamente a respeitar a liberdade dos seus concidadãos e, de algum modo, *competia* ao Estado assegurar esse respeito, prevenindo ou castigando abusos e violações e solucionando conflitos». No entanto, refere: «esse respeito devido e essa protecção não funcionavam no quadro dos direitos fundamentais, mas no âmbito do direito privado e do direito criminal»... (*ob. cit.*, p. 272, notas 40 e 41).

<sup>346</sup> Neste sentido, entendendo que os direitos, liberdades e garantias vinculam também as entidades privadas, adquirindo assim «eficácia erga omnes», o que pressupõe o abandono de uma visão tipicamente liberal destes direitos, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 165; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª edição, p. 602 e ss.; Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 270 e ss.

terá em sede de obrigação estadual de acção protectora<sup>347</sup> dos direitos dos indivíduos e da própria comunidade globalmente considerada, mas no passo prévio, nas implicações que poderá ter em sede de legitimidade, de autorização para o Estado agir num sentido protector destes direitos, nomeadamente através de uma intervenção penal e, concomitantemente, da (de)limitação da possível área de tutela penal.

Estes direitos, liberdades e garantias têm influência quanto ao conteúdo da matéria penal, assim como a têm os direitos sociais, económicos e culturais<sup>348/349</sup>, na medida em que expri-

<sup>347</sup> Penal ou outra? A estas questões tentaremos responder na *Terceira Parte* do nosso trabalho...

<sup>348</sup> Neste sentido diz-nos Pallazzo «... deve recordar-se que não existe — como poderia parecer à primeira vista — uma coincidência perfeita entre o superior *Rechtstaatprinzip* e os princípios de Direito Penal constitucional, de um lado, e o *Sozialstaatprinzip* e os valores constitucionais influentes, de outro. Existe tão só uma prevalência de influência, respectivamente, do primeiro sobre os princípios de Direito Penal constitucional, e do segundo sobre os demais. E, inequivocamente, faz-se cristalina a prevalente matriz liberal-garantidora de princípios como os da legalidade ou da culpabilidade, tanto quanto é evidente que o *Sozialstaatprinzip* faz sentir os seus efeitos sobretudo quanto ao conteúdo do Direito Penal» (*ob. cit.*, p. 25).

<sup>349</sup> Até certo ponto parece-nos que se encurtam as distâncias entre direitos, liberdades e garantias e direitos económico-sociais. Nos actuais Estados de direito social, também os direitos económico-sociais se devem considerar essenciais. E, de facto, tal corresponde a uma evolução no sentido da consciencialização de que o pleno desenvolvimento humano exige determinadas condições, determinados bens de tipo colectivo, que não se podem identificar com os tradicionais direitos subjectivos. Tal corresponde também a uma correcta consideração da face social do homem, ou do homem «enquanto fenómeno social» (Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 18; desenvolvidamente sobre este aspecto, do mesmo autor, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 1318, p. 9 e ss.) e à evolução de um Estado «sempre inimigo», que deveria intervir o mínimo possível, para um Estado «que pode ser amigo», um Estado em relação ao qual se exige intervenção concretizadora e protectora de melhores condições sociais. Para além disso, por um lado, também os direitos, liberdades e garantias requerem, em certos casos, uma actividade estadual, uma intervenção legislativa para lhes garantir plena efectividade (serão assim pensáveis inconstitucionalidades por omissão também nesta área — não só nos direitos de participação política, mas ainda nos de natureza pessoal — *vide* Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 193 e ss.); por outro, também os direitos económico-sociais protegem um «núcleo mínimo» dos próprios ataques estaduais — ou seja, não só prescrevem indica-

mem, quer uns, quer outros, valores fundamentais da comunidade, valores que o Estado se comprometeu, não só a respeitar como a *fazer respeitar* e, nalguns casos (isto vale especialmente para os direitos económicos, sociais e culturais) a concretizar e desenvolver. Ora, contendo o Direito Penal as sanções mais severas da ordem jurídica, sabemos já que ele só poderá estar legitimado a intervir para proteger, precisamente, os valores mais fundamentais de uma comunidade, quando os meios penais forem adequados para tal protecção e não houver uma outra forma de protecção suficientemente eficaz. Daí, grande parte da doutrina actual ver na Constituição, enquanto reveladora dos valores fundamentais de uma determinada comunidade, o ponto de referência para se dar o primeiro passo no sentido da legitimidade<sup>350</sup> da intervenção penal. Deste modo, os direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, mas também os direitos económico-sociais) teriam uma *influência* legitimadora da intervenção penal e, simultaneamente, para alguns autores, uma influência limitadora desta intervenção, na medida em que poderiam delimitar o âmbito (máximo) de uma legítima intervenção penal<sup>351</sup>. Nesta medida, reafirmamos a ideia de que

ções ao legislador no sentido de os desenvolver e lhes conferir efectividade no domínio dos «possíveis», sob pena de inconstitucionalidade por omissão, como protegem os cidadãos de uma eventual agressão (activa) por parte do Estado contra esses valores — contra esse conteúdo mínimo que vem expresso na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por acção.

<sup>350</sup> O segundo passo residirá na existência de *necessidade* (*princípio da subsidiariedade e adequação...*) de uma intervenção tão forte como é a penal. Neste ponto nos deteremos *infra*, *Terceiro Capítulo*. Por enquanto, sempre que falamos de legitimidade estamos a referir-nos a este passo prévio — no fundo, ao problema da dignidade penal da conduta.

<sup>351</sup> Esta posição não é, como veremos, pacífica, em todas as ordens jurídicas. Posição definitiva sobre o assunto só a tomaremos depois de analisadas várias concepções no contexto de diferentes ordens jurídicas. Autores há, de facto, que embora vejam na Constituição o quadro de referência para a actuação penal, embora encontrem nos seus princípios as bases para uma correcta criminalização, não vão ao ponto de identificar o âmbito máximo de intervenção penal com os valores consagrados na Constituição. No entanto, face à ordem jurídica portuguesa, parece-nos estar este problema resolvido, como veremos *infra*, *Segundo Capítulo*, *Secção 2*.

estes princípios, estes valores, são ainda expressão de um sentido constitucional *garantidor* do indivíduo face à intervenção penal<sup>352</sup>.

Por outro lado, os dois grupos de princípios — os penais constitucionais e os influentes em matéria penal estão (devem estar) intimamente relacionados, havendo autores que dos primeiros fazem derivar já consequências importantes em sede de limitação quanto ao conteúdo da matéria a criminalizar, principalmente no âmbito de Constituições que não se referem expressamente a esta delimitação material da área do punível. É o que se passa, em especial, com parte da actual doutrina italiana<sup>353</sup>. De facto, uma correcta interpretação destes princípios, que tenha em conta a totalidade da sua «ratio», no contexto do actual Estado de Direito *material*, não os pode considerar indiferentes a opções de conteúdo em sede penal.

d) Deste modo, acabamos por concluir reafirmando o nosso ponto de partida — faz sentido procurar-se na Constituição considerada na sua globalidade e nos particulares princípios, direitos e valores que a compõem a legitimação/limitação do poder criminalizador ou, noutros termos, a mediatização de um conceito de bem jurídico com sentido crítico/limitador do poder punitivo estadual.

Mas dizer isto não basta. Será necessário precisar melhor esta concepção, buscando a particular influência de cada aspecto constitucional na delimitação da matéria criminalizável e daí retirar consequências concretas em sede de descriminalização/*possível* criminalização. Por outro lado, será de ter em aten-

352 Neste sentido também Pallazzo, *ob. cit.*, p. 77: «as indicações constitucionais de conteúdo descriminalizador ... permanecem, em essência, como expressões da clássica função da Constituição, quais limites ao poder punitivo, numa perspectiva garantidora do indivíduo ainda típica do *Rechtsstaat* liberal, embora haja atraído a atenção mais abragente dos estudiosos e recebido uma elaborada sistematização científica, sobretudo nos últimos tempos». Também neste sentido Stortoni, *Profili Costituzionali...*, *cit.*, p. 634.

353 Como veremos *infra*, *Segundo Capítulo, Secção 1*. Também neste sentido, na doutrina espanhola, Vives Antón, *ob. cit.*, p. 20 e em Portugal, Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, p. 76.

ção que o grau de subordinação do legislador penal às opções constitucionais pode variar de Constituição para Constituição e não é também assunto pacífico no âmbito de uma mesma ordem jurídica.

Parece-nos, no entanto, que as várias posições que fazem derivar da Constituição o parâmetro de legitimidade da intervenção penal, se podem enquadrar em dois grandes grupos.

O primeiro, vê na Constituição um quadro de referência a partir de princípios muito gerais, englobantes da unidade de sentido constitucional, como é o princípio do Estado de direito material, democrático e social. Ora, embora a partir daqui se possam fazer derivar consequências concretas muito importantes, limitadoras da criminalização, estes conceitos são ainda vagos, sendo assim algo incerta a área em que o legislador está proibido de intervir. Ele está proibido de trair o espírito de um Estado de direito e está impedido de, com a criminalização, violar valores Constitucionais, mas fora desta área, fica-lhe uma ampla liberdade de decisão. Esta é a posição assumida pela maioria da actual doutrina alemã que, no entanto, apesar de se basear nos referidos princípios de fundo, tem conseguido influenciar decisivamente as reformas penais<sup>354</sup>.

O segundo, embora tenha também como ponto de partida estes princípios gerais, em especial a concepção de Estado constitucionalmente consagrada, vai mais longe, concretiza mais as potencialidades limitadoras da Constituição, exigindo uma harmonização entre valores penais e valores Constitucionais<sup>355</sup>, ao proibir a penalização de condutas que não lesem (ou, pelo menos, coloquem em perigo) valores Constitucionais. Assim, o legisla-

354 Roxin, *Sentido y Límites...*, *cit.*; Sax, *ob. cit.*; Zipf, *Introducción...*, *cit.*, 89; Müller-Dietz, *Strafe und Staat*; Rudolphi, *ob. cit.*; Michael Marx, *ob. cit.*; Naucke, *Strafrecht*, p. 106; Vogler, *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, p. 136 e ss. Sobre estes aspectos da doutrina Alemã, Pallazzo, *ob. cit.*, p. 85 e ss., comparativamente com a doutrina Italiana e Espanhola.

355 Apenas num sentido — o do catálogo de bens jurídico-penais ter de encontrar a sua referência (ou a sua fonte) em valores Constitucionais, mas não, necessariamente, no sentido inverso (estar obrigado a tutelar os valores ou certos valores constitucionais), como veremos *infra*, *Segundo Capítulo* e na *Terceira Parte* do nosso trabalho).

dor ficaria limitado pelas opções Constitucionais em sede de definição de bens jurídico-penais. Esta é a posição defendida por parte da doutrina Italiana<sup>356</sup> e Portuguesa<sup>357</sup>. De resto, a Constituição Portuguesa é a mais explícita quanto a este aspecto, inclinando-se claramente neste segundo sentido.

Cabe ainda fazer a ressalva de que, mesmo dentro desta concepção, o grau de vinculação do legislador pode variar muito, consoante se entenda o conceito de valores constitucionais; é claro que se tivermos em conta não só os valores explícitos como também os implícitos ou mesmo valores de todo não presentes na Constituição formal mas com dignidade constitucional, à margem de insegurança se alarga, aproximando-se (não quer dizer que se identifique...) esta concepção da anterior.

A cada uma delas nos iremos referir de seguida, analisando também as suas consequências concretas em sede de descriminalização, com base em alguns exemplos mais significativos.

<sup>356</sup> Vide *supra*, nota 314, os autores italianos referidos, à excepção de Nuvolone, para quem a Constituição actuará como um parâmetro mais geral de legitimação da lei penal (*ob. cit.*, p. 489 e ss.) e, talvez, de Petrone, uma vez que parte do princípio de que a Constituição deverá indicar apenas uma «linha de tendência», uma orientação para verificar da razoabilidade da decisão; no entanto, acaba por aceitar, embora dubitativamente, a existência de vínculos constitucionais no sentido da despenalização (*ob. cit.*, p. 1046 e ss.). Apesar disto, no entanto, em Itália tem sido difícil proceder-se a uma reforma penal, nos termos reclamados pela Constituição. Sobre este problema, Pallazzo, *ob. cit.*, p. 89 e ss., salientando até que na Alemanha se tem conseguido, através das reformas penais, uma maior harmonia entre Constituição e Direito Penal. Mas já em relação a Espanha, põe em relevo a rapidez com que se têm tentado (e conseguido, nalgumas áreas) reformas penais, logo após a promulgação da Constituição de 1978 (*vide* p. 90 e ss.). Também em Portugal tal aconteceu com o actual Código Penal (*vide supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b)).

<sup>357</sup> Vide *supra*, nota 314, a referência aos autores portugueses. Também autores espanhóis defendem esta perspectiva — *vide* as observações feitas por González Rus, in *Seminário sobre Bien Jurídico y Reforma...*, *cit.*, p. 716 e *vide* também, p. ex., Polaino Navarrete, *ob. cit.*, p. 103 e ss. e Cabo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*

## I CAPÍTULO

### Qual a influência da concepção constitucional de Estado na legitimação e limitação do poder criminalizador?

#### 1. Considerações Gerais — tipo de Estado e Direito Penal

De facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente condicionadas por uma mudança no tipo de Estado. É evidente que o Direito Penal de um Estado totalitário não poderá ser o mesmo de um Estado democrático; enquanto naquele se tenderão a impor padrões de comportamento mesmo a nível ideológico e moral, neste, a palavra de ordem será o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições essenciais de sobrevivência social (e de desenvolvimento digno da pessoa humana)<sup>358</sup>. Áreas paradigmáticas destas diferenças de concepção são as dos crimes políticos e dos crimes morais e religiosos, que tendem a ser eliminados nas ordens jurídicas de Constituição democrática.

Por outro lado, num Estado de direito formal, o Direito Penal tenderá a proteger penalmente uma liberdade e uma igualdade meramente formais, enquanto nos Estados de direito material haverá a preocupação em dar um conteúdo material a estes valores. Um Estado de direito material guia-se, nas palavras de Figueiredo Dias, por «considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições — sociais, cultu-

<sup>358</sup> Isto, na medida em que a liberdade de uns pode conter com a de outros, segundo a fórmula de Kant, da limitação da liberdade por causa da protecção da liberdade. Neste sentido, Vives Antón, para quem o Direito, num Estado de direito democrático, é visto como «uma ordem de coexistência de liberdades» (*ob. cit.*, p. 24). Também sobre este aspecto, Denninger, — *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*.

rais e económicas — de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem»<sup>359</sup>. Merecerá este qualificativo, «todo o Estado que simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade *de* o ser e lhe queira possibilitar a liberdade *para* o ser»<sup>360</sup>. Assim, tal concepção terá influência em relação aos valores protegíveis pelo Direito Penal, que poderão abarcar o domínio económico, social e cultural. Neste sentido diz-nos ainda Figueiredo Dias que, num Estado de Direito material se dá a «eticização de uma boa parte das providências destinadas a melhorar a condição social dos homens» (no domínio do trabalho, saúde pública, economia, educação, cultura)<sup>361</sup>. Tal corresponderá a uma concepção de homem que tem em conta quer «o desenvolvimento da sua personalidade enquanto tal», «quer a actuação do homem enquanto fenómeno social»<sup>362</sup>. Em sentido convergente considera Roxin que num Estado moderno também é função do Estado assegurar, se necessário através de tutela penal, prestações públicas, no domínio da assistência social<sup>363</sup>.

Deste modo, fazem pleno sentido as concepções daqueles autores que, no intuito de fundamentar e limitar o poder punitivo estadual, fazem derivar a função do Direito Penal (e, assim, os fins das penas e a finalidade última, a razão de ser da

<sup>359</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal e Estado de Direito Material*, p. 39.

<sup>360</sup> *Idem*. Sublinhado nosso. Contrapondo-se ao Estado de direito formal, o qual reconhecerá apenas a «liberdade *de* o ser», mas não promoverá as condições «*para* o ser». Poder-se-á relacionar esta liberdade *para ser* homem com uma concepção de homem «em devir», «inacabado», em constante «recriação», carecendo de instituições para ir completando o seu processo de «homonização» (neste sentido, Baptista Machado, *Introdução...*, *cit.*, p. 7 e ss.).

<sup>361</sup> Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, p. 332.

<sup>362</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal e Estado de Direito Material*, p. 45.

<sup>363</sup> Roxin, *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 33. No entanto, Figueiredo Dias faz uma crítica a Roxin, por este ainda não incluir estas prestações no próprio âmbito do conceito de bem jurídico, distinguindo assim, na área protegível pelo Direito Penal, bens jurídicos de prestações estaduais. Esta seria uma visão que ainda não pensaria «a essência do Estado de direito material e suas consequências» (Figueiredo Dias, *Direito Penal e Estado de Direito Material*, p. 44). No entanto, parece-nos não ser esta a actual posição de Roxin (*vide* a sua definição de bem jurídico em *Strafrecht...*, *cit.*, p. 11, Rn. 9).

pena)<sup>364</sup>, dos fins estaduais, os quais estão dependentes da concepção de Estado constitucionalmente consagrada e, assim, acentuam a íntima relação entre mudança Constitucional — necessidade de reforma penal.

Segundo as palavras de Vives Antón, «O poder punitivo do Estado exerce-se para lograr certos objectivos (que dependem da estrutura e fins que a comunidade política se atribua), e com sujeição a certas limitações de forma e conteúdo. A Constituição, directa ou indirectamente, fixa esses objectivos e essas limitações. De modo que uma mudança Constitucional profunda não pode deixar de se repercutir no Direito Penal, inclusivamente se ainda não se concretizou numa reforma do Código»<sup>365</sup>.

Esta relação entre concepção de Estado constitucionalmente consagrada (e seus princípios fundamentais) e limites ao poder

<sup>364</sup> Aqui, poder-se-á traçar a distinção entre fins imediatos ou dinâmica das penas, onde se inclui a prevenção geral, a prevenção especial e a retribuição (pelo menos na medida em que a culpa é condição necessária e limite da pena) e fim último ou função do Direito Penal, que consiste na protecção de bens jurídicos, através da prevenção do crime (neste sentido, Taipa de Carvalho, *Condicionabilidade...*, *cit.*, p. 94). Também sobre este aspecto, Figueiredo Dias, *Les Nouvelles Tendances de la Politique Criminelle*, p. 198 e ss., onde refere que a pena, num Estado de direito material, social e democrático, tem como fundamento e limite a prevenção geral de integração, enquanto protecção de bens jurídicos, o que não implica o abandono da culpa como limite à aplicação da pena, nem da prevenção especial como o sentido que deve ser conferido à sua execução (sobre estes problemas, mais desenvolvidamente, *infra*, no Capítulo Terceiro Secção 3.2.).

<sup>365</sup> Vives Antón, *Estado de Derecho y Derecho Penal*, p. 19. Referindo-se à função do Direito e aos critérios de legitimação da criminalização, afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade: «Tratando-se de questões que contendem com o fundamento e a mundividência que inspiram as relações entre as pretensões do Estado e a esfera de liberdade dos cidadãos, a sua resposta há-de naturalmente variar consoante se trate de uma sociedade democrática e aberta ou, inversamente de uma sociedade dominada por construções ideológicas ou moralistas de aspirações exclusivistas» (*ob. cit.*, pp. 404 e 405). Salientando também a relação entre transformação política — mudança do Direito Penal, Fiandaca e Musco, *ob. cit.*, p. 3, onde referem que o interesse pelo conceito de bem jurídico como fim do Direito Penal, que voltou a surgir a partir do início dos anos sessenta na Alemanha e nos anos setenta em Itália, está ligado às transformações das relações autoridade/liberdade e Estado/indivíduo levada a cabo pelos ordenamentos liberais democráticos do pós-guerra: «a progressiva conquista de maio-

criminalizador, é salientada na doutrina germânica desde o fim dos anos cinquenta, mas também em Portugal, Espanha e até em Itália, ela tem sido ponto de partida essencial para se elaborar um conceito de bem jurídico capaz de orientar as reformas penais<sup>366</sup>. Autores como Roxin, Sax, Zipf, Müller-Dietz, entre outros, na Alemanha<sup>367</sup>, Figueiredo Dias e Costa Andrade em

res espaços de liberdade e de democracia impuseram, de facto, no terreno penalístico, um repensamento crítico dos *critérios de legitimação da intervenção punitiva* no âmbito de um moderno Estado de direito».

<sup>366</sup> Embora, como referimos já, em Portugal e Itália (também em Espanha, mas menos desenvolvidamente) se vá depois mais longe, limitando a tutela penal aos valores constitucionais, como veremos *infra*, no *Segundo Capítulo*.

<sup>367</sup> Roxin, especialmente em *Sentido y Límites...*, *cit.*, relacionando concepção de Estado e fins das penas, para se chegar à delimitação dos bens penalmente protegíveis, como veremos *infra*, na *Secção 3. b*).

Sax, em *Grundsätze...*, *cit.*, circunscrevendo a intervenção penal aos casos de *Strafwürdigkeit*, entendida de forma abrangente — englobando não só o merecimento de pena (*Strafe Verdienen*) como a necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit*, p. 925 e ss.). (A sua concepção tem sido definida como de «orientação constitucional mínima» — no mesmo sentido de parte da doutrina italiana, nomeadamente de Nuvolone — *Il Sistema del Diritto Penale*, p. 36 e ss., *La Problematica Penale della Costituzione*, p. 489 e ss., Mantovani, *Diritto Penale*, p. 186 e Pagliaro, *Principi di Diritto Penale*, p. 219 — neste sentido Fiandaca, *Bene giuridico...*, *cit.*, p. 47). Zipf, em *Introducción...*, *cit.*, considerando que o conceito material de delito está previamente cunhado pelo ordenamento constitucional e pela teoria da pena e que a tal respeito é particularmente relevante a adesão a um conceito pluralista de Estado e sociedade, construindo com base neste o mandato de tolerância (p. 98).

Müller-Dietz em *Staat und Strafe*, p. 8 e ss. e p. 34, fazendo derivar do art. 20º, Abs 1 e art. 28º, Abs 1 GG, ancorados no princípio do Estado de direito, a restrição da área criminalizável às condutas socialmente nocivas.

Até Amelung, como vimos *supra*, não deixa de ir buscar à Constituição o fundamento para o Estado só estar legitimado a criminalizar condutas socialmente danosas — ao art. 20º, GG — onde está ancorada a ideia de Estado de direito — e é também na Constituição que encontra os limites a uma instrumentalização da pessoa em ordem ao sistema social (art. 2º, GG), apesar de afirmar que a entrada em vigor da Constituição não exerceu nenhuma influência na determinação do conceito de bem jurídico (*ob. cit.*, p. 260). Também Michael Marx fundamenta nos fins do Estado — essencialmente a defesa da dignidade do homem (art. 1º, GG) — o fim do Direito Penal, caracterizando-o como a protecção «dos objectos de que o homem necessita para a sua auto-realização», segundo uma concepção marcadamente personalista (*Zur Definition...*, *cit.*, p. 62).

Portugal<sup>368</sup>, Vives Antón, Ubieta e Navarrete em Espanha<sup>369</sup>, e Fiandaca e Musco em Itália<sup>370</sup>, têm vindo a defender esta perspectiva e dela têm feito derivar já importantes consequências práticas.

## 2. Estado de direito democrático e suas implicações penais

a) Em traços gerais poderemos dizer que esta doutrina retira do conceito de Estado de direito, democrático e social, constitucionalmente consagrado, um princípio geral, de onde decorrem três indicações básicas, as primeiras de tipo negativo e a última, sua consequência, de tipo positivo, para a delimitação da área criminalizável: Do princípio da liberdade e da tole-

<sup>368</sup> Figueiredo Dias, entre outros, em *Direito Penal e Estado de Direito Material*, relacionando também concepção de Estado e fins das penas com a área criminalizável, como veremos *infra*, *Secção 3. a*).

Costa Andrade, entre outros, em *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, *cit.*, p. 83 e ss. e *A Dignidade Penal...*, *cit.*, p. 5 e ss., no primeiro insistindo na importância da Constituição enquanto mediatizadora de um conceito de bem jurídico-penal e, no segundo, acentuando a ligação entre concepção de Estado e o conceito de dignidade penal. Também, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, pp. 404 e 405.

<sup>369</sup> Vives Antón, em *Estado de Derecho...*, *cit.*, fazendo derivar também da concepção de Estado — no caso, Estado de direito democrático, consequências em sede penal — nomeadamente insistindo no princípio da liberdade e pluralismo, considerando o Direito uma «ordem de coexistência de liberdades» (pp. 22 e 23).

Ubieta, em *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*, considerando que se tem de partir da concepção de Estado para a determinação dos bens jurídicos a proteger penalmente. Em concreto, para o caso Espanhol, dever-se-ia partir da consagração constitucional (art. 1.1) do «Estado social e democrático de direito» (p. 8). A limitação do legislador seria no sentido de não poder proteger penalmente interesses incompatíveis com os consagrados na Constituição (sobre a doutrina que vai mais longe na delimitação constitucional do poder criminalizador, *vide infra*, o próximo Capítulo).

<sup>370</sup> Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 3, relacionando as mudanças políticas — passagem de um Estado totalitário a um Estado democrático — com o problema da intervenção penal.

rância — da máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e, assim, da máxima tolerância compatível com uma vida em comum<sup>371</sup> — decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores puramente morais, religiosos ou ideológicos (em si e por si mesmos considerados) cujo desrespeito não cause verdadeiros danos sociais<sup>372</sup>; para tutelar meras intenções não exteriorizadas em factos, cuja punição redundaria numa intromissão na liberdade de consciência individual<sup>373</sup>; e, assim, uma legitimidade criminalizadora limitada à tutela de condições *básicas* para a vida em comum, sendo certo que, numa sociedade democrática, pluralista e compromissória, estas condições não se podem identificar com aqueles valores puramente morais ou ideológicos...

Será importante acentuar este aspecto: em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, ligado à exigência de respeito pela dignidade humana<sup>374</sup> (de todo e

371 Neste sentido, como vimos já, Vives Antón, *ob. cit.*, p. 22, considerando que um Estado de direito democrático tem que reconhecer como o direito básico «a liberdade (independência do arbítrio do outro) na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal» (princípio kantiano — *Princípios Metafísicos do Direito*).

372 Sobre este aspecto, entre outros, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 406 e ss.; Neste sentido, também, Costa Andrade, *O Aborto como Problema de Política Criminal*, p. 294 e ss. e ainda, do mesmo autor *A Dignidade... cit.*, p. 6; Müller Dietz, *Strafe und Staat... cit.*, p. 22 e ss.; Roxin, *Sentido y Límites... cit.*, p. 12 e ss.; Packer, *The Limits... cit.*, p. 85 e ss. Sobre esta questão, recordemos a discussão entre Stephen e Stuart Mill e, mais tarde, entre Devlin e Hart — vide Stuart Mill, «On Liberty» Stuart Mill, *On Liberty Heart, Law, Liberty and Morality*; com algum desenvolvimento, sobre esta discussão, Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 22 e ss. e ainda referência a esta polémica em Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, pp. 406 e 407 e em Costa Andrade, *O Novo Código Penal... cit.*, p. 226, nota 33 e, do mesmo autor, em *O Aborto... cit.*, p. 295 e ss. Mais desenvolvidamente, sobre estes problemas, *infra*.

373 Sobre este aspecto, entre outros, Musco, *ob. cit.*, p. 114 e ss., em especial 117 e ss.; Mir Puig, *Fundamento... cit.*, p. 125 e ss.; Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 1; Figueiredo Dias, *A Reforma do Direito Penal Português*, p. 139 e ss.; Jescheck, *ob. cit.*, pp. 226 e 227.

374 Neste sentido, Müller-Dietz, relacionando o princípio da restrita defesa de bens elementares dos indivíduos ou da comunidade pelo Direito Penal ao princípio da liberdade e dignidade humana (art. 2º, Abs 1 GG e art. 1º, Abs. 1 GG) (*Strafe und Staat*, p. 34).

qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, mas que promovem até «a diversidade ética como algo de intrinsecamente valioso»<sup>375</sup>, sociedades pluralistas e, necessariamente compromissórias, não se poderia vir defender ser a moral e a ideologia maioritária (mesmo que bastante dominante), em si e por si mesma considerada — ou seja, desligada de eventuais efeitos danosos para outros valores considerados básicos — um bem jurídico penal ancorado constitucionalmente, assim como não se poderia defender a punição de meras intenções, não competindo ao Estado exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos<sup>376</sup>, mas, apenas, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em comunidade. Até porque, o valor da liberdade individual e tolerância se sobrepõem, como mais essenciais, à moral dominante. Neste sentido, diz-nos Zipf que o mandato de tolerância «representa o *princípio fundamental* da sociedade pluralista... O mandato de tolerância exige do estado, principalmente em matérias discutidas no aspecto religioso ou ideológico, prescindir de regulamentações jurídicas<sup>377</sup>, desde que a capacidade funcional da convivência social não tenha por *imprescindível*

375 Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 107.

376 Neste sentido, Roxin, *Sentido y Límites... cit.*, p. 21 e Figueiredo Dias, *Direito Penal e Estado de Direito Material*, p. 43. Também neste sentido, Fiandaca/Musco, considerando que, da redefinição constitucional do bem jurídico, decorre a ilegitimidade do legislador incriminar a imoralidade *in se*; «... não tanto porque a moralidade não seja em abstracto configurável como bem, mas porque não é tarefa do Direito Penal de um Estado pluralista de acordo com a Constituição educar coercitivamente cidadãos adultos (pense-se por ex. nos comportamentos contrários à moralidade sexual corrente — como por ex. a homossexualidade e comportamentos similares — que o nosso ordenamento não contempla como crime, e que recentemente foram também liberalizados noutros ordenamentos)» (*ob. cit.*, p. 6; sublinhado nosso — recordemos o que se disse *supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 4.* sobre a insuficiência de um conceito abstracto de bem jurídico para se delimitar a matéria criminalizável).

377 Mais ainda da intervenção penal, acrescentamos nós, uma vez que esta só se deve dirigir à defesa dos valores mais fundamentais para a vida do homem em comunidade, em função da particular gravidade das suas sanções.

uma intervenção do legislador»<sup>378</sup>. Também Figueiredo Dias sublinha a necessidade de distinção entre Direito e moral, com a consequente expurgação do Direito Penal de todas as «excrecências moralistas»<sup>379</sup> salientando ser esta uma exigência da própria moral<sup>380</sup>. Assim, defende-se um princípio de imanência social<sup>381</sup>, no sentido de que o Direito Penal não deverá perseguir finalidades transcendentais, mas permanecer «fiel à terra»<sup>382</sup> e às suas necessidades; assim como se defende o «princípio do consenso» na determinação dos factos a criminalizar<sup>383</sup>.

378 Zipf, *Introducción...*, cit., p. 94 (sublinhados nossos).

379 Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, p. 78; também em *A Reforma...*, cit., p. 143.

380 Recordemos que Figueiredo Dias refere, a este propósito, a opinião de teólogos católicos — São Tomás e Santo Agostinho que advogavam já esta separação entre lei humana e moral. Segundo as palavras de São Tomás, «a lei humana não pode proibir todas as más acções, pelo que — conclui, alegando a autoridade de Santo Agostinho — é preciso, em nome da própria moral, rejeitar as leis que, sob pretexto ideal, provocam maiores males do que aqueles que pretendem prevenir» (*Summa Theologica*, 1ª e 2ªªe, q. 96, art. 2, apud Figueiredo Dias, *Lei Criminal...*, cit., p. 79, nota 17 e *A Reforma...*, cit., p. 143).

381 Neste sentido, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 403 e ss., em especial 382 e Costa Andrade, *A Dignidade Penal...*, cit., p. 6. e ainda, do mesmo autor, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 203.

382 Expressão de Küng, apud Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 6.

383 Referindo-se a este princípio do consenso que «exige a redução do direito criminal ao núcleo irredutível — se bem que historicamente variável — dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade», Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 406. Este princípio do consenso será respeitado se se ancorar o conceito de bem jurídico-penal na Constituição material, uma vez que esta exprime o mais amplo consenso possível na sociedade em questão. Sobre o consenso como processo legítimo para se alcançar «a verdade», vide *supra*, notas 287 e 288 (*Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2.* e também *Introdução à Segunda Parte*, notas 287 e 288). No entanto, é de ter em atenção que, em certos casos, poderá haver um (legítimo) desfasamento entre as concepções dominantes e os bens tutelados penalmente (quer no sentido da criminalização quer no sentido da descriminalização). Este é um problema que está ligado, muitas vezes, à legitimidade (problemática mas, segundo a nossa opinião, de defender em certos casos) de uma função prospectiva do Direito Penal; à legitimidade que por vezes se lhe reconhece de tentar consciencializar os cidadãos para a dignidade de certos bens e/ou para a danosidade de certas condutas, muito embora por vezes não se trate da tutela de novos valores não enraizados na consciência geral, mas de novas formas de agressão

De tudo o que dissemos, serão de acentuar dois aspectos: primeiro, que esta distinção entre Direito e moral, com importantes consequências em sede de despenalização, imposta pelo mandato de tolerância, é co-essencial a um Estado democrático e seus princípios fundamentais. Deste modo, as soluções das actuais reformas penais fazem sentido, não pelo apelo a um abstracto conceito de bem jurídico, capaz de, por si só, delimitar a área de uma legítima criminalização, mas em atenção a um conceito de bem jurídico mediatizado pela concreta Constituição do país em causa<sup>384</sup>.

O segundo aspecto a realçar (que decorre já do primeiro) é que, no âmbito deste tipo de Estados, a punição de condutas

aos mesmos valores, sendo mais fácil, nestes casos, encontrar legitimidade para a criminalização. (Sobre estes aspectos, vide Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 111, em especial nota 96 e bibliografia aí citada, Angioni, *ob. cit.*, p. 239 e ss. e Zipf, *Introducción...*, cit., pp. 83 e 84; Günther, *ob. cit.*, p. 11.). Assim como também está ligado à questão inversa — a das resistências irracionais a descriminalizações (Sobre este aspecto, entre outros, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 413 e ss., referindo até que haverá maiores resistências à descriminalização do que à criminalização, promovidas por vezes pelos *moral entrepreneurs*; Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., pp. 15 e 16, alertando para a necessidade de se tratar racionalmente a irracionalidade, o que implica que não se feche os olhos a estas concepções sociais mesmo que portadoras de uma carga de irracionalidade; Mario Romano, *ob. cit.*, p. 423 e ss., Lopes Rocha, *A Parte Especial do Novo Código...*, cit., p. 344). É claro, no entanto, que não será de sufragar uma total autonomia entre concepções dominantes e Direito Penal (neste sentido também se exprimem os vários autores citados), mas tão só uma autonomia relativa; no entanto, estes casos mostram já alguma relatividade quanto ao critério do consenso, até pela carga de irracionalidade, nomeadamente pelo receio de mudanças, pela acomodação, que pode apresentar. (Sobre este problema também *supra*, na *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2.* e nota 280 e *infra*, notas 490 e 725).

384 Foi esta a ideia que pretendemos demonstrar *supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 4.*, ao tratar da insuficiência de um conceito de bem jurídico, *tout court*, para ser instrumento eficaz de reforma penal, e foram também neste sentido as questões e observações de Roxin, nesse contexto referidas. Assim, não nos parece ser numa definição abstracta de bem jurídico que se devam procurar os critérios orientadores (e em certos casos vinculantes) do legislador, mas na Constituição. Não é aquele conceito, como vimos, que é capaz de fundamentar a exclusão de condutas ofensivas da moral do âmbito de tutela penal, mas sim os princípios referidos, decorrentes da concepção de Estado constitucionalmente consagrada, enquanto reflexo da actual consciência social.

imorais só poderá ser legítima, *quando através de tais condutas se ponham em causa as condições essenciais de uma vida em comum*. Não será nunca constitucionalmente permitida a tutela penal da própria moral enquanto tal, mas terão de ser sempre estas condições a fundamentar essa tutela. Esta parece-nos ser a interpretação mais correcta do que se tem dito, nomeadamente da afirmação de Zipf «enquanto a capacidade funcional da convivência social não tenha por imprescindível uma intervenção do legislador»<sup>385</sup>.

b) De acordo com o quadro genericamente traçado, tem-se defendido a ideia fundamental de dignidade penal<sup>386</sup>, como pri-

385 Sobre este aspecto, *vide infra*, Secção 4., as concepções de Rudolphi e Roxin e as considerações que a seu propósito faremos... Também nos parece ser esta uma interpretação ainda compatível com a tutela penal de «um mínimo ético», na medida em que este mínimo ético, para a concreta comunidade em causa, seja *condição essencial da vida em comum*; ora, é claro que numa sociedade democrática, em que os valores liberdade e tolerância são fundamentais, este mínimo ético não se identificará com a pura tutela da moral dominante, desligada de quaisquer efeitos danosos para outros valores, para valores essenciais, nomeadamente para a *própria liberdade e dignidade* daqueles que defendem a moral dominante... Digamos que a tolerância e o respeito para com concepções e formas de vida minoritárias, não pode pôr em causa os valores vitais para uma vida em comum. Por outro lado, não se pode sobrepor o respeito para com a minoria ao respeito para com a maioria; quando se fala de liberdade e tolerância, ela deve valer em geral, de modo que tudo acabará por ter de se reconduzir a uma equilibrada «coexistência de liberdades» no quadro da Constituição material de cada comunidade. Este pensamento será ilustrado com alguns exemplos, *infra*, em especial na Secção 4., e já foi aflorado nas notas 300 e 301.

386 Ideia defendida na Alemanha (*Strafwürdigkeit*, para alguns autores *Strafe-Verdienen*) a partir dos fins dos anos cinquenta por autores como Sax (*ob. cit.*) e Müller-Dietz (*Strafe und Staat*). É de salientar que para Sax, *Strafwürdigkeit* é um conceito unitário que engloba o merecimento de pena (*Strafe-Verdienen*) e a necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit*) — do que estamos a tratar, por ora, é essencialmente «do merecimento» de pena (usando a sua terminologia) e não, ainda, do segundo passo para a legitimação da pena — a necessidade de pena. (Sobre estes conceitos na doutrina alemã e a existência de certa confusão terminológica — *vide* Costa Andrade, *A Dignidade...*, *cit.*, p. 3 e ss.). Müller-Dietz acentua o carácter de reprovabilidade ético-social presente na dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), por se tratar de valores ou bens jurídicos «fundamentais para

meiro passo para a legitimação da tutela penal<sup>387</sup>. Esta ideia deveria ser ainda decomposta em dois referentes: a dignidade do bem jurídico e a danosidade social da conduta. Assim, não bastaria uma qualquer lesão para um bem digno de tutela penal, mas teria de tratar-se de uma lesão de tal forma grave que ocasionasse verdadeiros danos sociais. Segundo Müller Dietz, «Numa sociedade que já não se define por uma mundividência monista e fechada, só se pode criminalizar o que mereça inequivocamente o predicado de socialmente danoso»<sup>388</sup>. Nas palavras de Sax, a danosidade social teria de traduzir-se num «conteúdo do ilícito suficientemente massivo do comportamento socialmente perturbador»<sup>389</sup>, ou, na expressão de Figueiredo Dias, em «lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem»<sup>390</sup>. De salientar é que, se para a determinação dos bens dignos de tutela penal é essencial ter em conta os princípios e valores constitucionais, para a determinação da danosidade social, ter-se-á que partir, necessariamente, da determinação destes bens, mas dever-se-á proceder, ulteriormente, a uma análise dos efeitos das condutas — devendo atender-se às diferentes formas de conduta e grau de lesão na realidade social, para o que será imprescindível o contributo da criminologia<sup>391</sup>.

a existência da comunidade pelo seu significado elementar, talvez mesmo pela sua indispensabilidade» (*Strafe und Staat*, pp. 33 e 34).

387 Hassemer fala da dignidade penal como legitimação negativa da tutela penal; a positiva residirá, como veremos melhor *infra*, Terceiro Capítulo, na necessidade ou carência de tutela penal (Hassemer, *Theory und Soziology des Verbrechens*, p. 216 e ss.).

388 *Strafe und Staat*, p. 24. Continua ainda «De outro modo, a área do Direito Penal transformar-se-ia num campo de luta de ideologias e projectos de poder conflitantes e o próprio Direito Penal num instrumento nas mãos do grupo ou extracto social em cada momento dominante».

389 Ou, segundo Otto, «numa lesão particularmente grave do bem jurídico» (*apud*, Costa Andrade, *A Dignidade...*, *cit.*, respectivamente pp. 13 e 12).

390 Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 13.

391 Neste sentido, *vide infra*, nota 413 e Secção 5. a) e autores a este propósito referidos.

Deste modo, acentua-se o carácter de fragmentariedade<sup>392</sup> do Direito Penal — ele é fragmententário porque não abarca todos os factos ilícitos, mas apenas os mais graves — na dupla vertente de só tutelar os bens mais fundamentais e apenas das formas mais graves de lesão<sup>393</sup>. Fragmentariedade ainda em ordem à consideração de interesses conflitantes «que... se inscrevem também no *telos* da norma incriminatória»<sup>394</sup>. Por isso, é importante salientar que a desqualificação de um facto como crime, não significa necessariamente a sua aceitação, nem sequer do ponto de vista da ordem jurídica, uma vez que ele pode permanecer ou transformar-se em ilícito face a outro ramo do Direito<sup>395</sup>.

### 3. Concepção constitucional de Estado, função do Direito Penal e determinação dos bens jurídico-penais (em Figueiredo Dias, Roxin e Rudolph)

Permitimo-nos destacar os traços essenciais do pensamento de três autores que, orientando-se na linha das considerações que temos vindo a fazer, nos pareceu particularmente significativo para o nosso estudo, nomeadamente pela relação que estabelece entre Constituição, concepção de Estado, fins das penas

<sup>392</sup> Para Fiandaca e Musco a fragmentariedade opera a três níveis — pelo facto do tipo legal muitas vezes não tutelar o bem jurídico de todas as formas de agressão; pelo facto dos bens penalmente significativos formarem um conjunto mais restrito do que os que têm relevância do ponto de vista de toda a ordem jurídica; e ainda pela área penalmente relevante não coincidir com a área de comportamentos moralmente relevantes, mas ser mais limitada (*ob. cit.*, p. 9).

<sup>393</sup> E nem sequer todas as formas mais graves de agressão aos bens mais fundamentais, se tivermos em conta a dimensão pragmática do bem jurídico (sobre este aspecto, *vide infra*, *Terceiro Capítulo*).

<sup>394</sup> Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes...*, *cit.*, p. 86. Também sobre este aspecto, referindo-se-lhe como a mais uma projecção do Direito Penal como *ultima ratio*, Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>395</sup> Assim, não se deverá identificar a descriminalização de uma conduta imoral, com o «sancionamento oficial do «imoral» e a desagregação social» (exprimindo-se nestes termos como crítica aos moral *entrepreneurs*, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 414).

e bem jurídico-penal, tentando delimitar este último, em concreto, da área de condutas moralmente reprováveis mas sem significado criminal.

a) Diz-nos Figueiredo Dias «a correcta determinação da função do Direito Penal só é possível no horizonte da concepção de Estado e do modelo valorativo jurídico-Constitucional em que ela se traduz»<sup>396</sup>. Ora, baseando-se o Estado de direito material na soberania do povo, este, «só aliena, para formação do poder do Estado, a quota parte indispensável à criação de condições de livre realização da personalidade de cada homem». Sendo assim, e tendo em conta o fundamental valor da liberdade humana e a concomitante defesa de uma sociedade 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». Assim, conclui: «Num Estado de direito material, deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de protecção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas à livre personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime». Do exposto, retira este autor três consequências: a necessidade de descriminalização, em especial naquelas áreas em que subsiste um «tónus moralizante do Direito Penal»; a afirmação da natureza fragmentária ou subsidiária do Direito Penal — o Direito Penal como a «ultima ratio» da política social — e a característica da necessidade penal, no sentido de só a conduta «externa-social» violadora de bens jurídicos «como interesses socialmente relevantes» ser passível de criminalização.

b) Em sentido convergente se exprime Roxin.

Pergunta Roxin, «Como e sob que pressupostos pode justificar-se que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro

<sup>396</sup> *Direito Penal e Estado...*, *cit.*, p. 43. (As considerações e citações que se seguem foram retiradas desta obra, p. 43).

modo, conformando a sua vida, na sua existência social?»<sup>397</sup>  
 «O que é que o legislador pode proibir sob pena aos seus cidadãos?»<sup>398</sup>

A resposta, encontra-a este autor no tipo de Estado e seus fins, que por sua vez determinará a finalidade (e fundamento) da tutela penal. Assim, sendo o actual Estado, um Estado de direito, fundado na soberania popular, não estará legitimado a prosseguir finalidades divinas ou transcendentais e, participando cada indivíduo na própria soberania estadual, também não será legítimo «corrigir moralmente por meio da autoridade pessoas adultas, mesmo que se entenda serem incultas e moralmente imaturas»<sup>399</sup>. Tarefa do Direito Penal deverá ser manter as *condições vitais* para a vida em comunidade, salvaguardando-se a liberdade individual na conformação da própria vida. De facto, carecendo os próprios homens de legitimação, não poderiam conferir faculdades para algo diferente, mais ambicioso, aos seus representantes. São exemplo dessas condições vitais — exemplo de bens jurídicos — a vida, a integridade física, a liberdade de actuação e a propriedade, bens para todos valiosos. Mas, num Estado moderno (num Estado de direito social) também compete ao Estado assegurar, se necessário através da tutela penal, o cumprimento de prestações públicas<sup>400</sup> no domínio da assistência social. Quer aqueles bens jurídicos, quer estas prestações, são, de facto, condições necessárias para o livre desenvolvimento da personalidade, pressuposto, segundo a Constituição, da dignidade humana.

Do exposto retira Roxin duas importantes implicações:

A primeira, é a defesa do carácter subsidiário da intervenção penal, e a segunda, a exclusão do âmbito do Direito Penal de condutas apenas lesivas da moralidade. Assim, o princípio da subsidiariedade — a intervenção penal como a «ultima ratio» da política de protecção estadual, apenas naqueles casos em que uma outra forma menos drástica de sanção não se mostre sufi-

397 Roxin, *Sentido y Límites...*, cit., p. 11.

398 *Idem*, p. 20.

399 *Idem*, p. 21.

400 *Idem*.

cientemente eficaz, teria a sua razão de ser, precisamente, no facto da pena interferir com valores essenciais do indivíduo.

A exclusão de condutas simplesmente imorais do âmbito da criminalidade, resultaria da já referida necessidade de, num Estado baseado na soberania popular, se respeitarem as opções de vida de cada pessoa e não ser mais pensável encontrar uma fundamentação «transcendente» ao homem, para que um grupo de pessoas (mesmo que maioritário, acrescentamos nós) pudesse impor a outro grupo determinadas concepções vida, pretendendo também moldá-lo moralmente.

Deste modo, quer Figueiredo Dias quer Roxin, vão buscar à Constituição os seus fundamentos, na medida em que é esta que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita também os fins da tutela penal. Não fazem derivar de um conceito abstracto de bem jurídico o âmbito da tutela penal, mas, pelo contrário, chegam ao bem jurídico através da indagação sobre os fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucionalmente consagrado e seus princípios fundamentais. «É em definitivo a Constituição que funciona como parâmetro de referência na selecção dos factos que legitimamente se podem submeter a penas»<sup>401</sup>.

Esta posição foi reafirmada por Roxin, mais recentemente, demonstrando a inidoneidade das várias definições de bem jurídico para delimitar, em concreto, o âmbito da matéria criminalizável<sup>402</sup> e afirmando: «Num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição»<sup>403</sup>.

401 Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 47, a propósito da concepção de Roxin.

402 *Strafrecht*, cit., p. 7 e ss. (em especial p. 10, Rn. 5; vide supra, *Primeira Parte, Secção 4. a*).

403 Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 11, Rn. 9. Será de salientar que, ao fazer derivar o conceito de bem jurídico das «tarefas positivadas na Constituição», Roxin indicia já, segundo cremos, a defesa da limitação da área de tutela penal aos valores constitucionais...

c) Também Rudolphi faz derivar a escolha de valores, vinculante para o legislador penal, da consagração constitucional do «Estado de direito»<sup>404</sup>, o qual, para ser realmente de «direito», não se pode limitar à garantia que o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade confere<sup>405</sup>. Terá também que procurar atingir a «justiça material». O Estado de direito terá que se basear na defesa da liberdade pessoal e na moderação no exercício do poder<sup>406</sup>. A defesa desta liberdade e desta moderação implica que o Direito Penal esteja legitimado a intervir apenas para a protecção das condições de vida de uma comunidade, e não para a protecção «de princípios morais cuja violação não tenha consequências a nível social»<sup>407</sup>. Para a determinação dos bens jurídicos, de quais as condições de vida de uma sociedade, será necessário recorrer a «uma cuidadosa análise da comunidade organizada politicamente, da forma como ela se tem desenvolvido no quadro da nossa Constituição, assim como a um exame profundo daquelas condições e funções em que a nossa vida social se fundamenta no seio da Constituição e que é necessário proteger de danos e perturbações»<sup>408</sup>.

Assim, é de salientar que também para Rudolphi não é possível uma dedução dos objectos penalmente tuteláveis a partir de uma definição de bem jurídico, mas que se terão de analisar os pressupostos essenciais da concreta comunidade em causa no quadro da Constituição. Por outro lado, acentua uma visão funcional e dinâmica dos bens jurídicos, uma vez que as condições de vida em comum se vão desenvolvendo e modificando, não sendo estáticas as exigências para a convivência humana. Deste modo, define os bens jurídicos como «unidades viventes de funções», «unidades funcionais com valor para a vida em comum orientada constitucionalmente e, portanto, também para

<sup>404</sup> Rudolphi, *ob. cit.*, p. 158.

<sup>405</sup> *Vide supra*, neste sentido, ■ *Introdução à Segunda Parte*, b).

<sup>406</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>407</sup> Sublinhado nosso.

<sup>408</sup> *Idem*, p. 162.

a posição e a liberdade dos cidadãos individualmente considerados»<sup>409</sup>.

Outro aspecto bem presente na posição de Rudolphi é esta tentativa de compatibilização entre exigências pessoais e sociais, ou melhor, a defesa da existência de uma íntima relação entre estas duas dimensões. Tal será assim, na medida em que a protecção das condições de uma vida em comum reverte em favor do próprio desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e da sua liberdade, sendo esta liberdade um ponto de partida (e um limite), no quadro de um Estado de direito, para a própria definição daquelas condições<sup>410</sup>. Este ponto de partida e este limite estão bem patentes na exclusão do âmbito da punibilidade de condutas apenas contrárias à moral<sup>411</sup>.

#### 4. O problema da distinção entre bens jurídico-penais e moral social (partindo-se da concepção de Rudolphi e Roxin)

a) Dever-se-á salientar que Rudolphi, ao definir este âmbito moral cuja protecção penal deverá ser excluída, como «puros princípios morais, cuja violação não tenha consequências a nível social», induz-nos a pensar que se terá de ter em conta que, se uma determinada violação a princípios morais ocasionar danos sociais, então, poderá vir a ser criminalizada<sup>412</sup>. Tal solução parece-nos impor-se pela própria necessidade de se preservarem as condições de vida de uma comunidade. Assim, será pensável haver um choque da liberdade individual — através de determi-

<sup>409</sup> Aspecto já referido *supra*, na *Primeira Parte*, *Segundo Capítulo*, *Secção 2. b) e c)*. Este aspecto dinâmico dos bens jurídicos é acentuado por Rudolphi, por mais estático que o bem possa parecer, pois qualquer bem contém sempre potencialidades para o desenvolvimento da personalidade (*ob. cit.*, p. 164).

<sup>410</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias, *vide infra*, nota 414.

<sup>411</sup> Aspecto também essencial na sua concepção, e em sentido fundamentalmente convergente com a posição de Roxin.

<sup>412</sup> Neste sentido também Liszt, *vide supra*, *Primeira Parte*, *Primeiro Capítulo*, *Secção 3)*.

nado comportamento moralmente reprovável — com as condições sociais — quando esse comportamento tem nefastos efeitos sociais. No entanto, o que sejam nefastos efeitos sociais, terá de ser avaliado de acordo com a concreta comunidade, no quadro dos próprios valores constitucionais em que esta se desenvolve. Reafirmamos a ideia de que, para se determinarem os danos sociais, será necessário, previamente, ter em conta quais são os valores comunitários essenciais, para ulteriormente se analisarem as várias implicações (consequências) da conduta em causa, assim como proceder a uma cuidada ponderação de todos os interesses presentes (e seu valor face àquela comunidade)<sup>413</sup>. Parece-nos não estarmos a trair o pensamento do autor, ao afirmarmos que esses valores não poderão ser apenas a própria moral enquanto tal, pois desse modo ir-se-ia contra o ponto de partida desta concepção — a tolerância, o pluralismo, a liberdade individual. Assim sendo, terá de haver sempre a ofensa a um bem jurídico (de acordo com a referida concepção de bem jurídico — tendo como base os princípios constitucionais) através dessa conduta imoral. Esta parece-nos ser uma plausível dedução das afirmações de Rudolphi, a qual poderá conduzir, segundo a nossa perspectiva, a soluções correctas.

Deste modo, a compatibilidade — defesa da liberdade pessoal/defesa social (para além do amplo âmbito de convergência entre estas duas dimensões, uma vez que a sociedade existe para o homem e este tem todo o interesse num pacífico e saudável

<sup>413</sup> Vide *supra*, nomeadamente notas 211 e 298, sobre o problema da danosidade social. Acrescentamos agora com segurança: Toda esta análise não poderá perder de vista o quadro de referência Constitucional, mas terá que se servir também dos conhecimentos criminológicos para a determinação das referidas consequências (efeitos) sociais da conduta em causa. Sobre a importância da relação Política Criminal-Dogmática Penal-Criminologia, vide Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 93 e ss. Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 7 e ss., Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, *cit.*; também Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 36 e ss.; ainda sobre a importância da análise empírica da realidade para a determinação da lesividade social, Zipf, *Introducción...*, *cit.*, pp. 99 e 100. Referindo a necessidade de se recorrer a investigações de tipo criminológico para se apurar a danosidade das condutas (e ilustrando esta necessidade com o exemplo polémico da pornografia, vide *infra*, Secção 5).

desenvolvimento social)<sup>414</sup>, cremos que se poderá obter, no seio desta concepção, na medida em que a liberdade individual limita as pretensões conformadoras do Estado, nomeadamente não permitindo a imposição da moral social dominante enquanto tal, mas, por outro lado, a defesa das condições de sobrevivência da sociedade, limitam, necessariamente, a liberdade individual. No fundo, esta limitação ocorre em todas as situações de criminalização. Com ela, está-se sempre a coarctar a possibilidade de se agir no sentido do crime<sup>415</sup>, mas tal é imprescindível para a sobrevivência social e para a preservação da própria liberdade individual alheia. Assim, também, no próprio âmbito da moral, mas apenas *se e quando* a sua ofensa originar verdadeiros danos sociais. Quer dizer que, neste âmbito, se terá de ser particularmente cuidadoso, pois urge compatibilizar o princípio do pluralismo moral e da tolerância, em que se baseia qualquer Estado de direito democrático (valores superiores a uma moral social dominante), com a necessidade de se evitarem danos sociais *através de condutas ofensivas da moral* (muitas vezes, poderá ser até a ofensa à *liberdade* de terceiros, defensores dessa moral social dominante ou à própria *dignidade* alheia)<sup>416</sup>. Deste modo, o que estará em causa, no fundo, será sempre a ofensa a um valor básico da comunidade, que está *para além* de uma determinada concepção moral, embora possa, de facto, apresentar pontos de intersecção com ela<sup>417</sup>.

b) Esta parece-nos ser uma posição, também neste aspecto coincidente, quanto às suas conclusões, com a de Roxin. Na verdade, Roxin, ao defender a exclusão de condutas simplesmente ofensivas de ideologias ou de valores morais do âmbito da puni-

<sup>414</sup> Sobre este aspecto — a dupla dimensão do homem — individual/social, vide Figueiredo Dias, *supra*, Secção 1. e), em especial, o seu trabalho, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, p. 12.

<sup>415</sup> Mas, o direito à liberdade não cobre abusos... (neste sentido Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 416). Isto, para além da pena poder restringir a liberdade do delinquente.

<sup>416</sup> Também sobre estas questões, vide *supra*, notas 301 e 385; vide também *infra*, as considerações que se seguem.

<sup>417</sup> Vide nota 420.

bilidade, adverte para o facto de tal não ser equivalente a dizer-se que o Direito Penal não tem legitimidade para proteger «sentimentos» e situações semelhantes. E concretiza melhor esta ideia através de alguns exemplos.

Assim, «quem insulta publicamente uma confissão religiosa de outrém (art. 166.º), quem subtrai o cadáver ou partes dele (art. 168.º), quem tem comportamentos sexuais em público (art. 183.º a do StGB), perturba a *paz jurídica*, sem a qual um sistema liberal-social não pode existir»<sup>418</sup>. Também em relação

418. Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 12, Rn. 12 (vide também *supra*, nota 200, sobre a mudança na caracterização dos crimes religiosos na Alemanha). O problema que se poderá levantar é se, nestes casos, só estará em causa a paz jurídica, ou também outros valores. Ou, talvez melhor, se a questão não se deverá colocar de forma inversa — se não é pelo facto de estarem presentes outros valores que se dá a perturbação da paz jurídica. Por exemplo, se no segundo caso referido não estará em causa o próprio respeito pela dignidade humana (quer da pessoa falecida quer dos seus familiares — respeito pela memória e sentimentos dos parentes do defunto...) e no terceiro caso a própria *liberdade* das pessoas em não serem *incomodadas* com actos que (pelo menos nas actuais sociedades) as perturbam... É claro, no entanto, que estes comportamentos, para serem passíveis de tutela penal, deveriam atingir um grau que pusesse em causa a paz pública, de tal forma que se pudessem considerar socialmente danosos. Tal será mesmo exigido pelo princípio da proporcionalidade — quer dizer, perante uma ofensa mínima ao pudor, parece-nos desproporcional reagir com a pena. Por outro lado, essa ofensa à liberdade das pessoas, através de comportamentos sexuais em público, terá de dizer respeito a comportamentos que, face às *representações culturais da sociedade em causa* se pudessem, de facto, considerar perturbadores (questão que também se relaciona com a adequação social). Poderemos ver aqui um problema de colisão de liberdades. Cremos que a liberdade de uns (quem deseja ter certos comportamentos sexuais em público) não deve ser superior à dos outros (à daqueles que não querem ser incomodados); a maioria não deve eliminar a liberdade da minoria, mas também não se deve defender a posição inversa... Ora, ao se permitirem livremente comportamentos sexuais em privado (desde que com o respeito pela livre auto-determinação das pessoas, o que implica, desde logo, pela sua posição mais vulnerável — menos «livre», uma protecção dos mais jovens), parece que as duas liberdades se poderão compatibilizar de uma forma equilibrada. Não se poderá dizer que, mesmo sendo praticados em privado, se ofendem os sentimentos de quem partilha da moral dominante; pois, é evidente que, para além da tolerância, a liberdade individual e a reserva da vida privada serem valores superiores ao da moral dominante — cada vez mais difícil de determinar —, há uma desproporção enorme entre a ofensa ao sentimento de quem não concorda com

aos maus tratos a animais, conduta apontada por alguns autores como não ofensiva de bens jurídicos, mas apenas da moralidade, contrapõe Roxin a «protecção da vida e bem estar dos animais», cuja sensação de dor é semelhante à humana, protecção esta que exprime uma forma de solidariedade do homem para com as outras criaturas; dos animais mais próximos (mais evoluídos) dos homens (*höeren Tiere*) como «estranhos irmãos» (*fremden Brüder*)»<sup>419</sup>.

No fundo, parece-nos que estes exemplos são elucidativos de como, através de condutas (também) ofensivas da moral<sup>420</sup>,

certos comportamentos e a limitação da liberdade individual que resultaria da imposição de determinados padrões de conduta a quem pensa de outro modo (neste sentido, *supra*, nota 301). A maioria não deverá impor as suas concepções limitando a liberdade de comportamento no seio da vida privada de cada um; mas, a minoria também não deverá interferir com a liberdade geral das pessoas circularem sem incómodo, com o limite, como referimos já, deste incómodo ser suficientemente relevante, suficientemente perturbador de terceiros, para o que tem importância o tipo de comportamento sexual, as circunstâncias em que é praticado, assim como, e de forma muito relevante, a sociedade em questão — neste ponto, a moral social assume algum relevo, mas apenas pelo facto das condutas que a contrariam causarem perturbação, limitando a liberdade (em sentido amplo) de terceiros. (Neste sentido, Fiandaca, *La Problematica dell'Osceno e Tutela del Buon Costume*, p. 103 e ss.). Assim, a perturbação da paz pública seria consequência da lesão grave de outros valores, mas assumiria importância, precisamente para aferir desse grau de gravidade (vide *supra*, nota 301). Problema diferente será, já não o da dignidade do comportamento, mas o da adequação do Direito Penal para fazer face a estas situações). Esta referência à paz pública e ao seu relevo, faz-nos lembrar que também a outros propósitos se dá relevo à paz jurídica — por exemplo, na solução dada à tentativa impossível. Neste caso, o facto praticado não coloca nenhum bem em perigo, mas havendo uma aparência de perigo que perturbará a paz jurídica, considera-se que a tentativa deverá ser punida (apesar de ser tema discutível, foi esta a opção do nosso Código — art. 23.º, nº 3 — só a tentativa manifestamente impossível não é punível).

419. Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 13, Rn.21.

420. É claro que grande parte das condutas criminosas, são também ofensivas da moral — desde logo o caso do homicídio, do furto, ... podendo-se até dizer que a aceitação da ética previne mais o crime do que a própria criminalização... No entanto, estamos-nos a referir a condutas que poderiam eventualmente parecer simplesmente ofensivas da moral, mas que, de facto, ocasionam danos sociais; que são punidas, não tendo em conta a sua imoralidade, mas a sua danosidade, ou então, noutros termos, *quando a imoralidade se traduz em danosidade*, quando valores morais são considerados — ou englobam também —

se podem lesar outros valores fundamentais para a ordem jurídica e daí fazer derivar o primeiro passo para a legitimidade<sup>421</sup> da sua criminalização.

Caberá salientar que não se trata da substituição do conceito «moralidade» pelo de «sentimentos», com o que se teria dado apenas uma ilusória mudança terminológica. Para a criminalização estar legitimada, a conduta terá que ofender valores que à luz da Constituição se possam considerar essenciais. Assim, a tutela do pudor, actualmente, não terá directamente a ver com a tutela da moralidade, mas com a da liberdade e com a reserva dos comportamentos sexuais; a criminalização do ultrage a defuntos, com o dever de respeito, quer em relação à pessoa falecida, quer em relação aos seus familiares, o qual está ligado à protecção da dignidade humana; a criminalização do insulto a religião alheia, com a protecção da própria liberdade religiosa e com o respeito pela dignidade das pessoa(s) que professam tal religião, tendo estas condutas que atingir um tal grau que se possa considerar socialmente danoso, pondo-se em causa a paz pública<sup>422</sup>.

Ora, no sentido oposto, no sentido da exclusão da criminalização, se poderá referir, em sociedades como as nossas<sup>423</sup>, o caso, por exemplo, da homossexualidade e outros comportamen-

bens essenciais para aquela comunidade, ou quando através de condutas contrárias à moral se atingem também outros valores considerados essenciais no quadro Constituição material de determinada sociedade. É importante sublinhar que nos temos de referir sempre a determinada comunidade e à sua Constituição, pois, caso contrário, tudo (ou muito pouco... — a insegurança seria enorme) poderia vir a ser considerado essencial (sobre a distinção entre direito e moral, Baptista Machado, *Introdução...*, cit., p. 59 e ss.).

<sup>421</sup> Será oportuno referir que, por enquanto, nos estamos sempre a referir ao «primeiro passo» para a legitimidade da intervenção penal, consistente na dignidade penal da conduta. Esta legitimidade só estará, de facto, completa, quando se averiguar da presença da «necessidade» de pena ou carência de tutela penal (a chamada dimensão pragmática do bem jurídico — sobre este aspecto, vide *infra*, *Terceiro Capítulo*).

<sup>422</sup> Vide *supra*, nota 418. Neste sentido, Fiandaca, *La Problematica...*, cit., p. 103 e ss.

<sup>423</sup> Referimo-nos a sociedades ocidentais, baseadas em Estados de direito democráticos, com um fundo cultural-social comum... Tal será o caso das ordens

sexuais em privado, entre adultos, e sem se pôr em causa a autodeterminação das pessoas envolvidas, uma vez que, nestas circunstâncias, não se lesa a liberdade ou outros direitos de terceiros, nem se ocasionarão verdadeiros danos sociais<sup>424</sup>, não competindo ao Direito Penal arvorar-se em tutor moral de adultos, por muito reprováveis que, sob o ponto de vista moral, se considerem tais condutas<sup>425</sup>.

jurídicas que temos vindo a referir — Portugal, Alemanha, Itália e Espanha — embora, como é óbvio, com certas diferenças entre si, que em alguns casos se poderão revelar relevantes em sede de criminalização/descriminalização...

<sup>424</sup> Aqui, apenas se poderia levantar a objecção de eventuais efeitos secundários socialmente danosos, como o próprio enfraquecimento social a que se refere Devlin. É de salientar que Devlin não orientou a sua concepção por razões puramente morais, mas, precisamente, também pelos próprios efeitos sociais das condutas (referência neste sentido em Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, cit., nota 33, pp. 226 e 227). No entanto, parece-nos ter levado *longe demais* esta sua preocupação com os efeitos mediatos das condutas na estabilidade social. Quer dizer, tendo em conta o fundamental princípio da liberdade e tolerância e a particular gravidade da sanção penal, cremos que esta só deverá intervir nos casos em que os danos sociais sejam mais seguros e mais imediatos (*vide supra*, nota 211). Por outro lado, o instrumento penal também nos pareceria desadequado para resolver os problemas que estas condutas podem colocar do ponto de vista social. Um problema que se poderá levantar, no âmbito de comportamentos sexuais em privado, é o do incesto. Aqui, parece-nos que só seria pensável (legítima quanto ao plano da dignidade, pois quanto ao da necessidade e adequação a questão ainda se mostraria mais complexa e julgamos que de recusar) a criminalização, se se provassem *relevantes* danos sociais — ou seja, um perigo muito considerável (e muito provável) para a saúde dos filhos, para a paz e estabilidade familiar e um perigo elevado de degeneração da espécie. No entanto, em relação ao segundo aspecto poder-se-á questionar a legitimidade do Estado intervir desta forma no âmbito familiar e quanto ao terceiro poder-se-á sustentar o carácter remoto e improvável (desde logo porque também será improvável uma generalização destas condutas) do efeito de degeneração da espécie. Em relação à saúde dos filhos, embora o dano não seja certo, parecerá mais provável — seria assim um crime de perigo dependente de não se tomarem as precauções necessárias para se evitarem os filhos? Ou um crime de dano, dependente do facto de nascer um filho que padecesse de alguma doença? Parece bastante estranha esta interferência na vida familiar, em ligação com a incerteza quanto ao dano... (*vide supra*, nota 296, referência ao problema do incesto).

<sup>425</sup> Neste sentido, as reformas penais, *vide supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b)*. Também não deveria ser o Direito Penal a exercer a função de protecção da pessoa de actos por ela própria levados a cabo... (neste sen-

No mesmo sentido, deveria também ser permitida a defesa de qualquer ideologia ou religião<sup>426</sup>, desde que os meios de propaganda e a propaganda em si, não ponham em causa os valores básicos de convivência social<sup>427</sup>.

c) De salientar é o relevo que Roxin dá, para resolução de todas estas questões, à situação espiritual-cultural da comunidade, em consonância com a referida concepção de bem jurídico.

tido Stuart Mill, *On Liberty*; vide supra, nota 301 e ainda infra, *Terceiro Capítulo, Secção 4. a*), a propósito do consumo de droga — embora possa colocar algumas dúvidas enquanto crime de perigo).

<sup>426</sup> De acordo com as próprias liberdades políticas, ideológicas e religiosas, assim como as liberdades de manifestação e associação, etc., constitucionalmente consagradas (vide na *Constituição Portuguesa*, art. 37º e ss.).

<sup>427</sup> Vide, na *Constituição Portuguesa*, art. 45º — direito de reunião e de manifestação, mas «pacificamente e sem armas», art. 46º, n.º 1 — liberdade de associação «desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal» e n.º 4 — «Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações que perfitem a ideologia fascista» e art. 51º — «direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político» Este problema relaciona-se com o das associações, e sua actividade, com o intuito de derrubarem o regime democrático, e com a instigação à prática de crimes. Sobre estas questões, vide Nuvolone, *Codice Penale e Costituzione*; Pallazzo, *ob. cit.*, p. 95; Vives Antón, *Introducción: Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 38 e ss. (sobre as liberdades-oposição) e ainda Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 79 (sobre a instigação à prática de crimes); sobre tema conexo, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3ª ed., p. 508, considerando inadmissível, em ordens jurídicas democráticas, «a perda de direitos fundamentais» para os «inimigos da liberdade»; incluindo os crimes políticos de organização no Direito Penal primário, por deverem ser entendidos como crimes que violam a ordem democrática, a qual deverá ser perspectivada a partir dos direitos, liberdades e garantias, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, p. 12, nota 86. Estes temas são muito complexos, não podendo ser tratados neste âmbito com o desenvolvimento que requerem. No entanto, o que nos parece clara, é a possibilidade de incriminar acções que já lesem ou constituam perigo para bens essenciais da comunidade, nomeadamente pelo uso da violência, pois a mera exteriorização, de forma pacífica, de teorias contrárias ao sistema democrático e aos bens considerados básicos para determinada comunidade, em princípio não se nos afigura suficiente para legitimar a criminalização, tendo-se em conta o princípio da liberdade de expressão e o carácter de facto externo, pelo

dico, «aberta aos objectivos constitucionais de mudança histórica» e ainda (e este é também um factor de importante relevo) ao progresso do conhecimento empírico»<sup>428</sup>.

Deste modo, no seu entender, enquanto que no actual estágio civilizacional comportamentos exibicionistas (o referido art. 183º do StGB) (ainda) perturbam a paz jurídica, sendo assim legítima a sua criminalização, no futuro, quando (e se — acrescentamos nós) se impuser a convicção de que tal conduta apenas traduz uma perturbação psíquica não perigosa, deverá deixar de ser criminalizada, pois, nesse caso, já não fará sentido falar-se de bem jurídico, uma vez que deixa de existir a perturbação da paz social<sup>429</sup>.

Também podemos dizer que é tendo em atenção a situação espiritual que a «relação heterossexual» não pode ser considerada um bem jurídico penal<sup>430</sup>. Digamos que à moral sexual dominante ou à estrutura heterossexual da sociedade, podemos contrapor, como valores superiores, o pluralismo, a tolerância e a autonomia de cada pessoa, princípios constitucionais em que se baseia o actual Estado de direito democrático.

d) De resto, foi tendo em conta a presente «situação espiritual» reflectida no tipo de Estado consagrado constitucionalmente que, em vários países, se procedeu a uma descriminalização na área da moralidade e se devem tentar futuras reformas. Obedeceram a este espírito as reformas penais alemãs, cujas soluções descriminalizadoras no âmbito da moral sexual

menos perigoso, e não de mera intenção, de que o crime se deve revestir... Tal pensamento, no entanto, não porá em causa a incriminação da instigação à prática de crimes pois, uma coisa será a crítica a um bem considerado essencial pela comunidade, outra, o incitamento a que se lesem tais bens. Neste sentido, distingue Nuvolone entre exprimir a teoria de Proudhon para quem «a propriedade é um roubo», e instigar à prática de furtos e roubos (*idem*, p. 214).

<sup>428</sup> *Strafrecht...*, *cit.*, p. 13, Rn. 15.

<sup>429</sup> *Idem*. Quanto a nós, por, e se, deixar de existir a referida perturbação da liberdade de terceiros — liberdade de não serem incomodados com o terem de presenciar comportamentos que os afectam gravemente. Com o que deixaria também de se verificar a perturbação da paz pública (*vide supra*, nota 418).

<sup>430</sup> As objecções feitas supra, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 4. b*), à descriminalização destes comportamentos, só teriam razão de ser se partissemos de um conceito abstracto de bem jurídico.

foram já referidas, assim como as pretensões descriminalizadas em Itália e Espanha e o actual Código penal português<sup>431</sup>.

Assim, a partir dos casos focados como exemplificação da problemática da concretização de um conceito de bem jurídico ancorado constitucionalmente, não identificado com a moral social, mas com a preservação contra danos sociais, algumas considerações se impõem; considerações que não representam mais do que o reafirmar do nosso ponto de partida, agora testado com alguns casos concretos.

Se os actuais Estados não fossem laicos, não se baseassem na soberania popular, mas sim, p. ex., no «poder divino», se não se fundassem em princípios como os do pluralismo e tolerância, a sobreponem-se às concepções morais dominantes, as conclusões a que chegaríamos quanto aos bens penalmente protegíveis deveriam ser completamente diferentes. Foi esta, de resto, a posição que pretendemos exprimir, quando nos referimos às insuficientes consequências do princípio do bem jurídico, desligado da concreta Constituição como expressão (como revelação) da própria historicidade e do carácter espacialmente situado da «consciência jurídica geral»<sup>432</sup>.

##### 5. A análise da danosidade social e o controlo da constitucionalidade criminalizadora

a) Por outro lado, um exemplo ilustrativo da importância do desenvolvimento dos conhecimentos empíricos para a própria determinação da danosidade social<sup>433</sup>, é o da pornografia<sup>434</sup>.

<sup>431</sup> Vide *supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.

<sup>432</sup> Vide *supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 4.

<sup>433</sup> No mesmo sentido referimos *supra* (notas 211 e 301) que a determinação da danosidade social pressupõe a prévia determinação dos valores comunitários essenciais à luz da Constituição, mas, também, a análise de todas as consequências sociais das condutas em causa. Daí a relativa autonomia do conceito de danosidade social face ao de bem jurídico, na medida em que, embora o pressuponha, acentua o lado «empírico» (se assim lhe pudermos chamar) da questão. O exemplo da pornografia é referido por Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 13, Rn.15 e, com mais desenvolvimento, por Müller-Dietz *Strafe und Staat*, p. 38 e ss., em sentido não totalmente convergente, como veremos *infra*, em texto...

<sup>434</sup> Vide *supra*, nota 301, as questões a este propósito colocadas.

De facto, seria necessário averiguar, através de estudos sociológicos, psicológicos e criminológicos, quais os efeitos pessoais/sociais<sup>435</sup> da divulgação e consumo de pornografia. Não estando, segundo Roxin, comprovada a sua danosidade social, mas até, em certos casos, o seu contributo para aliviar tensões

<sup>435</sup> É claro que se poderia defender que, se os efeitos são apenas psicologicamente nefastos para a pessoa que «consome» artigos pornográficos, tal não exprimiria danosidade social... Estaríamos caídos no problema dos crimes sem vítima (*vide* Costa Andrade, *A Vítima e o Problema Criminal*). A questão que se poderá colocar, é se, não sendo ninguém uma «ilha», esses danos pessoais não se repercutirão a nível social, contribuindo, por exemplo, para o aumento dos crimes sexuais. O «consumo» de artigos pornográficos poderia constituir, assim, um crime de perigo, com certeza de perigo abstracto. Ora, contra esta criminalização poder-se-ia argumentar quer com as dúvidas em relação à legitimidade deste tipo de crimes, quer (e principalmente, mas tendo ligação com o argumento anterior), na senda de Roxin, com o carácter remoto deste perigo. Mas, por outro lado, e independentemente deste problema, pode questionar-se se o incentivo a condutas pessoalmente danosas, não constitui, ele próprio, um dano social, na medida em que é idóneo a lesar terceiros, apesar da relação de «solidariedade» entre quem incentiva e quem «consome». Tal parece-nos ter particular relevo em relação a crianças e adolescentes, quer pelo facto dos danos pessoais poderem ser mais graves, quer pela ausência de uma vontade plenamente formada e esclarecida (no fundo, partindo-se dos mesmos argumentos com base nos quais se criminalizam certos comportamentos sexuais com menores; *vide supra*, Primeira Parte, segundo Capítulo, Secção 1. b), e colocando já as nossas dúvidas quanto ao problema da pornografia, nomeadamente *supra*, nota 301). Sendo assim, já se poderia pôr em causa a inexistência de legitimidade criminalizadora destas condutas, pelo menos em relação a certas formas de pornografia e de divulgação, e em especial junto a crianças e adolescentes (por enquanto, quando falamos em legitimidade, convirá reafirmar, reportamos apenas ao problema da dignidade penal — é claro que, no domínio da carência de tutela penal, já ulteriores dúvidas se colocam). No entanto, tudo isto são considerações que só fazem sentido, caso a pornografia tenha nefastos efeitos psicológicos o que, segundo Roxin, não é confirmado pelos estudos até hoje realizados. Mas, o que foi dito pode valer também em sede de tráfico de droga, onde há comprovadíssimos e graves danos pessoais. Não se trataria, mais uma vez, da punição do consumidor (desta questão trataremos *infra*, Terceiro Capítulo, Secção 4. a)), mas sim de quem a transacciona, na medida em que com tal atitude lesa terceiros. E, neste caso, embora em relação a menores o problema seja mais grave, parece-nos que a venda de droga tem sempre dignidade penal, enquanto favorece gravíssimos prejuízos para terceiros, os quais, a partir de certa altura deixam de ter qualquer liberdade de decisão na sua aquisição, não se podendo assim considerar a transacção como uma relação livre, entre

psíquicas<sup>436</sup>, não haveria legitimidade para ser punida. À objecção segundo a qual o consumo de artigos pornográficos poderia reforçar a vontade de cometer crimes sexuais, responde Roxin com o carácter demasiado indirecto e longínquo da eventual danosidade social<sup>437</sup>.

No entanto, esta conclusão não é totalmente isenta de dúvidas. Também Müller-Dietz salienta a importância da criminologia e ciências sociais para se conhecer da extensão dos perigos para bens jurídicos através de determinados comportamentos<sup>438</sup>. Segundo este autor, «a realidade exige que se encontrem as chaves para se retirarem conclusões acerca da danosidade social»<sup>439</sup>. No entanto, chama a atenção para a precariedade destes instrumentos de conhecimento da realidade e consequente discutibilidade das suas conclusões que, por vezes, apresentam

adultos, conscientemente tomada. A resolução de compra inicial, se é que se pode considerar ter sido livre (em certos casos poderá ter havido influências muito fortes ou motivações demasiado dramáticas para se poder continuar a afirmar a liberdade de decisão), não pode vincular futuras compras, pois o homem para ser livre deve sê-lo em cada momento da sua vida — ou é livre (deverá considerar-se livre) o homem que «livremente» decidiu tornar-se escravo? (A este propósito, em sede de ciência política, *vide* o problema da decisão maioritária no sentido de instituir um Estado totalitário — questão da democracia de base pôr em causa o futuro da democracia... referindo este problema, Vives Antón, *ob. cit.*, p. 4). Por outro lado, a própria divulgação «subreptícia» (incentivos vários à criação deste vício) e por vezes a provocação de habituação induzindo, de início, as pessoas em erro, será ainda uma situação mais digna de tutela penal. (Isto, para além dos graves danos sociais que a droga provoca, os quais são mais seguros e menos indirectos do que no caso da pornografia). É claro que nos mantemos na análise da dignidade penal e não no problema da sua necessidade, o que levantaria ulteriores questões — desde logo, as dificuldades de penetração das instâncias formais de controlo em relação a este tipo de crimes pela relação de solidariedade entre vendedor e consumidor, a criação de mercados negros, sub-culturas próprias, etc. (sobre estas questões, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 423 e s.). À dimensão pragmática do bem jurídico-penal referir-nos-emos *infra*, no *Terceiro Capítulo*.

<sup>436</sup> Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 13, Rn.15.

<sup>437</sup> *Idem*. Com base no argumento da influência da pornografia na prática de crimes sexuais, estaríamos face a um crime de perigo abstracto, figura um tanto polémica. Também cremos ser este um aspecto discutível, dependente, precisamente, do grau de mediatez/immediatez deste efeito.

<sup>438</sup> Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 36 e ss.

<sup>439</sup> *Idem*, p. 36. No mesmo sentido *vide* bibliografia citada *supra*, nota 413.

divergências mesmo com base em dados idênticos<sup>440</sup>. Exemplifica esta situação, precisamente, com o caso da pornografia. Neste caso, põe mesmo em dúvida a existência de elementos suficientes que permitam chegar a alguma conclusão quanto à sua danosidade social (ou inexistência desta)<sup>441</sup>, dados os limites a que está sujeita a investigação neste âmbito. Depois, a corroborar a incerteza, está o facto de serem possíveis diferentes interpretações em relação aos elementos conseguidos. Assim, conclui, considerando a pornografia um daqueles casos de *Testsituation*, no qual o legislador tem que decidir mesmo sem ter informação suficiente sobre a relevância social das condutas<sup>442</sup>.

b) Como deveriam, neste âmbito, desenvolver-se as relações entre legislador penal e órgãos de controlo da constitucionalidade? Dever-se-ia entregar este tipo de decisões ao legislador penal sem qualquer limite à sua liberdade de apreciação e decisão? Ou estabelecerá a Constituição algum limite, ou alguma indicação conformadora<sup>443</sup> dessa liberdade?<sup>444</sup>

Na Alemanha, a partir do art. 2.º GG, tem sido defendido o princípio «in dubio pro libertate», o qual, segundo a opinião de alguns autores<sup>445</sup>, em casos de dúvida vincularia o legisla-

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 36 e ss., onde refere também, sobre este aspecto, Müller Dietz, *Sozialwissenschaft* (Anm. 23, pp. 120, 124, 135, 137 ss.) e Leckner, *Empfiehl es sich usw.* (Anm. 47, S.K., 39).

<sup>441</sup> Refere, a propósito, a pouco clara posição de Affemann que começa por afirmar a danosidade social da pornografia e depois acaba por dizer que sobre isso «sabe-se muito pouco» (*Viel zu wenig bekannt sei*, in Müller Dietz, *ibidem*, p. 38).

<sup>442</sup> *Idem*, p. 40, considerando ainda não ser esta situação atípica (*vide* bibliografia sobre o assunto, nota 76, p. 40).

<sup>443</sup> Tendo-se em conta que a Constituição estabelece não apenas limites negativos, mas também indicações positivas ao legislador (sobre este problema, desenvolvadamente, *vide* Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, *cit.*, p. 209 e ss., em especial, p. 241 e ss.).

<sup>444</sup> Por ora, referimo-nos apenas aos limites à criminalização.

<sup>445</sup> Neste sentido, Schneider e Klug (*apud* Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 41 e ss.; *vide* p. 43, com indicações bibliográficas). Também parece ser esta a posição de Roxin, dada a conclusão a que chega quanto ao problema da pornografia — por inexistência de prova da danosidade social — ilegitimidade da sua criminalização (*vide supra*, a)).

dor penal ao ónus da prova da danosidade social. Quer dizer, uma vez que a pena se pode traduzir numa limitação da liberdade pessoal, e se traduz sempre numa afectação da dignidade humana, valores constitucionais de suma importância (art. 2.º GG), o legislador, para poder recorrer à sua utilização, deveria provar a existência de uma situação de lesão ou perigo para bens comunitários fundamentais, assim como a necessidade de recurso às sanções penais<sup>446</sup>. Para Schneider, «a limitação da liberdade só deve ter lugar onde se demonstre não haver dúvidas»<sup>447</sup>. Este ónus, relacionar-se-ia ainda com o princípio constitucional da proporcionalidade insito na própria ideia de Estado de direito<sup>448</sup>. O princípio «in dubio pro libertate» vincularia o legislador, assim como o juiz está vinculado pelo princípio «in dubio pro reo»<sup>449</sup>. O problema que se poderia colocar, seria o da compatibilização deste princípio «in dubio pro libertate» com o princípio «in dubio pro auctoritate legislatoris». A solução deste dilema estaria na máxima «in dubio pro libertate» como regra de ónus da prova.

Embora esta concepção tenha encontrado aprovação<sup>450</sup>, ela está sujeita também a várias objecções. De facto, ela parece ter apenas em conta um dos lados da questão — a garantia da liberdade dos potenciais agentes — mas já não a garantia da liberdade de todos os outros — das potenciais vítimas e de toda a comunidade<sup>451</sup>. Por isso, cremos ser pertinente a questão levan-

<sup>446</sup> Deste problema falaremos *infra*, no *Terceiro Capítulo*.

<sup>447</sup> E, ainda no mesmo sentido, «o legislador só deve prever a pena para comportamentos determinados quando for inequívoca a possibilidade de ser posto em perigo um determinado valor dos que orientam a vida em comum» (Schneider, *Die Nachweise bei Schneider*, a.a.O., Anm. 79, p. 261 — *apud* Müller-Dietz, *ibidem*, pp. 42, 43).

<sup>448</sup> Ainda neste sentido também Schneider, *ob. cit.*, pp. 240, 251, 260 e ss., (*apud ibidem*, p. 42). Segundo Ulrich Kug, o princípio «in dubio pro libertate» seria um princípio fundamental do moderno Estado de direito (*apud ibidem*, p. 43).

<sup>449</sup> Neste sentido, mais uma vez, Schneider, *ob. cit.*, pp. 247, 261, *apud idem*, p. 41.

<sup>450</sup> Vide Müller-Dietz, *Strafe...*, *cit.*, p. 43.

<sup>451</sup> Também ela enquanto vítima mais ou menos directa do facto praticado.

tada por Günther — «Na dúvida *pro* liberdade de quem?»<sup>452</sup>. Esta questão parece-nos fazer pleno sentido, se tivermos em conta a fórmula de Kant, da limitação da liberdade por causa da protecção da liberdade. É claro, no entanto, que o problema permanece de pé, pois do que se trata é de determinarmos quando é que, de facto, está em causa uma liberdade para, em ordem à sua protecção, podermos limitar a outra liberdade<sup>453</sup>. Será de acentuar que nos situamos perante casos *duvidosos*, pois, quando for inequívoca a inexistência de danosidade social, a única solução que se nos afigura constitucionalmente legítima, será a da não criminalização. O problema coloca-se, assim, perante situações de dúvida que, por vezes, serão muito difíceis de sanar. Se, porém, nestes casos, o legislador estiver sujeito a uma *plena* comprovação da situação de danosidade social, poder-se-á tornar praticamente impossível a criminalização, o que acarretará, eventualmente, consequências graves do ponto de vista social. É que a comprovação empírica da danosidade social será em certos casos muitíssimo difícil ou mesmo impossível, mas os presumíveis efeitos da não criminalização poderão ser muito nefastos.

Tendo em conta estas considerações, há autores que, em caso de dúvida, privilegiam a liberdade de apreciação do legislador. Seria a este que deveria caber a decisão, estando esta liberdade apenas limitada por um princípio de tolerância e por critérios gerais de racionalidade. Assim, o Tribunal Constitucional só poderia controlar casos extremos, de manifesta irrazoabilidade da decisão<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> *Die Genese eines Strafetatbestandes*, p. 10. Este autor refere a este propósito dois exemplos, embora de dimensão que se nos afigura muito diferente e, assim, enquadráveis em áreas de proibição que julgamos dever ser distintas — o do fumo e o do aborto. De facto, se num local onde se encontram várias pessoas, não se proibir o fumo, alarga-se a liberdade dos fumadores, mas comprime-se a dos não fumadores que se sintam incomodados com tal atitude. Também no caso do aborto, com a sua permissão, está-se a alargar o âmbito de liberdade da mãe, mas a comprimir (diríamos mesmo a eliminar) a do nascituro.

<sup>453</sup> Neste sentido também Müller-Dietz, *Strafe...*, *cit.*, p. 55.

<sup>454</sup> Neste sentido, *vide* autores referidos em Müller-Dietz, *ibidem*, p. 45 e ss. Também Pulitanò coloca a questão do princípio «in dubio pro libertate»,

c) No fundo, estamos perante um problema de ónus da prova, debatendo-nos com a presença de dois princípios conflituantes, ambos de base constitucional — «o princípio *in dubio pro libertate*» e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis<sup>455</sup>. Se o primeiro impõe o ónus da prova da danosidade social ao legislador quando pretende criminalizar, o segundo<sup>456</sup> impossibilitaria sempre o Tribunal Constitucional de declarar a ilegitimidade de uma criminalização face a qualquer caso de duvidosa danosidade social. Enquanto que, na primeira hipótese, a não obtenção de prova plena (nestes casos mais polémicos muito difícil de conseguir) por parte do legislador poderia implicar danos sociais graves — limitação da liberdade das vítimas e da sociedade, na segunda hipótese, a total impossibilidade de, face a casos duvidosos, controlar e eventualmente declarar a inconstitucionalidade da criminalização, poderia implicar uma limitação da liberdade dos agentes em relação a condutas de facto não lesivas.

É claro que não poderemos afastar liminarmente nem um nem outro princípio, mas deveremos encontrar um justo equilíbrio entre os dois, face a cada caso concreto.

Assim, parece-nos que este equilíbrio só poderá resultar de uma solução não radical<sup>457</sup> — no sentido de exigência de prova

---

em áreas onde será necessário analisar pressupostos factuais da tutela penal, inclinando-se para a defesa de maior liberdade do legislador (p. 502 e ss.). Esta posição também iria de encontro à defesa de uma maior liberdade legislativa no âmbito da análise de dados empíricos e de decisões com base em prognoses, em razão da própria estrutura, modo de funcionamento e função do órgão legislativo (talvez mais conforme a uma perspectiva jurídico-funcional da delimitação de poderes entre legislador e Tribunal Constitucional — sobre esta perspectiva, vide Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*, p. 350 e ss.).

<sup>455</sup> Acerca do princípio «*in dubio pro libertate*» em confronto com a presunção de legalidade, Angioni, *ob. cit.*, p. 221, a propósito, não da danosidade social, mas do princípio da subsidiariedade — sobre este problema vide *infra*, *Terceiro Capítulo, Secção 6.*)

<sup>456</sup> Se partirmos do princípio de que em casos duvidosos deverá ser o legislador, em absoluto, a decidir (neste sentido, vide *supra*, b).

<sup>457</sup> Denominando de posição radical a que, segundo uma aplicação plena do princípio «*in dubio pro libertate*», oneraria sempre o legislador com a prova

plena ou inexigência de qualquer tipo de prova —, uma solução que, face a cada caso concreto, tenha em conta um conjunto de factores que determinarão a maior ou menor exigência de prova da danosidade social por parte do legislador. Estes factores poder-se-ão resumir a: extensão e intensidade da presumível danosidade social, grau de probabilidade da sua verificação e intensidade da lesão a direitos fundamentais do agente que a criminalização operaria. Estes deveriam ser três factores a ponderar em cada caso de dúvida.

Assim, quanto mais gravoso se apresentar o presumível dano (o que implicará também uma consideração acerca da importância do(s) bens jurídicos que poderá afectar), menores exigências se farão quanto à prova do grau da sua probabilidade — alarga-se o espaço de liberdade do legislador. Inversamente, quanto menos graves forem os presumíveis danos, maior segurança quanto às provas serão de exigir — restringe-se a liberdade do legislador. Também o grau de limitação dos direitos dos agentes que a pena operaria deveria ser um factor a condicionar as exigências de prova; assim, quanto mais gravosa fosse a pena, mais se limitaria a liberdade legislativa<sup>458</sup>.

---

da danosidade social para poder criminalizar, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 75.

<sup>458</sup> Embora a medida da pena, *em princípio*, possa ser estabelecida em função dos outros factores (gravidade e probabilidade do dano; vide *infra*, nota 765). Caberá também referir a posição de Gomes Canotilho, o qual sustenta que, embora uma lei não se possa considerar inconstitucional por prever de forma errada determinada evolução futura, as prognoses poderão ser controláveis quando forem «inerentes à medida de controlo por inconstitucionalidade». Assim, tudo estaria sempre em averiguar da «conformidade de duas normas — uma da Constituição e outra da lei» (*A Concretização da Constituição...*, *cit.*, p. 366). Ora, parece-nos que, neste caso, sendo a presença de danosidade social uma exigência constitucional para haver criminalização (ligada ao próprio princípio da proporcionalidade — em Portugal, vide art. 18.º, n.º 2, da Constituição — vide *infra*, *Segundo Capítulo, Secção 2.2. e 2.4.*), será «inerente à medida de controlo por inconstitucionalidade», mas tendo-se em conta, também, a imposição constitucional de protecção de valores essenciais — art. 9.º e 18.º n.º 2 da Constituição («inerente também à medida de controlo»? vide *infra*, *Terceira Parte*), o controlo não poderá ser rígido, mas gradativo.

## II CAPÍTULO

### Os valores constitucionais legitimam e limitam o poder criminalizador?

Uma outra concepção, denominada de restrita<sup>463</sup>, pretende delimitar mais concretamente o poder criminalizador. Assim, não só seriam de respeitar todas as implicações penais da consagração constitucional de um Estado de direito, democrático e social, nos termos já descritos; não só não poderia o legislador penal contrariar a Constituição globalmente considerada, nem os seus princípios e valores<sup>464</sup>, mas, mais do que isso, estaria apenas autorizado a criminalizar a violação de bens com algum reflexo em valores constitucionais<sup>465</sup>.

É verdade que, deste modo, se pretende limitar uma mais ampla margem de liberdade política que as concepções que fazem derivar a legitimidade da criminalização de princípios gerais ainda consentem. Deste modo, o legislador penal passa a estar mais estritamente limitado pelas opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer às sanções penais, sem que tal vise a protecção destes valores. Aqui reside a garantia de que apenas se tutelem penalmente bens de fundamental relevo para a comunidade<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Em Pallazzo, *ob. cit.*, p. 84 e ss. (confrontando as duas posições), e no *Seminário sobre Bien Giuridico...*, *cit.*, nomeadamente, p. 716.

<sup>464</sup> Assim, p. ex. Bricola, ao referir a Constituição como parâmetro de legitimação e limitação da intervenção penal, parte da necessidade do legislador penal perseguir os fins estaduais emergentes da Constituição, nomeadamente não podendo incriminar factos que concretizem o exercício de direitos constitucionais... (*Teoria Generale del Reato*, p. 14).

<sup>465</sup> Esta é uma concepção muito viva em Itália, Espanha e Portugal.

<sup>466</sup> Pode-se ver ainda, nesta concepção, a Constituição com função garantidora, já não, apenas, sob um ponto de vista formal, mas também material (*vide supra*, a *Introdução à Segunda Parte*).

Deste modo, esta concepção incide sobre a relação liberdade de opção legislativa-concretização Constitucional, restringindo aquela em favor desta e contendo, assim, potencialidades para configurar de forma específica as relações entre poder legislativo (legislador penal) e poder judicial (Tribunal Constitucional). Se se defender a inconstitucionalidade de todas as normas que tutelem valores sem expressão constitucional, o Tribunal Constitucional vê alargado o seu âmbito de poderes em matéria penal e o legislador penal vê a sua discricionariedade substancialmente restringida<sup>467</sup>.

Mas, de onde se fazem derivar estas consequências, quais os seus fundamentos?

Vimos já que, consistindo a pena numa sanção de carácter particularmente gravoso, ela só deveria ser aplicada a condutas também particularmente gravosas do ponto de vista social. Consagrando a Constituição os valores mais fundamentais de uma ordem jurídica, concretiza-se agora melhor este pensamento — consistindo a pena numa restrição a valores constitucionais, ela também só deverá ser aplicada a condutas que ponham em causa valores de nível constitucional<sup>468</sup>. Todas as situações de criminalização contêm, assim, um problema de conflito de direitos — os direitos do agressor que vão ser restringidos (geralmente a liberdade ou a propriedade, mas, em qualquer dos casos, também a própria dignidade) de um lado; os direitos da vítima

<sup>467</sup> Nas palavras de Pallazzo, trata-se de uma «exaltação constitucional» que tem como consequências «a instauração de uma concorrência» entre a discricionariedade político-legislativa e o trabalho capilar de concretização dos valores constitucionais desenvolvido pela doutrina (e, eventualmente, orientado pela jurisprudência constitucional e ordinária) . . . esse posicionamento. . . — talvez possa traduzir uma certa desconfiança quanto à política criminal anelada pela força legislativa e de governo, e que é alvo de uma pressão que se encarta (para não dizer se camufla) nos objectivos constitucionais» (Pallazzo, *ob. cit.*, p. 29). *Vide* sobre este discutível aspecto, *supra*, na *Introdução* a esta parte. Temos dúvidas de que aqui se deva falar em camuflagem nos objectivos constitucionais, em vez de nos referirmos a legítimos limites constitucionais à criminalização. Sobre este problema, *vide* Stortoni, *L'Abuso di Potere. . . , cit.*, p. 64 e Amato, *Individuo e Autorità. . . , cit.*, p. 450 (referidos *supra*, *idem*).

<sup>468</sup> Questão que se relaciona com o princípio da proporcionalidade, em especial em sentido estrito (*vide infra*, *Secção 1.2, 1.3, 1.4. c) e 2.4.*)

e da sociedade, do outro. Não se trata, para todos os defensores da necessária relevância constitucional do valor penalmente protegível, da exigência de uma equiparação «total» entre valor ofendido pelo agressor — valor restringido pela sanção penal<sup>469</sup>, mas, pelo menos, de uma não profunda desproporção; da garantia de que só se restringirão valores fundamentais do agressor face a uma ofensa de valores também muito importantes para a vida em comum.

## 1. O problema face à ordem jurídica italiana

### 1.1. Os valores constitucionais como quadro máximo da tutela penal — tese de Bricola

a) Em Itália, esta concepção não resulta, expressamente, do texto Constitucional, mas tem sido defendida a partir de uma interpretação «actualizada» dos chamados «princípios de Direito Penal constitucional». De facto, estes não imporiam apenas limites «formais» ao legislador penal, mas conteriam também vinculantes indicações de conteúdo<sup>470</sup>. Pode-se dizer até só este entendimento estar de acordo com a própria passagem de um Estado de direito formal a um Estado de direito material<sup>471</sup>. E estas indicações de conteúdo não seriam apenas de tipo gené-

<sup>469</sup> Só alguns deles fazem esta exigência mais extrema, como veremos *infra*.

<sup>470</sup> Para Bricola, só com estes desenvolvimentos de conteúdo material, adquiririam os princípios de Direito Penal Constitucional, como o de reserva absoluta de lei, o seu pleno significado (*vide Teoria Generale del Reato*). Seria necessário perspectivar estas garantias «num sentido dinâmico e não estático» (*Legalità e Crisi. . . , cit.*, p. 213).

<sup>471</sup> Neste sentido diz-nos Stortoni: «considerar, no estudo da Carta Constitucional com referência ao Direito Penal, unicamente o dado formal, não só preclui a possibilidade de individualização de critérios à luz dos quais convalidar a coincidência substancial entre a escolha operada pela Constituição e pelo legislador penal, mas implica fatalmente um erro de óptica no próprio exame dos princípios de legalidade, de pessoalidade da responsabilidade penal e do carácter reeducativo da pena que constituem a parte, por assim dizer, de viragem do ditame constitucional» (*L'Abuso di Potere. . . , cit.*, pp. 64, 65).

rico, no sentido de se dever considerar o Direito Penal como a «extrema ratio», mas forneceriam critérios para individualizar os factos criminalizáveis. Principal mentor desta concepção foi Bricola<sup>472</sup>.

b) É a partir, essencialmente, do art. 13.º (defesa da liberdade), do art. 25.º (reserva de lei), do 27.º, n.º 1 (princípio da responsabilidade pessoal-subjectiva), do 27 n.º 3 (finalidade reeducativa da pena) e do art. 3.º (não descriminação) e, também, numa formulação mais recente da sua teoria, do art. 2.º (princípio da dignidade)<sup>473</sup>, que se retira o referido princípio/critério limitador da intervenção penal<sup>474</sup>.

<sup>472</sup> Iremos referir-nos de seguida à sua concepção que é compartilhada, no essencial, por autores como Stortoni, Fiandaca, Angioni, Pulitanò (embora apresentem algumas diferenças entre si; vide referência às suas obras, *supra*, nota 314) e Musco (embora também com algumas diferenças que serão referidas em texto). Basear-nos-emos nas obras de Bricola: *Teoria Generale del Reato; Legalità e Crisi: L'art. 25.º, commi 2.º e 3.º, della Costituzione e Art. 25.º, 2.º e 3.º comma, in Commentario della Costituzione*.

<sup>473</sup> Em *Legalità e Crisi...*, *cit.* Inicialmente, Bricola retirara as suas conclusões, em especial, do valor Constitucional proeminente da liberdade (art. 13.º) — tal era patente na determinação da medida da pena em que defendia a proporção entre bem agredido e grau de agressão, por parte do infractor, e valor liberdade restringido pela pena. Bricola foi alvo de críticas por parte de Fiandaca, por querer individualizar um princípio constitucional capaz de vincular a escolha do legislador penal. Para Fiandaca, só tendo-se em conta o conjunto de princípios constitucionais, se poderiam encontrar indicações «potencialmente vinculantes do legislador penal». Dá particular relevo, no entanto, aos arts. 2.º e 3.º por serem «princípios-cardiais que encarnam a face personalística» da Constituição Italiana, princípios também com capacidade para orientarem a medida da pena, pois com a intervenção penal, eles (o livre desenvolvimento da personalidade humana e a sua dignidade) vão ser sempre atingidos (*Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 52, vide também p. 57 e vide a sua intervenção no *Seminario sobre Bien Giuridico...*, *cit.*, p. 707). Parece-nos, no entanto, que desde o início Bricola se baseou em mais de um princípio constitucional (vide *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 14 e ss.), embora pusesse em relevo o art. 13.º, e que, nos seus escritos mais recentes, alargou os fundamentos da sua concepção ao dar também relevo especial (como reclamava Fiandaca, *ibidem*, p. 52) ao princípio da dignidade humana (arts. 2.º e 3.º da Constituição).

<sup>474</sup> Recordemos as palavras de Bricola — «nada se opõe em absoluto ao aprofundamento do discurso que permita encontrar os critérios que a Constituição oferece para a determinação dos factos que possam ser previstos como

A partir do art. 25.º, n.º 2, que consagra a reserva de lei em matéria penal a favor do Parlamento (ou do Governo na forma de decreto lei) e a observância do princípio da taxatividade (implicitamente), retira Bricola uma indicação no sentido da restrição da matéria criminalizável<sup>475</sup>. De facto, o princípio da reserva de lei, ao exigir que só um órgão particularmente legitimado (o Parlamento — o qual, para além da sua especial legitimidade, observa requisitos de elaboração da lei que garantem maior participação e ponderação), possa intervir nesta área, exprime os cuidados com que se quis rodear a criminalização, o que não poderá desligar-se de uma acentuação da importância dos valores restringidos através da intervenção penal (*maxime* da liberdade) e da consequente preocupação no sentido de limitar a lei penal ao mínimo indispensável. Por outro lado, o princípio da taxatividade, ligado a uma ideia de segurança e certeza jurídica, deve valer face a toda a comunidade, o que será dificilmente alcançável se houver uma sobrecriminalização. De facto, quanto maior for o número de condutas e de áreas criminalizadas, mais difícil será traçar a fronteira entre o lícito e o ilícito e, assim, o princípio da taxatividade deixará de exercer a sua função<sup>476</sup>.

crime, a individualização dos elementos sobre os quais pode legitimamente basear-se o juízo de antijuridicidade penal e, enfim, a fixação dos índices quantitativos da pena com a qual sancionar o facto penal» (*Teoria Generale...*, *cit.*, p. 14 e ss.).

<sup>475</sup> *Teoria...*, *cit.*, pp. 14 e 15; *Legalità e Crisi...*, *cit.*, p. 225; também em *Art. 25.º, 2.º e 3.º comma, Commentario...*, *cit.*, p. 274 e ss.

<sup>476</sup> Os factos que constituem crimes devem ser cognoscíveis para qualquer pessoa; os tipos legais dirigem-se não só a potenciais infractores, mas a todos os cidadãos (se é que nem todos os cidadãos se podem incluir nesta categoria), só assim constituindo garantia geral — ou seja, não só garantia para quem infringe o Direito Penal de que será punido apenas pelas condutas previamente descritas como crimes e com as consequências previstas, mas para toda a comunidade que, deste modo, se sentirá mais protegida e confiante no Direito. (Julgamos ir neste sentido o pensamento de Bricola, *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 14 e ss. e *Legalità e Crisi...*, *cit.*, p. 215; e também de Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 3). Pensamos dever ligar-se a esta concepção a ideia de prevenção geral, em especial num sentido positivo, como reforço dos valores e da confiança no Direito. Uma hipercriminalização pode criar uma grande insegurança e uma desvalori-

A partir do art. 27.º, 1.ª comma, que consagra o carácter pessoal da responsabilidade penal (e o princípio da culpa), deduz Bricola um princípio segundo o qual não se deverá recorrer à sanção penal — que pressupõe a presença de culpa — quando certas necessidades de protecção forem melhor realizáveis através de outros meios em que as exigências são menores — exemplo será o da responsabilidade civil (pelo risco, por factos lícitos...) <sup>477</sup>.

A partir do art. 27.º, 3.ª comma, que consagra a função reeducativa da pena, retira Bricola uma fundamental consequência em sede penal — a limitação da criminalização à protecção de valores essenciais à vida comunitária, na medida em que, só em relação a estes fará sentido tentar-se a reeducação do infractor <sup>478</sup>. Este problema está intimamente conxionado com a própria concepção de Estado. Num Estado pluralista, baseado na liberdade individual e na dignidade humana, não fará sentido (sob pena de se violarem estes valores) tentar-se a reeducação para além dos valores que são pressupostos essenciais para a vida em comum <sup>479</sup>. Reeducação não se deverá identificar,

zação do próprio Direito Criminal. (Sobre esta função de criação de confiança e estabilidade enquadrável na prevenção geral em sentido positivo, *vide infra*, Terceiro Capítulo e Terceira Parte, Quinto Capítulo).

<sup>477</sup> Neste sentido, Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 15 e *Legalità e Crisi...*, cit., p. 226; Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 3; e sobre este aspecto, analisando a posição de Bricola, Musco, *ob. cit.*, p. 111. Por outro lado, a própria exigência de culpa pressupõe a possibilidade de conhecimento da norma (questão que se pode relacionar com a função de motivação da norma; *vide infra*, em especial Quinto Capítulo, Secção 1.), o que só será possível se não houver uma sobrecriminalização. A exigência de culpa contribui, assim, também, para a necessidade de restrição da área criminalizável. Esta exigência constitucional da possibilidade de conhecimento da norma penal, como pressuposto da culpabilidade, deriva, segundo Bricola, do art. 27.º, 3.ª comma (neste sentido *Teoria Generale...*, cit., p. 15).

<sup>478</sup> *Idem*, p. 15 e *Legalità e Crisi...*, cit., p. 226. Também Fiandaca e Musco, *idem* e Musco, *ob. cit.*, na p. 113 e ss. analisando a posição de Bricola, e nas p. 115 e ss. e 125 e ss., tomando posição quanto ao assunto, indo até mais longe do que Bricola quanto às potencialidades do art. 27.º, 3.ª comma para delimitar a matéria criminalizável (*vide infra*, Secção 1.3.).

<sup>479</sup> De facto, não se deverão impor mundividências particulares, ainda que largamente maioritárias, para além do necessário à própria preservação das condições sociais e dos direitos e liberdade alheios. (Já neste sentido, *supra*, Pri-

assim, com «genérica reinserção na sociedade» <sup>480</sup>. Ora, estas condições estão expressas nos valores de relevo Constitucional «cuja função consiste em proteger as condições mínimas da vida em comum e cuja violação pode ser traduzida em termos de danosidade social» <sup>481</sup>.

O art. 13.º, reconhecendo posição cimeira ao valor liberdade <sup>482</sup>, conteria uma indicação no sentido da limitação da possibilidade de restrição (estadual) penal da liberdade <sup>483</sup>. Se em

*meiro Capítulo desta Segunda Parte*). Acentuando a importância deste aspecto, Musco, *ibidem* (*vide infra*, Secção 1.3.).

<sup>480</sup> Mas sim com uma «sensibilização do réu para aqueles valores constitucionais» (itálico nosso). Também neste sentido, Musco, *ob. cit.*, p. 121 e ss., pondo em evidência (e ainda com um alcance mais concreto, como veremos *infra*) a necessidade de se aporem limites à criminalização, para se fazer face às justificadas reservas ao ideal ressocializador, pelo facto deste se poder tornar «num direito da maioria... a educar homens adultos e de lhes prescrever o próprio modo de viver» (p. 121). Sobre este problema — necessidade e conveniência de reeducação/respeito pelo «direito à diferença» — autonomia individual — não univocidade moral; meios e áreas de ressocialização/perigos do Estado terapêuta; necessidade de ressocialização do delincente/necessidade de «ressocialização» da própria sociedade criminógena *vide infra*, nota 672. Alguma divergência parecerá existir entre a concepção de Bricola, ao dirigir a ressocialização apenas para as condições mínimas da vida em comum e a de Fiandaca/Musco, quando se exprimem do seguinte modo: «... o processo reeducativo tem a finalidade de favorecer no réu a reacquirição do integral respeito dos valores... este deve ser tendencialmente solicitado a reorientar a sua conduta de forma a evitar todos os comportamentos ofensivos de tais valores, e não apenas dos que deveriam resultar formalmente penalizados» (*Diritto Penale*, p. 11, itálico nosso). O problema residirá apenas, segundo cremos, na reorientação do delincente para evitar todos os comportamentos que lesem valores essenciais, ou só para evitar as formas de lesão que são penalizadas, pois haverá acordo quanto à sua ressocialização limitada à aquisição dos valores essenciais e não de todos os valores morais, sociais ou até mesmo jurídicos.

<sup>481</sup> Bricola, *Art. 25.º, 2.ª e 3.ª comma, Commentario della Costituzione...*, cit., p. 274.

<sup>482</sup> Pela própria colocação desta norma (na abertura da Parte I - Direitos e Deveres dos Cidadãos), onde se afirma a inviolabilidade da liberdade (argumento referido por Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 15).

<sup>483</sup> «... a máxima restrição da liberdade pessoal, como é a que se opera em via efectiva ou potencial através da sanção penal, não pode ser posta em acção senão como a *extrema ratio*» (*idem*). A tal não se oporia o facto do art. 16.º se referir às relações entre liberdade pessoal e administração, uma vez que

algumas normas constitucionais se prevêem limites à liberdade (caso do art. 16.º), apenas em função de valores com relevo Constitucional, por maioria de razão tal seria de exigir em relação à pena detentiva em que se restringe de forma mais drástica a liberdade pessoal<sup>484</sup>.

c) Autores há (é o caso de Angioni e Moccia) que defendem que só seria constitucionalmente legítimo prever a restrição da liberdade, pela aplicação de uma pena detentiva, quando se tivessem posto em causa valores do mesmo nível da liberdade e o mesmo raciocínio valeria também para os outros tipos de penas — só seria possível restringir penalmente um valor Constitucional, quando estivesse em causa a protecção de um bem de grau semelhante ao que seria afectado pela intervenção penal<sup>485</sup>.

Não fazendo chegar tão longe as consequências do princípio da liberdade, defende Bricola a necessária relevância constitucional dos valores penalmente tuteláveis. «A sanção penal apenas pode ser adoptada em presença da violação de um bem, o qual, caso não possua idêntica dignidade em relação ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, deve, pelo menos, ser dotado de relevância constitucional. Isto é: o ilícito penal somente se pode concretizar numa lesão significativa de um valor constitucionalmente relevante»<sup>486</sup>. Explicitando ainda melhor esta concepção,

seria legítimo descortinar «nexos ... entre normas que a Constituição dedica ao sector penal e outras normas constitucionais» (neste sentido Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 50).

<sup>484</sup> Este mesmo raciocínio também deveria valer para casos de pena não detentiva, pois também a propriedade (restringida com a pena de multa) é um valor Constitucional e, de todo o modo, qualquer pena afecta sempre a *dignidade humana*, valor também de alto significado Constitucional — arts. 2.º e 3.º da Constituição italiana (neste sentido, entre outros, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 52).

<sup>485</sup> Moccia, *Aspetti Problematici del Rapporto tra Funzione della Pena e Struttura dell'Illicito*, pp. 102, 103. Angioni, *ob. cit.*, baseando-se essencialmente no princípio da proporcionalidade. Deste princípio retira Angioni consequências muito precisas, como veremos *infra*, Secção 1.2.

<sup>486</sup> Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 15 e ss. Concretizando melhor este pensamento diz-nos Bricola que estes valores podem consistir em direitos constitucionais dos indivíduos ou em valores objectivamente tutelados — como exem-

para que não restem quaisquer dúvidas, diz-nos este autor: «tal não significa simplesmente não contrariedade do bem em relação à Constituição, mas *assunção do mesmo pelos valores explícita ou implicitamente contidos na Constituição*»<sup>487</sup>.

Por outro lado, o grau de significatividade Constitucional do valor deveria condicionar a medida da pena, o que pressuporia a existência de uma «hierarquia de valores dedutível da Constituição»<sup>488</sup>. Esta seria uma imposição do próprio princípio da

plo, a tutela «del paesaggio», art. 9.º, 2.ª comma — e ainda em direitos contidos em convenções internacionais (tendo em conta o art. 2.º da Constituição que os considera como direitos invioláveis) — como exemplo, o «diritto di riservatezza» (*idem*, p. 16).

<sup>487</sup> *Idem*, p. 16 (itálico nosso). Para Stortoni, a criminalização da violação de valores sem relevância constitucional contrariaria o próprio art. 3.º da Const., na medida em que limitaria injustificadamente a liberdade pessoal e, assim, criaria impedimentos à «realização da finalidade que a Constituição, com o art. 3.º, impõe ao ordenamento» (*L'Abuso di Potere...*, cit., p. 104).

De salientar será ainda que, para Bricola, o legislador não poderia incriminar condutas, quando tal incriminação contrariasse o art. 3.º, 2.ª comma da Constituição; ou seja, mesmo que se tratasse da violação de um valor constitucional, o legislador não a deveria criminalizar se tal impedisse «a remoção de obstáculos económicos e sociais que limitam a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedindo o seu desenvolvimento e a efectiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do país». Haveria, assim, uma superioridade deste preceito penal que proibiria tais criminalizações (*idem*, p. 18).

<sup>488</sup> *Idem*, p. 19 e *Legalità e Crisi...*, cit., p. 228. Sobre este problema, de difícil solução, vide *Seminario sobre Bien Jurídico...*, cit., onde se põem em relevo as dificuldades na elaboração desta hierarquia; Stortoni, *L'Abuso di Potere...*, cit., p. 104; Angioni, fornecendo critérios para esta hierarquização, distinguindo entre bens de nível primário e secundário, como veremos *infra*, Secção 1.2. e Fiandaca, fornecendo também critérios neste sentido (no referido *Seminario* e em *Bene Giuridico...*, cit., p. 70 e ss.; vide também *infra*); também Musco aceita a existência desta hierarquia («a Constituição não contém um catálogo de bens de igual grau...», *ob. cit.*, p. 122), considerando mesmo, como veremos *infra*, Secção 1.3., que o Direito Penal só estaria legitimado a tutelar, dentro dos valores constitucionais, os mais fundamentais. Questionando-se sobre este problema do controlo da medida da pena, tendo por referência uma hierarquia de valores Constitucionais, e fazendo referência a sentenças da Corte Constitucional Italiana que dão acolhimento a esta ideia, Papa, *Considerazioni sul Controllo di Costituzionalità Relativamente alla Misura Editale delle Pene in Itália e negli U.S.A.*, p. 693 e ss..

proporcionalidade<sup>489</sup>. O Direito Penal também não deveria «criar interesses», mas concretizar os já previstos na Constituição<sup>490</sup>, e neste processo de concretização, o valor não poderia perder a sua «fisionomia Constitucional»<sup>491</sup>. Assim, a significatividade do valor Constitucional não deveria depender de um seu «genérico enquadramento sócio-institucional de contornos mal definidos, mas da sua colocação na Constituição»<sup>492 /493</sup>.

489 Bricola, *Teoria Generale...*, cit., pp. 16, 18 e 19, considerando que os casos de manifesta desproporção poderiam ser objecto de controlo por parte da Corte Constitucional, porquanto se incluíam no controlo da razoabilidade da decisão (*sindacato de ragionevolezza*), controlo de eventuais discriminações de tratamento, que a Corte coloca sob o fundamento do art. 3.º da Constituição (neste sentido, *idem*, pp. 18, 19). Assim, o art. 3.º, na medida em que proíbe discriminações, exige uma certa proporção entre bem jurídico ofendido e grau da ofensa/medida da pena; exige que as punições não sejam excessivas, desproporcionadas; exige, no fundo, uma certa razoabilidade na decisão criminalizadora e na decisão em relação ao *quantum* da pena (*ragionevolezza*).

490 Bricola, *Legalità e Crisi...*, cit., p. 228; *Commentario...*, cit., p. 174 e também neste sentido em *Teoria Generale...*, cit., p. 17. Tal não impedirá, de todo, uma função prospectiva do Direito Penal, desde que ancorada na Constituição... Artigo fundamental da Constituição Italiana que consagra esta visão prospectiva é, precisamente, o 3.º, 2.ª comma... Sobre este problema, Fiandaca (*Bene Giuridico...*, cit., p. 67 e ss. e Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 7), encarando com muitas precauções e limites esta função, mesmo tendo por base a Constituição, na medida em que possa dar lugar a uma instrumentalização política do Direito Penal: «O Direito Penal, por sua natureza, tende a garantir ou a reforçar a tutela de bens já existentes, que a consciência social percebe como particularmente necessitados de protecção» (Fiandaca/Musco, *idem*). Tal não impediria a existência de uma função promocional através da protecção, pelo Direito Penal, «daqueles valores colectivos (como a saúde, o ambiente, prestações necessárias à recuperação dos recursos públicos, etc.), que a mesma consciência social quereria ver mais incisivamente protegidos» (Fiandaca, *idem*, p. 69). Sobre a necessidade de protecção penal mais incisiva de bens colectivos e prestações públicas, Romano, *Secolarizzazione, Diritto Penale Moderno e Sistema dei Reati*, p. 503 e Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, cit., em especial, n.º 3718, p. 7 e ss. Ao problema da função prospectiva já nos referimos incidentalmente, *supra*, notas 280 e 283 e iremos referir-nos ainda *infra*, na *Terceira Parte*.

491 *Teoria Generale...*, cit., pp. 17 e 19. Dá como exemplo de um bem em que se deverá prestar particular atenção à sua fisionomia constitucional, a propriedade (p. 17).

492 *Idem*, p. 18. Mais uma vez pretende Bricola evitar uma fluidez de critérios, ancorando-os na Constituição.

493 Esta concepção teria também importantes implicações no campo inter-

De salientar será, por fim, a defesa do princípio da lesividade do ilícito penal. Advoga, assim, um Direito Penal do facto, como Direito Penal do bem jurídico, em contraposição a um Direito Penal do autor<sup>494</sup>.

Esta concepção gera uma certa controvérsia em seu torno<sup>495</sup>. Autores há que defendem uma maior delimitação/restricção da área criminalizável, enquanto que outros reclamam maior abertura, uma maior possibilidade de escolha por parte do legislador penal.

Assim, se para autores como Angioni e Moccia a pena detentiva exigiria a presença de um bem do mesmo nível da liberdade, e para Musco a concepção de Bricola é de louvar, mas não delimita ainda suficientemente o âmbito de uma legítima criminalização, «permanece ainda...no vago»<sup>496</sup>, para Nuvolone<sup>497</sup>, ela vai longe demais na tentativa de concretização/delimitação dos valores penais.

pretativo — o juiz deveria «potenciar ou restringir o conteúdo de um tipo legal quando este não correspondesse plenamente ao valor constitucional» (*idem*, p. 18).

494 Tal concepção, defendida em Itália pela maioria da doutrina (Fiandaca e Musco, *ob. cit.*, p. 1; Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., Musco, *ob. cit.*, p. 114 e ss., Angioni, *ob. cit.*), encontra a sua razão de ser em fundamentos semelhantes aos apresentados pela doutrina de outras ordens jurídicas democráticas, como a portuguesa e a alemã — em especial, na dignidade da pessoa humana e na sua liberdade moral — *cogitationis poenam nemo patitur*. Para além disso, salienta-se, em Itália (nomeadamente Bricola e Musco), o argumento literal do art. 25.º, 2.ª comma da Constituição que refere a palavra «facto», e a mudança ideológica e política que a Constituição consagra, a qual não podia deixar de se colocar em oposição com a concepção de crime como «mera desobediência» ou «acto de infidelidade» (presente na Constituição anterior, de acordo com uma concepção político-ideológica completamente diferente).

495 Quanto aos autores que, no essencial, acolhem esta posição, *vide supra*, nota 472 (quanto à doutrina italiana; especificaremos, no entanto, o pensamento de Musco e de Angioni, por não ser totalmente coincidente com o de Bricola) e nota 314 (quanto à doutrina espanhola e portuguesa; à doutrina portuguesa referir-nos-emos, no entanto, *infra*, Secção 2).

496 Musco, *ob. cit.*, p. 122.

497 Nuvolone, *La Problematica Penale...*, cit. (*vide infra*, Secção 1.4.).

### 1.2. A concretização do princípio da proporcionalidade na tese de Angioni

a) Para Angioni<sup>498</sup>, como referimos já, dever-se-ia estabelecer uma regra de proporcionalidade de tal modo que só se pudesse recorrer à pena detentiva para tutelar bens do mesmo nível da liberdade (bens primários) e à pena pecuniária quer para a tutela de bens primários quer secundários. De qualquer modo, teria de se estar sempre perante valores constitucionais. Esta regra de proporcionalidade (não só condicionante do tipo de pena mas também da sua medida e da antecipação da tutela penal)<sup>499</sup>, resultaria da própria consagração constitucional da

<sup>498</sup> Angioni, *ob. cit.*, 163 e ss.; e *Seminario sobre Bien Jurídico...*, *cit.*, p. 712 e ss.

<sup>499</sup> Esta regra da proporcionalidade exigiria também que se tivesse em conta o grau da lesão ao bem jurídico e o tipo de culpa, quer para a escolha da espécie de sanção quer para a sua medida, factores que, em caso de dúvida quanto ao grau de importância do bem jurídico, poderiam assumir significado decisivo. Quanto mais importante fosse o bem em questão menor seria a exigência quanto ao grau mínimo de lesão para poder haver tutela penal, e menor seria também a exigência quanto ao grau de culpa. Inversamente, quanto menos importante fosse o bem, mais exigências haveria a fazer quanto ao grau de ofensa e ao grau de culpa, para a criminalização ser legítima. Também de acordo com a importância do bem (primário ou secundário) se deveria decidir quanto ao grau de antecipação da tutela penal (crime de perigo/crime de dano; perigo directo/indirecto — classificação a que dá preferência relativamente à de perigo abstracto/concreto). Assim, se em relação aos bens primários seriam de admitir os próprios crimes de perigo indirecto, quanto aos secundários só seriam admissíveis crimes de dano ou de perigo directo. É claro que salienta também a mutabilidade da classificação do tipo legal como de perigo ou de dano, de perigo directo ou indirecto, consoante o grau de concretização do valor objecto de protecção e consoante o valor eleito para bem jurídico (Também neste sentido, Cuello Contreras, *Presupuestos...*, *cit.*, p. 464). Assim, para se dar um exemplo — quanto ao problema do ambiente, se se eleger o próprio ambiente para bem jurídico, o tipo legal será de dano; mas se se eleger a saúde ou a vida e integridade física, já será um crime de perigo concreto ou mesmo abstracto/directo ou indirecto, consoante a formulação do tipo legal. Outro exemplo seria o dos delitos contra a administração da Justiça. Exige também o respeito pelo princípio da determinabilidade, princípio este que se deverá estender ao valor objecto de tutela. Esta ideia está ligada à função de prevenção geral positiva que o Direito

função reeducativa da pena (art. 27.º, comma 3.ª), uma vez que só uma pena proporcionada ao facto cometido conteria virtualidades reeducativas. O ponto de comparação para se estabelecer a distinção entre bens primários e secundários seria o valor liberdade pessoal, dado trata-se de um valor claramente reconhecido pela Constituição como primário<sup>500</sup> e que se vê limitado pela pena detentiva. Os bens primários poderiam ser de carácter individual — aqueles sem os quais o indivíduo não pode realizar-se, nas mínimas formas existenciais, ou cuja falta seria atentatória da dignidade do homem, ou colectivo — aqueles que são necessários para que o indivíduo se possa realizar nas «mínimas expressões sociais» e «os bens institucionais... que configuram o tipo de Estado delineado na Constituição»<sup>501</sup>. Dá como exemplo de bens primários, a vida, a saúde, a liberdade moral, a honra, o trabalho, o domicílio (e a esfera de reserva de vida privada), bens materiais de subsistência e de autonomia económica no sentido do art. 36.º da Constituição — suficientes para assegurar uma vida livre e digna. Assim, tratar-se-ia de um conceito de primaridade mais restrito do que o de «pleno desenvolvimento da personalidade humana» do art. 3.º da Constituição<sup>502</sup>. Salienta ainda que, para que esta distinção tivesse efeitos práticos, seria necessário cindir determinados bens em categorias de diferente grau. Dá como exemplo o bem honra que se subdiviria em honra, reputação, decoro e prestí-

Penal também deve exercer. Quanto ao discutido (e discutível) problema da antecipação da tutela penal, *vide* Palazzo, *ob. cit.*, p. 79 e ss.; Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 78 e ss.; criticamente em relação aos crimes de perigo abstracto, Gallo, *I Reati di Pericolo*; no entanto, salientando que nem sempre o crime de perigo concreto constitui um perigo superior ao crime de perigo abstracto, tudo dependendo da formulação do tipo legal, e preferindo a distinção entre crime de perigo directo e indirecto (Angioni, *ob. cit.*, p. 177 e ss.).

<sup>500</sup> Neste sentido, *ob. cit.*, p. 167 e ss., dando relevo ao qualificativo «inviolável» com que, no art. 13.º, se caracterizou o valor liberdade.

<sup>501</sup> Quanto aos bens institucionais, em relação aos quais poderia ser difícil fazer valer o princípio da proporcionalidade, Angioni encontra um «parâmetro de homogeneidade» entre eles e os bens individuais através do sujeito titular do bem jurídico — a pessoa jurídica a que são atribuídas funções e poderes (*Seminario sobre Bien Jurídico...*, *cit.*, p. 714).

<sup>502</sup> Angioni, *ob. cit.*, pp. 203 e 204.

gio, sendo os dois primários bens de grau primário (importância comparável à da liberdade) e os outros dois de grau secundário. Também quanto ao bem património, haveria que o cindir em diferentes categorias consoante se estivesse perante bens essenciais para assegurar uma vida digna ou bens supérfluos.

b) É verdade que a concepção de Angioni nos oferece um contributo valioso, ao salientar a importância fundamental do princípio da proporcionalidade para se alcançar uma criminalização legítima e ao pôr em relevo a referência fundamental do valor liberdade pessoal para se concretizar tal princípio. O facto de tomar em consideração uma globalidade de factores (não só a importância dos bens e o tipo de pena, mas também o tipo e grau de ofensa e de culpa, tipo e medida da pena, grau de antecipação da tutela...), como condicionantes do juízo de proporcionalidade, também nos parece de louvar. Já a separação dos bens em primários e secundários, com a consequente restrição do emprego da pena detentiva à tutela dos primeiros, pela aplicação de uma, diríamos, «estrita» proporcionalidade, se, à partida, nos parece merecer aprovação, acaba por nos suscitar algumas reservas.

Ora, parte dessas reservas são já reconhecidas pelo próprio autor. Elas residem na dificuldade em se graduarem os bens em primários e secundários, dificuldade esta agravada com o facto do grau de importância dos bens estar sujeito a mutações históricas<sup>503</sup>. Cremos que haverá um pequeno núcleo de bens de inquestionável<sup>504</sup> primariedade (vida, liberdade, integridade física), mas, a partir daí, as dúvidas surgirão em crescendo. Digamos que a hierarquização da importância dos bens se torna problemática, dependente do momento histórico, e que não se fará pela existência de categorias precisas a que corresponda deter-

<sup>503</sup> Estas dificuldades são reconhecidas por Angioni, *ob. cit.*, p. 204, salientando ainda o facto destas operações de gradação dos bens serem falsificáveis e do elenco de bens primários ser forçosamente muito vasto.

<sup>504</sup> Ou quase inquestionável... Sobre este aspecto, *vide* também *Terceira Parte*.

minado grau de importância, mas por uma contínua gradação<sup>505</sup>. Quando esta gradação exige a cisão de certos bens em diferentes categorias, então, ela poderá tornar-se ainda mais difícil e polémica — será o caso do bem património<sup>506</sup>; seria possível subdividi-lo em bens materiais indispensáveis para uma vida digna — bem de grau primário — e outros bens patrimoniais — de grau secundário?<sup>507</sup> E, por outro lado, mesmo que tal fosse possível, alcançar-se-iam resultados satisfatórios, legitimando-se o emprego da pena detentiva *apenas* para a tutela dos primeiros?<sup>508</sup>

<sup>505</sup> Podendo também, nalguns casos, ser até impossível estabelecer qualquer gradação entre os bens.

<sup>506</sup> Defendendo também a distinção, dentro do bem património, entre os bens patrimoniais relevantes no plano existencial ou dotados de pública utilidade, dos outros bens (supérfluos), circuncrevendo até a tutela penal (e já não, somente, a pena detentiva) à protecção dos primeiros, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, pp. 72, 73.

<sup>507</sup> Este é também um dos bens, ao lado do valor saúde, referido por Angioni como não facilmente decomponível (*ob. cit.*, p. 205).

<sup>508</sup> Sendo assim, face a crimes patrimoniais de quantias muito avultadas, de bens de elevado valor, dever-se-ia prescindir da pena detentiva, por não estarem em causa bens essenciais a uma subsistência minimamente digna, mas, pelo contrário, bens considerados supérfluos? E tal deveria ser assim independentemente da condição económica do agente? (Já que, a da vítima, é tomada em consideração, na medida em tudo parte da sua perspectiva — se lhe subtraem bens essenciais ou não à sua subsistência. Deste modo, a apropriação ilícita de uma mesma soma pecuniária a duas pessoas diferentes poderia dar ocasião a tipos de penas também diferentes). Então, parece que se teria de pôr em causa, em muitos dos chamados *White Collar Crime*, o recurso à pena detentiva. Na verdade, muitas das vezes, através deste tipo de crimes no domínio da economia, do que se trata é da apropriação ilícita de avultadas somas, que não serão essenciais à subsistência da vítima. No entanto, a pena detentiva poderá apresentar-se a mais adequada a prevenir o crime, pois a pena pecuniária, as mais das vezes será compensada com o crime praticado ou repercutida. (Sobre estes aspectos, *vide* Figueiredo Dias, *Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, em especial p. 38 e ss.). E, nestes casos, cremos não se tratar propriamente de um conflito entre dignidade da infracção que, segundo um juízo de proporcionalidade, exigiria uma pena não detentiva, e necessidades sociais de prevenção, pois parecemos questionável o critério que considera que nestes crimes a pena detentiva não seria proporcional ao facto cometido. Cremos, no entanto, não ser este o resultado pretendido por Angioni — partindo este autor da distinção entre bens

c) Assim, se uma regra de «estrita»<sup>509</sup> proporcionalidade, nos termos delineados, nos parece muito difícil de concretizar, já alguma proporcionalidade (em termos aproximados) deveria, de facto, ser respeitada. É verdade que também Bricola exige o respeito pelo princípio da proporcionalidade, pois defende que a medida da pena deve variar com o grau de significatividade do valor e da lesão, propondo, para controlo da razoabilidade da sanção, a comparação entre valor tutelado e liberdade humana restringida. Digamos que se trata, assim, de uma exigência de proporcionalidade, em termos que nos parecem ser menos rígidos, mas capaz ainda de evitar flagrantes desproporções, o que também já pressupõe uma certa hierarquização de valores.

Ora, teremos que dizer que, apesar de todas as críticas que têm sido feitas a uma hierarquização de valores, ela acaba por ser referida, implícita ou explicitamente, por muitos autores<sup>510</sup>.

---

primários e secundários, mas mandando atender também ao grau de agressão e ao grau de culpa, como factores que deverão ser tomados em consideração num juízo de proporcionalidade, não poderia entender que, nestes casos, a pena detentiva seria ainda proporcionada à gravidade do facto? E tal seria assim, na sua concepção, mesmo que não surgissem dúvidas quanto à classificação dos bens como secundários? (Pois, no caso de dúvidas, é Angioni quem nos diz que os outros índices — gravidade da ofensa . . . , assumirão papel decisivo . . . vide *supra*, nota 499). Se assim fosse, então parecer-nos-ia que a sua concepção já não nos colocaria tantas dúvidas. No fundo, sendo a delimitação entre bens primários e secundários apenas um ponto de partida para a aplicação em concreto do princípio da proporcionalidade, então, o único problema residiria nas dificuldades, reconhecidas por Angioni, para se proceder a essa delimitação, mas, quando possível, seria um bom ponto de partida.

<sup>509</sup> Denominação nossa, para a podermos distinguir da exigência de proporcionalidade não tão rigorosa (exigente) que os outros autores fazem, nomeadamente Bricola. Também ele defende que na determinação da medida da pena se deverá ter em conta o grau de significatividade do valor e da lesão.

<sup>510</sup> Vide, entre outros, Fiandaca, o qual propõe uma reformulação da parte especial do Código Penal de acordo com esta hierarquia, tendo como ponto de partida o valor da pessoa humana . . . *Bene Giuridico* . . . , cit., p. 55 e ss.; Musco pressupõe-na ao restringir a área da tutela penal apenas a certos valores constitucionais (vide *infra*, Secção 1.3.). Em Portugal, também Costa Andrade fala de uma «hierarquia querida pela Constituição» (*O Novo Código Penal* . . . , cit., p. 227, nota 34).

E, na prática, alguma hierarquização se torna inevitável, nomeadamente quando se escolhe o tipo de penas para o respectivo tipo legal e quando se determina a moldura penal, embora estas decisões não tenham só em conta o grau de importância do valor em causa, mas também o grau de lesão, forma de lesão, tipo de culpa, necessidades de prevenção, etc. O problema, então, talvez se deva colocar sobre a existência de hierarquias rígidas ou tendenciais, ordens fechadas ou «ordens fracas»<sup>511</sup>. E a solução parece-nos estar, no contexto de ordens jurídicas democráticas, compromissórias e plurais, na segunda hipótese. Por outro lado, cremos também não se dever esquecer que, embora o juízo de proporcionalidade pressuponha, implicitamente, a existência de alguma gradação entre os bens, ele deverá ser sempre aferido em concreto e não de acordo com uma hierarquia abstracta de valores rigidamente elaborada (até porque, só assim se podem ter em conta os outros índices da proporcionalidade).

### 1.3. O art. 27.º, n.º 3, da Constituição e a restrição da tutela penal às condições mínimas da vida em comum — tese de Musco

a) Segundo Musco<sup>512</sup>, nem todos os valores com relevo constitucional deveriam ser tutelados penalmente. Seria necessário encontrar um princípio constitucional, através do qual se pudessem seleccionar, do conjunto de valores constitucionais, os passíveis de tutela penal. Ora, este critério, este princípio, não teria sido indicado por Bricola. Com a expressão «*significatividade* constitucional», não teria sido resolvido este problema, quer porque Bricola não concretiza o seu conteúdo, quer porque não a utiliza com um sentido unívoco. Assim, em certas passagens parece querer indicar um nível suficiente de lesão — «o ilí-

---

<sup>511</sup> Esta expressão é de Alexy (*apud* Stern, *Staats und Rechts*, p. 914). Considerando como valores mais fundamentais os que estão mais directamente ligados à dignidade humana (Drindl, Stern e, no fundo, também Vieira de Andrade, vide *infra*, na *Terceira Parte*).

<sup>512</sup> *Ob. cit.*, p. 122 e ss.

cito penal pode concretizar-se numa *significativa* lesão de um valor constitucionalmente relevante», noutras parece referir-se a um índice para a medida da pena<sup>513</sup>.

Tal princípio limitador/concretizador, encontra-o Musco no já referido art. 27.º comma 3.ª, da Constituição. A ligação entre bem protegível penalmente e função da pena<sup>514</sup>, mais propriamente a função reeducativa, no contexto de um Estado pluralista, limitaria a área de tutela penal às *condições mínimas de vida em comum*, cuja violação se traduz em termos de danosidade social, e que não se identificam com todas os valores constitucionais<sup>515</sup>. Por outro lado, deste mesmo preceito pode retirar-se a exigência de que os bens tuteláveis penalmente sejam «perceptíveis com o intelecto» e «não se esfumem conceitualmente... como no caso do sentimento religioso ou da sensibilidade moral da colectividade»<sup>516</sup>, pois só em relação a bens

513 Respectivamente *Teoria Generale...*, cit., pp. 15 e 16 (argumentos referidos por Musco, *ob. cit.*, p. 123). Diríamos ainda que umas vezes Bricola se refere à significatividade da lesão e, outras, à significatividade do valor (ora, sendo estes, aspectos que se inter-relacionam, também têm alguma autonomia). No primeiro sentido, *idem*, p. 15, no segundo, p. 16. Na verdade, o autor terá querido tomar em consideração quer um aspecto quer outro.

De todo o modo, parece-nos que, na verdade, através desta expressão («significatividade constitucional») Bricola não terá querido excluir, à partida, de uma legítima tutela penal, quaisquer valores de nível constitucional, pois é o próprio autor que afirma: «... não se podendo necessariamente sustentar que a sanção penal deva ser adoptada apenas para tutelar valores constitucionais seleccionados como *significativos*, todavia a *significatividade* do valor condiciona certamente a medida entre a qual se pode conter a pena» (*idem*, p. 16; *vide infra*, nota 521).

514 Que, como vimos, já havia sido posta em evidência na doutrina alemã e portuguesa (*vide supra*, *Primeiro Capítulo*, em especial *Secção 3.*).

515 Neste sentido, Musco, *ob. cit.*, p. 127.

516 *Idem*, p. 125 e ss.; *vide*, no entanto, as considerações por nós feitas *supra*, *Primeiro Capítulo*, *Secção 4. a*), a propósito, por um lado, da violação de «sentimentos», violação essa que, na nossa perspectiva, em certos casos e em certos níveis, poderá contender mesmo com a dignidade humana e, por outro, da necessidade de determinabilidade objectiva dos danos causados (*vide* também *Primeira Parte*, *Segundo Capítulo*, *Secção 4. d*), em especial notas 253 e 256); o que não quer dizer que não estejamos de acordo com o critério da «perceptibilidade intelectual» dos bens protegíveis.

perceptíveis e suficientemente determinados, se pode cumprir a função ressocializadora da pena<sup>517</sup>. Acentua ainda o carácter historicamente situado dos bens penais, a necessidade da norma estar em consonância com a realidade, pretendendo afastar as críticas de ahistoricidade e/ou irreabilidade, a que têm estado sujeitas as concepções de bem jurídico ancoradas constitucionalmente<sup>518</sup>. Necessária expressão constitucional do bem não implicaria, assim, distanciamento da realidade e do seu carácter mutável, uma vez que a capacidade dos valores constitucionais para serem colocados na óptica do art. 27.º, comma 3.ª da Constituição seria «influenciada por concretas atitudes da consciência social». O valor não representaria uma entidade puramente normativa, mas seria «condicionado pelo conjunto das representações culturais, que determinariam a sua validade no seio de uma dada ordem social»<sup>519</sup>.

b) É curioso observar como Musco, para tentar concretizar melhor e delimitar mais o âmbito de uma legítima tutela penal, busca um princípio — o da função reeducativa da pena — em que já Bricola se baseava (embora não exclusivamente nele) para fundamentar a restrição da tutela penal a valores com

517 Não se trataria de exigir o carácter material, apreensível pelos sentidos, dos objectos passíveis de tutela penal, mas da sua «apreensibilidade intelectual». Sobre este problema *vide supra*, *Primeira Parte*, *Segundo Capítulo*, *Secção d*), em especial nota 253.

518 Um dos autores que tem criticado uma teoria do bem jurídico que tenha como ponto de partida a Constituição, é Hassemer, considerando-a desligada da realidade, não tendo em conta factores empíricos relevantes, ao que Musco responde não só com o carácter situado dos bens jurídicos como com a distinção entre teoria do bem jurídico, como conceito do crime e política criminal que a assume como ponto de partida (Musco, *ob. cit.*, p. 129, nota 177). Salientando a historicidade do bem jurídico, Kienapfel, *Privatsphäre und Strafrecht*, p. 15 (*apud idem*), segundo o qual não se pode dar uma definição absoluta de bem jurídico, mas apenas relativa «porque deve estar ligada às necessidades de protecção e valores da sociedade numa concreta situação histórica».

519 Musco, *ob. cit.*, p. 129.

relevo constitucional. E os dois autores chegam à conclusão de que este princípio impõe que só se punam factos que atentem contra as «condições mínimas da vida em comum». Só que, enquanto Bricola identifica esses factos com os que põem em causa valores com relevo constitucional<sup>520</sup>, Musco entende que nem todos os valores constitucionais traduzem essas «condições mínimas» e pretende, assim, restringir ainda mais o âmbito de uma legítima criminalização. Deste modo, enquanto que para Bricola, em princípio, a tutela penal de um valor constitucional não seria ilegítima<sup>521</sup>, para Musco já poderia haver inconstitucionalidade nestas circunstâncias.

<sup>520</sup> Neste sentido recorde-se a sua afirmação — «cuja função (refere-se aos valores de relevo constitucional) consiste em proteger as condições mínimas da vida em comum e cuja violação pode ser aqui traduzida em termos de danosidade social» (Art. 25.º, 2.ª e 3.ª comma..., cit., p. 274).

<sup>521</sup> De facto, a partir da sua expressão «significativade constitucional» não se consegue retirar, como vimos já, uma indicação no sentido de se dever seleccionar, de entre os valores constitucionais, os passíveis de tutela penal (nem terá sido essa, como vimos *supra*, nota 513, a intenção de Bricola). Assim, não estaria vedada ao legislador a tutela penal de quaisquer valores com relevo constitucional, devendo no entanto a medida da pena ser graduada segundo a significativade dos valores e da lesão. Deste modo, não haveria inconstitucionalidade por se estar a tutelar um valor constitucional menos relevante, mas a inconstitucionalidade já poderia derivar do desrespeito pelo princípio da proporcionalidade, p. ex., ao se prever uma pena excessiva em relação à significativade do valor e/ou da lesão em causa. Será que este mesmo princípio da proporcionalidade poderia excluir a legitimidade da tutela penal de um valor constitucional, comparando a sua significativade (a sua reduzida significativade) com a gravidade da pena? O respeito pelo princípio da proporcionalidade poderia exigir, p. ex., que só se tutelassem as lesões mais graves a esse valor e, mesmo assim, que fosse escolhida uma pena mais leve, numa medida também mais leve. Mantendo-se de qualquer modo a desproporção, então a solução legítima (constitucional) seria, do nosso ponto de vista, a descriminalização (ou a não criminalização). No entanto, esta hipótese de um valor com algum relevo constitucional ter de ficar fora da tutela penal (que não será muito comum, tendo em conta que os valores constitucionais já são, por *essência* — pensamos na Constituição material — fundamentais), teria por fundamento a aplicação do princípio da proporcionalidade face ao caso concreto e não uma selecção de valores feita em abstracto e *a priori*, com base em critérios algo vagos. Isto, embora através desta ideia de proporcionalidade, se esteja também a aceitar alguma hierarquia de valores.

c) Mas, pretendendo Musco concretizar o âmbito de tutela penal, terá conseguido este seu intento? Criticando a indeterminação das indicações dos outros autores, terá alcançado essa determinabilidade? De facto, embora a referência a «formas mínimas da vida em comum» e à «susceptibilidade de apreensão intelectual», sejam índices importantes, são eles realmente capazes de fazer a referida selecção, de entre os valores com relevo constitucional, em termos vinculativos para o legislador?<sup>522</sup> Permitimo-nos duvidar de tal potencialidade. Cremos que a delimitação do âmbito de uma legítima tutela penal fica

<sup>522</sup> Curiosa nos parece ser, a este respeito, a observação de Fiandaca, segundo a qual, delimitar a área de uma possível criminalização através da ideia da ressocialização, acabaria por ser uma petição de princípio. De facto, se a reeducação deve variar consoante a ordem jurídica em questão, e se para tal pressupõe uma referência aos valores constitucionais, como servir ao mesmo tempo para seleccionar os valores constitucionais susceptíveis de tutela penal? (Fiandaca, *Bene Giuridico*..., cit., p. 57). Parece-nos, no entanto, que a ideia da legitimidade ressocializadora se restringir aos bens mais fundamentais, traz um contributo limitativo da criminalização. Mas, na verdade, para além desta ideia provir já de princípios constitucionais ligados à consagração do Estado de direito democrático (dignidade humana, pluralismo, etc.), para determinarmos quais são esses bens fundamentais, mais uma vez teremos de recorrer à Constituição como sua mediatizadora. Todavia, o que Musco pretendia é que esta mesma ideia de legitimidade ressocializadora, indicasse um critério *concreto* para se proceder a uma hierarquização de valores constitucionais, mas tal parece difícil de alcançar com as fórmulas indeterminadas — «formas mínimas de vida em comum» e «apreensibilidade intelectual dos bens», as quais, embora ofereçam algum contributo, estão ainda dependentes (como o próprio autor defende) da situação histórica, da realidade do momento. De todo o modo, só com a ajuda dos próprios critérios constitucionais poderíamos estabelecer algumas graduações entre os valores. Cremos que a existência de alguma hierarquia, tendencial embora, não rígida, e podendo variar até com o concreto momento histórico, apesar de problemática, de difícil concretização, será de aceitar. Mas, restringir a tutela penal, necessariamente, ao *topo dos valores constitucionais* — o qual nos parece de mais fácil determinação e também mais estável (vida, integridade física, liberdade), poderá ser exagerado; abrir um pouco mais as possibilidades de tutela penal, querendo excluir, *a priori*, alguns valores constitucionais considerados menos relevantes, torna o critério cada vez mais indefinido e inseguro, até pela referida variabilidade da essencialidade dos valores com o concreto momento histórico.

muito vaga<sup>523</sup>, ocasionando maior incerteza para o legislador penal e para as relações deste com os órgãos de controlo da constitucionalidade, do que a exigência (mais limitada) da necessária relevância constitucional do bem protegível.

Por outro lado, parece-nos também poder ser um tanto excessiva a delimitação pretendida por Musco. Que se procure limitar a liberdade do legislador, numa área tão delicada como a penal, tentando garantir que não se criminalizem comportamentos que não afectem valores importantes, fundamentais, parece-nos de louvar. Mas, contendo a Constituição, por essência<sup>524</sup>, valores fundamentais para a comunidade, já nos parece excessivo querer comprimir ainda mais o âmbito de decisão do legislador, delimitando de entre o conjunto destes valores um núcleo mais restrito, único onde este se poderia mover, até pela relativa mutabilidade de importância dos valores, em cada momento histórico. Isto, para além da limitação que o *princípio da proporcionalidade* sempre representa e que poderá eventualmente exigir que fique fora da tutela penal um dado valor ou uma dada forma de agressão a esse valor. Cremos que este princípio terá até potencialidades para ser, em concreto, mais operativo<sup>525</sup>. Será também de salientar que, de qualquer modo,

523 Mais vaga do que a de Bricola, uma vez que pretende delimitar, de entre os valores constitucionais, os susceptíveis de tutela penal. *Vide* nota anterior.

524 A Constituição em sentido material... É claro que, na medida em que a Constituição formal possa suscitar dúvidas quanto à sua conformidade com a Constituição material, se poderão alargar as margens de insegurança nas relações legislador/órgão de controlo da constitucionalidade, mas esta parece-nos ser uma consequência inevitável e que, assim, teremos de aceitar (nomeadamente, se a Constituição formal contiver valores sem dignidade constitucional, estes deverão ser excluídos da tutela penal — mas também só poderá haver controlo face a casos suficientemente claros).

525 *Vide* considerações feitas *supra*, Secção 1.2., a propósito da concepção de Angioni; *vide* também Fiore, *I Reati di Opinione*, p. 90. Sobre o princípio da proporcionalidade, mais desenvolvidamente, *infra*, Secção 2.4. De facto, não se exclui a possibilidade de, na prática, este princípio vir a conduzir a resultados semelhantes aos pretendidos por Musco (tudo depende do que se entendesse em concreto por «condições mínimas para a vida em comum») mas, de todo modo, parece-nos ser uma base mais consistente para esses resultados.

não há uma identificação total entre valor constitucional-bem jurídico penal, dadas as diferentes funções que cada um exerce<sup>526</sup>. Desde logo, o legislador penal poderá (em certos casos só deverá) proteger esses valores apenas de certas formas de agressão e não de todas as formas de agressão possíveis (uma das consequências do princípio da proporcionalidade e do princípio da fragmentariedade), das mais graves, das mais intoleráveis do ponto de vista social.

Assim, parece-nos que os valores Constitucionais deverão ser o *quadro máximo* de uma legítima intervenção penal, em conjugação com o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Ao se conferir maior liberdade ao legislador penal, permitir-se-á que ele escolha, para tutelar penalmente, os valores constitucionais que no momento se mostrem mais dignos de tutela penal, o que poderá variar de época para época. Neste sentido, esta concepção vem de encontro à preocupação de proximidade com a realidade e com o momento histórico, demonstrada por Musco, parecendo-nos, no entanto, dever ser primacialmente o legislador a avaliar estas circunstâncias, desde que respeite os princípios referidos<sup>527</sup>.

526 Salientando este aspecto, Sax, *ob. cit.*, p. 911 e ss.; Figueiredo Dias, referindo-se a uma relação entre as duas ordens «que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido...» (*Os Novos Rumos...*, *cit.*, p. 16); Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 139; (mais desenvolvidamente, *vide infra*, Secção 2.3.). Tal não contraria a exigência feita por Bricola de que, na concretização do valor — ou seja, na configuração do bem jurídico — não se altere a sua fisionomia constitucional, se entendermos esta exigência como uma proibição da adulteração do sentido da protecção constitucional e não como uma necessária identificação entre valor constitucional-bem jurídico penal. Pela própria natureza da Constituição, pelo seu carácter durável e consagrador de linhas gerais de conformação social, os seus valores, os seus princípios, consentem alguma maleabilidade, alguma adaptabilidade às concretas exigências do momento, o que é completamente diferente de «distorção da sua fisionomia, do sentido da sua protecção».

527 Do relevo constitucional do bem e do princípio da proporcionalidade e salvo casos de manifesta irrazoabilidade, nomeadamente por uma subversão da fisionomia constitucional dos valores, ou da tendencial hierarquia de valores constitucional (enquanto tendencial aceitamos, de facto, a existência desta

#### 1.4. A não limitação da tutela penal aos valores constitucionais — tese de Nuvolone

Para Nuvolone<sup>528</sup>, a Constituição deve servir de parâmetro de legitimação da lei penal, mas não deveria restringir o âmbito de liberdade do legislador ao ponto deste só poder criminalizar a violação de valores constitucionais<sup>529</sup>. «Não parece possível reter que uma teoria do crime se deva exaurir na perspectiva constitucional»<sup>530</sup>. Se, na verdade, os bens expressamente consagrados na Constituição individualizam interesses primários, susceptíveis de tutela penal, não teria, no entanto, de ser considerada ilegítima a criminalização da violação de outros bens, desde que não estivessem em contradição com os constitucionais<sup>531</sup>. Deste modo, a Constituição deixaria ampla margem de operatividade ao legislador penal, apenas lhe apondo limites formais e o limite material da não incompatibilidade com os seus princípios e valores, o qual determinaria a inconstitucionalidade da incriminação de condutas no exercício de um direito constitucional<sup>532</sup>. O controlo de legitimidade excluiria, assim, qualquer avaliação de natureza política e qualquer inter-

hierarquia — sobre este aspecto, *vide infra*, Terceira Parte, em especial Terceiro Capítulo).

<sup>528</sup> Nuvolone, *La Problematica Penale della Costituzione*, p. 490 e ss.

<sup>529</sup> E, no entanto, Nuvolone foi um dos autores que mais se preocupou com a orientação legítima do legislador penal e salientou a importância do papel do jurista na criação das normas — segundo este autor, seria necessário que o legislador se desvinculasse do «espaço de legalismo que não tutela o cidadão dos possíveis arbítrios do estado» (*Il momento penale*, p. 150, *apud* Stortoni, *L'Abuso di Potere...*, *cit.*, p. 100) «A função do jurista... não se esgota na exegese e na dogmática: a sua mais alta função é a de criar as normas» (*Natura e Storia*, p. 191, *apud idem*).

<sup>530</sup> *La problematica...*, *cit.*, p. 490.

<sup>531</sup> *Idem*, p. 491.

<sup>532</sup> A não ser, é claro, que tal conduta pusesse em causa os próprios limites do direito constitucional, ou um outro valor constitucionalmente protegido — problema de limites e colisão de valores constitucionais. Sobre este problema, por todos, em Portugal, *vide* Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 215 e ss., resolvendo esta questão segundo um princípio de concordância prática que ressalve o núcleo essencial de cada valor constitucional (de acordo com o art. 18.º da Constituição).

ferência no uso de poder discricionário por parte do legislador penal<sup>533</sup>. O art. 25.º da Constituição, ao consagrar a reserva de lei e o princípio da legalidade, nada estaria a dizer quanto ao conteúdo da matéria penal, mas apenas a impor limites formais. Se tivesse querido impor limites materiais tê-lo-ia dito expressamente. Por outro lado, a partir do art. 13.º, pretender que o bem liberdade só possa ser restringido quando estão em causa bens constitucionalmente significativos, seria uma petição de princípio, uma vez que a liberdade não poderia ser entendida em sentido absoluto mas «só relativo ao âmbito no qual o indivíduo pode licitamente operar com base em normas não incompatíveis com a Constituição»<sup>534</sup>. Quanto aos conflitos de direitos constitucionalmente garantidos, entende que estes problemas não se poderão resolver através de uma hierarquia de bens constitucionais, mas sempre a partir do caso concreto, preservando o que há de essencial em cada um<sup>535</sup>.

<sup>533</sup> Neste sentido *idem*.

<sup>534</sup> *Idem*.

<sup>535</sup> *Idem*, pp. 491, 492. Em relação ao conflito de direitos constitucionais, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 220 e ss., defendendo também o princípio da concordância prática o qual impõe que, em vez do sacrifício unilateral de um dos direitos, a partir de uma hierarquia de valores (que nem sempre, ou talvez nunca seja possível de estabelecer), se tentem harmonizar os vários direitos em questão, comprimindo-se o menos possível cada um deles e ressaltando-se sempre o seu núcleo essencial. Também neste sentido Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 657 e ss., afirma que a solução dos conflitos se deverá procurar pelo recurso aos critérios da «ponderação e/ou harmonização no caso concreto», «princípio da concordância prática», «ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes», mas salienta também que, caso seja necessário, se terá que estabelecer uma relação de prevalência» (p. 660). Nada do que dissemos até aqui pretendeu contrariar estas posições. Por um lado, parece-nos de salientar que com a criminalização não estamos propriamente perante uma colisão de direitos. De facto, a pena opera a restrição de direitos para preservar determinados bens comunitários que, na nossa perspectiva, deverão ter uma base constitucional (e em muitos casos esta base, esta fonte, residirá mesmo nos direitos fundamentais) mas, parece-nos ser um conflito com características especiais, pois, não é que o exercício de um direito choque (entre em conflito) com o exercício do outro direito, mas prevê-se a restrição de um direito como consequência, como resposta, à ofensa a outro bem com relevo constitucional, a qual representa um *abuso de direito* (no sentido referido por Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., pp. 508, 509), quando se entende que esta

Também Latagliata e Mazza<sup>536</sup> se exprimem no sentido da não restrição do âmbito penal aos valores Constitucionais, qualificando essa posição limitativa de «anacronista». Salientam estes autores as diferentes características da Constituição *versus* Direito Penal, devendo ser este a adaptar-se às necessidades do momento, aos novos problemas e a exigências não previstas na Constituição.

será forma adequada a prevenir estas ofensas e, assim, a preservar estes bens. De todo o modo, temos vindo a defender que, nesta restrição de direitos operada pela lei penal, se devem respeitar os princípios referidos — ponderação, proporcionalidade, concordância prática no sentido de não se restringir mais do que o necessário para a defesa eficaz do outro bem, salvaguardando-se, assim, o máximo de cada um deles. E é evidente que a aplicação destes princípios se tem que fazer face a cada caso, não se podendo criar fórmulas abstractas capazes de, por mera subsunção automática, resolver todas as questões (*vide supra*, Secção 1.2. b) e c), a propósito da concepção de Angioni). O único ponto de divergência poderia residir no problema da existência ou não de hierarquias de valores. Só que, sempre defendemos que essas hierarquias não são rígidas e nem sempre exequíveis... Mas, continuamos a afirmar que alguma hierarquização nos parece inevitável e se acaba sempre por fazer — é ela que nos permite penalizar com uma moldura mais gravosa o homicídio do que as ofensas corporais e que, na nossa perspectiva, deveria conduzir ao estabelecimento de molduras mais pesadas para estas, pelo menos para as ofensas graves, em relação ao furto... E nestas decisões não se deixa de tomar em consideração o grau de ofensa, tipo de culpa, etc. (veja-se a referência às ofensas graves), mas, de qualquer modo, também não se deixa de levar a cabo uma hierarquização de valores (com todas as suas limitações).

<sup>536</sup> Lucci e ombre... *cit.*, p. 212. Assim como Mazza e Latagliata, também Pagliaro e, até certo ponto, Petrone.

Pagliaro vai muito longe na crítica à capacidade delimitadora da Constituição — nega a função crítica ao conceito de bem jurídico ancorado constitucionalmente e reconhece-lhe apenas potencialidades sistemáticas (*Seminário sobre Bien Jurídico...*, *cit.*, p. 716). Petrone apõe certas reservas (ou pelo menos dúvidas) a concepções como as de Bricola. Na opinião deste autor, o limite constitucional deveria constituir essencialmente uma «linha de tendência»... «uma orientação para verificar a razoabilidade da escolha do legislador», buscando também, como fundamento desta exigência de razoabilidade, o art. 3º da Constituição. No entanto, admite (claramente numas situações e dubitativamente noutras) a existência de vínculos constitucionais proibitivos da criminalização. Assim, o legislador teria «o ónus» de não emanar leis penais em contraste com normas constitucionais, de não criminalizar factos no âmbito do exercício de direitos constitucionais, de tomar decisões «razoáveis» e, embora ressalve a discutibili-

b) Que dizer desta posição que alarga o âmbito da criminalização a condutas não lesivas de valores constitucionais?

Por um lado, parece-nos que, deste modo, não se alcançaria um limite suficiente para o poder criminalizador, uma garantia eficaz de restrição da tutela penal a valores realmente fundamentais para a comunidade em causa. Por outro lado, cremos que se pode fazer face ao carácter mutável das circunstâncias sociais que reclamaria a protecção de novos e/ou diferentes valores, através de uma noção ampla de valores constitucionais — noção que abarca quer os valores explícitos quer os implícitos e ainda os que se encontrem numa relação de pressuposição<sup>537</sup>. Esta é, de resto, a concepção defendida por Bricola, Fiandaca, Angioni e até por Musco. É verdade que, deste modo, se encurtam as distâncias entre estes autores e aqueles que não restringem a área de tutela penal aos valores constitucionais. Mas julgamos que, mesmo assim, se podem encontrar melhores garantias para uma não arbitraria tutela penal na concepção dos primeiros, sem, por outro lado, se cair nos inconvenientes de desfazamento do Direito Penal em relação à realidade e sua mutabilidade.

Serão valores constitucionais implícitos aqueles que, não estando expressamente previstos na Constituição, fazem parte do seu espírito, deduzem-se do conjunto dos seus preceitos — será o caso, na Constituição Italiana, do direito à vida. É um direito que, não estando expressamente previsto, não poderia deixar de se reconhecer como constitucional, emergindo do próprio grau primário que é atribuído à pessoa no contexto constitucional<sup>538</sup>. Serão valores numa relação de pressuposição necessária aqueles que, não estando previstos na Constituição, têm um valor instrumental em relação à defesa de um valor

dade deste último vínculo, de não criminalizar a ofensa a valores de reduzido significado constitucional (*ob. cit.*, p. 1046 e ss.).

<sup>537</sup> Esta seria, de resto, uma exigência da consideração da Constituição em sentido material...

<sup>538</sup> Neste sentido Bricola, *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 17 e Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 53 e ss. Segundo este autor e segundo Musco, outro exemplo de bem implícito seria a «piedade para com os defuntos», embora reconheçam como controversa a sua tutela penal (*Diritto Penale*, p. 5).

constitucional explícito, de tal modo que a sua lesão colocaria em perigo este valor explícito. Pense-se no caso da segurança do tráfego em relação ao bem vida e integridade física, ou na fé pública em relação à tutela de bens explícitos como o património, a economia e a administração da justiça. Pense-se ainda, no âmbito de Constituições que não prevejam a tutela da saúde pública e do ambiente, no perigo que a sua lesão constitui para valores (geralmente explícitos) como a vida e a integridade física<sup>539</sup>.

Deste modo, novas exigências de tutela, oriundas, as mais das vezes, de formas mais complexas de organização social, de produção e de progressos científicos, poderão ser atendidas pelo Direito Penal, se se tiver em consideração que muitos desses valores para os quais se reclama protecção, já estão contidos implicitamente na Constituição ou se encontram numa relação de pressuposição necessária com valores constitucionais explícitos<sup>540</sup>.

No entanto, teremos de salientar que nem sempre será isenta de dúvidas a descoberta de bens constitucionais implícitos ou de relações de pressuposição necessária<sup>541</sup>. Se há casos relati-

539 Tratar-se-ia, no fundo, de uma tutela antecipada de bens dotados de relevo constitucional explícito (neste sentido Fiandaca, *ibidem*). Quanto ao problema da tutela da saúde e do ambiente enquanto bens instrumentais ou enquanto bens com autonomia, *vide infra*, Terceira Parte, Terceiro Capítulo e Quinto Capítulo, Secção 3.3.

540 Muitas vezes não se tratará até do aparecimento de novos valores, mas de novas formas de agressão a valores já consagrados constitucionalmente. Neste sentido Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 5.

541 *Vide*, sobre esta questão, Fiandaca, *Bene Giuridico... cit.*, p. 53 e ss. O problema situa-se nestes termos: alargando-se o conceito de bens implícitos, poucos serão os que não se possam considerar implicitamente tutelados na Constituição (também neste sentido, Pagliaro, *ob. cit.*, p. 220); concebendo como bens implícitos apenas os que estão numa «ontológica pressuposição de tutela», como é o caso do bem vida, também ficariam de lado bens que fazem parte «do património da sensibilidade colectiva» como seria o caso da «piedade para com os defuntos». (Sobre o problema da tutela deste tipo de bens, *vide supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. e 4. e Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 4. b)).

vamente claros (como os acabados de referir), outros há em que poderão surgir divergências, alargando-se, assim, a margem de insegurança<sup>542</sup>. Mas tal parece-nos inevitável, pois ficarmos limitados pelos valores explícitos, poderia criar desfasamentos face à consciência comunitária e ao concreto momento histórico<sup>543</sup>.

c) Parece-nos ser esta posição — a que restringe a área de uma legítima tutela penal aos valores com relevo constitucional neste sentido amplo, ou melhor, num sentido material, a que concebe um melhor equilíbrio entre vinculação constitucional/liberdade do legislador, garantindo que só se protejam penalmente valores dignos de tal protecção, mas não asfixiando a capacidade de apreciação legislativa, nem a adaptabilidade do Direito Penal à mutabilidade das condições sócio-culturais.

## 2. O problema face à ordem jurídica portuguesa antes e após a revisão do art. 18.º, n.º 2, da Constituição

É tempo de perguntarmos: — Surgem os mesmos problemas e serão de defender soluções semelhantes em Portugal? Com base nos mesmos fundamentos ou em fundamentos diferentes?

542 No entanto, é evidente que o facto de se estar perante um caso de duvidosa dignidade penal, implicará, segundo um juízo de proporcionalidade, que se apliquem penas mais suaves...

543 *Vide supra*, Introdução à Segunda Parte a referência à Constituição em sentido material. Poder-se-á perguntar se a opção por se considerar a Constituição em sentido material, não permitirá até tomar em consideração valores que nem implicitamente se possam considerar presentes na Constituição escrita, nem numa relação de pressuposição com os valores explícitos. Tal parece-nos difícil de ocorrer, em especial se considerarmos como implícito aquele valor que está presente no espírito da Constituição escrita. Mas, a prevalência deverá ser dada à Constituição material, o que, no entanto, é diferente de se aceitar sempre um conceito de valor implícito tão lato que não represente limite algum. Ainda sobre estes problemas, tomando-se em consideração uma ideia de Constituição aberta e apontando-se as diferentes características dos valores constitucionais (e das normas constitucionais) em confronto com as dos bens jurídico-penais (e com as normas penais), *infra*, Secção 2.3.

### 2.1. Analogia substancial entre bens jurídico-penais e ordem axiológica constitucional — tese de Figueiredo Dias

a) Mesmo antes da revisão constitucional de 1982 que, no art. 18.º, n.º 2, vem esclarecer esta questão<sup>544</sup>, Figueiredo Dias sustentava já, tendo em conta o tipo de Estado em que vivemos<sup>545</sup>, que entre a ordem de bens jurídico-penais e a ordenação axiológica constitucional, deveria interceder uma relação de «analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado»<sup>546</sup>. E daqui retirava já uma série de consequências concretas muito importantes — para além de se dever entender o Direito Penal como a *ultima ratio* da política social<sup>547</sup> e, assim, se dever proceder à descri-

<sup>544</sup> Se não totalmente ou em relação a todos os problemas que se podem suscitar, pelo menos, em relação ao ponto de partida fundamental... — vide *infra*, Secção 2.2.

<sup>545</sup> Um Estado de direito material, de consagração constitucional — art. 2.º da Constituição, em que toda a actividade do Estado se deve submeter à Constituição (vide art. 3.º, n.º 2, e *supra*, Primeiro Capítulo).

<sup>546</sup> *Os Novos Rumos...*, cit., p. 16. Reafirmando esta ideia, posteriormente, em *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, pp. 10 e 11 (aqui, a este argumento acrescia o que vem estabelecido no art. 18.º, n.º 2). Neste sentido também Sousa Brito, *A Lei Penal na Constituição*, pp. 198 e 199 — «As opções axiológicas constitucionais... devem ser respeitadas pelas normas penais e orientar a sua interpretação. Mais: são elas que definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o Direito Penal visa proteger... todas as valorações constitucionais que contribuem para a definição de bens jurídicos, de direitos subjectivos e de regras de comportamento se reflectem no Direito Penal». E ainda, mais explicitamente, defende a «compatibilização legislativa, por adaptação e reforma do direito anterior, das definições de bens jurídicos e valores que resultam das normas penais com as que resultam da Constituição... a Constituição estabelece, nomeadamente através dos direitos, liberdades e garantias, o quadro dos valores fundamentais da ordem jurídica portuguesa... esses valores são a base dos princípios de política criminal que inspirarão não só a actividade do juiz e do intérprete, mas sobretudo do próprio legislador penal».

<sup>547</sup> Com a dupla consequência de só se deverem punir condutas socialmente danosas (problema da dignidade penal do bem e dos efeitos sociais da conduta) e do Direito Penal dever intervir apenas quando os outros meios não

minalização de condutas simplesmente ofensivas da moral ou apenas indiciadoras de formas de vida marginais<sup>548</sup>, sendo a ordenação axiológica constitucional o *quadro de referência* da tutela penal, tudo indicava que a definição de bens jurídicos penais deveria ter por *limite essa mesma ordenação*<sup>549</sup>. De resto, Figueiredo Dias faz esta referência à ordenação axiológica constitucional, para responder à questão de como encontrar um critério legítimo e vinculante, concretizador de um conceito de bem jurídico-penal com sentido crítico, limitador do poder criminalizador<sup>550</sup>.

b) Assim, é com base neste critério material que se deverá traçar a fronteira entre Direito Penal e Direito de mera ordenação social e ainda a distinção substancial entre Direito Penal primário ou de justiça e Direito Penal secundário. Mas de que forma? Exigindo que a intervenção penal tenha sempre por fundamento a tutela de um bem jurídico, o qual, para merecer esta designação, terá que se encontrar nessa relação de «analogia substancial» com a ordenação axiológica constitucional,

se mostrem suficientemente eficazes... (por ora, o nosso problema é o da definição de condutas socialmente danosas).

<sup>548</sup> Aspectos já focados *supra*, Primeiro Capítulo (assim como na *Primeira Parte, Segundo Capítulo*) e que se podem retirar da própria concepção de Estado constitucionalmente consagrada, do conjunto dos seus preceitos (do espírito geral da Constituição), assim como da proibição de criminalização de condutas desenvolvidas no exercício de direitos constitucionalmente garantidos (p. ex. liberdade de expressão...), com a ressalva, é claro, dos seus limites imanentes ou de um eventual direito também constitucional que com ele entre em colisão.

<sup>549</sup> Parece-nos ser esta a posição de Figueiredo Dias, tendo em conta a relação que entende dever interceder entre as duas ordens de valores. Após a revisão do art. 18.º, n.º 2, que limita a restrição de direitos, liberdades e garantias (em que sempre se traduz a criminalização) à tutela de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, Figueiredo Dias afirma «torna-se então indiscutível a ideia (que de há muito venho defendendo — e refere precisamente o seu trabalho *Novos Rumos...* que vimos citando) segundo a qual entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos *tem de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência...*» (*Direito Penal Secundário*, n.º 3718, p. 11; vide *infra*, c)).

<sup>550</sup> Vide *supra*, fim da *Primeira Parte*.

enquanto que a tutela concedida pelo Direito de mera ordenação social já não exige tal relação<sup>551</sup>. Consequentemente, também o Direito Penal secundário protege bens jurídicos, distinguindo-se do Direito Penal primário por ser diverso o tipo de bens jurídicos protegidos — enquanto que o Direito Penal primário se relaciona com «o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem *como tal*», concretizando assim «valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais», o Direito Penal secundário relaciona-se com «a actuação da personalidade do homem *enquanto fenómeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela», concretizando, assim, «valores ligados aos direitos sociais e à organização económica, contidos na Constituição»<sup>552</sup>.

c) De facto, esta concepção parece-nos estar em plena consonância com as exigências da nossa Constituição ao considerar o Estado Português um Estado de direito democrático e social (Estado de direito material)<sup>553</sup>. Num Estado deste tipo, em cuja Constituição se estabelecem, como direitos fundamentais, não só os direitos, liberdades e garantias, mas também os

551 Neste sentido Figueiredo Dias, *O Movimento de Descriminalização...*, cit., p. 322 e ss. e ainda *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3717, pp. 364 e 365, referindo o problema da indiferença ética da conduta que está base do ilícito de mera ordenação social (que não do ilícito, uma vez que este, por essência, não pode ser eticamente indiferente — sobre esta questão também Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 109 e ss., em sentido não totalmente convergente) e a questão da distinção entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social ser qualitativa ou meramente quantitativa, concluindo no sentido de que a diferença de quantidade, em certos casos (ou a partir de certo grau) se pode converter em qualidade (ideia que vem desde Goldschmidt — neste sentido também Costa Andrade, *idem*). De todo o modo, o Direito de mera ordenação social constitui uma espécie de limite negativo de todo o Direito Penal (Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3717, p. 365).

552 *Os Novos Rumos...*, cit., p. 18.

553 É o que resulta do art. 2.º da Constituição «Estado de direito democrático... que tem por objectivo a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa». Esta relação entre Estado de direito material e Estado de direito social é também feita por Figueiredo Dias — *vide*, sobre estes conceitos, *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 7 e ss., em especial, p. 8, nota 71 e bibliografia aí citada.

direitos económico-sociais, devem-se considerar bens jurídicos, quer os primeiros, que contendem com valores tradicionais, quer os segundos, que têm em vista a tutela do homem enquanto ser social<sup>554</sup>. De facto, ambos os bens têm por fundamento último o desenvolvimento da personalidade humana e ambos os bens são também de interesse geral<sup>555</sup>. Estas duas dimensões co-essenciais ao Direito Penal não se deveriam considerar antagónicas mas complementares. O que está sempre em causa são os valores essenciais à vida do homem que é, por essência, um ser comunitário<sup>556</sup>.

554 Por isso critica Figueiredo Dias as concepções que distinguem entre bem jurídico e bem administrativo (Supremo Tribunal Federal alemão — *NJW*, 1955, p. 351, *apud Para uma Dogmática...*, cit., 3718, p. 9) ou entre bem jurídico e prestações estaduais (neste sentido Roxin — *Sentido y Límites...*, cit., p. 33) como herança ainda de uma contraposição Indivíduo/Comunidade, própria de um Estado de direito formal, mas que hoje já não faz sentido.

555 Neste sentido, Figueiredo Dias, *idem*, em especial p. 11.

556 Neste sentido também Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 66 e ss., em especial, 67 ess. Comparando o direito à vida e à integridade física (na área dos direitos, liberdades e garantias — arts. 24.º e 25.º) com o direito ao ambiente (na área dos direitos económicos, sociais e culturais — art. 66.º), diremos que os primeiros, são valores protegidos tendo por titulares sujeitos individualizáveis, embora a tutela tenha também em conta o valor da vida e da integridade física para toda a comunidade (em termos tais que a ofensa de uma vida é considerada ofensa a toda a comunidade — daí a qualificação do Direito criminal como Direito público); no segundo, muitas vezes não haverá um titular individualizável — são bens transpessoais — em que o titular é, directamente, a própria comunidade mas, a verdade é que se protegem, com esta tutela geral, uma pluralidade de pessoas (e isto, mesmo considerando o bem ambiental como um bem autónomo e não meramente instrumental... sobre estes aspectos, *vide infra*, *Terceira Parte, Terceiro Capítulo, b*) e *Quinto Capítulo, Secção 3.3*). Ali, o dano é imediatamente individual e mediamente social; aqui, é imediatamente social e mediamente individual. Diz-nos Figueiredo Dias (*idem*, p. 10): «Também no Direito Penal administrativo, pois, como no de justiça, se trata do livre desenvolvimento da personalidade do homem e, assim, de autênticos bens jurídicos» e ainda na p. 11, defendendo uma «visão global unitária da Constituição» (não aceitando, assim, a repartição entre direitos que visam apenas a defesa do cidadão perante o Estado e meras declarações programáticas), que reconhece a «dupla maneira de realização do homem na comunidade, determinante de uma forma diferente de actividade do Estado, incluída a actividade punitiva: por um lado a via da realização pessoal — «como este homem» —, que acarreta para o Estado a obrigação de proteger directamente a esfera de actuação própria da pessoa,

## 2.2. A actual redacção do art. 18.º, n.º 2, da Constituição como explicitação daquela ideia

Esta concepção, fundamentalmente coincidente com a defendida por parte da doutrina Italiana, veio a ser expressamente confirmada pela própria Constituição, com a nova redacção do art. 18.º, n.º 2.

Creemos, assim, que as linhas de orientação a que chegámos aquando da discussão deste problema no âmbito da ordem jurídica italiana, valem até com maior segurança para a ordem jurídica Portuguesa, uma vez que esta contém um preceito constitucional mais explícito para a solução deste problema. De facto, o art. 18.º da Constituição é de primacial importância para a delimitação de uma legítima tutela penal, afirmando no seu n.º 2: «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

O n.º 3 deste artigo, impõe ainda o limite de que as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias não diminuam a extensão nem o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A lei penal, enquanto lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (da liberdade e/ou da propriedade<sup>557</sup>), expressamente prevista na Constituição (art. 27.º, n.º 2), poderá intervir apenas para tutelar (e limitando-se ao necessário para tal tutela) outros valores com relevo constitucional («direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»)<sup>558</sup>

autolimitando-se perante ela; por outro lado, a via da sua realização social — «como um membro da comunidade» — que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objectivos de conformação comunitária.

<sup>557</sup> A propriedade (art. 62.º) não está incluída no Título dos Direitos, Liberdades e Garantias, mas nos Direitos e Deveres Económicos, sendo-lhe, no entanto, aplicado o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º).

<sup>558</sup> Salientando a importância deste preceito penal para a delimitação da área penal, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 11 e *Direito Penal 2*, p. 64; Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes...*, cit., p. 85 e *A Dignidade Penal...*, cit., p. 11.

Neste sentido, especificam Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>559</sup> os quatro requisitos cumulativos que terão de se observar para haver uma restrição legítima de direitos, liberdades e garantias: 1) a restrição tem que ser expressamente admitida pela Constituição — ou seja, terá de haver uma previsão expressa suficiente e adequada, o que não implicará necessariamente uma previsão directa — n.º 2, 1.ª parte (ora, tal é o que acontece com a restrição penal de direitos — art. 27.º — que contém até uma previsão directa)<sup>560</sup>; 2) a restrição tem que ter em vista a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido — n.º 2, *in fine* (aqui reside a importante consequência para o Direito Penal, no sentido de este só poder tutelar penalmente valores com relevo constitucional); 3) a restrição tem que ser exigida para essa salvaguarda e apta para esse efeito, limitando-se ao necessário para alcançar esse objectivo — n.º 2, 2.ª parte (daqui deriva a exigência constitucional do respeito pelo princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso em matéria de restrição de direitos e, assim, em Direito Penal); 4) a restrição não pode aniquilar o direito em causa, atingindo o seu núcleo essencial<sup>561</sup>.

Fundamental para a questão que no momento nos ocupa é o facto da nossa Constituição limitar expressamente a restrição de direitos fundamentais à salvaguarda de outros direitos ou

<sup>559</sup> *ob. cit.*, p. 167 e ss.

<sup>560</sup> Salientando o facto desta exigência ter por objectivo evitar a relativização dos direitos fundamentais através de uma reserva de lei geral, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., pp. 480, 481; no mesmo sentido, e mais desenvolvidamente, referindo ainda a necessidade da restrição provir de lei formal, geral e abstracta e de não se poder aplicar retroactivamente, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 623 e ss.

<sup>561</sup> Deste limite derivam as proibições de pena privativa de liberdade de carácter perpétuo ou de duração indeterminada (art. 30.º da Constituição), assim como de penas de multa que atinjam o mínimo de subsistência. (Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 631). Também a pena de morte contrariaria este princípio (art. 24.º, n.º 2). Sobre o problema do núcleo essencial dos direitos, vide Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 172 e 173, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 630 e ss., Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 215 e ss.

interesses constitucionalmente protegidos (segundo requisito referido).

c) Com razão afirma Figueiredo Dias que, depois da revisão do art. 18.º, n.º 2, se torna «*indiscutível*<sup>562</sup> a ideia<sup>563</sup> segundo a qual entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos *tem de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência*»<sup>564</sup>.

Este preceito é, de facto, muito mais inequívoco do que os princípios da Constituição Italiana, a partir dos quais parte da doutrina deduz a necessária relevância constitucional dos valores penalmente tuteláveis.

Parece-nos, no entanto, muito importante, a relação feita entre princípios penais constitucionais (como o da reserva de lei e o princípio da legalidade) e o próprio conteúdo do direito Direito Penal, pois só este entendimento está em consonância com o Estado de direito material, completando o seu sentido garantidor contra o arbítrio estadual<sup>565</sup>. De resto, esta relação entre Estado de direito, princípios penais constitucionais e restrição da área penal ao mínimo indispensável — princípio da necessidade ou máxima restrição da área penal, Direito Penal como «última ratio»<sup>566</sup> — é também posta em evidência pela doutrina penal portuguesa<sup>567</sup> embora não se tenha de basear

<sup>562</sup> Sublinhado nosso...

<sup>563</sup> Como vimos, já por este autor anteriormente afirmada em *Os Novos Rumos...*, cit., p. 16.

<sup>564</sup> *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 11; *Direito Penal* 2, p. 54 e ss. e p. 64.

<sup>565</sup> Facto já por nós salientado *supra*, na *Introdução à Segunda Parte*.

<sup>566</sup> Este princípio já está presente quando se pretende delimitar a área (máxima) de uma legítima intervenção penal aos valores com relevo constitucional, embora tenha outras importantes implicações — como a defesa do princípio da subsidiariedade da tutela penal (destas trataremos *infra*, no *Terceiro Capítulo*).

<sup>567</sup> Vimos já que Figueiredo Dias e Costa Andrade relacionam sempre a mediatização Constitucional do conceito de bem jurídico com a concepção de Estado — Estado de direito material (*vide supra*, *Primeiro Capítulo*). Também neste sentido, Sousa Brito, para quem o Estado de direito configura a relação entre indivíduos e Estado, atribuindo uma «*função de garantia dos direitos indi-*

neles (ou exclusivamente neles) para sustentar a exigência de restrição da área criminalizável.

Poderia parecer, assim, que<sup>568</sup> toda a polémica descrita se teria tornado supérflua face ao actual ordenamento jurídico Português, onde a própria Constituição deixa clara a ilegitimidade da tutela penal de valores sem relevo constitucional. Cremos, no entanto, que a análise da discussão que em Itália se tem travado em torno deste problema, assim como dos fundamentos em que a doutrina portuguesa se baseava antes da revisão constitucional, nos podem ajudar a compreender as razões que estão na base desta consagração constitucional, das suas vantagens, mas também das dificuldades que pode suscitar.

Além disso, algumas das questões levantadas continuam a fazer sentido face à actual Constituição Portuguesa — tal será o caso do problema dos valores implícitos e dos valores numa relação de pressuposição, o da defesa ou não de uma hierarquia de valores que auxilie (ou vincule) o legislador na escolha e medida da pena, e até o problema da pretensão de delimitação mais restrita da área criminalizável, excluindo alguns dos valores constitucionais de uma possível (legítima) tutela penal...<sup>569</sup>

Cremos que as considerações já feitas sobre estas questões devem valer, no essencial, para o caso Português.

Mas vejamos melhor porquê e de que forma, tendo em conta a doutrina portuguesa e a própria Constituição.

*viduais* que se exprime através da particular configuração do princípio da legalidade em Direito Penal, que é inseparável do princípio da necessidade das penas e das medidas jurídico-penais». E ainda «... só uma concepção material do Estado de direito poderá fundamentar o princípio restritivo das sanções penais, com todas as consequências que lhe são habitualmente atribuídas, entre elas o princípio da legalidade com todas as aplicações que historicamente lhe foram sendo dadas e a Constituição recolheu. No sentido inverso, dir-se-á que a história e a teoria do princípio da legalidade contribuem para iluminar vários aspectos importantes da teoria do Estado de direito» (*A Lei Penal na Constituição*, respectivamente, pp. 201, 202 e 229).

<sup>568</sup> Aparte o interesse da referida relação entre princípios constitucionais e área de legítima tutela penal.

<sup>569</sup> No sentido pretendido por Musco, *vide supra*, *Secção 1.3*.

### 2.3. A distinção entre ordenação axiológica constitucional e ordem de bens jurídico-penais

a) É de salientar que Figueiredo Dias sempre<sup>570</sup> se preocupou em distinguir a relação de «analogia substancial»<sup>571</sup> ou «de mútua referência»<sup>572</sup> que deveria interceder entre bens jurídicos e ordenação axiológica constitucional, de uma relação de «identidade» ou de «recíproca cobertura»<sup>573</sup>, que não seria, de forma alguma, a exigida pela Constituição<sup>574</sup>.

E tal terá de ser assim, se tivermos em conta, por um lado, as diferentes características dos princípios, direitos e valores expressos na Constituição, relativamente aos bens jurídico-penais e, mais ainda, aos tipos penais; e, por outro, o princípio segundo o qual o Direito Penal deve ser o «último» meio a intervir para defesa de um bem digno de tutela penal e só o deverá fazer quando para tal for considerado adequado<sup>575</sup>.

Este segundo aspecto implica, desde logo, que nem todos os valores constitucionais sejam protegidos penalmente — pelo que, um dos lados da «recíproca cobertura», pode perfeitamente falhar. Mas, deixando de parte este aspecto, de que trataremos mais tarde, centremo-nos no primeiro.

<sup>570</sup> Quer antes, quer após a revisão do art. 18.º, n.º 2, da Constituição.

<sup>571</sup> *Os Novos Rumos...*, cit., p. 16, *Para uma Dogmática...*, cit., p. 11, *Direito Penal 2*, p. 64.

<sup>572</sup> *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 11.

<sup>573</sup> *Idem*.

<sup>574</sup> Neste sentido, Sax, *ob. cit.*, p. 911, distinguindo entre ordem valorativa constitucional e ordem de bens penais. Este autor defende a existência de uma relação, de uma referência, entre as duas ordens (assegurada pelos arts. 1.º e 3.º — toda a actividade estadual, em especial a que emprega medidas de coacção, incluindo o Direito Penal, tem de estar de acordo com a ordem de valores constitucional), mas não de uma recíproca cobertura.

<sup>575</sup> Estamos a referir-nos à dimensão pragmática do bem jurídico penal a qual dedicaremos o próximo capítulo. Este aspecto implica, desde logo, que não se possa exigir uma relação de «recíproca cobertura» entre a ordenação axiológica constitucional e os bens jurídico-penais, pois poderão existir valores constitucionais que devam ser protegidos por uma outra forma de tutela diferente da penal. (exigência que também está implícita no art. 18.º, n.º 2 — *vide infra*, *Terceiro Capítulo*).

A Constituição contém preceitos de carácter muito mais genérico, baseados muitas vezes em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que vem de encontro à sua própria natureza — como estatuto fundamental da ordem jurídica geral, pensado para perdurar e para se compatibilizar com o princípio democrático<sup>576</sup>, devendo conter, assim, princípios mais gerais, susceptíveis de uma certa adaptação. Pelo contrário, do Direito Penal exige-se que seja preciso, concreto<sup>577</sup>, única forma de se garantir a segurança jurídica, e que atenda a mais situações mudanças sociais e políticas. É claro que, sendo assim, dificilmente se poderia falar em relações de «identidade» ou de «recíproca cobertura»<sup>578</sup>.

<sup>576</sup> De facto, o respeito pela Constituição e o respeito pelas opções democraticamente atingidas, não deverão entrar em conflito, sob pena da Constituição em vez de instrumento de estabilidade e pacificação, porque baseada num consenso generalizado (mesmo que à custa de alguns compromissos, inevitáveis em sociedades plurais como a nossa), se transformar em instrumento de luta e conflito, dando origem a sucessivas revisões ou até a transições revolucionárias. Para que tal não aconteça, a Constituição deve exprimir um quadro geral de princípios e valores já com algum enraizamento social suficientemente generalizado e consentir uma certa adaptação a mudanças conjunturais. Embora tenhamos sempre recorrido a um conceito de Constituição material, que poderia sempre (teoricamente) resolver estes problemas, a verdade é que se Constituição formal e material se situam em pólos muito distintos tal ocasionará sempre graves conflitos sociais. De facto, a Constituição formal deveria conter o mínimo possível de normas sem dignidade constitucional e deveria permitir, ela própria, uma adaptação à consciência colectiva do momento — ou seja, o desejável seria a máxima consonância possível (senão identidade) entre Constituição formal e material, ainda que pelo recurso a valores implícitos e ao espírito global da Constituição escrita. Hesse refere-se à Constituição como uma ordem jurídica fundamental, material e aberta, o que permitirá também a sua compatibilização com o princípio democrático (aceitando serem estas, dimensões importantes dos documentos constitucionais, mas alertando para o perigo de um esvaziamento da função material de tarefa da Constituição e da desconstitucionalização de elementos legitimadores da ordem constitucional, Gomes Canotinho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, pp. 476, 477, Tese 2.9.).

<sup>577</sup> Princípio da determinabilidade, tipicidade ou taxatividade, única forma de se cumprir a razão de ser do princípio da legalidade.

<sup>578</sup> Sax refere ainda que os bens jurídicos não são valores últimos, mas apenas valores *intermédios* que, em conjunto, constituem, enquanto bens jurídicos, o fundamento (a base) para o desenvolvimento de valores fundamentais ético-

Por um lado<sup>579</sup>, será pensável que o legislador, em determinado momento histórico, considere que não deve elevar todos os valores constitucionais a bens jurídico-penais. Depois, ao concretizar princípios ou valores constitucionais poderá fazê-lo tendo em conta apenas determinados aspectos do valor ou do princípio em causa — os mais essenciais, os mais dignos de tutela — ou tutelá-los apenas de determinada perspectiva. O bem jurídico penal não será, assim, coincidente com o valor constitucional ou, pelo menos, a tutela penal não será coincidente com a protecção constitucional<sup>580</sup>. Por fim, poderá (e em certos

-sociais — os valores máximos do catálogo dos Direitos Fundamentais... E ainda «nem toda a violação de valor é ilícito penal. Só em parte a ordem de bens jurídico-penais e de valores constitucionais «se cobrem» e em relação a um âmbito nuclear de valores ético-sociais pré-existentes que sempre e em toda a parte foram protegidos penalmente — a vida, a honra, a liberdade, a integridade física e a propriedade» (*ob. cit.*, pp. 912, 913; sobre este aspecto, *vide infra*, na *Terceira Parte*). Também nesta linha Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 105 e ss., salientando que a Constituição, intencionalmente, «não se reclama de uma normação completa e perfeita da sociedade, deixa certas questões abertas, estipula metas e valores a atingir que têm de ser aplicados às condições particulares e, além do mais, muitas das normas constitucionais possuem um conteúdo vago e abstracto pelo que não se pode entender a tarefa do legislador penal... como de estrita execução constitucional, por meio de mecanismos lógico-formais, nem aguardar que a Constituição forneça um conteúdo informativo pleno e definitivo acerca dos bens jurídicos. A Constituição fornece os critérios de apreciação, mas não uma linha directiva fechada, o que, conferindo uma ampla liberdade ao legislador penal na concretização dos bens com dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e que necessitam ou carecem de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*)... certamente permite igualmente ao juiz a possibilidade crítica ao modo como o legislador utilizou essa liberdade» (p. 106; *vide* ainda referências bibliográficas na nota 50). Neste sentido Findaca, *Il Buon Costume...*, *cit.*, p. 96, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, p. 11, nota 83 e Sousa Brito, *ob. cit.*, p. 198 e ss.

<sup>579</sup> E mesmo pondo de parte, por ora, considerações de índole pragmática.

<sup>580</sup> Esta distinção tem em conta que os bens jurídicos penais — e, assim, bens considerados essenciais para a comunidade — não podem ser protegidos em toda a sua amplitude — problema da área de tutela (*Schutzbereich* — uma das vertentes do princípio da fragmentariedade)... Assim, o que aqui estará em causa poderá ser ainda a não coincidência entre valor constitucional-bem jurídico penal ou a tutela do bem jurídico-penal (fundamentalmente coincidente com o valor constitucional) ser conferida apenas face a determinadas condutas (as mais graves) que o ponham em causa.

casos deverá até) tutelar esse bem jurídico (fruto já de uma concretização delimitativa do(s) valores e/ou princípios constitucionais) somente face a determinadas formas de agressão<sup>581</sup> — as mais intoleráveis —, apenas sob determinado âmbito e em determinadas circunstâncias, ou só quando a conduta for levada a cabo com um determinado grau de culpa, etc.<sup>582</sup>. E tal será assim — o bem jurídico será tutelado de uma forma limitada — tendo-se em conta, entre outras razões, o grau de danosidade social (que também se relaciona com o grau de importância do bem jurídico) e ainda interesses conflituantes em jogo<sup>583</sup>. Nestas situações, poder-se-á dizer que a tutela penal fica aquém da previsão constitucional, embora se possa dar o caso de se tratar apenas de uma perspectiva diferente ou da delimitação de contornos específicos — desde que não se subverta a perspectiva Constitucional, desde que ainda seja permitida pelo espírito da própria Constituição<sup>584</sup>.

Mas, pode dar-se o fenómeno «inverso»; pode o Direito Penal, na concretização de princípios ou valores com algum relevo constitucional, conceder uma protecção mais ampla a esses valores; até porque, tratando-se de uma relação com princípios ou valo-

<sup>581</sup> Aqui, coloca-se não só a questão do grau de lesão como do grau de antecipação da tutela penal.

<sup>582</sup> Em obediência ao princípio da fragmentariedade que concretiza uma das exigências do próprio princípio da proporcionalidade (*vide supra*, referência a estes aspectos a propósito da concepção de Angioni).

<sup>583</sup> Referindo-se a este problema do âmbito limitado de tutela, Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, *cit.*, p. 86. Desenvolvida sobre este aspecto, bibliografia aí citada, nas notas 28 e 29 e, ainda, sobre o princípio da fragmentariedade, Mainwald, *ob. cit.* p. 9 e ss. Também sobre este aspecto, entre outros, Muñoz Conde, incluindo o princípio da fragmentariedade no princípio mais geral da intervenção mínima (*ultima ratio*) ao lado do da subsidiariedade (*Introducción al Derecho Penal*, p. 71). Acentuando este princípio, Sousa Brito, *ob. cit.* p. 220, relacionando-o com a função de prevenção geral. Para este autor, sendo o efeito de prevenção geral um efeito global, «pode o Direito Penal limitar-se a punir os casos mais típicos de actos censuráveis, e pode igualmente permitir-se uma descrição precisa desses factos, desistindo... da punição de algum caso anómalo...» (*vide supra*, nota 221). Sobre a relação do princípio da fragmentariedade com a função de prevenção especial, Fiandaca/Musco, *ob. cit.* (*vide supra*, nota 480).

<sup>584</sup> Sobre este aspecto, *vide supra*, *Secção 1.1. c)*, a concepção de Bricola...

res de conteúdo muito vago, na sua configuração concreta podem ganhar em completude de tutela, desde que tal não vá contra o espírito da Constituição ou contra algum seu preceito em particular. Ou pode mesmo tutelar-se penalmente um bem que não encontre relação directa na Constituição, desde que a encontre, de algum modo, de uma forma implícita<sup>585</sup>.

Parece-nos ser esta uma interpretação ainda consentida pelo art. 18.º, n.º 2, da Constituição, a qual vai de encontro ao que tem sido defendido na doutrina portuguesa<sup>586</sup> e, como vimos já, também na doutrina italiana. Será apenas de salientar que, sendo a Constituição Portuguesa bastante exaustiva na consagração expressa de princípios, direitos e valores fundamentais para a ordem jurídica, será menos necessário o recurso a valores implícitos e a relações de pressuposição, muito embora não se possa excluir esta possibilidade e esta necessidade, tendo em conta, até, a contínua evolução da sociedade e suas carências, que poderão vir a exigir uma adaptação de valores, ou uma consideração de valores não explícitos, ainda consentida pelo espírito da Constituição; no fundo, ainda englobados no conceito de Constituição material<sup>587</sup>.

585 Parece-nos ir neste sentido a afirmação de Figueiredo Dias, a propósito da inexistência da referida «recíproca cobertura»: É indiscutível que, logo no respeitante ao ilícito penal de justiça, muitos dos valores protegidos pela ordem jurídico-penal não têm tradução directa e imediata no catálogo constitucional dos direitos fundamentais; e mesmo os que a têm gozam, a este nível, de uma protecção muito mais fragmentária e lacunosa que ao nível jurídico-penal» (*Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 11, nota 83). Sobre o problema dos valores implícitos e dos valores numa relação de pressuposição com os explícitos, assim como da concepção de Constituição em sentido material, vide *supra*, Secção 1.4. b) e c).

586 Assim, Figueiredo Dias, vide nota anterior; Sousa Brito, *ob. cit.*, pp. 198, 199; Natscheradetz, *ob. cit.*, p. 105 e ss. No entanto, para Gomes Canotilho e Vital Moreira (*ob. cit.*, p. 170), «o interesse cuja salvaguarda se invoca para restringir um dos direitos, liberdades e garantias» tem que ter no texto constitucional «suficiente e adequada expressão» (embora esta definição ainda possa dar lugar a algumas dúvidas...). Sobre a relação entre Constituição e Direito Penal, como uma relação entre duas ordens fragmentárias, Gomes Canotilho, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal*, p. 30.

587 Vide *supra*, quer na *Introdução à Segunda Parte*, quer neste *Capítulo, Secção anterior*, referência a estes problemas e, ainda, *supra*, nota 576.

b) Quanto à questão de uma maior restrição da área criminalizável, por se poder entender que nem todos os valores constitucionais serão imprescindíveis para a vida em comum, valem também as considerações já feitas<sup>588</sup>, e até por maioria de argumentos, uma vez que o art. 18.º da Constituição não impõe uma maior limitação dos legítimos valores a salvaguardar no caso de uma restrição penal de direitos. Parece, assim, que esta fica sujeita aos mesmos princípios que as outras<sup>589</sup>. Ficar sujeita aos mesmos princípios não quer dizer, é claro, que não se tomem em conta as suas especificidades, mas estas não se confundem com os princípios, que são os mesmos, e que reclamam, eles próprios, essa atenção ao caso concreto. Assim, o que nos parece, é que não se poderá excluir, *em abstracto*, determinado grupo de valores constitucionais de uma possível (legítima) tutela penal<sup>590</sup>.

588 Vide *supra*, Secção 1., a propósito da concepção de Musco... e também *supra*, quando referimos que o legislador poderia não elevar todos os valores constitucionais a bens jurídico-penais... São duas ordens de considerações que não se contradizem pois uma coisa é «poder», outra é «estar obrigado a» — parece-nos, assim, ser limite máximo suficiente da criminalização (em relação à eleição de bens com dignidade penal) a ordenação axiológica constitucional nos termos descritos...

589 Quanto ao aspecto que aqui nos ocupa — a determinação do âmbito de tutela dos valores que legitimamente podem justificar a restrição de direitos, liberdades e garantias.

590 Tratando este preceito dos limites à restrição de direitos, liberdades e garantias, e sendo a lei penal, por essência, uma lei restritiva destes direitos, parece-nos que, se o legislador constituinte quisesse delimitar mais o poder criminalizador, o teria feito expressamente ou, pelo menos, teria dado alguma indicação nesse sentido.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (*ob. cit.*, p. 170), nos casos em que o preceito que prevê expressamente a restrição, não refere os interesses constitucionais que a podem justificar (é o caso do art. 27.º), «é legítimo invocar qualquer interesse constitucional *pertinente*, isto é, que tenha alguma ligação com o direito fundamental cuja restrição é suposto justificar». É claro que se exige esta ligação, mas tal é uma exigência geral e julgamos até ser uma exigência ligada ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (de que falaremos *infra*, no *Terceiro Capítulo*). É pensável, assim, vir a considerar-se ilegítima uma determinada incriminação pelo facto de, por exemplo, ter tutelado em toda a sua amplitude um valor constitucional com uma pena detentiva, e tal ser exces-

A questão que aqui se poderá levantar (e que será até mais pertinente face à Constituição formal Portuguesa pela sua extensão) é a da possível existência de valores apenas formalmente constitucionais; só que, esta questão, já nos parece ser diferente da suscitada por Musco<sup>591</sup>, e julgamos ser de resolver através de um conceito material de Constituição<sup>592</sup>.

sivo — pode considerar-se não existir a relação entre valor protegido e valor restringido, porque a restrição não é adequada à tutela (em si mesma, ou tal como foi configurada), ou porque tal restrição não se afigurava indispensável, ou então porque não há uma proporcionalidade em sentido estrito entre bem tutelado — bem restringido. Mas tudo isto são problemas de proporcionalidade em sentido amplo (ou proibição de excesso), requisito que se tem de observar em qualquer restrição de direitos fundamentais... É claro que sendo as restrições penais particularmente gravosas, tal tem que ser tomado em consideração — nomeadamente através do princípio da subsidiariedade em Direito Penal — mas esta é ainda uma exigência imposta por este princípio comum a qualquer restrição, desde que correctamente interpretado e aplicado. Também quando Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que «nem todos os interesses constitucionalmente garantidos são adequados, sobretudo quando se trate de cláusulas demasiado vagas para suportarem qualquer confronto consistente com os direitos, liberdades e garantias», nos parece que tal pode ser interpretado no sentido indicado — na exigência de proporcionalidade e aqui, sobretudo, em sentido estrito. (Devemos fazer aqui uma observação — proporcionalidade em sentido estrito, como uma das componentes da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de excesso — aquela componente que manda comparar bem tutelado e grau de ofensa/direito do agente que se vai restringir e grau de restrição — é diferente do que denominamos de «proporcionalidade estrita» — como uma das formas de entender a proporcionalidade em sentido estrito e, assim, um modo de operar a comparação entre os bens (*vide supra*, Secção 1.2., a propósito da concepção de Angioni; sobre a proporcionalidade em sentido estrito, *vide* ainda *infra*, Secção 2.4.).

<sup>591</sup> De facto, cremos que Musco não se quer referir a valores sem dignidade Constitucional, mas a valores materialmente constitucionais sem dignidade penal, o que já se torna mais duvidoso, controverso, e de difícil delimitação. Por isso, julgamos que tal apreciação deverá integrar-se no âmbito de liberdade do legislador (*vide supra*, Secção 1.3.).

<sup>592</sup> De facto, quer o problema dos valores implícitos, quer o da exigência de uma delimitação mais restrita dos valores tuteláveis penalmente, acabam por contender sempre com o próprio conceito de Constituição — como Constituição material ela abarca, necessariamente, todos os valores fundamentais para a comunidade no momento histórico em causa, e exclui, também necessariamente, aspectos apenas formalmente constitucionais mas sem essa dignidade de um ponto de vista material.

Poder-se-á objectar com o facto de, deste modo, se perder de novo em segurança e se ganhar em incerteza nas relações legislador/órgão de controlo da Constituição, crítica por nós feita a Musco. De facto, sempre que se recorre a um conceito material de Constituição — tal acontece também com o problema dos valores implícitos — perde-se em certeza. Só que, parece-nos que tal se afigura indispensável, para que a Constituição não se desligue da realidade<sup>593</sup>; na verdade, só essa concepção material de Constituição corresponderá à sua essência; poder-se-á dizer até não se tratar mais do que de uma sua correcta interpretação; de uma interpretação dos seus preceitos que não perca a adaptabilidade ao momento histórico, a visão de conjunto e o espírito da Constituição. E, de qualquer modo, julgamos que o Tribunal Constitucional só deverá declarar a inconstitucionalidade em casos suficientemente claros (mais ainda se se tiver de recorrer a estes conceitos), não em situações muito duvidosas<sup>594</sup>.

#### 2.4. O art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, o princípio da proporcionalidade e seu controlo constitucional

Atentemos agora no terceiro requisito referido no art 18 n.º 2, 2.ª parte — para uma restrição legítima de direitos, liberdades e garantias: «devendo as restrições limitar-se ao necessário<sup>595</sup> para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Trata-se, no fundo, da exigência do respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou princípio da proibi-

<sup>593</sup> *Vide supra*, notas 323 e 324.

<sup>594</sup> Sobre estes aspectos, *vide supra*, *Introdução à Segunda Parte, Secção 1.4.* Ainda aqui, no entanto, se deverá defender uma gradação na vinculação do legislador, tendo-se em conta, desde logo, o tipo de penas previstas — o princípio da proporcionalidade exigirá que se recorra a penas mais suaves face a um bem em que não é nítida a sua dignidade constitucional (*vide*, neste sentido, nota 542; sobre a gradação da vinculação legislativa em casos de duvidosa dano-social, *vide supra*, *Primeiro Capítulo, Secção 5. c)*).

<sup>595</sup> Sublinhado nosso...

ção de excesso). Este princípio pode subdividir-se em três princípios: o da adequação, o da indispensabilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, contendendo os dois primeiros, essencialmente, com a dimensão pragmática do bem jurídico<sup>596</sup> e o último, ainda com a sua dimensão axiológica<sup>597</sup>. Como é desta que por ora curamos, vejamos as suas implicações em sede penal.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo a presença de uma «justa medida» entre «os meios legais restritivos e os fins obtidos»<sup>598</sup>, proíbe o excesso das medidas restritivas; proíbe, assim, (referindo-nos agora à lei penal enquanto lei restritiva), que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela a alcançar. Quer dizer, então, que terá de haver uma proporcionalidade entre bem tutelado penalmente/direito restringido, para além da intervenção penal não poder atingir o núcleo essencial do direito. Para se estabelecer esta relação de proporcionalidade, dever-se-á tomar em consideração, não só o grau de importância do valor a tutelar, como as consequências sociais da sua lesão — para o que terá relevância a forma da lesão — e ainda a culpa do agente e particulares circunstâncias do caso. Todos estes factores deverão influir quer no grau de antecipação da tutela, quer nas formas de lesão a penalizar, quer na escolha e medida da pena.

b) Esta exigência de proporcionalidade, não parece impor, no entanto, uma hierarquização rígida de valores constitucionais que estabeleça, à partida, quais os bens susceptíveis de serem tutelados com uma pena detentiva ou quais os bens a tutelar com uma pena de multa e que vincule mesmo a medida da pena<sup>599</sup>. Deverá ser, de facto, face a cada caso, que se decide

<sup>596</sup> Vide *infra*, Terceiro Capítulo, Secção 2. b).

<sup>597</sup> Neste sentido Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., pp. 11, 12. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 170 e 171 (Sobre este problema, *vide infra*, *idem*).

<sup>598</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Ibidem*.

<sup>599</sup> Vide *supra*, Secção 1.2., a referência à concepção de Angioni e as reservas que lhe fizemos... Também nada na Constituição nos indica tal exigência, nem a doutrina portuguesa se inclina nesse sentido.

da «justa medida», tendo em conta todos os factores referidos. No entanto, parece-nos que uma hierarquização tendencial será inevitável<sup>600</sup>, exercendo alguma função orientadora e até mesmo, em certos casos, vinculante. Deste modo, o princípio da proporcionalidade pressupõe uma *certa*<sup>601</sup> comparação entre o bem atingido e o bem protegido, assim como, a própria coerência da ordem jurídica-penal por referência com a ordem valorativa constitucional, uma *certa* comparação entre os bens protegidos nos diferentes tipos legais e as respectivas penas.

Assim, o Tribunal Constitucional terá legitimidade quer para controlar casos em que claramente se despreste esta proporção (esta ponderação) entre bem tutelado e direitos do infractor que são restringidos, excedendo-se o legislador no tipo e/ou medida da pena e violando, assim, o princípio constitucional da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2), quer para controlar casos em que a ordem de bens penais subverte de forma evidente a ordenação valorativa constitucional<sup>602</sup>. Exemplo desta segunda

<sup>600</sup> De facto, quando se refere que se deve ter em atenção o grau de importância do bem, já a alguma hierarquização se está implicitamente a recorrer... *vide supra*, Secção 1.2. c).

<sup>601</sup> Falamos em *certa* comparação e em hierarquia *tendencial*, por contra-posição a hierarquia *rigorosa* e comparação *estricta*, quer porque todos os outros factores referidos (grau de lesão, culpa...) devem condicionar a decisão final, quer por não ser possível nem desejável uma espécie de comparação matemática, nem existir, em certas situações, uma hierarquização inequívoca ou mesmo possível. De facto, mesmo Angioni acabou por reconhecer esta situação e por se satisfazer com *alguma* possibilidade de controlo (*vide supra*, Secção 1.2. b) e c)).

<sup>602</sup> Concedendo uma protecção mais intensa a bens de menor relevo social do que a outros, considerados, à luz da Constituição, mais fundamentais. Normalmente as duas situações estarão conexionadas. Havendo incoerência, se se entende que houve um *excesso* na penalização de certos bens, tendo-se em conta a tutela que o sistema penal confere a outros bens de maior relevo, e não a situação inversa — um *déficit* na penalização destes outros bens, é porque a medida de penalização destes parece mais conforme ao princípio da proporcionalidade. Assim, ao lado de uma incoerência, haverá uma desproporção (incidindo especialmente sobre o caso inverso — *déficit* de protecção — mas desenvolvendo mais pormenorizadamente toda esta problemática, nomeadamente com referência à relação desta questão com a categoria da necessidade penal, *vide infra*, Terceira Parte, Quarto Capítulo). É claro que, mais uma vez, a intensidade do controlo variará com o grau e evidência da desproporção e da incoe-

situação será o caso do Direito Penal tutelar com penas mais graves crimes contra o património do que crimes contra as pessoas (vida e mesmo integridade física), podendo-se legitimamente defender a existência de uma incoerência, pois, apesar das hierarquias não serem rígidas em sociedades plurais e compromissórias como a nossa, é clara a superioridade dos valores pessoais face aos patrimoniais<sup>603</sup>. É claro o ponto central que a Consti-

rência — para o que terá importância o tipo e medida das penas utilizadas, assim como a essencialidade do bem jurídico em questão, a forma de lesão criminalizada, o tipo de culpa, etc. Quer dizer que nunca se podem esquecer *as várias condicionantes da espécie e medida da pena*. Por outro lado, face a uma aparente incoerência, a comprovação de uma maior carência de tutela penal do bem de menor relevo, poderá afastar a incoerência, mas já não a desproporção se esta estiver claramente presente (também sobre esta questão, *idem* e ainda *Terceiro Capítulo, Secção 2. b)*, em especial nota 663).

<sup>603</sup> Faltarão saber se a incoerência deverá ser resolvida pela diminuição da medida da pena dos bens patrimoniais, se pela intensificação da tutela dos bens pessoais, para o que o princípio da proporcionalidade trará um contributo indispensável (*vide* nota anterior). No entanto, por ora referimo-nos aos casos de excesso de penalização. Também neste sentido, a Corte Constitucional Italiana, em certos casos, através do controlo da razoabilidade das decisões legislativas. Sobre estes casos, Bricola, *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 18 e ss., salientando a relativa auto-contenção do Tribunal Constitucional quanto ao controlo destes aspectos, mas, apesar disso, pondo em relevo alguns casos extremos em que a Corte considerou a penalização excessiva, procedendo à comparação entre diferentes tipos legais (por exemplo, considerando que não se poderia penalizar mais fortemente uma ofensa a bens patrimoniais do que uma ofensa a bens pessoais; *idem*, p. 18, nota 9), mas apenas em casos de *manifesta irrazoabilidade* da decisão legislativa. Bricola defende este controlo, criticando até uma auto-contenção excessiva da Corte Constitucional. Em sentido semelhante se pronuncia Pizzurro, afirmando: «deve-se auspiciar que a autolimitação da Corte não se traduza de facto numa pura e simples renúncia ao exercício daqueles poderes que a Constituição lhe confia» (Corte Constitucional, n. 109, de 1968; *apud* Bricola, *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 19, nota 9). Mas, por outro lado, Bricola considera que a comparação não se deveria fazer entre diferentes tipos legais, mas sim entre o bem protegido e o bem liberdade. Parece-nos, no entanto, que os dois tipos de comparação devem ser feitos — o primeiro para se comprovar o respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o segundo, para se conseguir uma certa coerência na ordem jurídica penal ou, pelo menos, uma não clara contradição, através de uma subversão da ordem (já vimos que aberta e tendencial) valorativa constitucional. (Sobre este aspecto, Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, *cit.*, p. 227, nota 34 e sobre a ordem de valores constitu-

tuição reconheceu ao indivíduo<sup>604</sup>, concepção esta proclamada, desde logo, no preâmbulo do actual Código Penal e tomada em consideração na sua sistematização<sup>605</sup>, a qual deverá ser concretizada, sob pena de inconstitucionalidade.

cionais, Sax, *ob. cit.* A estes problemas voltaremos *infra*, *Terceira Parte, Quarto Capítulo*, a propósito de eventuais imposições constitucionais de criminalização). Propondo também a comparação com os valores dignidade pessoal atingida com a pena — Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 52 e ss., devendo no entanto o controlo circunscrever-se a situações de *manifesta desproporção* (de resto, também neste sentido, Bricola, *idem*).

<sup>604</sup> Neste sentido, salienta Vieira de Andrade (*Direitos Fundamentais...*, *cit.*, *et passim*), ser o princípio da dignidade humana, o ponto de partida e o princípio que confere unidade à Constituição. Embora saliente também a dificuldade ou mesmo impossibilidade de se estabelecer uma hierarquia de valores, estamos em crer que os valores, quanto mais ligados à dignidade humana, mais exigirão uma tutela abrangente e eficaz (*vide* também *infra*, *Terceira Parte, Quinto Capítulo*).

<sup>605</sup> É de salientar que, normalmente (e assim deverá ser), a sistematização da parte especial do Código Penal exprime já uma tendência quanto à forma de perspectivação dos bens jurídicos, senão mesmo uma certa (tendencial) hierarquia... Neste sentido propõe Fiandaca (*Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 70 e ss.) uma reestruturação do Código Penal Italiano, que esteja em sintonia com a nova hierarquia de valores constitucionais (*vide infra*, *Terceira Parte, Terceiro Capítulo*).

### III Capítulo

## A dignidade penal será condição suficiente da legitimidade criminalizadora?

### 1. Dignidade e carência de tutela penal — seu conteúdo e relação

a) Vimos até aqui que, para uma conduta poder ser criminalizada, teria de ofender valores fundamentais, causando um grau de danosidade social que justificasse a intervenção penal<sup>606</sup>. Sabemos já como a Constituição deverá servir de parâmetro para a determinação desta dignidade penal dos bens e valores a proteger e como impõe que se criminalizem apenas condutas que ponham em causa esses bens, causando reais danos sociais<sup>607</sup>. Mas teremos que perguntar ainda: — Estará a intervenção penal justificada com esta afirmação da dignidade penal<sup>608</sup>, ou será necessária a presença de ulteriores pressupostos legitimadores?

Segundo Hassemer, a afirmação da dignidade penal constituiria a legitimação negativa da intervenção penal, devendo depois averiguar-se da legitimação positiva — ou seja, da exis-

---

<sup>606</sup> Sobre a intolerabilidade social de que o dano se deverá revestir para merecer a reprovação penal, *vide supra*, nota 2. Dá acolhimento a esta ideia o princípio da fragmentariedade do Direito Penal que implica não só que nem todos os bens sejam dignos de protecção, mas ainda que não sejam protegidos de todos os ataques mas apenas dos mais graves para a vida em sociedade. Esta ideia de intolerabilidade está ligada à exigência de proporcionalidade entre crime e pena (*vide nota seguinte*).

<sup>607</sup> Imposição ligada ainda ao princípio da proporcionalidade que exige «uma justa medida» entre dano social causado com o crime/dano que a pena implica para o infractor (*vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 2.ª).

<sup>608</sup> No duplo sentido, como vimos *supra*, da dignidade do bem e da danosidade da conduta a incriminar.

tência de necessidade de tutela penal<sup>609</sup>. Contrapõe, assim, a um princípio de «tutela de bens jurídicos» (*Rechtsgüterschutz*) um princípio de técnica de tutela (*Schutztechnik*)<sup>610</sup>. Por seu turno, Sax distingue entre merecer a pena e necessitar de pena, considerando, assim, que o Direito Penal só deverá intervir quando, face a formas de conduta que «directa ou indirectamente põem em causa valores e, deste modo, merecem em si a pena, esta é de facto o único meio para tutelar suficientemente a ordem da comunidade»<sup>611</sup>.

Também Figueiredo Dias se exprime neste sentido — «... mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico-penais devem ficar de fora sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social: a necessidade social torna-se assim em critério decisivo de intervenção do Direito Penal, deste modo arvorado em última ou extrema ratio da política social»<sup>612</sup>.

Quer dizer que a afirmação da dignidade penal seria condição necessária mas não suficiente para a intervenção criminalizadora estar justificada.

É neste sentido, de facto, que a actual doutrina penal se manifesta<sup>613</sup>. A dignidade penal, caracterizada, segundo a posi-

609 Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 216 (apud Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 110, nota 92).

610 Hassemer, *idem*, p. 149 e ss. (apud *idem*).

611 Sax, *ob. cit.*, p. 927

612 *Direito Penal 2*, p. 44; do mesmo autor, *Os Novos Rumos...*, cit., pp. 16 e 17.

613 Para além dos autores já citados, entre outros, Costa Andrade, *A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal...*, cit., em especial pp. 13 e 14, «à legitimação negativa mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela» e ainda: «O Direito Penal só deve intervir quando a protecção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade...» (p. 13); do mesmo autor, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 203, referindo-se à danosidade social como critério de legitimação negativa — vide também nota 32 e bibliografia aí citada; e *Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação*, cit., p. 110, nota 92 — «mesmo pressuposta a viabilidade da identificação de

ção por nós sustentada, pela ofensa<sup>614</sup> a um bem com o seu reflexo em princípios ou valores constitucionais, constitui apenas o primeiro passo para a legitimação da intervenção penal.

um conjunto de valores convertíveis em bens jurídicos, tal não seria suficiente para determinar o elenco de condutas lesivas a elevar à categoria de crimes» e p. 111 — «a política criminal opera com critérios específicos e autónomos, necessariamente redutores do espaço do criminalmente punido mesmo em relação ao que se poderia considerar em abstracto carecido de tutela ou digno de tutela penal» (vide também nota 95 e bibliografia aí citada); Gomes Canotilho, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal: Contributo para uma Teoria da Legislação*, p. 29; Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, distinguindo entre *Strafwürdigkeit* e *Strafbedürftigkeit*, p. 32 e ss.; Roxin, em *Sentido e Limites da Pena Estadual*, pp. 21, 22 e 33 — «só se podem penalizar as lesões de bens jurídicos e as infracções contra fins de prevenção social, se tal é iniludível para uma vida comunitária ordenada... se se a utiliza (à intervenção penal) quando bastam outros meios mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, falta a legitimação da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada...» (pp. 21 e 22 — sublinhado nosso); também, do mesmo autor, *Strafrecht...*, cit., p. 17, Rn. 28; Zipf distingue entre um referente ético-social e um referente sociológico do crime *Introducción...*, cit., p. 92 e ss.; Günther, *Die Genese...*, cit., p. 1 e ss.; Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 74 e ss. e *Problematica dell'Osceno...*, cit., p. 97; Fiandaca/Musco, *Diritto penale...*, cit., pp. 1, 2, 7 e ss. Angioni, *ob. cit.*, p. 215 e ss. — «nulla poena sine crimine et necessitate», determinando a necessidade de tutela penal as condições de punibilidade, p. 218; Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, p. 71 e ss. — princípio de intervenção mínima — e Direito Penal como última «ratio legis» — nas p. 60 e ss. este autor refere outro sentido do conceito de subsidiariedade — a não autonomia da parte preceptiva do Direito Penal face a outros ramos do Direito, para negar esta posição e defender a relativa autonomia do Direito Penal quanto aos seus pressupostos e uma autonomia absoluta quanto aos seus efeitos — Moccia, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'ilicito* — para este autor, a intervenção penal só deveria ter lugar em relação às ofensas mais graves, quando não houvesse outros meios mais adequados e ainda quando o Direito Penal fosse capaz de cumprir a sua função de integração social. Este autor relaciona intensamente esta última «ratio» do Direito Penal com a capacidade ou incapacidade do Direito Penal para cumprir esta função de integração social: «Na posição do tipo legal deveria estar presente não tanto o relevo do bem a defender, mas antes as implicações, sobre o plano da função da pena, das técnicas de tutela eleitas» (p. 104); Vives Antón-Cabo del Rosal, *Derecho Penal. Parte General*, p. 89 e ss.

614 Ou criação de um perigo, no caso de se tratar de um bem dos mais essenciais (vide sobre este aspecto *supra*, e em especial Angioni, *ob. cit.*, p. 108 e ss. — tendo em conta, também para a resolução do problema dos crimes de

O segundo passo terá de se encontrar na necessidade ou carência de tutela penal.

Esta necessidade ou carência de tutela penal pode decompor-se no princípio da subsidiariedade — não existirem outros meios — jurídicos ou não — capazes de conferir, por si só (ou seja, sem necessidade do recurso à sanção penal), protecção adequada e suficiente ao bem digno de tutela, no princípio da adequação e eficácia — ser a tutela penal meio adequado, idóneo, eficaz, para a protecção do bem em causa, e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios<sup>615</sup>. Tal deverá ser assim devido, mais uma vez, à particular gravidade da sanção penal — sendo o Direito Penal o meio sancionatório mais «forte» de que o Estado dispõe, só deverá ser utilizado quando tal se apresente como

---

perigo, o respeito pelo princípio da proporcionalidade; no mesmo sentido, Fian-daca, *Il Bene Giuridico...*, cit., p. 78 e ss.).

<sup>615</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 404 — referindo-se ao «cost-benefit-approach»; Também Costa Andrade, *A Dignidade Penal...*, cit., pp. 13 e 14, considerando três pressupostos na carência de tutela penal — em primeiro lugar um juízo de *necessidade* (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela, em segundo lugar, um juízo de *idoneidade* (*Geeignetheit*) do Direito Penal para assegurar a tutela, e (terceiro pressuposto), para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, *maxime* da liberdade (p. 14). Em sentido convergente, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada...*, cit., pp. 170-172, na análise do art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte («devendo as restrições limitar-se ao *necessário*» — sublinhado nosso) da Constituição, distinguindo um princípio de adequação, de exigibilidade (no sentido de necessidade-subsidiariedade) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (que nos parece estar também, e até prevalentemente, ligado à dignidade penal — *vide supra*, *Segundo Capítulo, Secção 2.4.*). (Sobre a análise do artigo 18, n.º 2, 2.ª parte, *vide infra*, *Secção 2. b*). Também Cobo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*, p. 89 e ss. distinguem, dentro do princípio de proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido amplo, a adequação-aptidão da pena para alcançar os fins que a justificam e a necessidade ou intervenção mínima (onde incluem, no entanto, a dignidade penal, a subsidiariedade e a proporcionalidade em sentido estrito). Como vimos já, esta ideia de necessidade e idoneidade estava já presente em Liszt — «Não se pode castigar por falta de necessidade — quando outras medidas de política social ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente garantem uma suficiente protecção dos bens jurídicos; e inclusive ainda que não se disponha

*indispensável*<sup>616</sup> para se conferir uma protecção eficaz aos bens jurídicos. Reafirmamos, deste modo, a ideia do Direito Penal como a «ultima ratio» da política social<sup>617</sup>.

*b*) Assim, a generalidade da doutrina, tem estabelecido a contraposição entre dois juízos rectores da legitimidade de intervenção penal: um em que predomina a valoração — a dignidade penal — e outro em que prevalecem critérios de utilidade e de eficácia<sup>618</sup> — a carência de tutela penal. Com esta contraposição não pretendemos, no entanto, exprimir uma ideia de antagonismo (até porque os dois juízos são complementares e encontram, segundo cremos, relevantes pontos de contacto), mas sim, salientar que obedecem a lógicas diferentes. Enquanto que a dignidade de tutela se preocupa com quais os valores essenciais para uma dada comunidade e quais as condutas que os afectam de forma particularmente grave, a carência de tutela questiona-se, no fundo, acerca de qual a forma mais adequada e eficaz para os tutelar, dando primazia às formas menos drás-

---

de possibilidades mais suaves, tem que se renunciar à pena — por falta de idoneidade — quando seja político-criminalmente inoperante ou inclusivamente nociva» (*apud* Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 44).

<sup>616</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, pp. 64 e 65, fazendo referência ao art. 18.º, n.º 2 da Constituição (sobre as exigências que este preceito coloca ao legislador penal, *vide infra*).

<sup>617</sup> Não só no sentido de que temos vindo a tratar — de apenas estar autorizado a tutelar bens de fundamental importância para a comunidade; como no sentido de que agora cuidamos — de apenas dever intervir quando outros meios menos gravosos se mostrem desadequados ou insuficientes para a eficaz protecção de bens dignos de tutela e concomitantemente o Direito Penal tenha capacidade para a levar a cabo, sem criar maiores custos do que vantagens. Neste sentido, recordamos de novo a afirmação de Roxin — «o bem jurídico recebe uma dupla protecção: pelo Direito Penal e ante o Direito Penal que, usado exageradamente provoca precisamente as situações que quer combater» (*Sentido y Límites...*, cit., p. 22).

<sup>618</sup> Neste sentido, Costa Andrade, *A Dignidade Penal e Carência de Tutela Penal...*, cit., p. 11. Na doutrina alemã correspondem-lhe as expressões «Strafbarkeit» e «Strafbedürftigkeit» ou «Strafbedürfnis» (*apud idem*); no entanto, a expressão usada por Müller-Dietz para o juízo de dignidade penal é «Strafwürdigkeit» (*Strafe und Staat*, p. 32 e ss.).

ticas sempre que estas respondam às necessidades sociais de protecção.

Caberá no entanto salientar que estas categorias não são absolutamente pacíficas, assim como a relação que entre elas se deva estabelecer. Assim, se há autores que defendem a existência de uma perfeita autonomia entre o juízo de dignidade e o de carência de tutela penal, outros há que indiciam uma mais intensa relação entre estes dois juízos. Por outro lado, enquanto uns autores unem a dignidade do bem à danosidade social da conduta na mesma categoria — na dignidade penal, outros estabelecem uma ligação directa entre necessidade e danosidade social, agrupando-os na necessidade de tutela penal e ainda outros consideram três pressupostos legitimadores distintos — a dignidade do bem, a necessidade da tutela penal e o «merecimento» de pena, identificando-o com aqueles casos em que há um grau suficientemente elevado de danosidade social. Também a terminologia usada nem sempre é coincidente, podendo um mesmo termo ter significados relativamente diferentes consoante os autores <sup>619</sup>.

Assim, e para referirmos apenas alguns casos exemplificativos, Hassemer considera a dignidade e a carência de tutela penal como juízos autónomos, salientando obedecer a decisão sobre a técnica de tutela a princípios de conteúdo específicos, distintos dos que estão na base da decisão sobre a dignidade do bem <sup>620</sup>.

Já Gallas une os vários pressupostos da criminalização numa única categoria — a *Strafwürdigkeit* — definindo-a como «aquele comportamento anti-social, tão perigoso e reprovável e tão intolerável como exemplo, que para a defesa da sociedade aparece necessária e ajustada uma reacção como a pena, o meio mais drástico de coerção estadual e a expressão mais forte da censura social» <sup>621</sup>. Ora, esta definição de *Strafwürdigkeit* pode con-

619 Sobre a existência de uma certa confusão terminológica, na Alemanha, para referenciar os pressupostos da legitimidade de criminalização, Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 3 e ss.

620 Hassemer, *ob. cit.*, p. 216.

621 *apud* Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 4.

duzir à ideia de que o elevado grau de reprovabilidade e intolerabilidade social de uma conduta (no fundo, para nós, de dignidade penal onde se inclui já a danosidade social), implica a necessidade de intervenção penal (ou seja, nestes casos só o Direito Penal seria adequado e eficaz para a defesa da sociedade). Para Zipf, o conceito material de delito pressupõe um referente ético-social — «a contradição com as exigências mínimas ético-sociais dirigidas à convivência humana na comunidade jurídica» <sup>622</sup> e um referente sociológico — «a concreta lesividade social de determinadas formas de comportamento» <sup>623</sup> — mas, em certas partes da sua obra, une, em sentido que nos parece ser convergente com o de Gallas, esta lesividade ou danosidade social à necessidade de pena, considerando que «o legislador deve fazer uma selecção daquelas formas de conduta que considera *lesivas em tal grau* <sup>624</sup> que é procedente a sua repressão com os meios de poder estatal mais rigorosos, os do Direito Penal» <sup>625</sup>. Na verdade, Zipf parece até identificar danosidade social e necessidade de pena, citando para este efeito Sax, quando, reportando-se a uma das hipóteses de delimitação demasiado extensiva da área criminal <sup>626</sup>, refere «... uma *apreciação indevida da lesividade social* ao ser a norma penal criada pelo legislador («*necessidade de pena*» no sentido de Sax...). Neste caso, o legislador penalizou uma conduta que, considerando bem, não pode apreciar-se como socialmente lesiva em tal grau que a sua repressão com os meios punitivos seja necessária para a comunidade jurídica» <sup>627</sup>.

Será exactamente em sentido convergente com o de Zipf que Sax se exprime? Sax cria, assim como Gallas, uma categoria uni-

622 Zipf, *Introducción...*, cit., p. 99. *Vide supra*, nomeadamente nota 420, sobre o problema do mínimo ético.

623 *Idem*, citando Maurach.

624 Sublinhado nosso.

625 *Idem*, p. 97 e 98.

626 A outra consistiria naqueles casos em que uma norma penal viesse contrariar de forma inadmissível um direito constitucionalmente garantido (*idem*, p. 96).

627 *Idem*, pp. 96 e 97. Sublinhado nosso.

tária — a *Strawürdigkeit* — mas, dentro desta categoria, distingue, como referimos já, entre merecer a pena (*Strafe-Verdienen*) e necessitar de pena (*Strafbedürftigkeit*). E, enquanto que no merecimento de pena se refere a «uma conduta perturbadora para a comunidade . . .», incluindo assim, neste conceito, o problema da determinação da danosidade social, na caracterização da necessidade da pena refere que o Direito Penal, para intervir, deverá ser o *único meio* para se proteger suficientemente a comunidade<sup>628</sup>. Parece-nos, assim, que mantém a autonomia entre a própria danosidade social e a necessidade de pena<sup>629</sup>. A referência feita por Zipf a Sax, relacionando (identificando?) o problema da lesividade social com a concepção de necessidade, da autoria de Sax, ou pretendia realçar apenas o facto de, sem danosidade social suficientemente grave (proporcional ao custo da pena para o infractor) não se poder afirmar necessidade de pena — o que é evidente, mas não justifica, no entanto, a identificação entre os dois aspectos — ou então, parece-nos dever-se a dois factores: por um lado, ao facto de Sax estabelecer, na verdade, uma íntima relação entre danosidade social e necessidade de pena, incluindo-as até na mesma categoria geral (a *Strafbarkeit*), referindo-se ao juízo sobre a necessidade de pena, como um juízo que «assenta predominantemente numa investigação criminológica sobre os *factos que, pela sua frequência, persistência e danosidade*, são considerados como problema político-criminal»<sup>630</sup>; por outro, ao facto de Zipf estar preocu-

628 Sax, *ob. cit.*, p. 925. É claro que, referindo-se ao merecimento de pena, estabelece o juízo de proporcionalidade entre o desvalor do comportamento e o da pena, caracterizando-o como: «O conteúdo de desvalor de um comportamento anti-social que é suficientemente massivo para se opôr, de modo proporcional, à medida do desvalor da pena» (*ob. cit.*, p. 927). Mas, segundo cremos, esta afirmação, que exprime a adesão ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, não implica uma identificação total entre danosidade social e necessidade de pena.

629 Para Sax, vai-se além dos limites do ilícito penal quando se penalizam condutas merecedoras de pena, mas não carecedoras de pena. Refere ainda que, para a necessidade de pena se verificar, esta deveria ser *imprescindível* para a protecção social. (Sax, *ob. cit.*, p. 931).

630 Sax, *ob. cit.*, p. 935 (sublinhado nosso).

pado em distinguir, no conceito material de delito, entre um referente ético-social, para cuja determinação se teria de proceder a um juízo valorativo, e um referente sociológico, cuja determinação se teria de buscar numa avaliação empírica da realidade social. Ora, é evidente que, quer a determinação da danosidade social, quer a determinação da necessidade de pena (mesmo que se distinga do juízo de danosidade social), tem que buscar o apoio de uma investigação empírica da realidade, aspecto este salientado por Sax<sup>631/632</sup>.

Por fim, na doutrina Italiana, Fiandaca e Musco distinguem entre valores susceptíveis de protecção penal — os bens jurídicos —, princípio da subsidiariedade e princípio de «meritevolleza» de pena, enquadrando neste último o problema da danosidade social da conduta — dos comportamentos que agriadam os bens jurídicos de forma muito grave, com um nível de gravidade que resulte intolerável<sup>633</sup>.

c) Segundo a nossa opinião, o problema da danosidade social ainda deve ser reconduzido a uma ideia de dignidade de

631 Zipf refere a distinção de Sax entre merecimento de pena e necessidade de pena quando estabelecia a diferença entre referente ético-social e referente sociológico do conceito material de delito, salientando a importância de uma avaliação empírica da realidade para se determinar este segundo aspecto, *Introducción. . . , cit.*, p. 99.

632 *Vide supra*, em sentido convergente, sobre o problema da determinação de danosidade social. Neste sentido Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 36 e ss.; Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 408 e ss., referindo os contributos da teoria criminológica para a problemática da carência de tutela penal; Costa Andrade, «as próprias categorias que presidem ao discurso da criminalização — *maxime* a da *Strafbedürftigkeit* — são categorias pragmáticas, abertas à ponderação da realidade, tanto em sede de diagnose como de prognose, e, por isso, expostas ao risco do erro e da variabilidade (. . .)» (*Contributo. . . , cit.*, p. 119). Neste sentido, ainda, Zipf «Uma tarefa decisiva da criminologia consiste, portanto, em mostrar a necessidade de sanção para a penalização de determinadas formas de conduta segundo a realidade concreta das coisas e na nossa ordem jurídica e social» (*Introducción. . . , cit.*, p. 100).

633 Fiandaca, *Bene Giuridico. . . , cit.*, p. 77 e, do mesmo autor, *La Problematica dell'Osceno. . . , cit.*, p. 97 e Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 8 e ss.

tutela, uma vez que diz respeito ao referido grau de intolerabilidade social<sup>634</sup>, tendo por referentes, por um lado, o grau de importância dos valores em causa e, por outro, os efeitos de determinado comportamento no âmbito social, em relação a esses mesmos valores<sup>635</sup>. Embora para a sua determinação seja imprescindível uma análise empírica sobre os efeitos das condutas, a determinação da danosidade social tem que se reportar constantemente aos valores considerados essenciais para uma comunidade e o juízo final que se faz é um juízo de dignidade de tutela, não ainda da sua necessidade — é um juízo sobre a perturbação grave dos bens considerados essenciais para o desenvolvimento da vida do homem em comunidade<sup>636</sup>.

Não se deverá, no entanto, deixar de ter em conta que, por um lado, quer para a determinação da danosidade social, quer para a determinação da carência de tutela penal, é essencial uma abordagem criminológica<sup>637</sup> e, por outro, que há uma ligação muito intensa entre grau elevado de danosidade social e necessidade de pena, não se podendo esquecer, no entanto, o problema específico da existência ou não de outros meios suficientemente eficazes, assim como o próprio grau de adequação e eficácia do Direito Penal.

De facto, parece-nos haver uma *tendencial*<sup>638</sup> convergência entre elevada importância do bem a tutelar e particular gravidade — intolerabilidade da lesão a esse valor, por um lado, e

634 *Vide supra*, nota 2.

635 *Vide supra*, b), nomeadamente nota 628. Ter-se-á, assim, de ter em atenção qual o grau de lesão que determinado comportamento causa nos valores considerados essenciais, só se podendo criminalizar «um conteúdo do ilícito suficientemente massivo (*hinreichend massiv*) do comportamento socialmente perturbador». (Sax, *apud* Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 13).

636 Parece-nos ser neste sentido a opinião de Costa Andrade, ao indicar, como referentes da dignidade penal, a dignidade do valor em causa e a danosidade social da conduta (*idem*, p. 12).

637 *Vide supra*, nota 632.

638 Em sentido convergente parece-nos ser a posição de Costa Andrade, *Contributo...*, cit., pp. 118 e 119 e nota 113; Hanack questiona-se sobre a existência de um grau de nocividade social que indique que a criminalização se torna inevitável (*apud* Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 33, nota 62). No entanto, Müller-Dietz acentua sempre a necessidade de se verificar da existência ou não

necessidade de tutela penal, por outro. Tal ficar-se-á a dever ao facto de, *geralmente*, em relação a condutas com este grau elevado de reprovabilidade e danosidade social, se considerar que só um meio particularmente forte (em virtude da sua força de dissuasão e, principalmente, de integração social — prevenção geral em sentido positivo) — a intervenção penal — poderá proteger suficientemente a sociedade. Quem põe em causa a necessidade de intervenção penal em relação a condutas como o genocídio, homicídio e ofensas corporais graves?<sup>639</sup> No entanto, esta constatação não implica o abandono do juízo de carência de tutela penal, pois pode-se dizer que não se põe em causa a criminalização destas condutas, precisamente porque se torna evidente estarem preenchidos, em relação a elas, os pressupostos em que assenta este juízo. De resto, o inverso também normalmente se verifica — em relação, por exemplo, a condutas imorais e «socialmente indesejáveis»<sup>640</sup>, mas de nula, muito

de outros meios suficientemente eficazes e da adequação e eficácia do próprio Direito Penal (*idem*, p. 32 e ss.). Também não queremos pôr em causa estes princípios que, de resto, temos vindo a salientar, mas constatar a tendencial convergência entre aquela dignidade penal e esta necessidade de tutela penal. (*Vide*, no entanto, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 73 e ss. e Fiandaca/Musco, *ob. cit.*, p. 8. Sobre este problema, mais desenvolvidamente, *vide infra*, Terceira Parte, em especial *Capítulo Quinto*).

639 Não contando, é claro, com quem defende a abolição total do Direito Penal e a sua substituição por outros processos de controlo social (neste sentido, entre outros, Hulsmann, *Peines Perdus*) uma vez que estamos a partir do pressuposto da necessidade de existência do Direito Penal, pelo menos, no momento histórico em que nos situamos... É claro que, se existisse (ou se partíssemos do princípio que deveria ser implantado) um outro sistema — melhor — e defesa dos bens jurídicos básicos, primordiais, para uma comunidade, de tal forma que pudesse substituir o Direito Penal, todo o nosso trabalho deixaria de fazer sentido... Deixaria de ser necessária a busca de princípios limitadores (impositivos?) da intervenção penal... (Estas reflexões conduzir-nos-iam ainda a nos questionarmos sobre o que é que caracteriza o Direito Penal — ou seja, o que é que faria com que esse sistema já não pudesse ser considerado Direito Penal, mas outra forma de intervenção. Esta questão parece-nos fazer sentido, uma vez que o próprio Direito Penal pode (deve) ir-se adaptando às novas realidades, nomeadamente criando diferentes tipos de sanções, o que, de resto, tem vindo a acontecer — sobre estes problemas, *infra, idem*).

640 Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 403.

duvidosa ou muito remota<sup>641</sup> danosidade social, como se poderá referir o caso do adultério, da homossexualidade e do incesto, mas também, segundo cremos, do consumo de droga e, talvez, da pornografia, o Direito Penal nunca seria um meio adequado e eficaz<sup>642</sup>; também em situações de pequena dignidade do bem a proteger tal acontecerá frequentemente<sup>643</sup>. É claro que, nestes casos, nem sequer se precisa de chegar à fase da carência de tutela, uma vez que, à partida, se nega a sua dignidade penal, mas, a verdade é que, mesmo que se provasse esta dignidade, encontrar-se-iam sérios problemas na justificação de uma necessidade de tutela penal.

O que se verifica, assim, é a referida relação entre grau de danosidade social e necessidade penal, o que se salienta é a importância de, na determinação da necessidade de tutela penal, se ter em atenção, precisamente, este grau de danosidade social, assim como todo o ambiente envolvente — contra-interesses, efeitos mediatos e imediatos da criminalização, custos e vantagens da intervenção penal... Parece-nos apontar neste sentido a afirmação de Figueiredo Dias/Costa Andrade: «as respostas dadas

641 Sobre este problema, vide *supra*, Primeiro Capítulo, em especial Secção 4, e ainda Primeira Parte, Capítulo Segundo, Secção 1. b).

642 Sobre o problema da pornografia, *supra*, Primeiro Capítulo, Secção 5.; sobre a não adequação da punição do adultério, já Liszt, in Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 45.

643 Neste sentido, para além dos autores já referidos, Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 28, Rn. 17, depois de afirmar que o legislador deve estatuir uma contra-ordenação quando tal seja suficiente, refere que tal acontecerá predominantemente nos casos de dano para bens jurídicos de pequeno valor (o que implica, como é óbvio, uma também reduzida danosidade e, de qualquer modo, a relação entre dignidade penal e carência de tutela penal; a não penalização poderia até já ser imposta pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Refere ainda que se devem tomar em consideração os casos em que um comportamento que causa dano para um bem jurídico considerável, apresenta um pequeno desvalor ético-social — tal poderá acontecer quando o comportamento é causado por descuido. Nestes casos, que hoje são muitas vezes considerados crimes, o ilícito de mera ordenação poderia desempenhar a mesma função. Assim, segundo Roxin, não só o grau de dignidade penal como o grau de culpa devem ser tomados em consideração na escolha dos meios protectivos — um pequeno grau de danosidade social e/ou um pequeno grau de culpa poderão estar na base da desnecessidade de recurso à pena, posição esta que nos parece de sufragar.

em sede de *carência* — e eficácia — de tutela implicam uma dada representação da realidade, *sc.*, da conduta a criminalizar/descriminalizar, das suas manifestações típicas, do enquadramento ambiental e interactivo, *do grau de danosidade social*<sup>644</sup>, bem como um juízo prognóstico sobre as possibilidades e alternativas de controlo social. Daí que o conteúdo desta categoria seja, como Sax acentua, fundamentalmente criminológico<sup>645</sup>.

Tendo em conta as considerações feitas, podemos reafirmar o nosso ponto de partida — a bipolarização (também ela, como vimos, tendencial) entre dignidade penal e carência de tutela penal, pressupondo a primeira um juízo prevalentemente valorativo e a segunda um juízo prevalentemente pragmático<sup>646</sup>, mas tendo-se em atenção, segundo as palavras de Costa Andrade, que «a indispensável racionalidade funcional está inteiramente colonizada pela densidade axiológica própria da *Wertrationalität*»<sup>647</sup>. Queremos dizer, assim, que todas as considerações sobre a existência ou não de formas alternativas ao Direito Penal para proteger bens essenciais e sobre a adequação ou não do Direito Penal para o fazer, que pressupõem uma análise cuidada da realidade, dos efeitos da intervenção penal sobre o todo social, de uma comparação entre custos e benefícios da sua intervenção, não poderá deixar de ter como ponto central, como preocupação fundamental, a *defesa desses valores*<sup>648</sup> — o mais eficaz possível, mas também da forma menos gravosa possível, já que a pena em si é um mal<sup>649</sup>, mas um mal necessário quando for o menor dos males...

644 Itálico nosso.

645 Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 408.

646 «*Wertrationalität*» e «*Zweckrationalität*», nas expressões alemãs (*apud* Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 4).

647 *Idem*, p. 9.

648 Ainda neste sentido, Costa Andrade, *ibidem* — «A racionalidade funcional está aqui pré-ordenada à salvaguarda e protecção de bens jurídicos fundamentais».

649 Neste sentido, vide *supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b), a referência ao P. A. alemão, onde se considera a pena como «uma amarga necessidade...»

## 2. Fundamentação constitucional da carência de tutela penal — ligação à concepção de Estado e ao art. 18.º, n.º 2 da Constituição

a) Esta caracterização dos limites da intervenção penal, pelo lado da carência de tutela, tem por fundamento, também, um conceito de Estado democrático, pluralista e secularizado<sup>650</sup>, em que a pena não pode ser vista como uma «exigência de tipo metafísico, mas como uma necessidade social».

Esta concepção encontra-se em estreita relação, assim, com o problema da função do Direito Penal e dos fins das penas,

<sup>650</sup> Figueiredo Dias salienta a relação entre conceito de Estado e necessidade-subsidiariedade do Direito Penal. Referindo o princípio da congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (sobre este aspecto, *vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 2.), princípio este, segundo Figueiredo Dias, imamente a todos os estados onde valha a cláusula da estadualidade de direito social, dele faz derivar também a exigência de necessidade e subsidiariedade da intervenção penal e ainda as finalidades de prevenção geral e especial como justificativas da intervenção do sistema penal e que conferem sentido às suas reacções específicas (*Direito Penal 2*, pp. 54 e 55). Também Costa Andrade, referindo-se «aos preceitos de índole material ou substancial através dos quais se recorta a *Menschenbild* e a *Weltanschauung* que a Constituição propõe ao legislador e pelas quais se deve alinhar em matéria de criminalização, descriminalização ou imposição de coimas. É, por exemplo, a partir de princípios como o do respeito pela dignidade humana, da liberdade (*maxime* de crença ou religião), da igualdade e do Estado de Direito que a doutrina alemã tem vindo recentemente a fundamentar os processos de descriminalização... Tem sido, em síntese, por esta via, que a doutrina alemã tem procurado ancorar na Constituição as categorias dogmáticas e político-criminais da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e da carência de tutela penal (*Staftbedürftigkeit*) com vista à identificação de um conceito material de crime» (*Contributo...*, *cit.*, pp. 117 e 118). De facto, Müller-Dietz afirma que os princípios da dignidade e da carência de tutela penal provêm do respeito pela dignidade humana (art. 1.º, Abs. 1 GG.) e do princípio da liberdade (art. 2.º, Abs. 1 GG.), os quais foram depois concretizados e desenvolvidos pela doutrina constitucional. Refere ainda que a vinculação pela qual o legislador penaliza condutas socialmente nocivas, se encontra nos arts 20 Abs. 1 GG e 28 Abs 1 GG ancorados no princípio do Estado de direito. Como emanação destes princípios surge a proibição do arbítrio, o princípio da proporcionalidade e o da determinabilidade. A proibição do arbítrio, ligada também ao prin-

estando em sintonia com um Direito Penal que encontra a sua justificação na *protecção de bens jurídicos* através da prevenção geral e especial<sup>651</sup>, não deixando de ter por limite o juízo

cípio da igualdade (art. 3.º, GG), exige uma razão objectiva para a penalização (*Strafe und Staat*, p. 34). Para Roxin, o princípio da subsidiariedade provém do princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, deriva do princípio constitucional do Estado de direito (*Strafrecht...*, *cit.*, p. 28, Rn. 17). Também para Zipf o conceito material de delito está cunhado previamente pela Constituição e pela teoria das penas (*Introducción...*, *cit.*, p. 98). Em Itália, relaciona-se o princípio da subsidiariedade com os princípios de pluralismo e tolerância do Estado democrático (neste sentido, entre outros, Angioni, *ob. cit.*, p. 215 e ss.) e com os arts. 25.º, comma 1.ª e 27.º, comma 3.ª, 13.º, comma 2.ª e 3.ª (expressão também dessa concepção de Estado e preceitos já referidos no contexto da legitimação negativa do Direito Penal, *vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 1) — na medida em que são preceitos que fundamentam a ideia do Direito Penal como a última *ratio* da política social, quer pelas exigências a que submetem a lei penal, quer pela importância que reconhecem aos valores que com a pena se restringem — liberdade (art. 13.º) e dignidade (arts. 2.º e 3.º) (Neste sentido, Fiandaca/Musco — *ob. cit.*, pp. 3 e 4; Moccia, *ob. cit.*, p. 99 e ss.).

<sup>651</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, pp. 54 e 55 — «só finalidades relativas de prevenção, geral e especial, não finalidades de retribuição e expiação, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir fundamento e sentido às suas reacções específicas»; Costa Andrade, *A Dignidade...*, *cit.*, p. 7 — «A pena é uma instituição exclusivamente humana, criada com o fim de proteger a sociedade, não podendo, por isso, ser imposta se não é exigida por razões preventivas»; Mir Puig, *Fundamento Constitucional de la Pena y Teoría del Delito*, em especial p. 118 e ss., relacionando a função de prevenção geral com a concepção de Estado constitucionalmente consagrada (Estado de direito democrático e social, art. 1.1 da Constituição Espanhola) e pp. 116 e 121 — «basear a teoria do delito na função de prevenção, fundando-a, ao fazê-lo... no sentido político que a Constituição impõe ao Direito Penal»; indicando também a prevenção geral como a função do Direito Penal, Gimbernat de Ordeig, *Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?* Ambos os autores se referem especialmente à função de motivação (prevenção geral através da motivação). A motivação, no entanto, engloba quer a prevenção negativa quer a positiva (Mir Puig, *Fundamento Constitucional...*, *cit.*, p. 119; sobre este aspecto, *vide infra*, notas 671 e 972); Roxin, *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 33, definindo o sentido e limites do Direito Penal como «a protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estaduais mediante prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade no quadro traçado pela medida de culpabilidade individual»; Cuevo, *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 46 e ss., para quem a pena se justifica «na sua necessidade para a protecção de bens jurídicos» e para quem os fins a perseguir com as penas serão puramente preventivos — de prevenção

de culpabilidade, para se evitar a instrumentalização do indivíduo<sup>652</sup>.

Quer o princípio de carência ou necessidade de tutela penal, quer uma concepção, como a delineada, sobre a função/fundamentação do Direito Penal, sendo defendidos, actualmente, pela generalidade da doutrina<sup>653</sup> nos vários Estados de direito democráticos, com base, precisamente, no conceito constitucional de Estado e seus princípios enformadores<sup>654</sup>, encontram, na Constituição Portuguesa, expressa consagração no art. 18.º, n.º 2.

b) Este preceito, ao impor que a restrição de direitos, liberdades e garantias se limite ao *necessário*<sup>655</sup> para a salvaguarda

geral e especial. Também o P. A. alemão, § 2,I — segundo o qual as penas e medidas de segurança servem «a protecção de bens jurídicos e a reincorporação do sujeito na comunidade jurídica» (*vide* também, sobre estes aspectos — nomeadamente a relação entre prevenção geral e especial como formas de protecção de bens jurídicos e as raízes desta concepção em Liszt, Roxin, *Franz von Liszt...*, *cit.*, pp. 40 e ss. e *infra*, *Secção 3. b)*).

<sup>652</sup> O juízo de culpa, sendo um juízo humano, é sempre falível, mas deverá, no entanto, ser tomado em consideração como limite da pena, como uma garantia do indivíduo contra uma sua possível instrumentalização em nome da necessidade social. Neste sentido, Figueiredo Dias, *ibidem*, pp. 55 e 56 — «não pode, em caso algum, haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa. O princípio da culpa não vai buscar o seu fundamento axiológico, aliás irrenunciável, a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da pessoa humana — o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de direito democrático»; também Costa Andrade, *idem*, p. 8; Roxin, *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 27 — «... a culpabilidade, que temos afirmado ser desadequada para fundamentar o poder penal estadual, no entanto deve servir para o limitar (...) isto é necessário porque os conceitos de dignidade humana e autonomia da pessoa, que presidem à nossa Lei Fundamental e à tradição ocidental, indiscutivelmente pressupõem o homem como ser capaz de culpabilidade e responsabilidade...»; Cuevo, *ob. cit.*, p. 46, afirmando ser duplo o fundamento do Direito Penal — por um lado a culpabilidade do indivíduo, por outro, e porque este não é suficiente, a necessidade. De facto, a culpa, ao ser imprescindível para se aplicar a pena, será também fundamento da pena — necessário, mas não suficiente.

<sup>653</sup> Da justificação do Direito Penal na necessidade de defesa dos bens jurídicos fundamentais através da prevenção (já quanto à caracterização da prevenção geral e especial, e ao peso que a cada fim deva ser atribuído, o consenso não é tão generalizado; *vide infra*, *Secção 3. b)*).

<sup>654</sup> *Vide supra*, nota 650.

<sup>655</sup> Itálico nosso.

de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, está a exigir, por um lado, que a justificação da intervenção penal se encontre na protecção de bens jurídicos (mediatizados pelos direitos e interesses constitucionalmente consagrados)<sup>656</sup> e, por outro, que ela respeite o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de excesso.

O princípio de proporcionalidade em sentido amplo, é aquele que melhor concretiza a ideia de *necessidade* prevista na Constituição<sup>657</sup>. Este princípio, aplicado à intervenção penal, engloba a exigência do respeito pela carência de tutela penal e, ainda, o princípio de proporcionalidade em sentido estrito. Senão, vejamos: a proporcionalidade em sentido amplo deverá, para ser melhor compreendida, subdividir-se em três subprincípios — o princípio da adequação, ou seja, as medidas restritivas devem ser adequadas ao fim visado (à protecção de outros direitos ou interesses constitucionais — para o âmbito penal, à protecção de bens jurídicos no sentido delineado); o princípio da indispensabilidade — as medidas restritivas, no nosso caso, as medidas penais, devem apresentar-se como as únicas capazes de proteger os referidos interesses constitucionais (no âmbito penal, os bens jurídicos), não sendo possível alcançar tal protecção com meios menos gravosos (em Direito Penal esta exigência costuma denominar-se por princípio da subsidiariedade) e, por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual, os meios restritivos e os objectivos obtidos (no âmbito penal, a pena e a protecção do bem jurídico) «devem situar-se numa justa medida»<sup>658</sup>, proscrevendo-se a utilização de meios exagerados, desproporcionados em relação aos objectivos a alcançar — a protecção dos valores constitucionais, ou, mais precisamente, para o âmbito penal, a protecção dos bens jurídicos, mediatizados por aqueles valores<sup>659</sup>.

<sup>656</sup> Bens jurídicos mediatizados, assim, pela Constituição, no sentido por nós defendido *supra*, *Segundo Capítulo*.

<sup>657</sup> Neste sentido Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 170 e 171. Na exposição subsequente seguiremos de perto os seus ensinamentos.

<sup>658</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 171.

<sup>659</sup> Em sentido semelhante, quanto à caracterização da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de excesso, Cobo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*, p. 89 e ss.

Assim, os dois primeiros princípios, aplicados ao Direito Penal (adequação e subsidiariedade), constituem a «carência de tutela penal»<sup>660</sup> e o último — a proporcionalidade em sentido estrito — embora se possa também relacionar com o problema da necessidade de pena — não utilizar meios exagerados (no sentido de já desnecessários) em relação à necessidade de protecção dos bens jurídicos, julgamos ter particulares atinências com a própria dignidade penal, com um *juízo de tipo valorativo*<sup>661</sup>. É que, se entendessemos este princípio apenas no sentido da proporcionalidade de meios — no mesmo sentido em que, em Portugal, se exige na legítima defesa o respeito pela proporcionalidade (art. 32.º do C. P. — meio necessário) — então deveríamos enquadrá-lo preferentemente na carência de tutela penal<sup>662</sup>, mas, se se exige também uma proporcionalidade (na

660 Para além da referida comparação entre custos e vantagens da intervenção penal, problema que, no entanto, nos parece já enquadrável nos princípios referidos...

661 Costa Andrade coloca a questão da proporcionalidade pertencer à categoria da dignidade penal ou da carência de tutela penal (*A Dignidade...*, cit., p. 4). A páginas 11 e 12, aceita a inclusão deste princípio na própria dignidade penal. Salientemos também que esta proporcionalidade tem que se respeitar nas várias fases da «intervenção penal». No nosso trabalho é evidente que nos estamos a referir, em especial, ao respeito deste princípio por parte do legislador.

662 Esta ideia de proporcionalidade dos meios poder-se-ia considerar, assim, ainda contida no princípio da subsidiariedade, entendendo-se que este impõe, não só que se recorra a outros meios mais suaves que os penais, quando tal se mostrar suficiente, mas ainda que, de entre os meios penais, e de entre os vários graus de utilização de cada um desses meios, se utilize sempre o menos gravoso, desde que este se apresente suficiente.

Por outro lado, a proporcionalidade dos meios — não se utilizarem meios exagerados (desnecessários) em relação aos fins a atingir — está imbricada com a própria proporcionalidade entre os bens, mas dela se pode distinguir, na medida em que é *pensável* haver necessidade (para uma eficaz protecção dos bens jurídicos) de utilização de meios que não respeitem a proporcionalidade entre os bens; é o que se passa muitas vezes, e é permitido, na legítima defesa. É verdade que se poderia considerar a pena como um meio de «legítima defesa da sociedade». Só que, naquela, a agressão é actual — compreende-se, assim, que se permita essa desproporção entre bens (a menos que exista uma enorme desproporção, enquadrável numa abuso de direito), pois ela pode ser *inmensurável* (não se pode, assim, ir além do meio necessário — e não mais do que o necessário e, se houver vários meios, do menos gravoso) para se afastar a agressão. Tratando-se, na intervenção penal, de uma agressão já não actual, e inter-

medida do possível<sup>663</sup> — uma ponderação) entre valor atingido com o crime (e a forma e grau em que é atingido) e valor restringido com a pena (tendo em conta também o diferente grau possível de restrição)<sup>664</sup>, como parece ser também de exigir,

vindo a pena, já não para repelir a agressão, mas para proteger os bens jurídicos de futuros ataques, será de sufragar a mesma posição e será tão frequente este conflito entre necessidade e proporcionalidade de bens? Estamos em crer que não...

663 *Vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 1., a referência ao princípio da proporcionalidade e, especialmente, à concepção de Angioni. Reafirmamos a ideia de que a defesa de uma proporcionalidade entre os bens nos parece critério essencial para se alcançar uma criminalização legítima, em ordem a uma ideia de justiça e à preservação da dignidade humana contra pretensões de utilidade social (para além de devermos ter sempre em atenção o princípio da culpa, que deverá, de resto, enquadrar-se ainda nesta ideia de proporcionalidade e que também já está presente no momento da criação do tipo legal). Na maior parte dos casos, porém, parece-nos que não se verificará um conflito entre necessidade de protecção e proporcionalidade entre os bens (*vide nota anterior*) uma vez que, em geral, a pena proporcionada é a que se mostra mais adequada. Segundo Cobo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*, p. 93, «a pena proporcionada à gravidade do delito será também, em abstracto, a adequada à finalidade de tutela» (e, citando Rawls em *Dos Conceptos de Reglas, en Teorías sobre la Ética*, México, 1974 — «mesmo de um ponto de vista utilitarista, a ordem das ofensas, segundo a sua gravidade, teria que corresponder à ordem das penas, segundo a sua severidade»). Também é verdade que a pena justa corresponde normalmente à pena mais eficaz. No entanto, mesmo que, em alguma situação, tal não se verifique, não se deve submeter a justiça à eficácia. As nossas reservas ao que denominamos de proporcionalidade estrita, não põem em causa a justiça da decisão — terá sempre de se verificar uma proporcionalidade aproximada (na medida do possível) entre o bem a proteger e o bem a restringir com a pena e o limite da culpa nunca poderá ser ultrapassado. Segundo Cuevo, «a prevenção geral não é absoluta mas, como acertadamente salienta Schmidhäuser, vê-se limitada pela ideia de justiça e pelo princípio de proporcionalidade, assim como, acrescentamos nós, pelo princípio de humanidade que deve impregnar o Direito Penal» (*ob. cit.*, p. 47). Defendendo também o princípio da proporcionalidade no momento da criação da norma, Zipf, *Introducción...*, cit., p. 93 ss, referindo-se à «proibição de penas excessivas»; Muñoz Conde, *ob. cit.*, acentua a importância deste princípio para a prevenção especial positiva e Angioni (*vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 1.2.) faz mesmo derivar a exigência de proporcionalidade da função reeducativa consagrada constitucionalmente, uma vez que só uma pena proporcional ao facto cometido teria potencialidades reeducativas.

664 Assim, segundo Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, vol. 2, 1981, p. 60, teria de se proceder a um juízo de ponderação entre a «carga coactiva»

então, este juízo de ponderação passa a ser fundamentalmente valorativo, dizendo respeito ao grau de importância do bem jurídico e de danosidade social em comparação com a importância do direito restringido e grau da sua restrição penal<sup>665</sup>.

### 3. Delimitação do problema da necessidade de tutela penal — a protecção de bens jurídicos; o procedimento para averiguar a necessidade penal

a) Tendo-se definido, em traços gerais, a carência de tutela penal, e tendo-se analisado como, face à Constituição Portuguesa, ela constitui requisito de legitimidade da intervenção penal, um problema fundamental está ainda por resolver: — Será a exigência de carência de tutela penal constitucionalmente vinculante, ou tratar-se-á apenas de uma indicação para o legislador? Ou, noutros termos<sup>666</sup>: Será a carência de tutela penal controlável, de forma a dever-se considerar inconstitucional uma criminalização que não preencha este pressuposto, ou situamo-nos numa área de liberdade do legislador, sendo este o único a poder julgar da existência ou inexistência desta necessidade?

O problema torna-se bastante delicado uma vez que, se, por um lado, estamos perante uma exigência de nível constitucional, por outro, a constatação da verificação dos pressupostos da carência de tutela, implica uma análise de tipo criminológico — da sociedade e dos efeitos do crime, das consequências da criminalização em comparação com os efeitos da interven-

da pena e o fim perseguido com a cominação penal e a ponderação teria de se realizar «na perspectiva do direito fundamental e do bem jurídico que veio limitar o seu exercício».

<sup>665</sup> Esta foi, de resto, uma posição já por nós assumida, *supra*, Segundo Capítulo, Secção 2.4. a), até pelo próprio contexto em que focámos esta problemática.

<sup>666</sup> Que, no entanto, já poderá mudar *relativamente* a questão do ponto de vista substancial.

ção de outras formas de tutela e até, mesmo, da «alternative of doing nothing»<sup>667</sup>.

Assim, se a importância deste limite à criminalização, importância tal que o erigiu em limite constitucional, nos leva a afirmar, claramente, que estamos face a uma exigência constitucional vinculante e não a uma mera indicação que o legislador poderá ou não seguir, a natureza dos pressupostos em que assenta esta decisão (a decisão sobre a existência ou não de carência de tutela penal), torna-a dificilmente controlável. Mas, se chegarmos à conclusão de que ela não pode, de todo, ser controlada, então, de pouco servirá, na prática, a vinculatividade deste princípio...

Para tentarmos esclarecer melhor esta questão, teremos que precisar um pouco mais quais as investigações e os juízos em que esta decisão deverá assentar. Só depois disto tentaremos delinear, sumariamente, a relação que nos parece dever interceder entre legislador penal e órgão de controlo da constitucionalidade, no âmbito desta matéria, de acordo com uma equilibrada separação de poderes.

b) Quanto ao primeiro aspecto, caberá salientar que toda a análise acerca da adequação e eficácia do Direito Penal em comparação com a de outras formas de controlo e com a alternativa de não intervenção, não deverá perder de vista que se trata de uma averiguação acerca da *eficácia protectora de bens jurídicos*. Esta nota parece evidente<sup>668</sup>, mas é ela que deve nortear toda a investigação e é a partir dela que poderemos retirar outras consequências, talvez de alcance já mais polémico.

Assim, reafirmamos que é à prevenção que cabe o papel principal, é ela que está no centro das nossas investigações, e não

<sup>667</sup> Packer, referindo, no entanto, que esta solução cria muitas resistências pois, «não convivemos facilmente com o mal» (*apud* Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 420).

<sup>668</sup> E, de resto, já foi acentuada *supra*, Secção 2., a propósito da relação entre princípio da necessidade penal — função do Direito Penal — e concepção de Estado...

uma eventual função retributiva, pois, em relação à culpa, o único dado que nos parece seguramente de defender, é o seu papel limitador da intervenção penal. Dentro da prevenção, será a prevenção geral a quem caberá o primeiro plano, na medida em que já se situa antes da própria infracção e se dirige a um maior número de pessoas<sup>669 e 670</sup>. E a protecção de bens jurídi-

669 Não só a potenciais criminosos como a toda a comunidade (isto, se não entendermos que todos os membros da comunidade são potenciais criminosos). Neste sentido, Roxin, *Sentido y Límites...*, *ob. cit.*, p. 24: «Este conceito (refere-se à prevenção geral) (...) encerra a ideia de que o Estado estabelece no Código penal uma ordem protectora obrigatória para todo o cidadão, que lhe garante os bens jurídicos necessários para a sua existência e lhe diz que actividades se lhe ordena *sob pena que omitta*. Pois no interesse da prevenção geral também se tem que informar sobre o âmbito do proibido a quem não necessita de intimidação». Ainda neste sentido, Cuello Contreras, *Definición de Criminalidad...*, *cit.*, p. 454 e ss. Ao dirigir-se a toda a comunidade, pretende contribuir para a integração social e para o reforço da importância dos valores em causa (prevenção geral em sentido positivo — *vide* notas seguintes).

670 Com isto não pretendemos sobrepor a «utilidade social» ao respeito pelo indivíduo; as necessidades de prevenção especial e o limite da culpa deverão também estar presentes em cada momento da «intervenção penal» (criação do tipo legal, aplicação e execução da pena — facto salientado por vários autores, embora por vezes divirjam quanto ao peso relativo a atribuir a cada «dinâmica» da pena em cada momento de intervenção; *vide*, entre outros, Roxin, *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 24 e ss.; do mesmo autor, *Franz von Liszt...*, *cit.*, p. 42 e ss.; Cuello, *ob. cit.*, p. 46 e ss.; Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, *cit.*, p. 97 e ss. É verdade que no próprio tipo legal se tem em conta o limite da culpa (desde logo, há tipos legais dolosos e tipos legais negligentes) e a prevenção especial, nomeadamente ao se conferir ao juiz, em certos casos, a possibilidade de aplicar medidas alternativas à pena de prisão. Daí Roxin considerar que, no P. A. (e na linha do pensamento de Liszt), na pequena criminalidade se dá prevalência absoluta ao princípio da ressocialização, enquanto que nos delitos capitais, especialmente nos delitos contra a vida, prevalecem as necessidades de prevenção geral (*Franz von Liszt...*, *cit.*, pp. 42, 43). O que, na nossa perspectiva, não impede que *intenção básica e primordial* do Direito Penal seja criar confiança e integração social e reforçar a consciência colectiva para a importância dos valores essenciais, potenciando assim o respeito (o mais amplo possível) pela norma (neste sentido, segundo cremos, *vide* nota seguinte, referência à posição de Figueiredo Dias). Até porque, a previsão de medidas não detentivas para a pequena criminalidade, tendo por base uma intenção ressocializadora, não nos parece que contrarie a finalidade de prevenção geral em *sentido positivo*, pois esta será reforçada com a existência de uma proporcionalidade entre

cos deverá, segundo cremos, ser alcançada primacialmente através da prevenção geral positiva (a qual, para tal, apresentará maiores virtualidades), embora também a ela esteja «irrecusavelmente» ligada a função de dissuasão-intimidação<sup>671</sup>; isto,

ilícito e sanção, criando confiança no sentido de justiça do Direito. (Neste sentido parece-nos ser a posição de Moccia, *ob. cit.*, p. 101). O que queremos dizer é que, é intenção do Direito Penal, *antes de mais*, prevenir a prática de factos criminosos, e tal será intenção principal do tipo legal (estamos assim a referir-nos, desde logo, ao momento legislativo, embora a função de prevenção geral também esteja presente no momento aplicativo e de execução). Diz-nos Roxin: «Neste âmbito, o fim das disposições penais é de prevenção geral. Segundo a natureza das coisas não pode ser de outra maneira, porque aquelas precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reacções retributivas e de prevenção especial» (Sentido y Límites..., *cit.*, p. 24; Também neste sentido, Cuello, *ob. cit.*, p. 46 e ss.). Poderíamos ainda estabelecer a distinção entre finalidade última do Direito Penal — protecção dos bens jurídicos através da prevenção do crime e sentidos ou dinâmica da pena — prevenção geral, especial e retribuição da culpa (enquanto limite da pena). (Fazendo esta distinção, Taipa de Carvalho, *ibidem*, p. 94). Parece-nos ir também nesta linha o pensamento de Cuello Contreras, o qual refere que o essencial no Direito Penal é a criação de coesão social e que a sua finalidade principal é motivar os cidadãos a respeitar os mandatos do Estado. Assim, quando se torna necessário intimidar e ressocializar já estamos perante uma *patologia* do Direito Penal (*Definición...*, *cit.*, p. 456).

671 Neste sentido, Figueiredo Dias, *ibidem*, p. 55: «A prevenção assume (...) o primeiro lugar como finalidade da pena. Prevenção geral, porém, não como prevenção negativa, de intimidação do delincente e de outros potenciais criminosos, mas como prevenção positiva, de integração, de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida; numa palavra, como estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida» (também em *Os Novos Rumos...*, *cit.*, pp. 25 e 26). Também neste sentido, entre outros, Muñoz Conde, *ob. cit.*, pp. 47 e ss. e 50 e ss. Para este autor, a função do Direito Penal consiste na protecção de bens jurídicos através da motivação. Também Moccia, *ob. cit.*, p. 101, acentua a função de prevenção geral do Direito Penal — prevenção esta em sentido positivo ou de integração social, salientando a importância da presença de um «justo equilíbrio» entre ilícito e sanção, para a afirmação deste sentido positivo da prevenção geral, assim como do sentido positivo da prevenção especial. Parece-nos, no entanto, que, embora à prevenção geral positiva deva caber o papel principal, a prevenção geral negativa, de dissuasão, também tem alguma função a exercer. Não uma função negativa que crie um «terror penal», pondo em causa o princípio da proporcionalidade entre ilícito e pena, mas aquela «irrecusável» parcela de intimidação que vem ligada à previsão legal

sem que, no entanto, se possa esquecer o papel da prevenção especial, de ressocialização<sup>672</sup>.

Parece-nos, assim, que momento importante para a afirmação desta função de prevenção geral, é já o da previsão legal, embora ela continue presente no momento da aplicação da pena e da sua execução. De facto, a aplicação e execução da lei têm também particulares reflexos na comunidade — é no momento

da sanção e à aplicação da mesma. Neste sentido ainda Moccia, *idem*; Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 98 — «o sentido positivo da pena como «integração», i. é, interpelação da consciência ético-jurídica da comunidade para a relevância do valor em causa e, negativamente, afirmando-se de forma humanamente irrecusável, o aspecto da intimidação»; Cuevo, pp. 46 e 47 — «Quando o legislador fixa uma pena para quem viola a norma penal, aquele, a comunidade, pretende exercitar uma certa coacção psicológica a fim de que os cidadãos se abstenham de atacar bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal» e González Rus, *Teoría da Pena y Constitución*, p. 268. Também o P. A. alemão e Roxin não põem de parte o sentido intimidatório da pena — «prevenção geral como advertência aos sujeitos jurídicos e prevalectimento da ordem jurídica, assim como intimidação e assecuramento da prevenção especial» (Roxin, *Franz von Liszt...*, cit., p. 41).

672 Parece-nos, assim, de aceitar uma teoria que combine estes vários aspectos — finalidade de prevenção geral e especial, tendo como limite a culpa, nos termos delineados por Figueiredo Dias: «num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, do sentido e dos limites da pena deve partir de uma concepção de prevenção geral de integração, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, a ser executada com um sentido predominantemente de (re)socialização do delinquente» (*Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, p. 29). Defendendo também uma «teoria unificada dialéctica» (Roxin, *Sentido y Límites...*, cit., p. 33 e ss.).

Quanto ao fim de prevenção especial, estamos em crer que, embora deva ter um sentido prevalentemente positivo, de ressocialização, também implica, necessariamente, uma finalidade dissuasora — negativa. (Neste sentido, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 100, nota 180). De resto, parece-nos que, em rigor, sem algum sentido negativo da prevenção especial — dentro de limites estreitos em ordem ao respeito pela dignidade da pessoa humana — também não se poderia afirmar algum sentido negativo à prevenção geral, nem mesmo o sentido de ressocialização. E sabemos bem que, na prática, a pena apresenta sempre esse sentido; ele é inevitável dado o tipo de sanções e as próprias consequências de reprovabilidade social. Julgamos que estas, se não se transformassem em estigmatização (sobre este aspecto, *vide infra*, *Terceira Parte, Quinto Capítulo, Secção 1. c*) poderiam ter algum efeito favorável, ressocializador até. Parece-nos, assim, que sentido negativo, desde que dentro de limites

estreitos, e ressocialização não se opõem. A prevenção especial coloca, no entanto, uma série de problemas relacionados com o respeito pelas concepções do criminoso, pela sua liberdade, pelo «direito à diferença» (*vide supra*, nota 480; *vide* as críticas à ressocialização do infractor por parte da criminologia radical e por parte da perspectiva interaccionista — Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, p. 37 e ss., Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 42 e ss., 159 e ss. e 365 e ss.; sobre a perspectiva interaccionista, ainda Figueiredo Dias, *A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente*). Para Muñoz Conde, «Falar de ressocialização do delinquente só tem sentido quando a sociedade em que vai integrar-se o delinquente tem uma ordem social e jurídica que se considera correcta», *apud*, Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 207. Também Taipa de Carvalho salienta a necessidade de transformação das condições sociais para a ressocialização poder alcançar os efeitos desejados (*Condicionalidade...*, cit., p. 103 e ss.). De facto, acreditar que há factores sociais e económicos criminógenos, querer ressocializar durante a execução da pena e, depois, deixar o delinquente entregue a esses mesmos factores, sem os procurar eliminar, não parece fazer sentido. Mas, embora estejamos de acordo com a prossecução deste ideal de melhoramento das condições sociais, que fazer enquanto tal não for sendo alcançado? E qual é a ordem social correcta? Sempre restarão áreas de discordância e áreas de «imperfeição» (este problema relaciona-se também com o dos crimes por convicção, crimes políticos, terrorismo, etc.). A resposta a estas questões, numa sociedade democrática, terá de passar sempre, por um lado, pela restrição da criminalização a factos que ponham em causa a vida do homem em sociedade, por outro, pelo respeito da dignidade do infractor; logo, a ressocialização terá de renunciar à ambição de conformar moralmente os cidadãos. Mais uma vez nos parece estarmos face a um problema de coexistência de liberdades, em que o núcleo de cada uma será de preservar. Ter-se-á, assim, que encontrar um equilíbrio em que não se viole a liberdade interior do criminoso, mas em que se tente a sua integração social nos seus limites mínimos — quer dizer, na forma de comportamento (o que se punem são sempre condutas exteriores), não pondo em causa aquelas condições básicas para a sobrevivência pacífica da comunidade; no fundo, em que se ofereçam ao criminoso possibilidades de se afastar da prática do crime. Neste sentido, Figueiredo Dias, *ibidem*, pp. 56 e 57, defendendo que a vertente social de um Estado de direito impõe o princípio da sociabilidade, segundo o qual «ao estado incumbe uma obrigação de ajuda e solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes». Esta visão distingue-se, assim, de um modelo médico» ou de uma «ideologia do tratamento», como o próprio autor refere. Ainda sobre o problema da ideologia do tratamento, *idem*, p. 36 e ss. e Cuevo, *ob. cit.*, p. 38 e ss., defendendo, por fim, uma posição convergente com a de Figueiredo Dias — «oferecimento dos meios para o desenvolvimento da personalidade do réu na linha da teoria da pedagogia emancipadora, mas com a correcção dos defeitos desta...» (p. 47). Ainda sobre estes problemas Roxin, *Sentido y Límites...*, cit., p. 15 e ss. e Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 206 e ss.

da aplicação e execução que se criará a verdadeira consciência da seriedade da cominação penal<sup>673</sup>. Este era um aspecto já salientado por Beccaria, para quem a certeza e a prontidão na aplicação das penas surtiria consequências dissuasoras mais eficazes do que a sua severidade<sup>674</sup>. Na verdade, parece-nos de sufragar esta opinião quanto ao aspecto dissuasor da prevenção geral. Neste sentido, afirmam também Figueiredo Dias e Costa Andrade — «a eficácia preventiva das normas não é tanto função do *quantum doloris* abstractamente cominado, como Feuerbach acreditava; é-o, sobretudo, das representações colectivas sobre as probabilidades e o grau da sua aplicação efectiva»<sup>675</sup>. No entanto, quanto ao efeito de prevenção geral em sentido positivo, já julgamos ser de primordial importância a própria criminalização da conduta danosa. Digamos que o facto de uma conduta ser considerada ilícito criminal já produz, por si só, efeitos sociais — principalmente um efeito de integração social e de *reforço da importância do valor*<sup>676</sup>. Não pretende-

673 Neste sentido, Cuevo, *ob. cit.*, p. 47, que, quanto ao momento aplicativo, refere: «Ao supor a imposição e determinação da pena uma confirmação da ameaça, não há dúvida que se estão a servir fins preventivo-gerais». E quanto ao momento da execução afirma também a presença de metas preventivo-gerais (apesar da função primordial ser a de prevenção especial).

674 «Mais eficaz que a pena dura, cruel, é a pena certa, pronta e proporcional ao delito» (Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, cap. VI e XIX). Também neste sentido, Moccia, *ibidem*.

675 *Ob. cit.*, p. 409. Também, Drindl (*ob. cit.*, p. 50) refere que a probabilidade da sanção deve ser valorada mais fortemente que a medida da pena. Mas, atente-se no facto de, determinante serem as «representações colectivas sobre as probabilidades e grau da sua aplicação efectiva» e não, propriamente, a sua real aplicação efectiva. Sobre este efeito preventivo do desconhecimento, Angioni, *ob. cit.*, p. 230 e também Drindl, *ibidem*.

676 Figueiredo Dias caracteriza, como vimos, a prevenção geral positiva como «de integração e de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida». Refere também, em síntese — a «estabilização das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma infringida». Parece-nos que o efeito de integração e reforço da consciência jurídica comunitária já se encontra presente no momento legislativo, embora se complete, depois, com a aplicação e execução da pena; já para a criação do sentimento de segurança e a estabilização das expectativas, será necessária a própria aplicação da pena. De salientar, em Cuevo, a importância

mos com isto afirmar que para a prevenção geral em sentido positivo sejam indiferentes os momentos de aplicação e de execução da pena — é claro que nestas fases será até particularmente intensa a reposição da confiança no Direito — mas apenas salientar que já a previsão legal poderá ter um importante efeito, de apelo e reforço do valor, na consciência jurídica geral<sup>677</sup>.

É tendo em conta os fins das penas e a finalidade última do Direito Penal que terão de ser feitas as investigações acerca da adequação e necessidade da criminalização face a concretas condutas socialmente danosas.

c) Constatada a danosidade social de uma determinada conduta, o primeiro passo para se averiguar da carência de tutela penal será o da investigação acerca da existência de outras formas de tutela que possam apresentar alguma adequação para a situação em causa. Depois, ter-se-á de proceder a uma investigação acerca da suficiência da eficácia protectora dessas alternativas à pena. Ora, para tal, teremos de nos questionar acerca de qual o grau de eficácia que devemos considerar suficiente. Por outro lado, quando essa suficiência for duvidosa, dever-se-á proceder a uma comparação com a própria eficácia do Direito Penal, para considerarmos se deverá ser este a intervir, isolada ou conjuntamente com essas medidas, de acordo, também, com uma análise global dos custos e benefícios da sua intervenção. É claro que, sempre que possível (ou seja, sempre que a sua intervenção não traga uma protecção significativamente mais eficaz e as medidas alternativas, por si só, já pareçam suficientes — *embora se deva ser mais ou menos exigente em função do grau de danosidade social das condutas*), se deverá

do momento legislativo — «A finalidade essencial neste estágio da pena é a prevenção geral que se fundamenta e justifica na necessidade para a convivência». (*ob. cit.*, p. 46 e 47).

Sobre os vários conceitos de prevenção geral positiva, Mir Puig, *Función Fundamentadora e Función Limitadora de la Prevención General Positiva* e Cuevo, *ob. cit.*, p. 25 e ss. (*vide infra*, nota 991).

677 Sobre estes aspectos, *vide infra*, Quinto Capítulo, Secção 1. c) e Secção 2.2. e 2.3., 3.2., 3.3. e 4.

decidir pela não intervenção penal. Quando as medidas alternativas não forem, de facto, suficientes, caberá perguntarmos pela eficácia do Direito Penal. Ficamos perante o problema da determinação de qual o grau de eficácia que nos permite afirmar a idoneidade da pena<sup>678</sup>. Ora, na análise desta idoneidade da pena não se poderá deixar de ter em consideração o grau de danosidade social da conduta. Quanto menor for a danosidade social, mais exigente se deverá ser quanto ao grau de eficácia da pena que justifique a sua intervenção. Inversamente, se estivermos face a *condutas particularmente graves*, mesmo que o grau de idoneidade do Direito Penal seja baixo, se deverá a ele recorrer, pelo facto de ainda apresentar *alguma eficácia*<sup>679</sup>, para que o bem não fique sem qualquer protecção, ou apenas com uma protecção também insuficiente por parte das outras medidas. Julgamos assim que, nestes casos, se deverão conjugar esforços, do Direito Penal e de outras medidas sociais, desde que estas apresentem também alguma eficácia. Tal só não deverá ser assim se a intervenção penal tiver eficácia nula ou quase nula ou se criar efeitos sociais negativos graves, superiores aos benefícios. O mesmo se diga da intervenção das outras medidas sociais. Em último caso, poder-se-á considerar socialmente mais vantajosa a «alternative of doing nothing», mas haverá ainda que repensar o próprio Direito Penal e as medidas sociais para ver se a chave do problema não poderia ser encontrada numa mudança da sua actuação, antes da decisão, tanto mais insatisfatória quanto mais importante for o bem em causa, de abandonar qualquer controlo da situação.

678 Angioni faz esta pergunta: «Qual o limite para podermos dizer que a pena ainda tem idoneidade preventiva?» (*ob. cit.*, p. 227; ver também Günther, *ob. cit.*, p. 11, que, no entanto, se mostra mais optimista quanto à possibilidade de aferição da idoneidade da pena).

679 Quanto a este aspecto, parece-nos de particular importância a observação de Drindl, *ob. cit.*, p. 41, segundo a qual, mesmo uma lei raramente obedecida, pode ser efectiva, produzindo condutas desejadas, mais do que a mera anulação. Inversamente, uma lei sempre obedecida pode ser anulada sem haver alterações de comportamento.

#### 4. Medidas alternativas à pena e áreas exemplificativas da sua aplicação

De entre as alternativas ao Direito Penal, poder-se-ão referir<sup>680</sup>: os outros ramos do direito — conforme os casos<sup>681</sup>, Direito de mera ordenação social, Direito administrativo, Direito civil...; outras formas de controlo social — *v.g.* medidas terapêuticas, medidas conciliatórias como a *Betriebjustiz* e a *Ladenjustiz*; meios tecno-preventivos e, ainda, medidas de reorganização social que dificultem o cometimento de crimes.

Deste apontamento já se retira uma ideia acerca dos tipos de condutas em relação aos quais tem sido posta em causa a eficácia do Direito Penal e para os quais se têm procurado formas alternativas de controlo. Salientemos, como exemplos paradigmáticos<sup>682</sup>: Certas condutas até aqui consideradas contrações, nomeadamente o caso de jogos de sorte e azar, infracções na estrada e infracções económicas de menor importância<sup>683</sup>, para as quais se têm procurado soluções especialmente no domínio do Direito de mera ordenação social<sup>684</sup>. Situações socialmente graves, para as quais o Direito Penal não se mostra adequado e que poderiam ser resolvidas a nível

680 Segundo a classificação de Hulsman, seguida pelo *Rapport sur la décriminalisation* do Conselho da Europa (*Apud* Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 421 e ss.). Sobre a diversão e mediação, Faria Costa, *Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?*

681 É claro que terá de haver uma relação entre o ramo do Direito em causa e o bem jurídico a proteger, para que as suas sanções se possam apresentar adequadas e eficazes... Cada ramo jurídico tem, tendencialmente embora, uma vez que as fronteiras entre eles são por vezes difíceis de traçar, o seu modo de ser próprio e o seu objectivo específico, que se traduz também no tipo de sanções que utiliza. Sobre este problema no Direito Penal, que vem a ser o problema da determinação da sua essência, *vide infra* Terceira Parte, Quinto Capítulo, em especial c).

682 Tomamos por base a obra de Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 421 e ss.

683 É de salientar, no entanto, que em relação a estas condutas também já está muitas vezes em causa o problema da existência de dignidade penal.

684 Sobre este ramo do Direito, tentando traçar uma distinção em relação ao Direito Penal, *vide* bibliografia *supra*, nota 551.

médico, como nos parece ser o caso de consumo de droga<sup>685</sup>. Aqui, para além da vítima directa da conduta (do dano), ser o próprio agente, o que porá mesmo em causa a dignidade da tutela penal<sup>686</sup>, parece-nos claro não ser o Direito Penal adequado para tratar destas situações. O tratamento médico seria um método muito mais adequado e, conseqüentemente, mais eficaz. Assim, quer o princípio da adequação, quer o da subsi-

685 Também poderíamos referir a embriaguez em lugar público — Neste sentido, quer para o caso da droga, quer para o da embriaguez, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *cit. ob.*, p. 423.

686 Na verdade, quando o agente se identifica com a vítima poder-se-á falar em verdadeiro dano e em verdadeira vítima? Qual a razão para não se criminalizar a tentativa de suicídio? Puramente pragmática ou já valorativa? Na área dos crimes sem vítima tem-se advogado a descriminalização, não se limitando esta categoria às situações em que o agente é a própria vítima, mas também àqueles casos em que entre agente e vítima existe uma relação de consenso e solidariedade (no entanto, esta solução é propugnada normalmente por razões pragmáticas). É claro que, sendo assim, se poderá incluir nesta categoria o próprio caso do tráfico de droga. De qualquer modo, enquanto que no caso do consumo de droga nos parece ser duvidosa a dignidade de tutela penal uma vez que há uma perfeita identificação entre a vítima e o agente, no do tráfico já nos parece existir uma clara dignidade de tutela penal. Apesar da referida relação de solidariedade entre agente e vítima, podem-se distinguir os dois papéis. Para além disso, as mais das vezes a decisão da vítima não será livre, quer, muitas vezes, pelas pressões dos traficantes, quer, pelo menos a partir de certa altura (pois mesmo inicialmente pode ser a situação de debilidade psicológica do indivíduo que o leva a consumir droga), pela situação de dependência da vítima (isto, para além do problema da droga implicar danos sociais muito graves, os quais não nos parecem ser meramente remotos). Embora devamos ter em conta a diversidade das situações, recordemos que, apesar da tentativa de suicídio não ser punida, já o é o auxílio e o incentivo ao suicídio. . . A descriminalização da venda de droga, quanto a nós, só por razões puramente pragmáticas poderia ser justificada. (Sobre os crimes sem vítima, *vide* Costa Andrade, *A vítima e o Problema Criminal*; Também Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 412 e 413). O problema pertinente e polémico que, no entanto, *ainda se deverá* colocar em relação ao consumo de droga (e, evidentemente, também em relação ao tráfico) e que repõe a questão da dignidade penal, tem a ver com a sua criminalização enquanto *crime de perigo*, tendo como vítima, já não o próprio agente, mas a comunidade. Apesar de se tratar de um perigo abstracto, este aspecto já nos suscita, de facto, muitas dúvidas. No entanto, uma mais clara desadequação da tutela penal (em relação ao problema da sua dignidade) poderá resolver o problema no sentido da descriminalização.

diariedade parecem-nos proscrever a tutela penal<sup>687</sup>. É claro que, problemática será a questão do tratamento poder representar também uma ameaça à liberdade do indivíduo, contrária a um Estado que se preocupa em preservar a liberdade individual, para além do facto de um tratamento deste género, quando forçado, dificilmente poder ter êxito<sup>688</sup>. Ora, parece-nos que a única solução que permite preservar a liberdade individual e simultaneamente alcançar efeitos mais seguros no tratamento, será aquela que se baseia no consentimento<sup>689</sup> do drogado, muito embora se deva tentar persuadi-lo a aceitar e, em geral, se devam intensificar meios de educação e prevenção contra a droga<sup>690</sup>. Também em relação a factos como a pornografia, mesmo que provada a sua danosidade social em certas situações (ou em relação a certo grau e tipo de divulgação)<sup>691</sup>, haveria que averiguar da existência de meios mais suaves e suficientemente eficazes — regras que proibissem a sua divulgação junto a escolas, p. ex., e cuja violação ocasionasse o pagamento de uma coima. Casos de pequenos furtos em lojas e, em especial, em grandes supermercados, o *Shoplifting*, em relação aos quais se têm defendido medidas conciliatórias como o *Ladenjustiz* e o *Betriebjustiz*, ou a sua transformação em ilícitos de mera ordenação social ou, ainda, a defesa de que a intervenção do Direito civil já seria suficiente, embora surjam propostas no

687 Em Portugal a sua descriminalização deu-se com o novo Código Penal, mas voltou a ser criminalizado com o D.L. 430/83, de 13 de Dezembro.

688 Se a pessoa pode ficar fisicamente independente da droga, parece-nos que ela permanecerá psicologicamente dependente se for submetida pela força a um tratamento, tratamento este que não deveria apenas recompor biologicamente o organismo (desintoxicação) mas também tentar, senão eliminar, pelo menos diminuir os problemas psicológicos que estão na sua base (em muitos casos assim será, mesmo que despoletados por problemas sociais, familiares, etc.).

689 Neste sentido também, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 425.

690 De todo o modo, cremos que o problema da droga é mais vasto e se prende com a falta de imaginário da nossa sociedade. Tal só poderá ser resolvido com uma mudança mais profunda de mentalidades — com uma sociedade menos baseada no consumismo e mais voltada para as relações entre as pessoas, o incentivar de ideais e o trabalho como forma de realização pessoal e não como simples meio para obtenção de rendimentos.

691 *Vide supra*, em especial *Primeiro Capítulo, Secção 5.*

sentido de, para além da indemnização, o infractor ter que entregar ao ofendido uma quantia a título sancionatório<sup>692</sup>. É claro que, também aqui, carência de tutela penal e dignidade penal apontam num mesmo sentido — de facto, embora estejamos no domínio da ofensa à propriedade, valor com dignidade penal, dada a pequena gravidade do furto, poder-se-á defender a existência de uma reduzida danosidade social<sup>693</sup>. Mesmo segundo um juízo de proporcionalidade em sentido estrito se poderia chegar à conclusão de ser um exagero o recurso à sanção penal no domínio das chamadas «bagatelas penais»<sup>694</sup>. Por outro

692 Neste sentido o P. A. alemão para furtos em lojas de valor até 500 DM. Roxin defende também esta perspectiva e, para os furtos em empresas, advoga o sistema da «Betriebsjustiz» (*Strafrecht...*, cit., p. 28, Rn. 17). Sobre a ampla polémica, na Alemanha, em torno do problema do *shoplifting*, na qual se confrontam posições descriminalizadoras com posições neocriminalizadoras — nomeadamente por parte de quem entende serem estas condutas mais do que ofensas ao património, ofensas aos valores da ordenação económica — vide Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, pp. 433 e 434, notas 65 e 66 e bibliografia aí referida.

693 A menos que se entenda que estamos, de facto, perante uma ofensa aos valores da ordenação da vida económica (vide nota anterior).

694 Vide *supra*. Tomando-se em consideração que o juízo de proporcionalidade implica, como referimos, uma ponderação entre restrição penal dos direitos do agente e danosidade social provocada com a sua conduta, devendo esta ponderação condicionar quer a escolha do tipo de pena e da sua medida, quer a decisão entre intervenção penal e não intervenção, o que vem de encontro ao próprio juízo de dignidade penal. No entanto, também se poderá contestar esta solução descriminalizadora, pelo facto de estar em causa um bem digno de tutela — a propriedade — entendendo-se que o recorte da ilicitude penal com base em critérios sociológicos e quantitativos poderá criar insegurança em relação a todo o bem jurídico — insegurança jurídica entre o permitido e o proibido (referindo esta argumentação, Cuello Contreras, *Presupuestos...*, cit., p. 471). De acordo com esta perspectiva, os problemas a que pretende responder tal solução poderiam ser resolvidos não em sede de atipicidade, mas de ilicitude e, sobretudo, de culpabilidade ou exclusão da punibilidade. Parece-nos um argumento a ponderar de acordo com a função de clarificação dos valores básicos que o Direito Penal também deve exercer, com efeitos em sede de prevenção geral positiva, sendo certo que, até certo ponto, a solução em sede de exclusão da ilicitude ou punibilidade não deixaria de obviar ao problema da referida desproporção e, ainda, da duvidosa existência de necessidade de tutela penal. Esta argumentação poderá no entanto ser posta em causa se tivermos em conta que não é função do Direito Penal proteger os bens dignos de tutela em toda a sua ampli-

lado, podem-se apontar vantagens no domínio do *cost-benefit-approach*, ao se evitar a estigmatização em relação a pessoas que normalmente não cometem outro tipo de crimes, mas para quem o contacto com o sistema penal poderia trazer consequências criminógenas<sup>695</sup>, e ainda ao se abrir a possibilidade de

tude, mas apenas das formas de agressão mais graves — mais danosas — porque são precisamente estas as perturbações dignas de tutela penal (princípio da fragmentariedade — muito embora, de facto, a solução da despenalização também atendesse a esta diferença de gravidade dos danos). Rebatendo a posição dos que defendem que a fragmentariedade iria contra a prevenção geral — Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, p. 10. Poder-se-ia ainda pôr em causa o critério quantitativo, na medida em que se trata sempre de uma lesão da propriedade. Parece-nos, no entanto, que de um modo ou outro, o aspecto quantitativo terá sempre que ter alguma relevância (na senda de Goldshmidt pode-se dizer que a certa altura a quantidade se transforma em qualidade). Neste sentido, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 434, «só por razões logicistas (sc. tratar-se do mesmo bem jurídico da propriedade), sem correspondência no plano material e axiológico, se poderá considerar aquele sistema (designadamente a figura clássica do furto) adequada a fazer face a esta nova fenomenologia». Ainda neste sentido o *Rapport...*, cit., p. 249 e ss. A solução seguida na Áustria, (art. 42.º) é a da inclusão na parte geral de um princípio de bagatelas penais. Em Portugal, a consagração no art. 302.º do Código Penal de uma pena muito baixa (com possibilidade de isenção) para furtos de pequeno valor e por necessidade, já exprime a ideia de se deverem tratar diferentemente as pequenas ofensas a bens dignos de tutela. Este problema das bagatelas penais suscita-nos algumas questões de difícil e polémica resolução. Situando-nos ainda no campo dos furtos, poderemos perguntar: — Como avaliar do pequeno valor do furto? Segundo um critério puramente objectivo (e como encontrar esse critério)? Ou atendendo à situação da vítima e do agente? Vimos já que, em Portugal, se atende à posição do agente (furto por necessidade) mas... e a posição da vítima, também deverá ser de atender? De facto, a danosidade que o mesmo valor furtado causa a uma pessoa muito pobre ou a uma pessoa muito rica é completamente diferente... mas seria justa esta distinção?

695 De facto, apesar de todo um movimento que acreditava plenamente nos efeitos ressocializadores da pena, face aos resultados pouco satisfatórios obtidos neste âmbito, surge hoje a sua contestação ou, pelo menos, uma crença mais moderada nesta função, apontando-se à pena, em certos casos, efeitos criminógenos (vide nota 672 e bibliografia aí referida). Parece-nos, no entanto, que estes efeitos criminógenos surgem prevalentemente em relação a penas pouco proporcionais (vide nota 670), uma vez que o sentimento de injustiça não pode gerar conformidade à ordem jurídica. As penas curtas também são apontadas por alguns autores como dessocializadoras, embora haja quem advogue a eficácia

libertação de esforços das instâncias penais para casos mais graves<sup>696</sup>, em relação aos quais é nítida a dignidade e a carência de tutela penal. No entanto, têm-se feito críticas relevantes em relação às medidas conciliatórias, principalmente pelo facto destas formas de controlo social, sob a aparência de mais suaves, consensuais, e menos estigmatizantes, poderem ampliar ainda mais do que as medidas formais os mecanismos de selecção (diríamos mais, os compadrios e a consequente injustiça relativa) e a estigmatização<sup>697</sup>. Serão riscos<sup>698</sup> a ser tomados em consideração na referida comparação entre custos e benefícios de uma intervenção estadual (que poderia não ser penal) e não estadual de controlo social. Outros meios a ter em consideração, como formas preventivas, e agora, não só para os furtos bagatelares mas para qualquer tipo de furto em lojas e supermercados são os circuitos internos de controlo (sistemas de TV), uma das formas de tecno-prevenção. A tecno-prevenção pode também ser aplicada a outras áreas, nomeadamente à vigilância em relação a infracções na estrada. Outros meios preventivos são os de reorganização social — por exemplo, os sistemas de pré-pagamento e o caso do cheque garantido. Estes sistemas podem tornar os factos que pretendem prevenir praticamente impossíveis<sup>699</sup>, e assumem, assim, uma importância fundamental, na medida em que a sua eficácia atinge níveis muito elevados. No entanto, pode-se perguntar ainda — trata-se de verdadeiras medidas substitutivas do Direito Penal ou de medidas paralelas à intervenção penal? Estas medidas tornam o facto

do chamado «tratamento de schok» (*vide* Preâmbulo do actual Código Penal Português).

<sup>696</sup> Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 231: «Através da drástica despenalização de factos menos graves, o esforço persecutório hoje disperso concentrar-se-ia nos crimes mais graves». Foi esta uma das razões que esteve na base da criação do ilícito de mera ordenação social.

<sup>697</sup> Referindo estas críticas, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 426 e ss.

<sup>698</sup> Sobre os riscos do vácuo de poder estadual, a ser normalmente preenchido por formas mais perigosas de controlo social, porque mais parciais e emotivas, Baptista Machado, *Introdução...*, *cit.*, p. 59.

<sup>699</sup> Segundo Hulsmann, «áreas de crime impossível», *apud* Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 427.

danoso<sup>700</sup> de difícil execução, é verdade, mas, e se apesar disso o facto for praticado? O Direito Penal ou outra forma sancionatória (ao sê-lo também é preventiva), não deverá manter-se para fazer face a essas situações? Estamos em crer que sim.

b) Face aos exemplos citados pudemos verificar, mais uma vez, a íntima relação existente entre grau de danosidade social/carência de tutela penal. Desta vez ficou claro que grande parte das condutas em relação às quais se defende o recurso a mecanismos de controlo distintos do Direito Penal, apresenta uma duvidosa ou reduzida danosidade social<sup>701/702</sup>. Assim, o legislador, para poder criminalizar essas condutas teria, primeiro, de provar a sua danosidade e, depois, a carência de tutela penal, podendo, no entanto, uma mais fácil comprovação acerca da inexistência de carência de tutela penal (caso, por exemplo, do consumo de droga)<sup>703</sup> resolver o problema (no sentido da não criminalização), no caso de uma dignidade penal de difícil averiguação, uma vez que os requisitos são cumulativos. Por outro lado, nos casos em que a dignidade penal acabasse por se provar e a inexistência de carência de tutela penal não se apresentasse clara (como será na maioria das situações), caberia proceder às referidas investigações e comparações, até se chegar a uma conclusão (poderá ser o caso dos furtos em supermercados, nas situações de dignidade de tutela<sup>704</sup>, da pornografia

<sup>700</sup> Preferimos dar-lhe esta designação à de crime, uma vez que, do que se trata, precisamente, é de sabermos se deverá haver criminalização.

<sup>701</sup> No sentido em que temos vindo a referir esta expressão — uma intolerabilidade social, um grau elevado de ofensa a bens dignos de tutela penal — logo, integrando-se na categoria da dignidade penal. Já não se nos referíssemos a danosidade social em termos gerais — é claro que todas as condutas referidas criam danos sociais...

<sup>702</sup> Dos casos de nula dignidade penal não é preciso falarmos, uma vez que o problema fica à partida decidido pela negação de dignidade penal.

<sup>703</sup> Embora também nos pareça que não existe dignidade penal, mais clara ainda (e, assim, susceptível de gerar um consenso mais alargado) se nos afigura a desadequação da tutela penal.

<sup>704</sup> Para quem defenda, por exemplo, que não se trata apenas de uma ofensa à propriedade mas à própria organização económica, como vimos *supra*, ou para casos de furtos não tão insignificantes, pondo-se em causa, no entanto, qual a melhor forma da sua tutela...

fia, caso se provasse a sua danosidade social e, até, de condutas, cremos que, muito raras, em que face a uma clara dignidade penal se coloquem dúvidas quanto à carência de tutela penal, como seria o caso do tráfico de droga e do aborto<sup>705</sup>).

##### 5. Dificuldades na averiguação da carência de tutela penal — a insegurança das investigações e a determinação da eficácia do Direito Penal

a) O problema reside na enorme dificuldade de concretização das referidas investigações e comparações entre as várias hipóteses de tutela e entre estas e a alternativa de não intervenção, uma vez que estamos a trabalhar com sociedades concretas, com homens concretos, com a sua psicologia própria, com factores insusceptíveis de serem submetidos a experimentações de tipo laboratorial<sup>706</sup>.

De facto, uma comparação rigorosa entre diferentes alternativas só poderia ser feita se pudessemos submeter, no âmbito de uma mesma sociedade, e numa mesma época histórica, dois ou mais grupos de pessoas a regimes jurídicos diferentes e, mesmo assim, teria de se ser particularmente cuidadoso com a composição de cada grupo de pessoas, para que o grau de eficácia de cada alternativa submetida a «exame» não fosse deter-

<sup>705</sup> Este problema de, face a uma clara dignidade penal, se pôr em causa a carência de tutela penal será tratado *infra*, *Terceira Parte, Quinto Capítulo*, em especial quanto ao problema do aborto. Parece-nos, no entanto, que nestas situações, dada a gravidade da danosidade social, se terá que ser particularmente exigente e cauteloso em sede de carência de tutela penal, o que, de resto, vai de encontro à já salientada relação entre danosidade social e carência de tutela penal; ao facto, salientado por vários autores, de na averiguação sobre a carência de tutela penal se dever tomar em consideração o grau de gravidade da danosidade social (*vide supra*, *Secção 1*).

<sup>706</sup> Segundo Drindl, a aptidão das normas penais não pode ser comparada com hipóteses das ciências da natureza e sua adequação (Teoria de Popper) — a violação de uma lei, não justifica a sua negação mas a sua necessidade (*ob. cit.*, p. 41). Esta afirmação é importante. Devemos relacioná-la com o problema da frequência da violação da norma *nem sempre* dever dar lugar à descriminalização (*vide infra*, *b* e *c*).

minado por particulares características de cada grupo — quer dizer, cada um dos grupos deveria apresentar traços semelhantes, englobando numa proporção idêntica pessoas dos vários níveis sociais, culturais, étnicos, religiosos... e até um número aproximado de delinquentes de diferentes graus, marginais, etc... Só que, tal experiência, para além de extremamente difícil de concretizar, seria muito arriscada, criaria injustiças relativas e não seria sequer fiável do ponto de vista dos resultados que se obtivessem, uma vez que essas mesmas injustiças relativas e o facto (se fosse conhecido) de se estar numa situação de «experiência», poderia criar mecanismos psicológicos diferentes daqueles que se verificam em épocas «normais»...<sup>707</sup>. O caso mais próximo deste, e mais natural e, por isso, menos condicionador destes mecanismos psicológicos de que falamos, é o dos estados federados, que apresentam, por vezes, diferentes sistemas penais. No entanto, já aqui se apresentam certas distorções do modelo ideal de comparação — as próprias características particulares das diversas comunidades e, ainda, (embora com certeza em nível menor) o sentimento de injustiça relativa ou o simples «oportunismo» que leva, frequentemente, pessoas de um estado a se deslocarem a um outro para poderem praticar factos que aí não são penalizados ou o são em menor grau do que no estado onde habitam. É claro que este fenómeno também sucede entre países diferentes e é evidente que as próprias leis tentam precaver estas situações, mas entre estados federados este facto é, como seria de esperar, mais frequente.

Resta-nos a comparação com países de cultura semelhante à nossa (embora tendo-se em conta, tanto quanto possível, peculiaridades de cada estado que possam determinar diferenças quanto à eficácia preventiva dos meios), que tenham criado sistemas diferentes de protecção de certos bens jurídicos, uma análise de experiências históricas de protecção de bens (descontadas também as diferenças sociais, culturais, psicológicas, que

<sup>707</sup> Drindl, (*ob. cit.*, p. 42) defende o ponto de vista de que as leis não podem ser experimentais ou quase experimentais e critica, deste modo, o facto da Áustria ter comprovado as leis numa sua província.

a própria evolução cria), assim como uma comparação entre a criminalidade — e cada tipo de crime especificamente<sup>708</sup> — em períodos de exercício normal do poder punitivo e em períodos de crise, em que ele não é exercido, ou pelo menos é-o de uma forma muito mais limitada<sup>709</sup> — só que, esta última comparação apresenta ainda, segundo o nosso ponto de vista, maiores riscos de indução em erro, pois durante estes períodos de crise também as condições sociais, psicológicas, etc. se alteram substancialmente (variando, como é evidente, o risco de erro, com o grau de alteração destas condições — com a gravidade da própria crise). É claro que se podem promover medidas de tutela e, caso não resultem, voltar a substituí-las pelas anteriores. Mas não nos parece legítimo que se trate de verdadeiras experiências. A decisão sobre a utilização de uma determinada medida em substituição do Direito Penal ou do Direito Penal em substituição de uma outra forma de controlo, embora reversível, e sujeita ao erro, tem que assentar em juízos prognósticos que mostrem com um certo grau (razoável, na medida do possível) de probabilidade a conveniência daquela medida legislativa<sup>710</sup>.

Para além destas limitações de uma investigação empírica rigorosa sobre as vantagens/desvantagens da intervenção penal<sup>711</sup>, as estatísticas que se conseguem alcançar são, por

<sup>708</sup> Segundo Günther, *Die Genese ein...*, cit., p. 10, a comprovação tem que ser feita tipo legal a tipo legal. Vide também Pagliaro, *Prevenzione Generale*, p. 447 e ss.

<sup>709</sup> Defendendo também a comparação entre países e entre períodos de crise e períodos normais, Angioni, *ob. cit.*, p. 225 e ss.; Adenaes, *Prevenición*, p. 42 e ss.

<sup>710</sup> Vide *supra*, nota 707, a crítica de Drindl às leis experimentais. De facto, toda a experimentação em matéria tão grave nos parece de desconfiar. Com que legitimidade se vai punir uma pessoa que está a servir de «cobaia»? Neste aspecto, pode-se comparar o crime ao pecado — com que legitimidade se vai dizer a alguém que «esteve no inferno» (ou na prisão) por algo que já não é pecado (ou crime) e que só o foi «à experiência»?

<sup>711</sup> Investigação que deverá ser feita tendo em conta, não só a variação do número de factos socialmente danosos cometidos, como também a comparação entre os efeitos laterais da intervenção/não intervenção penal — deverá proceder-se, assim, a uma análise global da realidade.

vezes, susceptíveis de diferentes interpretações<sup>712</sup>, nomeadamente de diferentes aproveitamentos ideológicas, ou são, elas próprias, distorcidas ou manipuladas<sup>713</sup> em função de um fervor pro criminalização<sup>714</sup> ou pro descriminalização<sup>715</sup>, o que aumenta a insegurança para se alcançar um juízo imparcial sobre a conveniência ou não de, numa dada situação, se criminalizar uma conduta<sup>716</sup>.

b) Por outro lado, mesmo face a uma investigação imparcial e segura, se a sua aplicação ao princípio da subsidiariedade levanta menos problemas (embora a determinação de qual o grau

<sup>712</sup> Neste sentido, Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 36 e ss.

<sup>713</sup> Sobre os preconceitos (ou deficientes «ciência») que falseiam os dados, cf. S. Andreski, *Social Sciences as Sorcery* e Michel de Pracontal, *L'Imposture Scientifique en Dix Leçons*.

<sup>714</sup> Sobre as resistências à descriminalização, vide Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 413 e ss.; Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, p. 67; Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 15.

<sup>715</sup> É claro que a «corrida ao Direito Penal» cria descrédito para o Direito Penal, diminui a sua dignidade. Neste sentido, recordemos que «os bens jurídicos não só devem ser protegidos pelo Direito Penal como ante o Direito Penal, cujo emprego exarcebado produz as consequências que quis combater»; ainda neste sentido, Günther, *ob. cit.*, p. 13; Gallas, *ob. cit.*, p. 18; Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, p. 40; Muñoz Conde, *ob. cit.*, p. 57; Moccia, *ob. cit.*, p. 103, referindo que a «extrema ratio» confere credibilidade ao Direito Penal. No entanto, apesar de todas estas afirmações nos parecerem correctas, também não se poderá cair no extremo oposto ao da hipertrofia do Direito Penal — quer dizer, o Direito Penal também não se poderá demitir das suas funções de protecção quando estiverem em causa bens fundamentais (neste sentido, Baptista Machado, *Introdução...*, cit., p. 59, Costa Andrade, *Contributo...*, cit., pp. 118 e 119; Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 49; também citado em Costa Andrade, *idem*; sobre esta questão vide *infra*, *Terceira Parte*). A credibilidade do Direito Penal só nos parece poder ser alcançada, precisamente quando a par de uma descriminalização de condutas de nula ou reduzida danosidade social, se verificar uma mais eficaz preservação de bens de elevada dignidade penal. É neste sentido, de resto, que se tem defendido que a descriminalização em áreas menos dignas e menos carecidas de tutela penal libertará esforços para uma intensificação da tutela em áreas mais dignas e mais necessitadas de tutela penal (vide *supra*, nota 696 e texto correspondente).

<sup>716</sup> Sobre este problema vide também *supra*, *Primeiro Capítulo, Secção 5.*, referência à posição de Müller-Dietz, a propósito do caso controvertido da pornografia, mas ainda quanto ao problema da danosidade social da conduta.

de eficácia dos outros meios que seria de considerar suficiente também seja algo discutível e se pudesse ainda pôr em causa, por exemplo, se se deveria recorrer ao Direito Penal quando ele apresentasse uma eficácia pouco superior à de medidas alternativas<sup>717</sup>, a conclusão acerca da adequação ou idoneidade da tutela penal, quando os outros meios se não apresentam, por si só, suficientemente eficazes<sup>718</sup>, torna-se muito mais controvertida<sup>719</sup>. Em certos casos (de nula ou duvidosa idoneidade de tutela) situamo-nos perante um conflito entre «necessidade»<sup>720</sup> de protecção penal e inidoneidade ou duvidosa idoneidade preventiva das medidas penais<sup>721</sup>.

Este problema suscita-nos algumas questões que tentaremos analisar.

Quando se apresenta muito elevado o grau de violação da norma penal dever-se-á concluir, imediatamente, pela ineficácia do Direito Penal? E quando o número de cifras negras é muito elevado? «Qual o limite para podermos dizer que a pena ainda tem idoneidade preventiva?»<sup>722</sup>

O alto grau de violação é sempre um sintoma preocupante, que nos deve levar a repensar a situação. O mesmo se passa

717 Em relação a este problema julgamos ter importância uma comparação entre vantagens e desvantagens laterais, imediatas e mediatas, da intervenção penal. Se não houver grandes desvantagens laterais pela não intervenção penal (nestas dever-se-ia ter em conta eventuais efeitos futuros num sentido ou noutro, contra-interesses em causa, etc.), essa parecer-nos-ia uma solução acertada.

718 E esta é também uma decisão difícil de tomar... Quando é que os outros meios são, e quando é que não são, suficientemente eficazes? Porque, na verdade, não basta uma comparação entre eficácias de diferentes meios, uma vez que eles também podem actuar conjuntamente quando só mediante tal actuação conjunta se consiga um grau suficiente de eficácia preventiva. Em relação a bens de importância muito elevada e condutas de alta danosidade social e em relação às quais se torne muito difícil a prevenção, esta poderá ser a única solução suficientemente protectora... (neste sentido, *vide supra*, Secção 3. c).

719 *Vide idem*.

720 Neste sentido — por inexistência de outras medidas suficientemente eficazes.

721 Referindo-se a este conflito, Angioni, *ob. cit.*, p. 232.

722 Angioni, *ob. cit.*, p. 227.

em relação a um grau elevado de cifras negras. Podemos dizer que estamos perante «tipos legais doentes»<sup>723</sup>. Não podem, no entanto, segundo nos parece, dar uma resposta definitiva quanto à (ini)idoneidade do Direito Penal e quanto às medidas a tomar. Diríamos que são sintomas da doença mas que não nos indicam, por si só, o método curativo.

Quanto à frequência dos factos danosos, se podem ser até indício de uma necessidade de intervenção penal<sup>724</sup>, quando, com tal intervenção, a prática desses factos continua a aumentar de forma muito significativa, então é caso para se perguntar se, de facto, as próprias medidas penais não devem modificar-se, ou se não se deverá recorrer conjunta ou isoladamente a outros meios, ou mesmo deixar de se intervir. Por outro lado, esse grau elevado e crescente de violações, também pode indiciar uma transformação na valoração social, facto a que o legislador deverá estar sempre atento. Se o caso for esse, a solução será descriminalizar<sup>725</sup>.

Também um grau elevado de cifras negras será revelador de «um baixo índice de idoneidade da pena»<sup>726</sup>. De facto, a existência de uma diferença muito grande entre o número de crimes efectivamente praticados e o número de crimes que chega ao conhecimento das instâncias formais de controlo, é reveladora de que algo vai mal. A não aplicação da sanção penal na maior parte dos casos de violação do tipo penal, terá um efeito negativo, quer do ponto de vista da prevenção especial (o que

723 Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 233 e 234.

724 Hassemer, *Theorie und Sociology des Verbrechens*, p. 147 (ou mesmo de intensificação desta intervenção...).

725 Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 234, referindo casos de adequação social. Não se poderá esquecer, é claro, algum grau de orientação e, assim, de não submissão total, mas também de não indiferença total, do Direito a valorações sociais «irracionais». Sobre este aspecto, Costa Andrade, *Contributo...*, *cit.*, p. 111; mas, também, *A Dignidade...*, *cit.*, p. 15. Também *supra*, com referência à posição de Zipf, de Fiandaca e Musco (notas 280, 283 e bibliografia aí citada e ainda nota 490).

726 Angioni, *ob. cit.*, p. 229; Pagliaro, *Prevenzione Generale*, p. 448, Paliero, *Reati Bagatellari*, p. 930, refere que «a alta cifra negra» seria um índice seguro de falta de desvalor em relação a certos crimes. Sobre o problema dos mecanismos de selecção, Figueiredo Dias/Costa Andradade, *ob. cit.*, p. 409 e ss.

é evidente), quer do ponto de vista da prevenção geral, uma vez que a força dissuasora do Direito Penal será muito mais atenuada<sup>727</sup>, pela generalização da convicção de que a sanção raramente chega a ser aplicada. Também a prevenção geral em sentido positivo será atingida (em maior ou menor grau, consoante os casos), pois enfraquecer-se-á a confiança no Direito, por este não afirmar a força e seriedade das suas normas quando estas são violadas<sup>728</sup>. Por outro lado, o elevado grau de cifras negras pode indiciar também essa inexistência de dignidade penal — nestes casos, reafirmamos a ideia, a única decisão a tomar será a descriminalização.

Parece-nos, no entanto, que a existência de um grau elevado de violações das normas e/ou de cifras negras, não nos podem levar à conclusão imediata de inidoneidade do Direito Penal e sua consequente retirada obrigatória...

Por um lado, estamos em crer que uma norma com reduzida aplicação em relação ao número de violações, ainda poderá ter *algum* efeito preventivo em sentido positivo, na medida em que continua a contribuir, embora de forma mais frágil, para se manter e reforçar a consciência da comunidade quanto ao carácter de dignidade penal da matéria criminalizada<sup>729</sup>. Assim,

<sup>727</sup> Vide *supra*, Secção 3. b).

<sup>728</sup> É claro que este enfraquecimento da prevenção geral (quer em sentido negativo, quer em sentido positivo) varia com o grau de conhecimento das cifras negras. Assim, o seu desconhecimento, ou pelo menos um conhecimento limitado, tem efeitos sociais positivos — mantém a força de dissuasão e a força de confiança no sistema — quer porque se pensa que se cometem menos crimes, quer porque se crê na eficiência do sistema penal. Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 230, nota 11 e Drindl, *ob. cit.*, p. 50, referindo que não é a ineficiência, mas sim o tomar conhecimento da mesma, que leva a uma diminuição da eficácia. A aceitação da ineficiência leva à não eficácia da norma. Inversamente, o não conhecimento sobre o valor das cifras negras não ataca a confiança em favor da efectividade das normas (embora os efeitos possam ser distintos de caso para caso).

<sup>729</sup> Assim, parece-nos que a prevenção geral em sentido negativo será ainda mais atingida do que a prevenção geral em sentido positivo. Quanto a esta, se a confiança no Direito, o repor das expectativas, será afectado, já se poderá manter o efeito de apelo à consciência comunitária quanto à importância do valor (embora, em alguma medida, variável de caso para caso, também este aspecto seja afectado). (Neste sentido, *supra*, Secção 3. b)).

digamos que o elevado grau de cifras negras, embora indiciador da inidoneidade do Direito Penal, não pode ter a última palavra, inequívoca e sem discussão, quanto a este problema. O mesmo se passa, de facto, com o elevado número de violações da norma, independentemente da existência ou não de cifras negras<sup>730</sup>. Também este elevado número de violações indicia a inidoneidade do Direito Penal ou, talvez melhor, coloca-nos perante uma situação problemática, a ponderar, sobre a eficácia do Direito Penal, mas não pode dar-nos uma resposta definitiva<sup>731</sup>.

Na nossa perspectiva, só se poderá dizer que o Direito Penal não é eficaz, que não está a cumprir, nem sequer minimamente,

<sup>730</sup> Também aqui o enfraquecimento da prevenção varia com o conhecimento do número de violações... Embora não se coloque um problema tão agudo quanto à eficiência (em sentido estrito) do Direito Penal (se as cifras negras não forem muito elevadas), é evidente que a confiança no Direito se ressentirá. E é evidente que o Direito Penal não está a surtir os efeitos desejados (*vide* nota seguinte).

<sup>731</sup> Note-se que estamos a referir-nos a um número elevado de violações, pois, o objectivo do Direito Penal não será tão ambicioso que se dirija à eliminação do crime — meta demasiado utópica — mas sim, certamente, a uma sua diminuição gradual ou, pelo menos, a um não incremento dos factos criminosos (para Popitz, a validade da norma deriva da sua violação ter carácter excepcional — *apud* Drindl, *ob. cit.*, pp. 42 e 43). Isto, apesar desta diminuição depender também de factores por vezes mais relevantes que o próprio Direito Penal, como mudanças sociais e culturais, as quais, no entanto, muitas vezes não dispensam a sua intervenção. A existência de cifras negras também se apresenta inevitável («a cifra negra é um fenómeno que acompanha qualquer norma» — Schultz, sendo até considerada por Popitz como um factor de integração — *apud* Drindl, *ob. cit.*, p. 42, 43), mas não em números tão elevados, sendo necessário que diminua até níveis mais baixos... Quanto a estes aspectos diz-nos Cuello Contreras: «Os sociólogos demonstraram que o delito como facto isolado não cria dano para a sociedade; que, pelo contrário, é um factor de integração social, pois a sua persecução e condenação contribuem para aumentar a confiança do cidadão nas suas leis. A *credibilidade* do cidadão, pelo contrário, perde-se quando sente que as instâncias de controlo policial e judicial são impotentes face ao delito e quando o legislador deixa de punir zonas de comportamento que caem de pleno ou estão muito próximas do que necessariamente deve estar desvalorado» (*Definición...*, *cit.*, p. 455) Assim, este autor salienta os efeitos negativos das cifras negras para o sentimento comunitário de confiança no Direito; mas não deixa de acentuar também os efeitos negativos da desprotecção penal de valores importantes, o que acaba por tornar a situação ainda mais problemática.

a sua função, nos casos em que se comprove que a prática do facto em questão não se altera (não diminui), ou altera-se de forma não significativa, quer haja criminalização quer não<sup>732</sup> ou (hipótese ainda mais preocupante) que a própria criminalização se mostra desadequada, criando mais desvantagens do que vantagens, ou tendo mesmo efeitos criminógenos.

Nesta análise global da eficácia do Direito Penal, dever-se-á ter em conta o problema dos mecanismos de selecção que estão significativamente presentes nos casos de elevadas cifras negras, com todas as injustiças relativas que tal selecção gera e, ainda, com a agravante dos poucos agentes que são descobertos serem muitas vezes usados como «bodes expiatórios»<sup>733</sup> das frustrações das instâncias penais de controlo e como exemplo para os demais<sup>734</sup>. Assim, a injustiça relativa é agravada com uma ins-

732 Neste sentido, recordemos a afirmação de Drindl — «a aptidão do Direito Penal não significa frequência da sua perseguição, pois mesmo uma lei que raramente é obedecida pode ser efectiva, produzindo condutas desejadas, mais do que a mera anulação, assim como, inversamente, uma lei sempre obedecida pode ser anulada sem haver alterações de comportamento» (*ob. cit.*, pp. 41-42). Já Liszt justificava a intervenção penal na «necessidade da pena para a manutenção da ordem jurídica e, com ela, para a segurança da sociedade; por outro lado, na idoneidade, *mesmo que seja limitada*, da pena, para conseguir essa meta» (itálico nosso; *apud*, Roxin, *Franz von Liszt... cit.*, p. 40).

733 Neste sentido Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 410 (sobre os mecanismos de selecção, ainda pp. 384 e ss. e 527 e ss.) e Angioni, *ob. cit.*, p. 229. É claro que não existe nenhum direito à igual oportunidade de cometimento de crimes. O Tribunal Constitucional alemão já declarou (o que é óbvio!) que o agente não pode exigir a impunidade pelo facto de outros criminosos não serem punidos. No entanto, também é verdade que a realização das normas não deve conduzir a discriminações fácticas ou jurídicas, o que acaba por acontecer nas situações de elevadas cifras negras... (Neste sentido, Drindl, *ob. cit.*, p. 53). Problema ainda mais grave, conexo com este, será quando, perante a incapacidade de encontrar um condenado «modelo» (ou a inconveniência política ou outra em o condenar), para o submeter ao ritual catártico (das instituições e seus agentes) com uma «punição exemplar», se mandam prender «os suspeitos do costume» (como v.g. no filme *Casablanca*), «bodes expiatórios inocentes».

734 Lembremos as críticas que fizemos à subordinação da justiça à utilidade social (*vide supra*, *Primeira Parte, Primeiro Capítulo, Secção 1. d) e e*), a propósito das antinomias do pensamento iluminista).

trumentalização do indivíduo, o que gera revolta<sup>735</sup> e dificulta qualquer hipótese de ressocialização<sup>736</sup>, sendo até factor criminógeno.

De qualquer modo, a situação não se pode considerar satisfatória. Se o Direito Penal não apresenta qualquer eficácia<sup>737</sup>, o bem jurídico deve ficar sem qualquer protecção?<sup>738</sup> Por outro lado, mesmo que se possa afirmar alguma eficácia por parte do Direito Penal, esta também não atingirá os níveis desejados.

Que atitude tomar? Criar, dentro do próprio Direito Penal, meios diferentes? Intensificar a persecução penal e/ou a severidade das penas? Ou abandonar a tutela penal desses bens?<sup>739</sup>

Segundo Drindl, as cifras negras têm significado político-criminal como indicação de desadequação da norma, faltando no entanto um processo valorativo adicional, para se saber «se o programa normativo deve baixar à realidade deficitária ou se a realização da norma deve ser intensificada para conservar o seu programa normativo... a cifra negra não estabelece qualquer directiva num sentido ou noutro»<sup>740</sup>

Parece-nos que o critério a seguir deverá ter em conta o grau de gravidade do facto<sup>741</sup> que se quer prevenir e a capacidade

735 O Direito transforma-se num jogo de roleta. O processo torna-se Kafkiano. As instituições, criminógenas, e a punição passa a ser arbitrária como no *Calígula* de Camus.

736 Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 229.

737 No sentido de não cumprir minimamente o seu papel — de acordo, assim, com a referida análise global da situação.

738 Ou apenas com uma forma de protecção insuficiente — estamos a pressupor que as outras formas de tutela não são suficientemente eficazes...

739 Schultz, embora saliente, como vimos (nota 731), que a cifra negra acompanha sempre o crime, afirma que um alto grau de cifras negras é indicio da necessidade de modificação ou extinção do tipo legal (*apud* Angioni, *ob. cit.*, 231, nota 14; *vide* também bibliografia aí citada).

740 *Ob. cit.*, p. 44. Acrescenta ainda que as duas soluções já têm sido defendidas com base no mesmo fenómeno — as cifras negras. Se no caso do aborto e eutanásia se postula a modificação da norma, para que o programa normativo baixe à realidade deficitária (sobre este problema não nos pronunciaremos de momento; *vide infra*, *Terceira Parte, Quinto Capítulo, Secção 2.*), no Direito Penal da economia e do ambiente retira-se a consequência contrária.

741 Neste sentido, Angioni, *ob. cit.*, p. 231.

do Direito Penal para modificar a sua actuação, quer num sentido substantivo quer processual, de forma a se tornar mais eficaz; dever-se-ia ainda tomar em consideração a possibilidade de ele actuar conjuntamente com outras medidas sociais e comparar todas vantagens e desvantagens das várias soluções de acordo com uma análise global que tome em atenção quer os efeitos imediatos quer mediatos das várias alternativas<sup>742</sup>.

Se, como referimos já, em relação a condutas de pequena ou nula danosidade social (muitas vezes indiciada, precisamente, pela frequência das violações e pelas cifras negras), a solução deverá ser a descriminalização, em relação a condutas claramente graves, o Direito Penal deveria intensificar a persecução, paralelamente com uma modificação do tipo de penas ou da sua medida, quando tal se mostrasse adequado, e conjuntamente com a actuação de outras formas de controlo social, quando tal também se apresentasse conveniente<sup>743</sup>, só se devendo retirar, quando fosse de todo ineficaz, sem capacidade para passar a ser eficaz e/ou criador de maiores desvantagens do que benefícios.

Deste modo, com uma correcta delimitação da área do Direito Penal (desde logo em sede de dignidade penal) talvez se tornasse possível reunir esforços<sup>744</sup> para, em relação aos casos mais graves, se intensificar a persecução e, assim, se diminuir o âmbito de cifras negras e todas as consequências nefastas que consigo acarreta. Mais uma vez, aqui, a dignidade de tutela e o grau de dignidade de tutela têm um papel de primacial importância. Quer por se provar que a maioria de casos de elevadas cifras negras são de duvidosa ou reduzida danosidade social

742 Esta parece-nos ser uma averiguação relevante sempre que se quer determinar a existência ou não de carência de tutela penal.

743 É o que é defendido no caso de certo tipo de crimes económicos — como o *white collar crime* — em que o número de cifras negras é particularmente elevado.

744 Insistindo neste ponto, numa delimitação correcta da área do crime, quer em abstracto, quer em concreto, dentro de cada tipo legal — factos mais punidos, menos punidos, sem punição — Angioni, referindo também a importância da libertação do esforço persecutório para os crimes mais graves (*ob. cit.*, p. 231; *vide supra*, nota 696).

(mesmo que subsequente à criação da norma), quer porque, em casos de elevadas cifras negras em relação a crimes de elevada danosidade social, como o homicídio, o roubo, as ofensas corporais graves, os crimes económicos e contra o ambiente de particular gravidade, a decisão não deveria ir no sentido de se «abandonar o barco»<sup>745</sup>, mas de se intensificar o controlo penal, com os esforços que ficariam livres pela descriminalização das outras situações<sup>746</sup>.

## 6. O problema do controlo da necessidade de tutela penal

a) Chegou o momento de retomarmos a nossa questão: — Terá o Tribunal Constitucional legitimidade para controlar a carência de tutela penal, considerando inconstitucional uma norma criminalizadora por não respeitar este princípio?

O conflito situa-se, mais uma vez o constatamos, e agora com maior conhecimento de causa, entre a necessária vinculatividade do princípio da carência de tutela penal, pela sua fundamentalidade e conseqüente expressão constitucional, por um lado, e o tipo de critérios em que assenta este princípio, a pres-

745 Isto, é evidente, no pressuposto da inexistência de outras formas, por si só suficientemente eficazes, e na convicção de que o Direito Penal, deste modo, poderia aumentar substancialmente o seu próprio grau de eficácia (de momento reduzido), como pareceria ser o caso das situações referidas. (Sobre estas questões, mais pormenorizadamente, *infra*, *Terceira Parte, Quinto Capítulo*, quando tratarmos da relação entre elevada dignidade penal e carência de tutela penal).

746 Neste sentido, Angioni (*ob. cit.*, p. 231 e ss.), salientando que o critério para a decisão entre a eliminação do tipo legal ou o incremento da persecução, deve residir na gravidade do tipo de crime. A propósito da frequência das violações, refere que tal facto pode demonstrar a incapacidade do poder para fazer face de outra forma ao fenómeno social e refere também casos em que esse número de violações se deverá a uma eventual adequação social. Mas, afirma (*cfr. Lüderssen, Beweis Recht*, p. 298): «o argumento da frequência (de violações) não exerce nenhum papel contra a relevância penal, se vem referido a factos mais graves. A punibilidade de factos como o homicídio e o roubo encontra justificação que prescinde da sua difusão, que pode ser também mínima ou máxima, em determinadas regiões e em determinados momentos históricos».

suporem, como vimos, uma verificação quantas vezes insegura acerca de uma série de realidades. Verificação que implica um recurso aos conhecimentos de ciências empíricas, que se baseiam, as mais das vezes, em dados aproximados e variáveis. No entanto, vimos já que este problema não é exclusivo da carência de tutela penal. Também a averiguação da danosidade social de uma conduta implica uma análise empírica da realidade e baseia-se, muitas vezes, em juízos prognósticos com uma certa margem para erro (variável consoante os casos)<sup>747</sup>. Sendo assim, quer a exigência de danosidade social, quer a de carência de tutela penal, não seriam susceptíveis de controlo constitucional?<sup>748</sup>

Não há dúvida de que, nestas áreas, a liberdade do legislador terá de ser maior. É ele que está mais próximo de comissões de peritos para a análise de certos factores; é no órgão legislativo por excelência (Parlamento) que se pode travar uma mais ampla discussão dos problemas, com a participação dos representantes de várias tendências. Dever-se-á então defender ser o princípio da carência de tutela (e também o princípio da danosidade social) um princípio com virtualidades apenas no domínio da política criminal, um princípio indicador mas não vinculante? Ou pertencer à estranha categoria de princípio vinculante, mas em caso algum controlável?

Para alguns autores, de facto, esta seria uma categoria do domínio da política criminal, orientadora do legislador, mas sem existência normativa ou, pelo menos, sem possibilidade de ser controlada pelo Tribunal Constitucional. Esta parece ser a posição de Fiandaca e Musco<sup>749</sup>, quando referem que, «sendo o bem subsumível no âmbito dos valores constitucionais, a escolha do *se* e do *como* punir resulta, por um lado, condicionada pela operatividade de ulteriores critérios e, por outro, do êxito de opções que competem ao legislador, como órgão politicamente habilitado a medir entre contrapostas exigências susceptíveis de

747 Vide *supra*, Capítulo Primeiro, Secção 5.).

748 Recordemos que não foi esta a posição que sustentamos *supra*, *idem*.

749 Também de Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 496.

ponderada e racional reflexão»<sup>750</sup>. Para Zipf, mesmo a apreciação da lesividade social que, como vimos, relaciona intensamente com a necessidade de pena<sup>751</sup>, está fora dos limites constitucionais, fazendo parte da definição de conceito material de crime, como linha de orientação legislativa<sup>752</sup>. Já Roxin, embora saliente o carácter constitucional do princípio da proporcionalidade<sup>753</sup>, de tal modo que uma criminalização que o ofendesse poderia ser considerada nula, acentua que, na prática, o princípio da subsidiariedade vem a traduzir-se mais numa linha de orientação político-criminal — de resto indispensável para o progresso do Direito Penal — do que num princípio concludentemente vinculante<sup>754</sup>.

Parece-nos que estas não serão, no entanto, soluções nem suficientemente satisfatórias nem coerentes. Se defendemos a vinculatividade dos princípios constitucionais (art. 3.º da Constituição Portuguesa), não poderemos agora retirar-lhes essa vinculatividade ou a sua eficácia prática. Também não nos parece coerente defendermos soluções completamente diferentes em relação à danosidade social e à carência de tutela penal. Embora se situem, segundo a classificação que nos pareceu mais correcta, em domínios diferentes — dignidade penal/carência de tutela penal, por se referirem, de facto, a problemas distintos, ambos encontram consagração na Constituição e ambos têm que enfrentar os mesmos (ou semelhantes) problemas de investigação empírica da realidade.

Ora, mais coerente nos parece ser a posição de Gomes Canotilho<sup>755</sup>, o qual, referindo-se às leis restritivas em geral, afirma que uma lei é inconstitucional quando através de uma outra fosse possível restringir de forma menos «excessiva» e

750 *ob. cit.*, p. 5.

751 *Supra*, Secção 1. b).

752 *Introducción...*, cit., p. 97.

753 Considerando-o no seu sentido amplo.

754 *Strafrecht...*, cit., p. 17, Rn. 28. Também Pulitanò coloca o problema da controlabilidade de dados factos, acabando por se inclinar pela sua não controlabilidade (*Obblighi...*, cit., p. 502 e ss.).

755 *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 482.

mais «proporcional» os direitos, liberdades e garantias. No entanto, reconhece que esta questão «coloca problemas graves em sede de controlo concreto da constitucionalidade, se se entender que a «necessidade», «adequação» e «proporcionalidade» da medida legal restritiva é uma questão de «mérito político», situada no âmbito de liberdade do legislador». Segundo este autor, deveria estabelecer-se um sistema gradativo de liberdade de conformação, consoante os casos — haveria situações em que o legislador estaria mais vinculado, mais limitado no seu poder de decisão, do que noutras. Ora, refere como exemplo de maior grau de vinculação, os casos que impliquem a limitação de bens muito importantes, como a liberdade (esta será, muitas vezes, a situação da intervenção penal)<sup>756</sup>. A corroborar, e agora com maior segurança, a possibilidade de controlo constitucional de uma criminalização, com base na inexistência de proporcionalidade (em sentido amplo), refere este mesmo autor, numa outra obra<sup>757</sup>, que a penalização, sendo «uma arma pesada», carece de justificação e que, podendo traduzir-se na restrição de direitos, liberdades e garantias, ficará sujeita às regras do art. 18.º, n.º 2 e 3. Assim, continua, «é facilmente conjecturável a possibilidade de censura constitucional de penalização *desnecessária, inapta ou desproporcionada*»<sup>758</sup>.

<sup>756</sup> Assim, conclui: «Mesmo que a liberdade de conformação do legislador exija das entidades judiciais de controlo uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição de excesso, elas não podem abdicar de dar uma específica aplicação a este princípio, sobretudo quando está em jogo a aplicação de medidas especialmente restritivas... O princípio da proporcionalidade terá ainda interesse para o eventual controlo preventivo da constitucionalidade da lei geral restritiva» (*idem*, itálico nosso).

<sup>757</sup> Conjuntamente com Vital Moreira, em *Constituição Anotada*, p. 139. No mesmo sentido, também, p. 206 (anotação ao artigo 29.º da Constituição).

<sup>758</sup> Itálico nosso. Também em *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal*, defende este autor a vinculação do legislador penal ao princípio da proporcionalidade (segundo a terminologia que vimos usando — em sentido amplo — necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (p. 31). Ainda neste sentido, defendendo a possibilidade do Tribunal Constitucional controlar a necessidade, adequação e proporcionalidade (embora a propósito da conformidade constitucional de uma norma não penal), em *A Criminalização da Constituição...*, *cit.*, p. 354. Também Sax refere que se vai além dos

b) Ponderados os vários dados desta questão, parece-nos que uma solução equilibrada seria a de reconhecer ao Tribunal Constitucional poderes para controlar a necessidade penal nos casos (porventura muito raros) em que a criminalização fosse claramente desnecessária — em casos de flagrante inexistência de carência de tutela penal — quer por a pena ser manifestamente inadequada (nomeadamente quando tivesse até efeitos criminógenos ou causasse outro tipo de desvantagens sem qualquer compensação nalguma eficácia), quer por existirem outros meios claramente suficientes (geralmente quando tal acontece a pena apresentar-se-á também desadequada). Quer dizer, em casos de flagrante desnecessidade de pena. Pode-se objectar dizendo que esses serão normalmente casos de duvidosa danosidade social. Esta observação parece-nos acertada, mas tal não invalida a conclusão a que chegamos, de tal forma que, mesmo que se tivesse provado a sua danosidade social, se era clara a inexistência de carência de tutela penal, a conduta não deveria ter sido criminalizada<sup>759</sup>. Acreditamos que tais hipóteses serão porventura reduzidas, mas que tal está também de acordo com uma equilibrada repartição de competências. O Tribunal Constitucional não deverá substituir-se ao legislador, aos juízos que lhe compete fazer; é natural, assim, que o âmbito dos factos em que poderá intervir não seja muito amplo. Mas o Tribunal Constitucional não pode também deixar de ser o «guardião» da Constituição quando se puder afirmar com segurança que os seus princípios foram violados<sup>760</sup>.

limites do ilícito penal quando se criminalizam condutas merecedoras de pena, mas que *não carecem de pena*, afirmando ainda: «Nestes casos, a declaração de punição constitui um golpe no vazio porque abrange criminalidade ideal e *inconstitucional* por violação da dignidade humana» (*ob. cit.*, p. 931; itálico nosso).

<sup>759</sup> Para além de se manter a possibilidade de, mesmo face a uma conduta em que não se levantam dúvidas quanto à dignidade penal, ser clara a desnecessidade de pena. Tal poderá acontecer, nomeadamente por terem surgido outros meios de controlo da situação suficientemente eficazes...

<sup>760</sup> Recordemos o que dissemos *supra*, *Primeiro Capítulo, Secção*, em especial nota 458, a propósito da danosidade social, sobre a legitimidade do Tribu-

Por outro lado, será conveniente exigir que o legislador, em casos de duvidosa carência de tutela penal tenha que provar esta necessidade de intervenção penal para a criminalização ser legítima? Ou, nestes casos duvidosos, deverá ficar com inteira liberdade de decisão?<sup>761</sup>

Quanto a esta questão, parece-nos que não há fundamento para que a solução não seja semelhante à que defendemos para o problema da danosidade social<sup>762</sup>, embora, como é óbvio, com as necessárias adaptações. Assim, os factores a ponderar neste caso seriam: o grau de necessidade preventiva, o que se imbrica com o grau de danosidade social<sup>763</sup>, o grau de probabilidade da necessidade (ou carência) de tutela penal (englobando assim a probabilidade da adequação e da inexistência de outros meios suficientemente eficazes<sup>764</sup>) e a intensidade de restrição

---

nal Constitucional para controlar dados empíricos e prognoses. Também neste caso nos parece que a Constituição considera o problema da *necessidade penal*, para solução do qual será necessário proceder-se a decisões prognósticas, «inerte à medida de controlo por inconstitucionalidade»... (tendo em conta o art. 18.º, n.º 2). E mais uma vez nos parece que a vinculação constitucional não se deve entender de forma uniforme, mas gradativa...

761 Em relação a casos de clara desnecessidade, em rigor, o problema não se pode traçar nestes termos, embora, face a uma *aparentemente* clara desadequação do Direito Penal, a comprovação por parte do legislador da necessidade de intervenção penal possa justificar esta decisão.

762 *Vide supra*, Primeiro Capítulo, Secção 5.

763 Poderíamos referir o grau de necessidade (provável) da intervenção penal, o que vem a ser, o grau de necessidade de intervenção de um meio eficaz para afastar as condutas em causa, ou seja, o grau de necessidade preventiva... Mas tal parece-nos estar em relação directa (e ter por fundamento) o grau de danosidade social da conduta... Por outro lado, também temos em conta, ao apontar este critério, a ligação entre dimensão axiológica e pragmática (o que é diferente de coincidência de âmbito... sobre estes aspectos, *vide supra*, Secção 1. b) e c) e ainda *infra*, na Terceira Parte, Quinto Capítulo).

764 O problema da proporcionalidade em sentido estrito parece-nos, como vimos, de enquadrar prevalentemente na dignidade penal e parece-nos ser controlável pelo Tribunal Constitucional, através de uma comparação entre bem jurídico tutelado e grau de danosidade social, com o tipo e grau de restrição de direitos fundamentais que a pena operaria... (*vide supra*, Segundo Capítulo, Secção 2.4.).

de direitos que uma eventual criminalização operaria<sup>765</sup>. Quanto mais elevada for a danosidade social (e quanto mais segura, também...) e menos intensa for a restrição de direitos através da pena (embora este seja, pelo menos em certos casos, um factor susceptível de adaptação aos outros), menos exigências se farão quanto à prova de existência de carência de tutela penal. Inversamente, quanto menos elevado for o grau de danosidade social (e o da sua probabilidade), maiores serão as exigências de prova. Esta continua a parecer-nos, para este caso, e pelas razões já apontadas<sup>766</sup>, a solução mais razoável.

---

765 Este factor é, como vimos, considerado muito importante por Gomes Canotinho, na medida em que defende que quanto mais restritiva é a medida, mais vinculada será a actuação do legislador (*vide* nota 756). É claro que este factor pode — e deve — ser escolhido pelo legislador também em função dos outros, quando tal for possível. Quer dizer, em função da maior ou menor necessidade preventiva, em ligação com o grau de danosidade social, e da maior ou menor probabilidade de eficácia (e necessidade) penal, devem-se utilizar medidas mais ou menos restritivas de direitos — penas mais ou menos duras... Mas poderá haver casos em que se comprove que só uma medida restritiva elevada traria alguma (e mesmo assim duvidosa) eficácia. Então, este será um factor a tomar em consideração para se exigir um grau ainda mais elevado de necessidade preventiva (por uma mais elevada danosidade social) e uma maior probabilidade de necessidade e adequação penal. Idêntico raciocínio se deverá seguir, sendo até exigência do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no caso da danosidade social... Em princípio, as medidas penais devem ser mais leves se é duvidosa a danosidade social; mas, se se mostrar que seriam necessárias medidas mais gravosas para evitar a «presumível» danosidade (aqui este conflito mais dificilmente se verificará), então seria de exigir uma mais elevada (presumível) danosidade social e uma maior probabilidade desta se verificar, o que normalmente ocorrerá para ser pensável esta situação (este conflito). (*Vide* também, *supra* nota 458).

766 Quer neste capítulo, quer *supra*, Primeiro Capítulo, Secção 5.

### III PARTE

## A CONSTITUIÇÃO IMPORÁ A CRIMINALIZAÇÃO?

### Introdução

a) Um ulterior e polémico desenvolvimento da concepção de bem jurídico ancorada constitucionalmente, dela pretende fazer derivar, não só os fundamentos e limites ao poder criminalizador, mas também imposições de criminalização<sup>767</sup>.

No entanto, embora se deva reconhecer a íntima conexão entre o problema da legitimação/limitação e o da imposição de tutela penal, a verdade é que não deixam de ser questões diferentes. Assim, embora tenhamos, frequentemente, que recorrer a (e remeter para) aspectos já focados a propósito das autorizações de criminalização, deveremos observá-los a uma nova luz, analisando agora o *reverso* da «medalha» e tentando, por um lado, ser coerentes com as conclusões a que fomos chegando e, por outro, não esquecer os problemas específicos que esta perspectiva nos coloca.

Assim, e desde logo, parece-nos de acentuar que não se pode retirar de imediato uma conclusão no sentido da capacidade e legitimidade impositiva, pelo facto da Constituição ter legitimidade e capacidade fundamentadora e limitadora da criminalização...

---

<sup>767</sup> Referindo esta dialéctica — legitimação/significado fundante — Pulitanò, *Obblighi Costituzionale...*, cit., p. 494 e ss. Enquanto que para Stortoni se trata de um desenvolvimento possível mas não unívoco da relação estabelecida entre bens constitucionais e ordenamento penal (*Profili Costituzionali della non Punibilità*, p. 636), para Pulitanò estaria em causa um desenvolvimento paradoxal (imprevisível?)... (*idem*, p. 487). Não faltam vozes, no entanto, a afirmar que os mesmos princípios constitucionais e categorias jurídicas que fundamentam a limitação da criminalização têm o seu reverso no sentido contrário (neste sentido, Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 118 e, no mesmo sentido, em *Novo Código Penal...*, cit., p. 227, nota 34; R. Maurach e H. Zipf in, *Strafrecht*, pp. 17 e 18, vide mais desenvolvidamente *infra*, em especial no Quinto Capítulo).

A necessidade limitadora resulta do Direito Penal ser um instrumento muito forte nas mãos do Estado; a eventual necessidade impositiva teria de resultar de outra ordem de considerações, em especial do facto da violação a valores constitucionais ser algo de também muito grave do ponto de vista da sociedade (e da vítima da concreta violação). . .

É que o Direito Penal apresenta uma dupla faceta. Por um lado, ele é a arma mais terrível nas mãos do Estado, não só por conter as sanções que, em princípio, mais interferem com valores fundamentais da pessoa, como pelos efeitos sociais que inevitavelmente desencadeia<sup>768</sup>, e precisa, assim, de ser legitimado e limitado na sua actuação; legitimado e limitado não só quanto à forma de actuação, oferecendo garantias de imparcialidade e certeza jurídica, mas também quanto ao próprio conteúdo<sup>769</sup>. Mas, por outro, ele é imprescindível para a própria defesa dos valores essenciais à vida do homem em sociedade<sup>770</sup>.

Deste modo, o problema penal situa-nos sempre perante um conflito de direitos, a ponderar. Por um lado, temos os direitos dos agressores que são limitados através da pena (e a própria proibição de actuarem no sentido do crime)<sup>771</sup>, por outro, os direitos das vítimas e/ou da sociedade, também como vítima mais ou menos directa da agressão.

No fundo, estamos sempre perante um problema de coexistência de liberdades, devendo a limitação da liberdade ser levada

<sup>768</sup> Quanto ao problema da estigmatização, *vide infra*, Quinto Capítulo, Secção 1. c) a), em especial notas 970 e 992).

<sup>769</sup> *Vide supra*, Introdução à Segunda Parte, referência à distinção entre «princípios constitucionais penais» e «princípios constitucionais influentes em matéria penal». Estas garantias que o Direito Penal estabelece tornam-no, em certo sentido, não o inimigo do criminoso, mas um seu defensor (na medida em que o protegem do arbítrio, de um poder sem regras e, ainda, de um poder injusto), ao mesmo tempo que defensor da comunidade. (Recordemos que Von Liszt o caracteriza como a «Magna Carta do criminoso» — *apud* Roxin, *Franz von Liszt* . . . , *cit.*, p. 59).

<sup>770</sup> Lembremos ainda a expressão de Liszt «arma a dopo taglio» — tutela de bens através da ofensa a bens. . .

<sup>771</sup> A actuação no sentido do crime poderá entender-se, no entanto, como um abuso do direito de liberdade (*vide* Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 507).

a cabo para a salvaguarda da própria liberdade. Assim, o Direito Penal, desde que intervenha dentro dos limites já assinalados, não deverá ser visto como um inimigo da liberdade, mas como um garante da liberdade *possível* em sociedade<sup>772</sup>.

Ora, a verdade é que a Constituição, actualmente, também apresenta uma dupla faceta. Ela contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual — os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão/Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal — da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal<sup>773</sup>. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efectivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra). Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento<sup>774</sup> ou, numa

<sup>772</sup> Pensamento Kantiano — limitação da liberdade para defesa da liberdade; neste sentido, Müller-Dietz., *Strafe und Staat*, p. 55; Vives Antón, *ob. cit.*, p. 24 e ss., Pallazzo, *Obblighi* . . . , *cit.*, e Denninger, — *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*, contrapondo a ordem de liberdades à ordem de valores. Cremos, no entanto, que esta contraposição só terá de se estabelecer para determinada concepção de ordem de valores. . . (ordem de valores fechada à realidade; *vide infra*, c)).

<sup>773</sup> Referimos já que os limites constitucionais quanto ao conteúdo da matéria a incriminar ainda têm um sentido garantidor, correspondendo, assim, a um desenvolvimento das concepções liberais. Neste sentido, Pallazzo, *ibidem*, p. 103 — «as indicações constitucionais de fundo (que actuam no sentido da des-criminalização) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado liberal de direito. . . ».

<sup>774</sup> Drindl, *ob. cit.*, p. 19. Em sentido convergente, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, em várias passagens desta obra, nomeadamente, p. 32, 33, p. 76 (VII), p. 98 e ss., 119, 120, 123, 138 e 139. No mesmo sentido, Stern, *ob. cit.* — «A alteração de papel dá-se quando o Estado de potencial opositor a direitos

outra expressão desta mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos *através* do Estado<sup>775</sup>. Esta concepção já pressupõe, como vimos, o abandono de uma visão liberal-pura do Estado e da contraposição total Estado/Sociedade<sup>776</sup>.

Esta nova dimensão da Constituição merece, no entanto, uma referência um pouco mais aprofundada, uma vez que é a partir dela que se podem retirar deveres de protecção estadual, pressuposto necessário (mas não suficiente, como veremos) das imposições de criminalização. Quer dizer que, de facto, só faz sentido perguntarmos pela existência de obrigações constitucionais de criminalização se pudermos afirmar a existência de deveres de protecção estadual de valores constitucionais.

b) Ora, a existência destes deveres de protecção estadual tem sido fundamentada em várias ordens de considerações, todas elas, no entanto, intimamente relacionadas<sup>777</sup>.

fundamentais, se torna seu protector... é o mais «incrível» — que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais» (p. 940).

<sup>775</sup> Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 50. No mesmo sentido, afirma ainda Drindl que «A interpretação da Constituição leva a que o Estado deva ser considerado como ameaçador mas também como guardião da liberdade», *idem*.

<sup>776</sup> Vide *supra*, *Introdução à Segunda Parte*.

<sup>777</sup> Contendo importantes considerações sobre esta nova visão das relações Estado/Sociedade, com necessário reflexo constitucional, assim como sobre os fundamentos da existência de deveres de protecção impostos constitucionalmente — Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 43 e ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*... , *cit.*, 5.ª ed., p. 515 e ss., p. 522 e ss. e 534 e ss., em especial, p. 543 e ss., referindo-se à pluridimensionalidade dos direitos fundamentais; do mesmo autor, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, nomeadamente p. 163 e ss., 289 e ss. e, em especial, 363 e ss.; e ainda *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*; Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, para além das passagens referidas, *supra*, nota 774, p. 106 e ss., 115 e 127 e ss.; Drindl, *ob. cit.*, p. 15 e ss.; Stern, *ob. cit.*, p. 940 e ss.; Denninger, *ob. cit.*, p. 165 e ss.; e Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 551 e ss.; vide também *supra*, *Introdução à Segunda Parte*, uma breve abordagem a esta questão, na medida em que esta mudança de sentido da Constituição também já está na base de um entendimento da Constituição como legitimadora/limitadora do poder punitivo quanto ao conteúdo da criminalização.

Está superada, hoje, uma concepção liberal-pura das relações entre Estado e sociedade, que pretendia garantir o máximo de distanciação possível da sociedade face ao Estado, para defesa da liberdade e, assim, via na Constituição um instrumento de contenção da actuação estadual<sup>778</sup>.

Com a passagem de um Estado de direito formal, para um Estado de direito material (Estado de direito democrático e social<sup>779</sup>), a própria liberdade já não é vista como mera liberdade formal, garantida com a simples omissão de intervenção estadual, mas, pelo contrário, ela exige determinadas condições — quer as condições para o exercício de uma liberdade política, participativa, actuante, pressuposto de um Estado de direito democrático<sup>780</sup>, quer para uma liberdade num sentido material,

<sup>778</sup> Sobre esta concepção liberal de Estado, entre outros, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 43 e ss. e 54 e ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 516 e ss.; Krumbriegel, *ob. cit.*, pp. 550 e 551; Denninger, *ob. cit.*, p. 165.

<sup>779</sup> Estado subordinado ao Direito, o que implica o respeito por garantias formais de intervenção que estabeleçam limites para defesa da sociedade face ao Estado; mas também Estado democrático, o que implica a participação de todos nas decisões e pressupõe, assim, a criação estadual de condições de participação; e ainda Estado social, o que exige a intervenção estadual através de prestações que garantam pelo menos um mínimo de condições sociais, económicas e culturais (*Welfare State*), como garantia da própria liberdade entendida em sentido material. Sobre esta concepção de Estado, entre outros, Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 145 e ss. e 167 e ss.; Mir Puig, *Fundamento Constitucional da Pena e y Teoría del Delito*, p. 109 e ss.; Vives Antón, *ob. cit.*; Vieira de Andrade, *ob. cit.*, nas p. 98 e ss., qualificando a nova visão dos direitos fundamentais, de acordo com o humanismo ocidental, como uma «concepção liberal moderna», integrando a Constituição Portuguesa nesta concepção. Ainda sobre a concepção da nossa Constituição Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 32 e 33. e Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 349 e ss. . . Também sobre esta concepção de Estado e suas implicações em sede penal, em especial para a autonomização, dentro do Direito Penal, do Direito Penal secundário, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática*... , *cit.*, n.º 3717, p. 367 e n.º 3718, p. 7 e ss.

<sup>780</sup> Sobre a passagem do liberalismo para a democracia, com a garantia efectiva de direitos e liberdades de participação política, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 43-48. Sobre a teoria democrática dos direitos fundamentais, *idem*, pp. 63-66, alertando para o problema da funcionalização dos direitos no contexto desta teoria. Ainda sobre o princípio democrático, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 405 e ss. Também sobre os direitos de participação, Denninger, *ob. cit.*, p. 165.

e não garantia meramente abstracta, que implica um mínimo de condições económico-sociais para ser realidade<sup>781</sup>.

Assim, a Constituição, ao lado de direitos subjectivos de defesa dos indivíduos face ao poder estadual (Estado de direito)<sup>782</sup>, contém também direitos (nalguns casos talvez apenas pretensões<sup>783</sup>) a actuações estaduais. Mas, estas actuações estaduais, não são apenas as impostas pelos direitos até há pouco não previstos nas Constituições — os direitos económicos, sociais e culturais<sup>784</sup>, no sentido da sua concretização e desenvolvimento. Elas resultam também de uma série de

781 Abandona-se, assim, «o conceito de *liberdades abstractas* em favor do de *liberdades concretas*» (Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 53). Neste sentido diz-nos também Gomes Canotilho: «o homem situado» não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização da sua própria liberdade...» (*Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 517). Sobre o processo de socialização, Vieira de Andrade, *idem*, pp. 48-58; sobre o princípio da democracia económica, social e cultural, Gomes Canotilho, *ibidem*, p. 471 e ss.

782 Considerando que a anulação destas garantias liberais conduz ao totalitarismo, Mir Puig, *Fundamento Constitucional...*, *cit.*, pp. 110, 111; também neste sentido, Figueiredo Dias, entre outros, em *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, pp. 7 e ss.

783 No domínio dos direitos económico-sociais, Vieira de Andrade considera que, em geral, se conferem apenas pretensões jurídicas aos particulares (em virtude destes direitos dependerem da actuação legislativa, a qual mantém uma certa margem de liberdade na sua conformação, até por serem direitos sujeitos à «reserva do possível») e, só excepcionalmente, verdadeiras posições subjectivas (no caso de violação do seu conteúdo mínimo ou da existência de ordens concretas de legislar; *ob. cit.*, p. 205 e ss., p. 209). Sobre este problema, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 554 e ss., salientando que «a expressa consagração constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, não implica *modos de normatização uniforme* ou seja, uma estrutura jurídica homogénea para todos os direitos»; haverá, assim, diferentes graus de vinculação do legislador nesta área; ainda sobre este problema, do mesmo autor, *Constituição Dirigente...*, *cit.*, p. 363 e ss., distinguindo «direitos sobre reserva do possível» de «direitos sobre reserva de medida legal», uma vez que «o legislador inactivo, violador de direitos a prestações, suporta uma censura jurídico-constitucional equivalente à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade e propriedade dos cidadãos» (Tese 7.3., p. 483), mas distinguindo diferentes tipos e graus de vinculação legislativa neste âmbito; e ainda, *Tomemos a Sério...*, *cit.*

784 Vide nota anterior.

princípios<sup>785</sup>, directamente decorrentes da própria concepção de Estado, como o da dignidade humana, enquanto princípio fundante e que confere unidade à Constituição<sup>786</sup>, dos fins do Estado constitucionalmente estabelecidos, dos mandatos constitucionais de actuação, das garantias institucionais<sup>787</sup>, e dos próprios direitos, liberdades e garantias<sup>788</sup>, agora já encarados sob uma perspectiva diferente.

De facto, desde logo as liberdades políticas, implicam condições de exercício que só o Estado poderá garantir<sup>789</sup>, mas também os outros direitos clássicos, ao exprimirem (e serem o

785 Sobre a dimensão objectiva e subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais, vide também Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed. p. 543 e ss.

786 Neste sentido, entre outros, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, *ed. passim*; Drindl, *ob. cit.*, nomeadamente p. 13 e 14 (implicitamente) e p. 22 e 29; Badura (*apud* Muller-Dietz, *Zur Problematik...*, *cit.*, 107), ao considerar possível retirar do art. 1.º da Constituição alemã (princípio da dignidade humana) um programa mínimo de legislação penal.

787 Sobre a dimensão objectiva dos direitos fundamentais, mais concretamente a dimensão jurídica-estrutural, nela incluindo as garantias institucionais, como uma rede de deveres estaduais em «torno de um direito fundamental», a que não correspondem direitos, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 165 e ss.

788 Neste sentido também Drindl, *ob. cit.*, p. 28; Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 197 e ss., Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, nomeadamente p. 98 (IV), 119, 120., 127, 138 e 139. Neste sentido também Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, p. 11, nota 84; Stern, *ob. cit.*, pp. 940 e 941 (a propósito da decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a solução de prazos no aborto), p. 946; Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 551 e ss.

789 Neste sentido, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 43-48 e Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 119 e 120. Caberá acentuar que com a democratização se inicia um processo de objectivização dos direitos fundamentais, uma vez que a democracia é condição da existência destes direitos e liberdades políticas e seu elemento conformador, ao mesmo tempo que se fortalece com o seu exercício. Assim, os direitos fundamentais também são estabelecidos no interesse da manutenção e desenvolvimento do próprio sistema. Estes direitos exprimem princípios e valores do Estado, que implicam a concretização de tarefas estaduais. No entanto, face à nossa Constituição, poucos dos direitos estão verdadeiramente funcionalizados, não são direitos-deveres, mantendo-se assim a predominância da dimensão subjectiva. (Sobre estes problemas, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 47-48 e p. 148 e 149 e Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., afirmando, assim, o carácter não relacional dos direitos — p. 559 e ss.).

resultado de) princípios e valores, opções constitucionais<sup>790</sup>, impõem-se a todos os domínios da ordem jurídica<sup>791</sup>, e obrigam o Estado, não só ao seu respeito, como a actuações conformadoras<sup>792</sup>. Por outro lado, eles não se impõem só ao Estado, mas exigem o seu respeito por parte de todos. Assim, já não é só o Estado que é seu destinatário, mas também as entidades privadas e os particulares<sup>793</sup>. Esta eficácia em relação aos par-

790 Neste sentido, Stern, *ob. cit.*, p. 908-909, 949 e ss.; e Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, *cit.*, p. 106, referindo que a teoria da Constituição defende o carácter duplo dos direitos fundamentais — como direitos de defesa contra o Estado e como elementos fundamentais da ordem objectiva que podem obrigar o Estado a ter comportamentos conformadores. Foi neste sentido que se exprimiu o Tribunal Constitucional, na Alemanha, a propósito da solução de prazos no aborto (sobre esta decisão, *vide infra*, Quinto Capítulo, Secção 2.6.).

791 Sobre o princípio da constitucionalidade do Estado, o qual implica que toda a ordem jurídica e todos os actos estaduais se submetam à Constituição, não podendo infringir nenhum dos seus princípios, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 80 e 81 (anotação ao art. 3.º, n.º 2).

792 Ainda em Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, *cit.*, p. 106, 107, referindo que, para a teoria da Constituição, os direitos fundamentais corporizam-se numa ordem de valores objectiva, que vale como decisão fundamental para todos os ramos do Direito. O Estado teria, não só de se conter de intervenções excessivas (aspecto negativo) mas também de contribuir positivamente para a realização destes direitos de forma protectora e promotora. Daqui decorreriam deveres de actuação estadual. Refere, no entanto, que este pensamento é discutível e que há quem retire, não verdadeiros deveres de actuação, mas apenas linhas directivas ou impulsos. Há quem recorra também à ideia de funções de protecção do Estado. Defendendo a existência de deveres de actuação, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 127; p. 138 e ss. e 140. Também Vieira de Andrade, afirmando que «a maioria (senão totalidade) dos direitos, liberdades e garantias inclui, no entendimento que hoje se lhes dá, ao lado de faculdades de impedir, faculdades de exigir ou pretender, quer seja para a sua protecção contra terceiros, quer para a promoção do seu gozo efectivo» (*ob. cit.*, p. 193). E refere como exemplos de direitos que pelo menos incluem a faculdade de pretender a sua protecção contra terceiros violadores, a liberdade de manifestação, a liberdade de consciência, o direito à intimidade... (p. 194) — é claro que na dualidade exigir/pretender se exprime já a ideia de que nuns casos o legislador estará mais vinculado constitucionalmente a actuar do que noutros (*vide supra*, nota 783).

793 Dizem-nos Gomes Canotilho e Vital Moreira — «Os preceitos dos «direitos, liberdades e garantias», vinculam também as entidades privadas, pessoas singulares ou colectivas, adquirindo eficácia geral, *erga omnes*. A eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares pressupõe uma

concepção dos direitos fundamentais incompatível com a tese liberal, que via nestes direitos, exclusivamente, direitos subjectivos de defesa perante o Estado, e, conseqüentemente, os considerava relevantes apenas nas relações entre os particulares e o Estado (... )» (*ob. cit.*, p. 165, anotação ao art. 18.º, IV). Na doutrina alemã fala-se em «eficácia externa» ou «eficácia em relação a terceiros» (*Drittwirung*) dos direitos fundamentais. No entanto, Gomes Canotilho e Vital Moreira criticam esta designação, por a considerarem ainda ligada ao «paradigma liberal assente na ideia das relações indivíduo-Estado». Consideram assim que, «à face da CRP... os particulares não são «terceiros» nem constituem uma componente «externa» da eficácia directa dos «direitos, liberdades e garantias» (*idem*). Assim, seria preferível falar-se em «efeitos horizontais» dos direitos fundamentais. (Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., pp. 603 e 605. Também sobre esta mudança no entendimento dos direitos fundamentais, referindo o problema da sua eficácia em relação a terceiros, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 602 e ss.; Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 270 e ss. e, na literatura alemã, entre outros, Krumbiegel, *Strafnormen als Verfassungsauftrag?*, p. 551 e ss.). Gomes Canotilho e Vital Moreira acentuam ainda o carácter de eficácia imediata destes direitos nas relações entre particulares (*idem*, p. 165 e ss.). Em sentido não totalmente convergente, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 270 e ss.; dizemos em sentido não totalmente convergente, pois parecem-nos que, apesar de cada um dos autores partir de pontos de vista diferentes — eficácia imediata/eficácia mediata — com as correcções que lhes fazem, acabam por encontrar pontos de contacto... Mais recentemente, sobre este problema — Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 602 e ss., defendendo a necessidade de adoptar soluções diferenciadas consoante as situações, não deixando de salientar a existência de «um núcleo irreduzível de «autonomia pessoal» (pp. 611, 612), ressalva que contribuirá, segundo cremos, para um menor núcleo de dissenso entre estes dois autores. Trata-se, de facto, de direitos cujo conteúdo já está suficientemente explícito a nível constitucional (diferentemente do que se passa com os direitos sociais, em relação aos quais, na maioria dos casos, a Constituição apenas refere um «conteúdo mínimo») e cuja violação em matéria, p. ex., de negócios jurídicos, poderá implicar, nos casos em que haja uma posição desigualitária entre as partes, a invalidade destes. Mas, como proteger, p. ex., a vida ou a integridade física dos ataques de particulares, sem o Estado criar mecanismos eficazes de protecção? Torna-se necessária, segundo cremos, a intervenção do Estado para conferir real efectividade a estes direitos, nomeadamente (e nos casos citados essa tem sido considerada a forma mais eficaz — e a única suficientemente eficaz de protecção) através da criminalização. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que, quando se verifica esta eficácia imediata, ela «transforma aqueles (os direitos, liberdades e garantias) em princípios objectivos da ordem jurídica civil, tornando inválidos os actos ou negócios jurídicos contrários aos direitos fundamentais...» e ainda que, no âmbito penal, esta eficácia imediata pode tornar «susceptíveis de serem criminalmente sancionados os actos que os infringem» (*idem*). Parece-nos no entanto que, no âmbito penal, terá de haver mediação do legislador, para se respeitar o princípio da legalidade. Quer dizer, mesmo que, em dado momento histórico, não se

ticulares, que alguns autores vêem ainda como projecção da dimensão objectiva da Constituição («eficácia irradiante»)<sup>794</sup> e outros como verdadeiros direitos subjectivos<sup>795</sup>, parece-nos exigir, de qualquer modo, medidas protectivas por parte do Estado, no sentido de prevenir e repelir agressões de particulares a direitos fundamentais<sup>796</sup>. Tal dever de protecção face a agressões de particulares, está também presente nos direitos

previsse a criminalização do homicídio, parece que os tribunais não teriam poderes para aplicar uma pena. Ora, o que tal situação suscitaria, segundo cremos (veremos melhor estes aspectos *infra*), seria um problema de inconstitucionalidade por omissão. Deste modo, não serão apenas os direitos sociais a reclamar uma intervenção estadual, transformando assim a tradicional relação particular/Estado (dos direitos constitucionais serem sempre «contra o Estado — contra a lógica estadual» para poderem ser também «direitos através do Estado». Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 50.), mas também os próprios direitos, liberdades e garantias. (Também sobre o problema de uma eventual pretensão do particular à tutela do Direito Penal, Krumbiegel, *ob. cit.*, p. 551 e ss.). O nosso problema consiste precisamente em saber se, em relação à protecção dos direitos fundamentais, em especial em relação a estes direitos, liberdades e garantias existe (sempre ou em alguns casos; *vide*, p. ex. o caso do homicídio) uma obrigação de protecção penal. Gomes Canotilho refere como exemplo de um caso em que existe um direito a actos positivos do Estado de tipo normativo, precisamente o direito à protecção do direito à vida através de normas penais (*Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 549). Também Vieira de Andrade aceita a existência de uma pretensão ao sancionamento penal da violação do bem jurídico vida (*ob. cit.*, p. 198) (Sobre estes problemas, *vide infra*, *Quinto Capítulo*).

<sup>794</sup> Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 169, mas também referindo-se a esta eficácia irradiante ou dimensão objectiva dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., pp. 604, 607 e 610.

<sup>795</sup> Mas Gomes Canotilho também entende que eles operam nas relações entre particulares enquanto direitos subjectivos (*Direito Constitucional*, 5.ª ed., pp. 604 e 612).

<sup>796</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 138 e na p. 115, considerando ainda esta eficácia «erga omnes» como uma emanção da dimensão objectiva da Constituição. Dever-se-á salientar, no entanto, que este dever do Estado proteger os direitos de agressões por parte de particulares, não se confunde com o da eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias em relação a entidades privadas e pessoas singulares (Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 194, nota 15). A eficácia imediata implica que os direitos vigorem nas relações entre privados sem necessidade de qualquer mediação legislativa (*vide supra*, nota 793). Ora, pode-se rejeitar esta eficácia imediata e aceitar a presença de deveres de protecção face a ataques de particulares. Para se defender a presença destes

económico-sociais, para preservação do seu conteúdo mínimo já determinado na Constituição<sup>797 e 798</sup>.

Os direitos fundamentais apresentam-se, assim, como «pedras fundamentais da obrigação estadual de proteger abrangentemente a personalidade humana, bem como de promover a sua evolução»<sup>799</sup>.

deveres basta que se aceite que os direitos devem ser respeitados por todos e a necessidade do Estado actuar no sentido da sua protecção. Em rigor, se a pura previsão constitucional dos direitos conferisse já a protecção suficiente — eficácia imediata total, conferindo até o direito ao ofendido de queixa criminal, com base no seu direito Constitucional — nem seriam necessários os deveres de protecção estadual com os correspondentes direitos de exigir ou, pelo menos, pretender essa protecção. Parece-nos, no entanto, ter importância o facto dos direitos fundamentais já não serem vistos como dirigidos apenas ao Estado, mas também aos particulares, para se retirar este dever estadual de protecção. Colocando a questão do efeito externo (*Drittwirkung*) conferir uma pretensão do particular à penalização — mas também da concorrência de influência das obrigações constitucionais a prestações estaduais no domínio dos direitos políticos e sociais, para a afirmação de direitos a prestações no sentido da protecção face a ataques de terceiros, Krumbiegel, *ob. cit.*, pp. 551, 552. (Como vimos, Müller-Dietz privilegia este último aspecto, *Zur Problematik...*, *cit.*, p. 107).

<sup>797</sup> Apesar destes direitos se dirigirem primacialmente ao Estado, para que os concretize e desenvolva, não podem também deixar de se lhe dirigir para que os preserve de ataques por parte de particulares. De resto, alguns destes direitos impõem desde logo deveres constitucionais aos particulares — p. ex.: art. 66.º (protecção do ambiente), art. 78.º (fruição e criação cultural). Dissemos — «em relação ao conteúdo mínimo», porque geralmente apenas este está constitucionalmente determinado. O seu desenvolvimento através de leis ordinárias poderá, é claro, pressupor também protecção em relação a particulares. Isto, apesar destes direitos poderem não estar sujeitos ao mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias — art. 18.º (só estarão sujeitos a este regime os que se puderem considerar de «natureza análoga» — art. 17.º. Segundo Vieira de Andrade, o critério para determinação desta «analogia» deverá partir da maior ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio regulativo e fundante de todos os direitos fundamentais, mas da qual os direitos, liberdades e garantias decorrem mais directamente, e ainda do grau de determinabilidade constitucional do direito; *ob. cit.*, p. 198 e ss.).

<sup>798</sup> Referindo também esta mudança na visão dos direitos fundamentais, Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, p. 494, a propósito do BvefG que considerou inconstitucional a solução de prazos como disciplina para a interrupção voluntária da gravidez (sobre a problemática que esta decisão suscita, *vide infra*, *Quinto Capítulo*, *Secção 2.6.*).

<sup>799</sup> J. P. Müller, *apud* Drindl, *ob. cit.*, p. 19.

c) Dimensão objectiva da Constituição — como expressão de princípios, de valores, de opções, que vinculam toda a ordem jurídica (art. 3.º da Constituição) e que exigem, assim, a actuação estadual para lhes «dar vida», para lhes conferir efectividade, dever geral de respeito — eficácia «erga omnes», e direitos a prestações activas estaduais, apontam num mesmo sentido — a necessidade/imposição constitucional de actuação *protectiva* estadual<sup>800</sup>.

c) a) Quanto à dimensão objectiva dos direitos fundamentais (e da Constituição em geral), convirá precisar que, ao afirmarmos que a consagração constitucional de direitos e liberdades exprime opções valorativas, não pretendemos manifestar a adesão a uma teoria dos valores<sup>801</sup>, na perspectiva da

<sup>800</sup> Da eficácia em relação a particulares retiram alguns autores (p. ex. Herzog, referindo-se ao direito à honra constitucionalmente estabelecido e que se impõe a todos) obrigações de penalização. Outros autores (p. ex. Lang-Hinrichsen), no entanto, retiram dos princípios do Estado de direito social um dever de protecção penal (*apud* Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, cit., p. 107). Segundo Müller-Dietz, da «eficácia externa» não se poderiam retirar consequências quanto às imposições de criminalização, mas já, se se afirmassem direitos de participação e de prestação estadual (o que lhe parece duvidoso), se poderiam retirar, em casos extremos, deveres de punição (*idem*). Quanto a nós, parece-nos que quer um aspecto, quer outro, ao concorrerem para a afirmação da necessidade/dever constitucional de protecção estadual, serão passo prévio para a afirmação de deveres de penalização que, no entanto, colocam posteriores problemas (*vide infra*). Será também de salientar a opinião de Pulitanò (*Obblighi...*, cit., p. 514 e ss.), segundo a qual o problema da prestação de tutela penal nada tem a ver com o das prestações sociais. Este último contendaria com o Estado de direito social, como guia do processo social, superando o *laissez-faire*; enquanto que o problema da tutela penal seria um problema de todos os Estados que queiram superar a anarquia e o «estado de natureza»... — «com o poder de coerção exprime-se, não o Estado social, mas o Estado guardião...» Estas observações estão, obviamente, correctas. No entanto, parece-nos que o que está em causa é, não a existência de um problema de tutela penal — comum a todos os Estados — mas a relação do problema de tutela penal com a Constituição; a questão da capacidade ou incapacidade da Constituição, enquanto impositiva de tarefas estaduais, para impor também, em certos casos, a tutela penal...

<sup>801</sup> Teoria criada por Smend mas que, no entanto, deu lugar a outras perspectivas. Actualmente, é defendida por quem vê «a Constituição material como um sistema ou ordem de valores cultural: ... que, no caso dos países Ociden-

defesa de uma ordem de valores fechada e de hierarquia rígida, uma ordem estática e desligada da realidade, que conduzisse mesmo à funcionalização dos direitos, mas apenas reconhecer (e parece-nos ser este um dado de difícil refutação) uma dimensão objectiva constitucional; reconhecer que a consagração constitucional de qualquer direito implica sempre, necessariamente, uma opção valorativa e que, assim, a Constituição exprime, de facto, a adesão a determinados princípios e valores, que concorrem também para a determinação do conteúdo e limites de cada direito fundamental<sup>802</sup>. Desde que esta ordem de valores esteja em conformidade com os valores sociais, tendo de ser, numa sociedade heterogénea e democrática, uma ordem aberta e plural, e que as hierarquias sejam flexíveis<sup>803</sup>, tendendo-se para a concordância prática e para a optimização (na medida

tais teria como traves-mestras a liberdade e a dignidade da pessoa humana e o princípio da democracia pluralista.» (Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 60 e ss.). Parece-nos apenas de aceitar uma dimensão objectiva constitucional, a qual, até pelos valores que consagra, é incompatível com uma ordem valorativa fechada, assim como com uma visão que funcionalize os direitos aos objectivos estaduais pré-determinados.

<sup>802</sup> Também não pretendemos exprimir qualquer adesão à funcionalização dos direitos, desvalorizando a sua inegável e *prevalente* dimensão subjectiva, como foi defendido por certas teorias de valores. Assim, não é nosso propósito a defesa de uma concepção como a de Smend, para a qual a liberdade do indivíduo existiria em função do Estado, da construção do Estado, e não dele próprio (sobre estes aspectos, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 62). Também a teoria institucionalista, na medida em que pressuponha o condicionamento total dos direitos, merecerá as nossas críticas (*idem*, pp. 58-60). A inexistência de perda de direitos por utilização abusiva no contexto da ordem constitucional portuguesa será um exemplo de que não se aderiu à funcionalização dos direitos (*vide* Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 508, 509).

<sup>803</sup> *Vide supra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.2. c) e 2.4. b). Na medida em que, por vezes, se tem que dar primazia a certos valores (*vide* casos em que há uma impossibilidade de restrição de direitos, tendo que se estabelecer uma relação de prevalência; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 659 e ss.), embora sempre que possível não se deva atingir o conteúdo essencial dos direitos, determinado, este, segundo uma teoria mista — relativa e absoluta — preservando-se assim, sempre, alguma utilidade constitucional do direito. (Definindo desta forma o conteúdo essencial dos direitos, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 173, anotação ao art. 18.º).

do possível) de todos os valores, e não para a sobreposição de uns em detrimento total dos outros, parece-nos correcto falar de ordem de valores, como dimensão objectiva constitucional<sup>804</sup>.

c) b) Quanto aos fundamentos da eficácia alargada dos direitos fundamentais, parece-nos de sufragar a explicação de Drindl, que os identifica com: *a indivisível dignidade de protecção dos direitos fundamentais*, segundo a qual é irrelevante a fonte de perigos para o direito fundamental em causa, embora o âmbito de protecção abrangente dependa e deva ser graduado segundo «a qualidade do direito fundamental, os seus princípios ordenadores e o seu conteúdo valorativo»; o facto dos perigos para bens jurídicos poderem advir de entidades não estaduais e de, actualmente, provirem menos do Estado democrático do que de poderes intermédios e das agressões de particulares, e ainda o facto de se ter verificado um progressivo alargamento das áreas de perigo... — «a crescente interdependência e dependência do homem individual trouxe, não só uma

<sup>804</sup> Vide Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 60-63, salientando correrem as teorias de valores «o perigo de cair no conservadorismo fixista de um sistema fechado ou num decisionismo dissolvente à mercê da demagogia dos intérpretes» (p. 63); reconhece, no entanto, que por vezes são utilizadas mesmo por quem as não perfilha, para a solução de certos problemas como o dos limites imanentes e conflitos de direitos. (Defendendo a existência de uma ordem pluralista e aberta e, por isso, não hierárquica, *idem*, p. 108 e ss.). Também em sentido convergente Zeidler, considerando que a referência a valores, por parte dos Tribunais, deverá ser feita, não através de uma qualquer filosofia de valores, mas através de uma *exegese do texto Constitucional*, referindo-se, assim, a uma «ordem normativa de valores» (*apud Stern, ob. cit.*, p. 915) e Stern, considerando não haver diferença entre «decisão valorativa» e «conteúdo objectivo». Alexy refere-se a «ordens fracas» ou «ordens leves», assim como a «rede de decisões de preferências concretas», precisamente para não deixar dúvidas quanto à não aceitação de ordens fechadas e de hierarquias rígidas (*apud Stern, idem*, p. 914). Também Denninger critica a perspectiva valorativa enquanto «arcano de interpretação», incompatível com uma sociedade aberta de interpretação da Constituição (Häberle) (*ob. cit.*, p. 167). Ainda em sentido crítico quanto às hierarquias de valores, mas estando a perspectivá-las de uma forma rígida, alheia ao confronto com a realidade, e «como um edifício fechado», Seifert, *Haus...*, *cit.*, p. 321 e ss.

maior capacidade de comunicação, mas também uma maior ameaça ao homem»<sup>805</sup>.

Esta dignidade humana<sup>806</sup>, agora crescentemente ameaçada, passa a exigir, constitucionalmente, actos de protecção estadual mais abrangente — quer em relação a forças sociais, quer nas relações entre indivíduos<sup>807</sup>.

c) c) Também é em consideração desta mesma dignidade humana que se exige uma actividade de prestação social por parte do Estado<sup>808</sup>. Assim, o aparecimento e desenvolvimento

<sup>805</sup> Drindl, *ob. cit.*, p. 22 (sublinhado nosso). Refere ainda que na Alemanha o art. 25.º, I da Constituição impõe que legislação e jurisprudência apliquem os direitos fundamentais nas relações entre particulares e que, na doutrina, este efeito é em regra aceite, embora por vezes o tribunal não o reconheça (*idem*).

<sup>806</sup> É curioso observar que, para Denninger, *ob. cit.*, p. 165, a ideia de dignidade humana teria transformado a ordem de liberdade em ordem de valores... Parece-nos, no entanto, que estas ideias se poderão entender num sentido de não oposição, desde que não se adira a uma visão da ordem de valores no sentido por nós refutado... não será uma ordem de valores que exclua a análise da realidade, diferentemente da ordem de liberdades, mas uma ordem de valores aberta e que precisará de recorrer, também, a comprovações empíricas...

<sup>807</sup> É evidente, como salientou Pulitanò (*Obblighe...*, *cit.*, pp. 515, 516), que sempre houve (em qualquer tipo de Estado) a necessidade de tutela de bens jurídicos. A novidade está na Constituição, como garantia, não só do indivíduo face ao Estado, mas também do indivíduo face a agressões de entidades privadas e de particulares, impondo deveres de protecção estadual (*vide* no entanto *supra*, nota 345, sobre alguma influência da Constituição em relação ao conteúdo da tutela penal já no período liberal).

<sup>808</sup> Sobre este princípio de dignidade, como princípio fundante das actuais ordens políticas, que não se bastaria com a sua defesa face ao Estado mas exigiria a sua actuação, Drindl, *ob. cit.*, p. 29, referindo também a concepção alargada de Mastronardi, com base na qual se teria de criar «um cinto de protecção para a vida e integridade física, segurança pessoal, de um mínimo de liberdade pessoal até à liberdade (libertação) do medo e protecção das intimidades. Deste modo o legislador estaria obrigado a tomar medidas de protecção — desde a prevenção de acidentes rodoviários, à proibição de meios de escuta, para protecção da vida privada, protecção contra o alastramento de epidemias, droga e perigos da energia nuclear»... Drindl alerta, no entanto, para o perigo de se alargar demasiado o conceito de dignidade, como princípio fundamental da Constituição, indo ao ponto de se proteger o indivíduo dele próprio (do abuso de drogas, p. ex.); com este alargamento, poder-se-ia transformar num mero princípio programático.

dos direitos a prestações sociais, ao alterarem a tradicional relação Estado/Sociedade, pressupondo uma acção estadual, estreitando as distâncias entre cidadãos e Estado, contribuiu também para se defender a existência de particulares direitos a prestações (particulares *Teilhabe*) — as acções protectivas de direitos fundamentais face a agressões de particulares<sup>809</sup>. Dever-se-á, no entanto, acentuar que a acção protectiva do Estado pressupõe uma relação de tipo diferente das prestações sociais ou da garantia de condições de exercício de liberdades. Enquanto que nestas a relação é bilateral — Estado/particular — naquela trata-se de uma relação triangular — Estado/particular/particular<sup>810</sup>.

Deste modo, se na época liberal a relação que se estabelecia era entre particular/Estado (relação bilateral e vertical, de omissão), agora, ao lado desta, estabelece-se a relação particular (agressor)/particular(ofendido)/Estado (protector) — relação triangular, horizontal e de omissão (entre os particulares)/vertical e de acção (em relação ao Estado) — e a relação particular/Estado (bilateral, vertical, de acção, em especial no domínio dos direitos económico-sociais, mas também nalguns direitos, liberdades e garantias).

809 Krumbriegel, *ob. cit.*, pp. 551, 552.

810 Não nos parece de sufragar a opinião de quem sustenta deverem as agressões de «terceiros» ser imputadas ao Estado, mantendo-se deste modo a relação liberal (Estado/cidadão), seja por este ter autorizado no passado o perturbador, seja porque impôs ao prejudicado o dever de tolerar a agressão (neste sentido, Murswiek, *apud Stern, ob. cit.*, p. 947). Parece-nos que, só porque se afirmam deveres de protecção, se poderá imputar ao Estado, não a agressão, que partiu dos terceiros, mas a não defesa efectiva dos valores afectados (em certos casos em termos de configurar uma inconstitucionalidade por omissão). De qualquer modo, a relação nunca seria de tipo liberal pura, pois o que se exige é que o Estado actue. Também não nos parece de identificar a situação destes deveres de protecção aos direitos a prestações sociais, pois nestas não há a relação triangular (Stern, *ob. cit.*, 948), embora apresentem um ponto comum, por também configurarem obrigações estaduais. Mesmo aqui há uma diferença a assinalar. Enquanto nas prestações sociais (a não ser na parte que esteja já determinada constitucionalmente, vinculando o legislador), o legislador vem preencher, desenvolvendo, o seu conteúdo material, nos deveres de protecção face a agressões, não haverá este preenchimento material, mas apenas a eleição de formas de prevenção (neste sentido, Drindl, *ob. cit.*, p. 19).

d) Depois destas breves considerações, concluímos que, o argumento que se pode aventar em favor da força Constitucional impositiva de criminalização, provém do facto da Constituição impor ao Estado a protecção dos bens e valores constitucionais; impor ao Estado, não uma mera atitude passiva (de não interferência, de não lesão destes valores), mas também uma atitude activa, no sentido de tornar eficaz a própria Constituição, no sentido de dar vida aos seus valores, de não deixar que fiquem letra morta...

Na Constituição Portuguesa, tal dever protector vem expresso no art. 9.º, nestes termos: «São tarefas fundamentais do Estado: Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático (al. b); Promover o bem estar e a qualidade de vida do povo, a igualdade real entre os Portugueses e a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (...) (al. d); Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente e preservar os recursos naturais» (al. e)<sup>811</sup>.

Ora, este dever de actuação, não é um dever que se cumpra apenas através da organização do poder, da criação de serviços, de oferecimento de condições de exercício de liberdades, da concretização de políticas de melhoramento do ensino, do ambiente ou da saúde (embora passe por tudo isto), mas é um dever que implica também a protecção dos bens e valores constitucionais face a ataques de entidades privadas e pessoas singulares. Tal dever de protecção face a agressões impõe-se ao legislador para que este crie sistemas preventivos e sancionatórios (na medida em que a sanção seja necessária para a prevenção) dessas agressões. Um dos sistemas preventivos de que o Estado dispõe, o sistema preventivo mais «forte», é o sistema penal.

811 Para além do art. 18.º afirmar que os direitos fundamentais vinculam entidades públicas e privadas. Na Alemanha, o art. 1.º, 3 GG torna também os direitos fundamentais imediatamente vinculantes das entidades públicas — vinculam legislação, poder executivo e tribunais como direito imediatamente aplicável, facto este salientado por Stern, *ob. cit.*, p. 950.

Mas a protecção dos valores constitucionais face a agressões de «terceiros» terá de ser, necessariamente, alcançada por este meio? Pode-se retirar tal conclusão a partir de uma correcta interpretação Constitucional e tendo em conta, também, os ensinamentos da doutrina penal?

## I Capítulo

### Toda a criminalização constitucional legítima será obrigatória?

Temos por várias vezes afirmado a imprescindibilidade do Direito Penal para a protecção de valores fundamentais à vida do homem em sociedade<sup>812</sup>. Mas, com tal afirmação, não pretendemos significar que ele seja sempre e em qualquer caso imprescindível, para a defesa de todo e qualquer valor fundamental (de todo e qualquer valor constitucional), e em toda a sua extensão. Se assim fosse, o Direito Penal teria de tutelar de forma abrangente (ou seja, face a qualquer tipo de ameaça ou ataque) todos os valores Constitucionais<sup>813</sup>. Assim, deveres constitucionais de protecção face a ameaças ou ataques, seriam sempre deveres de protecção penal. O legislador penal veria a sua liberdade de opção praticamente anulada e alargar-se-iam, correlativamente, os poderes dos órgãos de controlo da Constitucionalidade. Mas, sabemos bem que esta é uma posição inaceitável; que com tal concepção cairíamos num excesso intolerável e desnecessário (por vezes até disfuncional — já que a criminalização poderá não ser adequada à protecção de todo o tipo de valores, nem face a todo o tipo de ameaças) de criminalização.

De resto, ao tratarmos da legitimidade criminalizadora, vimos já que este juízo de legitimidade não se basta com a pre-

<sup>812</sup> Pelo menos, enquanto não se «inventar» uma melhor forma de protecção do indivíduo e da sua vida em comunidade — será tal utopia algum dia realizável? (sobre este aspecto, *vide infra*, nota 962).

<sup>813</sup> Negando esta «recíproca cobertura» entre ordem de valores constitucionais e ordem de bens jurídico-penais, vimos já *supra*, *Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 2.3. a)*, com referência à concepção de Sax e à de Figueiredo Dias. Em vez desta recíproca cobertura, fala-nos este autor de uma «analogia substancial» e de uma «qualquer relação de mútua referência» (*Para uma Dogmática. . . , cit.*, n.º 3718, p. 11. Voltaremos ainda a esta problemática, *infra*, *Quarto Capítulo*).

sença de valores constitucionais — exige, pela natureza fragmentária do Direito Penal, ligada ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>814</sup>, que este só possa punir os comportamentos que criem, efectivamente, perigos ou ofensas mais graves a estes valores, em termos que permitam afirmar a existência de danosidade social merecedora de tutela penal<sup>815</sup>. Para tal comprovação, vimos já, no entanto, que o legislador terá de se servir de dados empíricos e que *terá de usufruir de uma certa margem de apreciação e decisão*<sup>816</sup>.

Por outro lado, vimos também que a própria legitimação da intervenção penal não se satisfaz com um juízo de dignidade penal, mas exige ainda a presença de ulteriores requisitos que se enquadram na carência de tutela penal. Sendo assim, mesmo que quiséssemos fazer coincidir a área de legitimidade de intervenção criminalizadora com a área de imposição de criminalização, não poderíamos ficar-nos pela determinação das condutas merecedoras de intervenção penal, mas teríamos também que averiguar se essas condutas tornariam necessária a criminalização ou se os bens jurídicos por elas postos em causa ficariam suficientemente tutelados com outras formas de protecção. Ora,

<sup>814</sup> Este princípio, como vimos, exige a presença de uma proporção entre bem ofendido e grau da ofensa/direito restringido e grau de restrição. Através deste princípio, alguns valores constitucionais poderão, eventualmente, ter de ficar fora da protecção penal ou só serem tutelados penalmente das agressões mais graves, praticadas também com formas de culpa mais graves, ou serem sujeitos a penas reduzidas... Tudo isto estará também dependente da importância que cada valor constitucional assume em cada época (*vide supra, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.3.*, a concepção de Musco, que tenta restringir, à partida, o grupo de valores constitucionais passíveis de tutela penal; fazendo esta comparação entre valor constitucional a preservar/direito do agressor que seria restringido, como forma de delimitar a área de uma legítima tutela penal, Fiore, *I reati di opinione*, p. 90, concepção esta que nos parece preferível (*vide supra, idem*).

<sup>815</sup> Sobre a distinção entre «merecer a pena»/«necessitar da pena», Sax, *ob. cit.* (*vide supra, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 1.*).

<sup>816</sup> *Vide supra, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 5.*, exigindo-se comprovações tendenciais e gradativas (consoante os bens em causa, a presumível danosidade...). A anulação de uma margem de liberdade de decisão, implicaria a negação do princípio da separação de poderes, pondo em causa o princípio de reserva de lei e o próprio princípio democrático...

a determinação da carência de tutela penal também engloba, necessariamente, *uma margem de avaliação e opção para o legislador, bastante alargada até*<sup>817</sup>.

Mas, que sentido teria, agora tomando em consideração tudo o que dissemos para resolver o problema da legitimidade/limitação da intervenção criminalizadora, pretender identificar esta área de legítima criminalização com a de criminalização constitucionalmente imposta?

Não nos parece que fizesse qualquer sentido, quer tendo em conta a fundamentação da legitimidade limitadora da Constituição em confronto com a eventual legitimidade impositiva, quer tomando em consideração a essência de cada um dos poderes (legislativo/órgão de controlo da Constituição) e os consequentes limites a que está sujeito o Tribunal Constitucional, já na própria apreciação da legitimidade criminalizadora, para se conseguir preservar a área de competência de cada órgão e o consequente equilíbrio na separação de poderes.

Possuindo o Estado uma série de meios protectivos para além do Direito Penal — desde os outros ramos do Direito (Direito civil, administrativo, Direito de mera ordenação social...) até medidas de controlo social não especificamente jurídicas (podendo ainda, caso se apresente viável e necessário, vir a criar outros meios)<sup>818</sup> — e sendo o meio penal o mais gravoso para os próprios direitos fundamentais das pessoas, vimos já que a sua intervenção deverá ser o mais possível limitada, daí derivando os poderes legitimadores/limitadores da Constituição. Vimos também que, neste âmbito, não se pode deixar de conferir competência ao órgão legislativo para proceder a ponderações, comprovações e decisões, só em casos extremos controláveis, tendo em conta estarmos perante um órgão demo-

<sup>817</sup> *Vide supra, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 6.*, as dificuldades quanto à possibilidade de controlo da existência de carência de tutela penal. Este dado, como vimos, não é totalmente pacífico.

<sup>818</sup> Será oportuno salientar que também o Direito Penal tem potencialidades para se adaptar a novas necessidades, criando, no seu seio, diferentes formas de tutela o que, de resto, tem vindo a acontecer. (Sobre este aspecto *vide infra, Quinto Capítulo, Secção 1.*)

craticamente legitimado, a quem caberão, em princípio, e por essência das suas funções, as chamadas decisões de «mérito» ou de oportunidade política<sup>819</sup> e <sup>820</sup>.

Assim, a Constituição (e para efectivar o seu controlo, o Tribunal Constitucional), ao influenciar o conteúdo da matéria a criminalizar, traça apenas os limites da legitimidade criminalizadora. Quer dizer, traça um quadro alargado, dentro do qual o legislador se poderá mover, como forma de evitar, apenas, que se violem os critérios a que deve estar sujeita a criminalização num Estado de direito democrático, critérios esses que têm em vista salvar o indivíduo de intromissões excessivas, injus-

819 *Vide supra* (em especial na *Introdução à Segunda Parte*) sobre a legitimação democrática, tipo de composição e especial modo de funcionamento do órgão legislativo, o que justifica a reserva de lei formal em matéria penal; mas, também, sobre a «não ilimitada e absoluta confiança no legislativo», o que fundamenta o controlo da constitucionalidade (*vide* também nota seguinte). Desenvolvidamente sobre este problema da liberdade do legislador/orientações e vínculos constitucionais, referindo-se, especialmente, ao problema das imposições de criminalização, e salientando a importância do momento político-legislativo e de abertura do processo democrático, Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, em especial p. 518 e ss.; também sobre as relações entre legislador/Tribunal Constitucional, Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, *cit.*

820 Sobre a distinção entre a doutrina da liberdade de conformação legislativa e a *Political-Question-Doctrine*, *vide* Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, *cit.*, p. 364 e ss. Convirá referir que ao falarmos de questões de mérito ou de oportunidade política não estamos a aderir à *Political-Question-Doctrine*, distinguindo entre matérias políticas e não políticas e defendendo a autolimitação do Tribunal Constitucional em relação às primeiras e o seu poder mais amplo em relação às segundas. Parece-nos preferível, de facto, a doutrina da liberdade de conformação. Para além da dificuldade na distinção rígida entre estas duas áreas, o que nos parece é que a medida da autolimitação do Tribunal Constitucional deverá depender da própria densidade da norma ou princípio constitucional (neste sentido *idem*). Mas, também nos parece correcto afirmar que as normas de carácter «mais político», ou «mais ideológico», são em princípio *mais abertas*, só tal estando de acordo com as características da Constituição — compromissória, potenciadora de consenso, com vocação para perdurar, permitindo, *dentro de certos limites*, várias opções, aberta assim ao processo democrático e à «oportunidade política», sem que tal tenha de implicar (ou deva implicar) «o esvaziamento da função material de tarefa da constituição...» (Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, *cit.*, pp. 477, Tese 2.9., a propósito da concepção de Hesse).

tificadas ou desnecessárias do Estado na esfera dos seus direitos fundamentais<sup>821</sup>. Critérios que, por serem princípios reguladores fundamentais da intervenção penal, por assumirem uma importância de grau superlativo, são impostos constitucionalmente. Mas estes critérios (no fundo, a dignidade penal e a carência de tutela penal, ancorados constitucionalmente nos termos descritos), embora legitimem e exijam até o seu controlo constitucional, não fazem com que o Tribunal Constitucional se substitua ao legislador penal — deixam ainda ampla margem de decisão legislativa.

821 Assim, contraposta a uma certa confiança no legislativo, como órgão representativo do povo, existe alguma margem de desconfiança, que imporá limites superiores às suas decisões. Tal terá ainda a ver com os perigos de uma ditadura da maioria ou da sobreposição de interesses políticos ao aspecto jurídico e de justiça e, principalmente, com o consenso mais amplo que a Constituição pressupõe (referindo-se à «ordem axiológica jurídico-constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário sem o qual a ordem jurídico-penal não pode ser pensada», Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, n.º 3718, p. 10; sobre a legitimação pelo consenso, *vide supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2.*, a propósito da teoria de Habermas e *Introdução à Segunda Parte*; a propósito da necessidade de apor limites ao poder legislativo, *vide supra*, *Introdução à Segunda Parte*, com referência a autores como Amato, *ob. cit.*, Stor-toni, *L'Abuso di Potere...*, *cit.*, González Rus, *Seminario sobre Bien Jurídico...*, *cit.* e Otto Bachoff, *ob. cit.*, o qual refere a lição da experiência Nazi, a partir da qual se deverá defender a delimitação (até certo ponto) do poder legislativo, pois este pode sobrevalorizar interesses políticos e minimizar o aspecto jurídico e de justiça (pp. 6 e ss.); mas, apesar do Tribunal dever ser, em princípio, um órgão politicamente mais imparcial, alerta também para o perigo oposto — o da substituição do legislador pelo juiz, anulando-se o próprio princípio democrático. Assim, os Tribunais deveriam controlar apenas os casos extremos... (pp. 8 e ss.). Salientando a origem histórica da maior desconfiança face ao legislativo (lembramos a afirmação de González Rus de que, na base destes problemas, está uma maior ou menor desconfiança no legislativo...) e, assim, da necessidade de reconhecer maior dignidade à Constituição, Denninger *ob. cit.*, p. 172. Para este autor, se no parlamentarismo constitucional liberal, a melhor garantia da liberdade residia na composição político-social do Parlamento, como limite à intervenção do monarca, com o fim da «coroa», formaram-se oposições político-parlamentares. Assim, a lei deixou de ser expressão de uma Razão Geral, para ser produto de uma maioria ou de um compromisso de interesses. Na medida em que a ameaça à liberdade pode vir da maioria, torna-se necessário estabelecer limites supra-legais. Ter-se-ia passado, assim, da desconfiança face ao monarca para a desconfiança face à maioria.

b) Ora, as imposições de criminalização só poderiam derivar, como referimos já, da necessidade do Estado conferir protecção aos valores mais fundamentais, face à sua agressão por parte de «terceiros». No entanto, a Constituição, ao impor deveres de protecção, não determina, necessariamente<sup>822</sup>, a forma de protecção, que vai depender de uma série de factores<sup>823</sup>. Esta protecção só deverá ser prosseguida pelo Direito Penal caso este se apresente, de facto, como *imprescindível*. Sempre que seja possível obter protecção suficiente através de outros meios, sabemos bem que o Direito Penal, como «última ratio» da política social, deve abster-se de intervir. Deste modo, poderemos dizer que uma eventual obrigação de criminalização só poderia existir em casos muito limitados, nos casos em que dignidade penal e necessidade de tutela *fossem tais* que exigissem, de uma forma evidente ou quase evidente, a intervenção penal.

No entanto, poder-se-á questionar: não está também a legitimidade de criminalização sujeita a esses mesmos limites de dignidade e necessidade penal? Não é a criminalização ilegítima sempre que esses requisitos não são respeitados? Não se poderá dizer, assim, que as duas áreas se sobrepõem?<sup>824</sup>

822 As mais das vezes a Constituição não determina (pelo menos expressamente) a forma de concessão de protecção. «Todas as formas de actuação do Estado estão ao serviço da protecção. . . » (Stern, *ob. cit.*, p. 950). Nalguns casos, no entanto, contém esta determinação e, excepcionalmente, impõe expressamente que a protecção se conceda através da tutela penal. Veremos, no entanto, e esse é o objectivo desta parte do nosso trabalho, se haverá casos de obrigação implícita de tutela penal.

823 Neste sentido, Drindl, *ob. cit.*, p. 25 (*vide infra*).

824 Esta dúvida poder-se-á colocar, precisamente porque, ao definirmos a legitimidade criminalizadora, já exigimos, não a mera legitimação negativa, preenchida com a dignidade penal, mas também a legitimação positiva — existência de necessidade de tutela penal. Para quem defenda que, no controlo da legitimidade constitucional de uma criminalização, apenas se poderá ter em conta a legitimação negativa, então, ou teríamos, a partir da existência de dignidade penal, uma zona de liberdade legislativa, quer para criminalizar, quer para descriminalizar ou não intervir, ou então, aceitando-se imposições de criminalização, a situação poderia ser configurada deste modo: Área de dignidade de tutela penal, e área mais restrita, dentro da primeira, de necessidade de tutela penal. Em relação a esta área mais restrita de necessidade de tutela penal, o legislador estaria vinculado a criminalizar, uma vez que se verificava quer a digni-

Tal só seria assim, se não tivéssemos defendido sempre uma margem de liberdade para o legislador penal. A resposta, julgamos poder encontrá-la, tendo em atenção tudo o que dissemos quanto às relações entre Tribunal Constitucional e legislador penal. É verdade que, se se puder afirmar o não merecimento de pena ou a sua desnecessidade, a criminalização será considerada inconstitucional. É verdade também que, face a uma conduta com dignidade e carência de tutela penal, a atitude do legislador deverá ser a criminalização, pois, provados estes pressupostos, se não criminalizar tal conduta, estará a desproteger um bem fundamental que não obtém tutela suficiente por outro meio e em relação ao qual o Direito Penal era capaz de conferir protecção. O problema reside no facto de, as mais das vezes,

dade, quer a carência de tutela penal — «a necessidade é algo que vincula, o pólo oposto da necessidade de escolha» (refere Pulitanò, *Obblighi. . . , cit.*, p. 496, não aceitando, no entanto, esta tese). Na zona entre legitimação negativa e positiva, o legislador seria livre de decidir. No entanto, deste modo, estaríamos a permitir a criminalização desde que se verificasse a dignidade penal, sem qualquer limite no domínio da necessidade penal. Por outro lado, o Tribunal Constitucional deveria ter poderes para impor a criminalização face a qualquer conduta em relação à qual se pudesse afirmar o «merecimento de pena» e a «necessidade de pena»? Será tal posição de sufragar? Ora, das duas uma — ou o Tribunal se bastaria com uma probabilidade de necessidade de tutela penal (no fundo, com um juízo semelhante àquele que defendemos em sede de controlo de uma criminalização em relação à necessidade penal), com o que poderia estar a impor uma criminalização de facto desnecessária, ou iria avaliar em pormenor toda a situação, substituindo-se ao legislador, o que nos parece também *insustentável* (*vide* Pulitanò, *idem*, p. 496). Assim, não perfilhamos tais posições. Não será preferível o estabelecimento de graus de dignidade (pelo menos será possível identificar uma zona de *valores de inquestionável primariedade*, e casos de *dano social inequívoca*) e de necessidade penal, não proibindo a criminalização em relação aos de grau menos elevado, mas apenas sendo *pensável* a sua imposição em relação aos de grau mais elevado, diríamos mesmo, ao núcleo de bens de dignidade primordial? É claro que, também a tese da não controlabilidade da necessidade de tutela penal nas criminalizações, pode depois estabelecer graus de dignidade e necessidade penal e impor a criminalização só nos de grau mais elevado. . . Pulitanò parece também só aceitar ser pensável colocar-se o problema em relação a um *núcleo restrito* dentro das condutas dignas de tutela penal; para «casos de vida ou de morte» (*ob. cit.*, p. 517; esta expressão é de Muller-Dietz, *Zur Problematik. . . , cit.*, p. 113. No entanto, estes problemas serão melhor explicitados *infra*, em texto).

quer a existência quer a inexistência de dignidade e carência de tutela penal (principalmente desta última)<sup>825</sup>, não se apresentarem inequívocas, não nos situarmos em zonas de claro/escuro, mas em zonas cinzentas<sup>826</sup>, onde o legislador deverá ter liberdade de decisão. Parece-nos, no entanto, que se deverá tratar de uma liberdade gradativa, variando com os bens em questão e com o facto de estarmos perante uma criminalização, descriminalização ou não intervenção<sup>827</sup>.

Assim, o Tribunal Constitucional, quando controla a legitimidade de uma criminalização, procura averiguar se se transgrediu aquele quadro máximo, dentro do qual o legislador se deverá manter, mas não procede a todas as averiguações, ponderações e decisões a que o legislador deverá ter procedido para chegar à decisão final. Aquelas comprovações podem ser inseguras, «estão expostas ao risco do erro e da variabilidade»<sup>828</sup>, podendo haver divergências de opinião ou mesmo de resultados. Não se trata de repetir, no órgão de controlo da constitucionalidade, todo o caminho percorrido pelo legislador, com o que se daria a substituição do legislador pelos juízes<sup>829</sup>. Trata-

825 Vide *supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, quanto às dificuldades na sua determinação, embora por vezes a averiguação da danosidade social coloque problemas semelhantes (vide *supra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 5.).

826 Referindo a existência de zonas cinzentas, de casos de fronteira, mas também a existência de ilícitos que pertencem inequivocamente e ilícitos que não pertencem inequivocamente ao cerne do Direito Penal, R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht...*, cit., pp. 17-18. Em sentido convergente, Müller-Dietz, afirmando que as categorias constitucionais não eliminam as «zonas de insegurança» (*Strafe und Staat*, p. 35 e ss.).

827 Na senda das soluções que defendemos *supra*, a propósito do controlo da danosidade social e da necessidade de tutela penal (*Segunda Parte*, respectivamente Primeiro Capítulo, Secção 5 e Terceiro Capítulo, Secção 6.). Mas, quanto ao problema da não intervenção e da descriminalização, vide *infra*, Quarto e Quinto Capítulos.

828 Costa Andrade, *Contributo para...*, cit., p. 119.

829 Na Alemanha, o Tribunal Constitucional tem afirmado que «uma medida legal não é logo inconstitucional porque se baseia num falso prognóstico» (Denninger, *ob. cit.*, p. 179). Também neste sentido, Stern, *ob. cit.*, pp. 951 e 952 — «Só casos de más avaliações patentes podem ser corrigidos judicialmente».

-se apenas de controlar os casos extremos e de, face a casos mais duvidosos exigir alguma comprovação<sup>830</sup> justificativa da atitude que se tomou.

Sendo assim, não se poderia identificar este quadro máximo de legitima intervenção criminalizadora, com um quadro que, a existir, terá de ser *mínimo*, de imposição de criminalização<sup>831</sup>. Quer dizer, não se poderia fazer coincidir o âmbito de uma possível (legítima) criminalização com o âmbito de uma criminalização imposta, sob pena de se anular qualquer capacidade de decisão do legislador e, mais do que isso, de se subverter, completamente, a própria função limitadora da Constituição. Se o Tribunal Constitucional pode controlar a observância dos requisitos mínimos<sup>832</sup> para a criminalização — verificar se o

830 Variável nos termos descritos *supra* (*idem*). Em Itália, como vimos, fala-se de um juízo sobre a razoabilidade da decisão, apresentando a Corte Constitucional uma grande auto-contenção, só controlando casos de manifesta irrazoabilidade. De resto, uma contenção exagerada quanto ao controlo do conteúdo da criminalização, foi até alvo de críticas, assim como o facto de, por vezes, a Corte recorrer a sentenças interpretativas manipuladoras para poder salvar a constitucionalidade da norma (vide *supra*, nota 603, com referência a Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 17 e ss. e em *Legalità e Crise...*, cit., p. 220 e ss. e 233 e ss. — onde se citam exemplos de decisões da Corte Constitucional). Bricola defende um controlo sobre a razoabilidade da decisão legislativa, em relação ao conteúdo da criminalização, como forma de manter o respeito pela Constituição e pelo princípio da liberdade que esta determina, mas apenas em casos de manifesta irrazoabilidade da decisão (*Legalità e Crise...*, cit., p. 231). Neste sentido também Angioni, *ob. cit.*, 216 e ss. Defendendo a auto-contenção do Tribunal Constitucional, podendo controlar apenas casos extremos, Otto Bachoff, *ob. cit.*, p. 13 (vide *infra*, Quinto Capítulo, Secção 4.).

831 A questão será esta — poder-se-á desenvolver a teoria do bem jurídico ancorado constitucionalmente, no sentido de, «da necessidade de que a tutela penal seja orientada apenas para objectos legítimos, se chegar à necessidade de tutela penal para dados objectos num dado âmbito» (?) «De um lado, temos um limite garantista inultrapassável, do outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção estadual... ligados ao mesmo princípio regulativo» (?) (Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 495; sublinhado nosso).

832 Falamos em *quadro máximo* e *requisitos mínimos*, uma vez que, o quadro é a área máxima de criminalização, os requisitos — os mínimos exigíveis e controláveis, nomeadamente no inseguro âmbito da carência de tutela penal.

bem tem alguma correspondência num valor constitucional, se a conduta não é claramente desprovida de danosidade social ou, nos casos de *dúvida pertinente*, se houve uma comprovação suficiente (de acordo com os critérios referidos) da danosidade social, se a medida penal é proporcionada em relação ao facto ou se há um excesso, se não é claramente desajustada ou desnecessária e, nos casos mais duvidosos, se se apresenta uma prova suficiente, aproximada, dessa necessidade — como teria de proceder para impor a criminalização, na hipótese de sobreposição das duas áreas? Iria, face a qualquer valor constitucional não tutelado criminalmente e perante toda a descriminalização da ofensa a um qualquer bem com algum reflexo num valor constitucional, verificar se a sua criminalização seria ilegítima; e, caso não se pudesse afirmar essa ilegitimidade, consideraria a não criminalização ou a descriminalização inconstitucional? *Tal seria um absurdo*. Tal seria confundir a área (máxima) de criminalização constitucionalmente permitida, *que já pressupõe a actividade decisória do legislador e já confia (dentro de certos limites) na sua decisão*, com uma eventual área mínima de criminalização obrigatória. Tal perverteria (inverteria mesmo) a função limitadora da Constituição, pois, deste modo, ela alargaria de uma forma que poderia ser desnecessária e, assim, nefasta (uma vez que o Tribunal não ia proceder às mesmas averiguações a que o legislador procede) a área da criminalização. Tal seria mais grave ainda do que uma perfeita concorrência (*também inaceitável face ao princípio de separação de poderes*)<sup>833</sup>, no âmbito legislativo, do órgão legislativo e do órgão de controlo da constitucionalidade, uma vez que, se a equiparação entre legiti-

<sup>833</sup> Aqui, parece-nos de ter em conta, de facto, o contributo da perspectiva funcional (sobre esta perspectiva, *vide* Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, *cit.*, p. 350 e ss.). Assim, também não seria defensável que, face a cada caso, o Tribunal Constitucional fosse repetir todas as averiguações a que o legislador deveria ter procedido, embora se possa defender que a contenção do Tribunal na análise do plano factual (nomeadamente para analisar as comprovações-fundamentações do legislativo) não obedeça a regras rígidas, mas seja graduável (desde logo consoante a importância do bem jurídico em causa — *vide infra*, *Quinto Capítulo, Secção 4* — nomeadamente a posição de Drindl — texto correspondente à nota 1177).

dade e imposição fosse total, o Tribunal não teria de proceder às mesmas comprovações e decisões do legislativo<sup>834</sup> para impor a criminalização, gerando crimes em que os princípios constitucionais da dignidade e necessidade penal não seriam respeitados.

c) A referência a esta problemática serve para ilustrar como as questões de legitimidade criminalizadora e de imposição de criminalização, embora relacionadas, e tendo que recorrer aos mesmos princípios constitucionais (que constituem a dignidade e a necessidade penal) não se sobrepõem.

Assim, podemos dar por assente que área de criminalização legítima e área de criminalização imposta terão de ser distintas, só podendo, esta última (a existir), situar-se como que no núcleo da outra. Se tentarmos visualizar dois círculos concêntricos, o mais amplo, já por nós estabelecido, será o da legitimidade, um hipotético círculo interior, a determinar, seria o das imposições, sendo certo que, quanto mais nos afastamos do centro, mais indefensável será a afirmação de imposições de criminalização. O espaço que medeia entre o círculo interior e o exterior seria o espaço de liberdade legislativa.

Deste modo, a imposição de criminalização só seria defensável face a condutas que se situassem no *núcleo* do Direito Penal<sup>835</sup>, por ofenderem valores de *maior* dignidade penal, de *indiscutível* dignidade penal, e por causarem também uma elevada e indiscutível danosidade social, em relação às quais a protecção penal se mostrasse *necessária*. Referimos já como, geralmente, associada a uma elevada danosidade social, se verifica a necessidade de intervenção penal. Deste modo, o Direito

<sup>834</sup> Neste sentido diz-nos Stern que os deveres de protecção são sempre mediatizados pela lei, tendo o legislador uma larga margem de liberdade e de avaliação: «Ele deverá ponderar os perigos e riscos. Só casos de más avaliações patentes podem ser corrigidos judicialmente» (*ob. cit.*, p. 950). Também no mesmo sentido, como vimos, se pronuncia a doutrina italiana (*vide* nota 830).

<sup>835</sup> Referindo-se à existência de um núcleo central no Direito Penal, *vide* autores referidos *infra*, nota 1191. (Sobre estes aspectos, mais desenvolvidamente, *infra*, *Quinto Capítulo*; conclusivamente, na *Secção 4*).

Penal, apesar de subsidiário, apesar de «sombra»<sup>836</sup> protectora, só intervindo quando os outros meios não são capazes de tutela suficiente e adequada, preservaria como que um núcleo próprio, o qual, como que por essência lhe pertenceria; não por se deixarem de parte as duas categorias da criminalização, mas porque elas, em relação a tais condutas, se verificariam de forma *mais evidente*, tendo por base, sempre, os valores e princípios constitucionais. Tal seria o caso de condutas como o homicídio, o genocídio, as ofensas corporais graves, as graves ofensas à liberdade...<sup>837</sup>

Mas... será esta uma posição de sufragar? Existirá, de facto, um núcleo próprio do Direito Penal, que por essência lhe pertença, podendo-se defender a existência de imposições constitucionais de criminalização em relação a ele? E como determiná-lo de forma mais exhaustiva?<sup>838</sup> E quais as indicações que a Constituição oferece (se é que oferece) nesse sentido? Por outro lado, qual o papel da evolução histórica — social, cultural e económica na sua determinação? E quais os eventuais poderes — e

<sup>836</sup> No sentido de, embora atento aos bens mais fundamentais, só se revelar (só se manifestar) no caso de insuficiência de outros meios...

<sup>837</sup> Vieira de Andrade refere, como exemplo de uma prestação vinculada, a lei criminalizadora do homicídio (pelo menos para pessoas nascidas) (*ob. cit.*, p. 204. Também neste sentido, p. 198). Também a propósito da aplicação do art. 18.º da Constituição, afirma que não devem estar sujeitas a esse regime faculdades como as de pretender o sancionamento penal da violação de bens jurídicos fundamentais, ressalvando no entanto alguns deles, como a vida (p. 198). Gomes Canotilho e Vital Moreira, embora afirmem não existir nenhuma específica obrigação constitucional de penalização, assim como não existe nenhuma expressa proibição de penalização, referem a existência de muitos bens cuja desprotecção penal não seria compreensível (direito à vida, à integridade pessoal, ao bom nome e reputação, etc.), salientando no entanto que, traduzindo-se as penas num sacrifício imposto ao condenado, será a criminalização, mais do que a sua ausência, que normalmente carecerá de justificação (*ob. cit.*, pp. 138 e 205, 206, anotação ao art. 29.º). Ainda Gomes Canotilho (como vimos já, na nota 793), referindo-se aos casos de «direito a um acto positivo de natureza normativa», dá como exemplo «o direito à protecção do direito à vida através de normas penais, emanadas do Estado» (*Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 549). Também neste sentido, entre outros, Stern, *ob. cit.*, p. 952, partindo do art. 2.º, 2 GG.

<sup>838</sup> Se é que deveria apresentar um âmbito mais extenso...

sua legitimidade — dos órgãos de controlo da constitucionalidade para a sua definição e imposição ao legislador?

No fundo, as várias questões poderão reconduzir-se a esta: dever-se-á defender a existência de valores constitucionais mais essenciais, para cuja protecção se terá, necessariamente, de recorrer ao instrumento de defesa mais forte, sem que tal implique um afastamento das categorias constitucionais da criminalização<sup>839</sup>, nem uma anulação prática do princípio da separação de poderes?

d) Aqui, as principais dificuldades parecem-nos residir, essencialmente, em dois aspectos:

Primeiro, na determinação, de entre os valores constitucionais, de quais esses valores mais essenciais, uma vez que a hierarquização de valores se torna complexa em sociedades diversificadas como as actuais<sup>840</sup>.

Mas, mais difícil ainda do que a questão da determinação desses valores de essencialidade primordial (se é que assim os poderemos designar), será o problema da necessidade de tutela penal.

<sup>839</sup> Krumbriegel questiona-se nestes termos: «Quando é que a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros garante ao seu portador um direito a prestação, de tal modo que o estado fique forçado a protegê-lo através da lei penal?» (*ob. cit.*, p. 552). No entanto, será de salientar que, a uma eventual obrigação de penalização, não terá de corresponder, necessariamente, um direito subjectivo do particular à penalização... Uma obrigação de actuação protectora — falta saber se de penalização — também se pode ver, como referimos já, na dimensão objectiva da Constituição — vide *Introdução à Terceira Parte b) e c)*.

<sup>840</sup> Sobre este aspecto, em vários pontos do seu trabalho, Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.* — «indicações de grau verdadeiramente vinculante só se poderiam retirar em relações aos valores essenciais da Carta» (p. 55). No entanto, dá indicações para uma hierarquização de bens a partir do princípio personalístico... (p. 70 e ss.). Também Pulitanò acaba por admitir alguma possibilidade de estabelecer graus entre os bens (*idem*, p. 500). Para Drindl e Stern a ordem constitucional é aberta, embora haja diferenças de formulação entre estes autores; mas, a partir do valor da dignidade da pessoa humana poder-se-iam encontrar aqueles valores mais essenciais. (Respectivamente, *ob. cit.*, pp. 13, 14; *ob. cit.*, p. 952; vide também *infra*, nota 1191).

Apesar da tendencial convergência entre elevada danosidade social e carência de tutela penal<sup>841</sup>, motivo pelo qual não há quem ponha em causa, ou sequer quem exija a comprovação, da necessidade/eficácia de criminalização de condutas como o homicídio, a lesão da integridade física ou moral, o roubo... , mesmo em sociedades onde a violação destas normas penais apresenta níveis muito elevados e em que as cifras negras são igualmente elevadas (caso paradigmático será o do Brasil...), deverá questionar-se — elevada (e segura, certa) danosidade social implicará *sempre* carência de tutela penal? Por outro lado, será este um aspecto susceptível de controlo pelo Tribunal Constitucional?

Tudo isto são questões a que tentaremos responder ao longo desta parte do nosso trabalho.

Iremos defrontar-nos, assim, não só com o problema da determinação dos valores mais essenciais, mas também, e de forma que nos parece ainda mais problemática, com o da subsidiariedade e adequação da tutela penal, o que pressupõe um maior aprofundamento da determinação da função do Direito Penal e fins das penas. De facto, para podermos responder à questão da necessidade de intervenção penal, terá de ficar bem clara qual nos parece ser, tendo em conta os dados constitucionais, a função do Direito Penal. Para evitarmos repetições desnecessárias remeteremos, sempre que possível, para tudo quanto dissemos a este propósito na segunda parte do nosso trabalho, mas teremos que ir mais fundo na análise destes aspectos, por nos parecerem mais pertinentes para o problema que no momento nos ocupa.

Por outro lado, para a resolução deste problema das imposições de criminalização que, de resto, não abrangem apenas a questão da descriminalização ou da inexistência *ab initio* de tutela penal, mas também da redução desta tutela ou da concessão de uma tutela insuficiente, teremos ainda que procurar

<sup>841</sup> Assim como em relação a condutas de reduzida ou duvidosa danosidade social o Direito Penal se apresenta geralmente desadequado (*vide supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, em especial Secção 4).

a coerência do sistema penal, e a sua harmonia em relação à ordem de valores constitucional.

Por outro lado, deveremos ter sempre presente a questão do relacionamento entre legislador e órgão de controlo da constitucionalidade, tentando encontrar um equilíbrio que não ponha em causa o princípio da separação de poderes, assim como procuraremos encontrar soluções coerentes com as que defendemos em sede de limitação da intervenção penal.

Para a análise de cada uma destas questões *tentaremos* não perder de vista que elas devem ser resolvidas, não em função de preconceitos e ideologias particulares, mas tendo por base uma exegese constitucional<sup>842</sup>.

e) Face à questão que temos por intuito tentar resolver, e tendo em conta as considerações feitas, parece-nos que duas únicas hipóteses de solução se apresentam defensáveis: ou a negação de imposições constitucionais de criminalização, ou a sua aceitação face a situações limitadas — ao que poderemos chamar o núcleo do Direito Penal. Esta segunda hipótese, no entanto, apresentará ainda, como veremos, um conjunto de cambiantes e levantará uma série de problemas. Cabe-nos colocar as duas em confronto para depois, ao longo dos próximos capítulos, tentarmos averiguar qual delas se nos afigura mais correcta.

Em favor da primeira solução, poder-se-á argumentar com a dificuldade de individualização dos valores mais essenciais no seio dos próprios valores fundamentais (constitucionais), em sociedades abertas e pluralistas como as actuais e com a própria mutabilidade do grau de essencialidade dos valores<sup>843</sup>; dir-se-á ainda que é ao legislador, enquanto órgão representativo da comunidade, em cada momento histórico, que competirá proceder à escolha dos valores a tutelar penalmente, desde que se mantenha no quadro da Constituição; que só ele poderá também

<sup>842</sup> Para além da inevitável irracionalidade ou grau de racionalidade subjectiva que, bem ou mal, qualquer discurso inevitavelmente comporta...

<sup>843</sup> Problema que temos vindo a referir ao longo deste trabalho, especialmente *supra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo.

ponderar os vários interesses conflitantes, avaliar a danosidade social das condutas e, principalmente, proceder a todas as comprovações necessárias à afirmação ou negação da carência de tutela penal<sup>844</sup>. Deixar de avaliar todas estas circunstâncias, implicaria o desrespeito pelas categorias constitucionais da dignidade e carência de tutela penal. Permitir que o Tribunal as leve a cabo, em especial no domínio da carência de tutela penal (por exigir particulares avaliações empíricas da realidade) seria substituir o legislador pelo juiz, anulando o princípio da separação de poderes, que postula a reserva de lei penal, ligada ao próprio princípio democrático — tudo princípios fundamentais constitucionais de um Estado de Direito Democrático. Por fim, alegar-se-á ainda que com tal entendimento (com a defesa de imposições constitucionais de criminalização) se subverteria o sentido originário de uma teoria do bem jurídico ancorada constitucionalmente, que seria o de completar o sentido garantidor da Constituição<sup>845</sup>, evitando uma injustificada intervenção estadual nos direitos fundamentais do indivíduo. De um sentido limitador do poder criminalizador se chegaria a uma direcção impositiva. Nestes termos, esta concepção «representaria um paradoxal (imprevisível?) desenvolvimento da doutrina dos bens jurídicos constitucionais. . . » De «fundamento necessário e ideia limite de uma tutela constitucionalmente legítima», passaria a «fundamento — de *per se* suficiente e vinculante de um conteúdo mínimo irrenunciável de tutela penal»<sup>846</sup>.

A favor da segunda solução, dir-se-á que, mesmo face a Constituições compromissórias e com ordens valorativas abertas, será possível determinar, pelo menos em relação a um grupo *restrito*, um núcleo de valores mais essenciais e mais estáveis, directamente ligados à dignidade humana<sup>847</sup>, para cuja protecção a

844 *Vide supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo.

845 *Vide supra*, Introdução à Segunda Parte.

846 Pulitanò, *Obblighi. . .*, cit., p. 487.

847 *Vide supra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo, em especial *Secções 1.2. c), 1.3. c) e 2.4. b)* e ainda *infra*, Terceiro Capítulo. Quando referimos a concepção de Angioni e a de Musco, salientámos a dificuldade em se hierarquizar valores, mas defendemos a possibilidade de se detectar uma hierarquia tendencial e aberta, assim como a identificação de alguns (poucos mas importantes) bens mais estáveis e de inequívoca primariedade.

criminalização será necessária sob pena de se deixarem tais valores sem uma tutela suficiente, sem uma protecção adequada ao seu alto significado social. Dir-se-á ainda que só com tais imposições se respeitará a Constituição, a qual, ao consagrar valores essenciais à ordem comunitária, *impõe a sua protecção* que, nos casos mais graves, diríamos mesmo, em casos limite, só se alcançará com a intervenção penal, dada a sua particular função de motivação, integração, consciencialização e reprovação social<sup>848</sup>. Com esta concepção não se estariam a violar as categorias da dignidade e da carência de tutela penal, mas sim a conferir-lhes plena realização, já que, nestas situações, as duas categorias estariam *claramente presentes*. Também não se estaria a violar o princípio da separação de poderes, substituindo o juiz ao legislador, mas a fazer actuar o necessário controlo da constitucionalidade, constitucionalidade a que estão sujeitos todos os poderes e actos do Estado (art. 3.º da Constituição, tendo em conta o art. 9.º e 18.º, n.º 2), incluindo o próprio Tribunal Constitucional, o qual, no seu controlo, se terá de basear, apenas, numa exegese constitucional. Assim como o princípio da reserva de lei em favor do Parlamento, também o controlo da constitucionalidade é imposto pela Constituição. Tudo estaria em traçar os limites correctos para os dois poderes. Face a valores de inequívoca dignidade penal e a condutas de elevada danosidade social, em que as necessidades de protecção fossem tais que exigissem de forma mais evidente, a intervenção penal, não seria necessário que o Tribunal procedesse a complexas comprovações empíricas para chegar à conclusão de que o legislador deveria tutelar penalmente o valor em causa<sup>849</sup>. Assim, o seu

848 Sobre estes atributos do Direito Penal, *vide supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, em especial *Secções 2.1. e 3.2.* mas, principalmente, *infra*, ao longo do Quinto Capítulo.

849 Também seria pensável, face a casos de *inequívoca e elevada dignidade penal*, mas em que a necessidade de tutela penal se apresentasse mais controversa, a exigência de uma comprovação (aproximada) da desnecessidade de tutela penal, para o legislador poder operar a descriminalização. (Em termos paralelos ao defendido *supra*, Segunda Parte, Primeiro, Secção 5. e Terceiro Capítulo, Secção 6) em sede de legitimidade da criminalização — estabelecendo-se assim, também, uma gradação na vinculação — sobre todos estes aspectos, *vide infra*, em especial Quinto Capítulo; concludentemente na Secção 4).

controlo basear-se-ia numa interpretação constitucional e em critérios de razoabilidade, área pertencente ao seu domínio de competência e não em detalhadas análises empíricas, questões controversas de dignidade ou necessidade penal e de oportunidade política. . . De mais a mais, o seu controlo deixaria ainda ampla margem de liberdade na concretização da tutela penal pelo legislador. Tal não representaria também uma subversão da concepção originária de bem jurídico ancorada na Constituição, mas um seu desenvolvimento coerente, que teria em conta quer a dupla faceta do Direito Penal quer da própria Constituição. De facto, a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador, autorizado-o apenas à tutela de objectos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela<sup>850</sup>. Só esta concepção estaria em sintonia com a actual função da Constituição. As críticas às imposições de criminalização radicariam ainda numa herança da visão liberal pura das relações entre Sociedade e Estado e da Constituição como mera guardadora de omissões estaduais, visão que se deve considerar, hoje, manifestamente insuficiente.

Que dizer destas posições antagónicas? Parece-nos evidente que cada uma delas apresenta argumentos pertinentes que teremos de ponderar. Convirá no entanto salientar que nos limitamos a resumir esta problemática, não curando de aspectos particulares nem de subdivisões que se poderão estabelecer dentro de cada posição. Consideramos também apenas os argumentos que nos parecem mais defensáveis. Pretendemos assim traçar o quadro geral das questões que se levantam, para as quais buscaremos uma resposta.

<sup>850</sup> Dar-se-ia assim relevância ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo enquanto princípio jurídico, o qual, vinculando o legislador em sede de limitação/autorização da intervenção penal, deveria vinculá-lo também em sede impositiva de criminalização (cf. o que a este respeito nos diz Drindl, *ob. cit.*, p. 40 e Denninger, *ob. cit.*, p. 166).

Iremos analisar, deste modo, a consistência dos argumentos a favor das imposições de criminalização, tentando averiguar se, de facto, conseguem fazer face às objecções que se lhes colocam. Parece-nos ainda de salientar que alguns dos defensores da inexistência de imposições constitucionais, partem do princípio (implícita ou explicitamente) de que a Constituição, ao traçar os limites ao poder criminalizador, fá-lo apenas em relação à dignidade penal, mas não em relação à carência de tutela penal<sup>851</sup>; quer dizer, traça os limites negativos, circunscrevendo o legislador à tutela de valores constitucionais, mas não controlando o problema da necessidade penal. Para estes autores, este domínio já pertenceria a uma área de *total* liberdade legislativa. Compreende-se esta posição pelas dificuldades que o controlo da carência de tutela penal levanta, entendendo-se que só o legislador poderia munir-se de dados suficientes e de tomar opções de oportunidade política. No entanto, não foi esta a posição que defendemos, muito embora reconheçamos que neste domínio o controlo terá de ser mais limitado e que, muitas vezes, (o que facilita o problema), a inexistência de necessidade penal, *em termos susceptíveis de controlo* pelo Tribunal<sup>852</sup>, está ligada a uma reduzida, duvidosa, ou pelo menos discutível danosidade social<sup>853</sup>.

Deixámos já delimitado o âmbito de uma possível obrigação de criminalização. Ela não poderá abranger a totalidade dos valores constitucionais, nem se poderá confundir com o âmbito de uma legítima tutela penal. Ela só se poderá reconduzir a condutas de *inequívoca e elevada* dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal, *de tal modo* que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção.

<sup>851</sup> Ou, pelo menos, não consideram este aspecto constitucionalmente controlável... (*vide supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 6).

<sup>852</sup> Quer dizer, em termos claros ou de razoabilidade, para utilizarmos a terminologia que costuma ser usada pela doutrina e Corte Constitucional italiana, quanto à apreciação da constitucionalidade das leis.

<sup>853</sup> Sobre esta posição e sua justificação, *vide supra*, *idem*.

## II Capítulo

### Qual o significado das imposições constitucionais expressas de criminalização?

a) Uma primeira forma de aproximação a estes problemas poderia ser tentada a partir da análise de imposições constitucionais expressas de criminalização.

Em Portugal, actualmente existe apenas um caso (art. 120 n.º 3 da Const.) em que se poderá falar de «imposição de criminalização expressa». No entanto, tratar-se-ia sempre de uma imposição muito vaga, uma vez que a Constituição apenas refere que «a lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos», nada dizendo sobre qual o tipo de comportamento que deverá ser criminalizado. Um outro caso que suscitava alguma dúvida antes da última revisão constitucional, era o do art. 88.º (actividades delituosas contra a economia nacional)<sup>854</sup> que, no entanto, foi eliminado. Poder-se-á retirar desta

<sup>854</sup> A luz deste preceito, afirmavam Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 421: «a Constituição parece apontar para uma obrigação estadual (isto é, legislativa) de *defesa penal* de valores económicos eventualmente ainda não defendidos, tendo particularmente em atenção que as novas formações económicas contidas na Constituição (propriedade colectiva de meios de produção, sectores público e auto-gestionário, etc.) exigirão naturalmente novas formas de protecção penal ou afim». No entanto, referiam também que a Constituição, com este preceito, parecia ter querido abranger, além dos crimes propriamente ditos, outros factos delituosos, enquadráveis no Direito de mera ordenação social (daí, cremos, a expressão protecção «penal ou afim»). De facto, não nos parecia clara a existência, com base neste artigo, de uma verdadeira imposição de *criminalização* nesta área. Por um lado, o n.º 1, ao impor o respeito pelo princípio da proporcionalidade, deveria permitir que, em função da gravidade do facto, em vez da pena se recorresse à contra-ordenação... O n.º 2, autorizava efeitos secundários da «pena» — mas, a partir deste argumento literal poder-se-ia afirmar a imposição de criminalização? Com a expressão pena, não se terão querido abarcar, incorrectamente embora, também as sanções do ilícito de mera ordenação social? Ou então, ter-se-iam querido autorizar apenas estes efeitos quando estivesse em causa uma sanção criminal?

eliminação uma evidente negação de imposição constitucional de criminalização nesta área?

Pelo menos, teremos de concluir que não se quis tomar posição expressa sobre o problema, nem suscitar dúvidas quanto a tal tomada de posição e que, assim, não se pretendeu sujeitar esta área a um regime particular em sede de relações legislador/órgão de controlo da constitucionalidade, devendo-nos guiar, no âmbito da economia, pelos mesmos princípios que viermos a defender em sede geral.

Nas Constituições da Alemanha, Itália e Espanha existem, de facto, imposições expressas no sentido da criminalização. Que significado se lhes deverá reconhecer?

Na Constituição Alemã, estabelece-se um único caso de imposição expressa de criminalização — trata-se do art. 26.º, GG, que prevê a obrigação constitucional de criminalizar o atentado à convivência pacífica dos povos, assim como a preparação de uma guerra de agressão; na Constituição Italiana impõe-se a penalização de «qualquer violência física e moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição da liberdade» (art. 13.º, n.º 4); a Constituição Espanhola impõe a criminalização em três casos — quanto à tutela do ambiente (art. 45.º, n.º 3), quanto à tutela do património histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha (art. 46.º) e em relação a abusos dos órgãos públicos quanto aos poderes de suspensão de determinados direitos fundamentais (art. 55.º, n.º 2).

Com base nas imposições expressas de criminalização têm-se retirado conclusões opostas: ora no sentido da inexistência de outras imposições constitucionais (implícitas) de criminalização, ora no sentido inverso. No primeiro sentido invoca-se que, se o legislador em certos casos impôs expressamente a criminalização, é porque nos outros terá querido deixar total liberdade ao legislador<sup>855</sup>. No segundo sentido nega-se o princípio do «ubi lex voluit dixit...»<sup>856</sup> e invoca-se ainda o papel que as

<sup>855</sup> Em relação à Constituição alemã refere-se ainda que o art. 26.º é um caso tão singular, que não permitiria que se retirassem conclusões quanto a outros casos... (Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, cit., p. 102 e ss.).

<sup>856</sup> Palazzo, *ob. cit.*, p. 105; negando também este princípio, mas não retirando conclusões de sentido inverso — Müller-Dietz, *ibidem*.

imposições expressas podem desempenhar na observância do princípio da razoabilidade («ragionevolezza»)<sup>857</sup>. Na sequência desta consideração afirma Palazzo: «O que se acha no bojo — é de ponderar-se — da ordem constitucional e impõe a protecção penalística dos valores, mesmo não sendo objecto de uma cláusula expressa de penalização, há-de ser entendido, de todo o modo, como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte»<sup>858</sup>.

Terá pretendido Palazzo encontrar um ponto de apoio nas imposições expressas, conjugadas com o princípio da «ragionevolezza», para a determinação dos valores que se encontram no topo da ordem valorativa constitucional, os quais imporiam a tutela penal?<sup>859</sup>

Creemos, de facto, que pela existência de imposições expressas não se poderá retirar a conclusão da inexistência de outras imposições de criminalização; por outro lado, a partir daquelas

<sup>857</sup> Neste sentido, Palazzo, *ob. cit.*, p. 105 ss.

<sup>858</sup> *Ob. cit.*, p. 105. Acrescenta ainda: «Disso resulta que no âmbito interno do sistema penal, considerado à luz do quadro de valores constitucionais, enquanto seja exigida a obrigação de tutelar penalmente bens ou valores desprovidos de tutela penal, ou insuficientemente tutelados, resguardam-se outros bens ou valores que ocupam uma posição secundária na hierarquia constitucional» (esta limitação, como vimos, poderá ser alcançada através do próprio princípio da proporcionalidade). De todo o modo, a partir destas afirmações, não parece que tenha sido propriamente (ou exclusivamente) com base nas imposições expressas que Palazzo veio a deduzir as implícitas, mas a partir da consideração do sistema penal por referência à ordem valorativa constitucional, ordem que conteria uma certa hierarquia de valores — «o que se acha no «bojo»... (vide nota seguinte).

<sup>859</sup> A questão das imposições expressas parece-nos, assim, que se poderia relacionar com as imposições «relativas de criminalização» por ponderação entre grau de importância relativa dos bens de acordo com a ordenação axiológica constitucional e, assim, exigência de coerência do Direito Penal por referência a esta ordem valorativa constitucional. Deste modo, se a Constituição impõe a criminalização em relação a determinado bem, poder-se-ia retirar um argumento a favor da imposição de criminalização em relação a bens de valor equivalente e, principalmente, em relação a bens de valor claramente superior, embora tenhamos que tomar em consideração que a criminalização se prende também com outros factores (valores conflituantes, condutas danosas, grau de danosidade, e com a necessidade de tutela penal — sobre estes aspectos, desenvolvidamente, vide *infra*, Quarto Capítulo).

imposições, e tendo em conta um princípio de harmonia da ordem jurídico penal por referência à ordem valorativa constitucional, pretender encontrar um ponto de apoio para a afirmação de outras imposições de criminalização, parece-nos fazer sentido<sup>860</sup>. No entanto, no nosso entender, não se deverão sobrevalorizar as potencialidades destas imposições expressas para a resolução do nosso problema, quer porque elas não parecem situar-se no «topo» de uma hierarquia constitucional, quer (e principalmente) pelas razões que estão na base da sua consagração.

Senão, vejamos: O art. 26.º, GG. foi determinado por um condicionalismo histórico bem situado — «foi criado sob a pressão dos acontecimentos da segunda grande guerra, querendo-se proibir acções de preparação de guerra, servindo a imposição de punição para reforçar esta ideia»<sup>861</sup>. Tendo em conta os motivos que estiveram na base da sua criação e o seu carácter excepcional, parece que não se poderão retirar daqui consequências relevantes (nem a favor nem contra as imposições constitucionais implícitas de criminalização)<sup>862</sup>.

Por outro lado, é evidente que nos outros países que não contêm preceito algum constitucional neste sentido, estes factos são punidos por atentarem contra valores de primordial importância<sup>863</sup>. Parece não ser necessária, assim, uma imposição expressa para haver um entendimento comum (até mesmo em função de exigências internacionais) no sentido da criminalização.

Os arts. 13/4 da Constituição Italiana e 55/2 da Constituição Espanhola, parecem ter um fundamento comum — ambos se referem à relação cidadão/Estado, autoridade/liberdade, incluindo-se, assim, no âmbito da Constituição garantidora da omissão de intervenção do poder. Trata-se de casos em que haveria um maior de perigo de intromissão abusiva do Estado nos

<sup>860</sup> Vide notas anteriores.

<sup>861</sup> Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, cit., p. 103.

<sup>862</sup> Vide, neste sentido, *idem* e Pulitànò, *Obblighi...*, cit., p. 521.

<sup>863</sup> Vide *infra*... Será, assim, por referência a uma ideia de essencialidade primordial dos valores que em geral se chegará às imposições de criminalização?

direitos fundamentais — daí a especial eficácia (através da lei penal) que se pretende conferir àquela garantia. Pulitànò salienta, em relação ao preceito da Constituição Italiana, «a necessidade particular de tutela (de indivíduos *in vinculis verso* detentores de autoridade) na relação de sujeição mais intensa que o estado de direito conhece»<sup>864</sup>. Deve-se ainda acentuar que com este preceito se pretende assegurar uma garantia da integridade física e moral dos indivíduos detidos em relação a actos da autoridade, tão intensa quanto a que é concedida para a protecção dos mesmos bens jurídicos na relação entre particulares<sup>865</sup>. Não se poderá retirar daqui uma obrigação geral de criminalização de actos violentos (desde que suficientemente graves), qualquer que seja a sua «fonte»?<sup>866</sup>

<sup>864</sup> Pulitànò, *Obblighi...*, cit., p. 521.

<sup>865</sup> Neste sentido, *idem*.

<sup>866</sup> Pulitànò, *ibidem*, pp. 521 e 522, considera que este preceito não importaria necessariamente a tutela penal, mas o seu significado seria o de impedir que se concedesse uma protecção a indivíduos nesta situação de «sujeição» menos intensa do que a que é concedida em geral. Parece-nos, assim, estarmos perante um afloramento da ideia de igualdade de tratamento, de não discriminação (na Constituição italiana prevista no art. 3.º) e mesmo de coerência do Direito Penal por harmonia com a ordem valorativa constitucional, muito embora este mesmo autor apresente críticas a esta concepção (*vide infra*, *Quarto Capítulo*). Quanto à ideia de igualdade de tratamento e de coerência, estamos perfeitamente de acordo. Quanto à não imposição de criminalização, já temos mais reservas — quer pelo teor do preceito, quer por também nos parecer muito duvidosa (pelo menos aceitando-se a não substituição do Direito Penal por outro ramo jurídico ou outro meio de controlo, nos anos mais próximos, mas sim a possibilidade deste adaptar as suas sanções, sempre em busca de melhores resultados; *vide infra*, *Quinto Capítulo, Secção 1. c*) a possibilidade de actos de violência, qualquer que seja a situação do agente e/ou da vítima, poderem deixar de ser criminalizados. Parece-nos até que a partir deste preceito se poderia retirar a ideia de imposição geral de criminalização de actos de violência. Pelo mesmo princípio de igualdade e coerência se poderia retirar esta conclusão. A corroborar esta posição estaria o facto de nos parecer que a Constituição implicitamente partiu do princípio de que os outros casos de violência seriam (como são) criminalizados e que tal não levantaria qualquer dúvida, querendo assegurar que também o fossem neste caso. (É claro que tudo depende também da definição de violência e que este raciocínio já não valeria para o caso de bagatelas ou de adequação social; mais, só valeria para os casos mais graves — talvez uma das razões para a criação desta norma constitucional tenha sido mesmo querer

Por outro lado, não contendo a Constituição Portuguesa semelhante imposição de criminalização, não se poderá dizer que tal entendimento resulta implícito na Constituição, pelo alto significado que se confere ao direito à integridade física e moral (integrado nos direitos, liberdades e garantias e vindo consagrado imediatamente a seguir ao direito à vida) e pelas garantias que se concedem aos particulares nas relações com o poder público?<sup>867</sup>

Os arts. 45.º, n.º 3 e 46.º da Constituição espanhola, serão significativos enquanto expressão do relevo de novos valores — ambiente e património histórico e cultural. Inserem-se assim na progressiva tendência solidarística das actuais Constituições<sup>868</sup>. A expressa consideração destes bens como valores constitucionais, com a conseqüente legitimação da intervenção penal nesta área<sup>869</sup>, não é exclusivo da Constituição Espanhola (na Consti-

---

evitar que se levantassem dúvidas no sentido de se considerar socialmente adequada a violência para com pessoas detidas). Uma última questão que contraria o exposto — dever-se-ia considerar mais grave a violência para com detidos do que a violência noutras situações? De todo o modo não nos parece que, em geral (salvaguardados os referidos casos de bagatelas e adequação social) tal pudesse justificar uma diferença que impusesse num caso o tratamento penal e no outro o não penal... E recorde-se que a Constituição ao impor a criminalização está já a pressupor a carência de tutela penal... (vide *infra*, nota 872).

<sup>867</sup> Mais uma vez o recurso à ideia de uma ordenação valorativa constitucional — não se devendo no entanto esquecer a dupla dimensão do bem jurídico penal (sobre estes problemas, vide *infra*). Procurámos, aqui, questionar apenas alguns aspectos tendo em conta as imposições expressas previstas nas Constituições de outros países. Uma vez que elas, como é evidente, não podem resolver a questão face à ordem jurídica portuguesa, e mesmo em relação ao respectivo ordenamento jurídico o seu contributo não se nos afigura decisivo, não aprofundaremos muito este tema.

<sup>868</sup> Sobre esta questão, Barbero Santos, *La Reforma Penal Española...*, cit., p. 68. Rodríguez Ramos, *Protección Penal del Ambiente*. Referindo-se aos interesses sociais no domínio económico que também legitimam a criminalização, Bajo Fernández, *Marco Constitucional del Derecho Penal Económico*, p. 245. Salienta este aspecto, em relação à Constituição italiana, entre outros, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 67 e ss.

<sup>869</sup> Neste sentido, entre outros, Figueiredo Dias *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 10 e ss.; do mesmo autor, *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*; p. 8 e ss.; Lopes Rocha, *Delitos contra a Ecologia*, p. 246.

tuição Portuguesa, respectivamente, arts. 66.º e 78.º — em termos até bastante detalhados) e corresponde a esta nova sensibilidade para com valores sociais de elevado significado<sup>870</sup>. No entanto, a originalidade destes preceitos está na expressa imposição de criminalização — «única em seu género», por comprometer expressamente o legislador a consagrar a protecção penal do meio ambiente»<sup>871</sup> (e também do património artístico e cultural...).

Será pensável retirar daqui, para a ordem jurídica espanhola, imposições de tutela penal de outros valores constitucionais no âmbito dos direitos económico-sociais, de significado não menos relevante, como a saúde pública e a economia nacional?

Por outro lado, poderá em Portugal considerar-se que a Constituição impõe implicitamente uma obrigação constitucional de criminalização dos ataques ou ameaças a estes valores?

Não se deverá esquecer a especificidade de cada Constituição, que reflecte a especificidade de cada comunidade. Mas não será de todo desadequado ter-se em conta, muito embora apenas como base de reflexão, as soluções que são seguidas noutros países de cultura semelhante à nossa, e na estrita medida em que os problemas que se suscitam em cada comunidade sejam idênticos. No entanto, a base para qualquer imposição constitucional de criminalização, tem de partir sempre da Constituição da comunidade em causa.

b) Em conclusão, diremos que nos parece que, mesmo em relação ao ordenamento jurídico a que se referem, as imposições constitucionais expressas de criminalização não oferecem mais do que um apoio, na medida em que sirvam de ponto de comparação, de acordo com uma exigência de coerência do sistema penal por referência à ordem valorativa constitucional e mesmo de coerência interna do próprio sistema penal. Elas não

---

<sup>870</sup> Neste sentido, Palazzo, *Obblighi...*, cit., p. 104 e ss.

<sup>871</sup> Rodríguez Ramos, *Protección Penal del Ambiente*, pp. 259, 260. Refere ainda que a Constituição mais próxima da Espanhola é a Grega, exigindo que se tomem «especiais medidas preventivas e repressivas para a conservação do ambiente natural e cultural».

nos ilibarão da análise do problema da ordenação valorativa constitucional como referência da dignidade penal e da relação desta com a carência de tutela penal<sup>872</sup> assim como da consideração do princípio da separação de poderes. No fundo, elas não nos pouparão do estudo das várias questões que neste âmbito se colocam<sup>873</sup>. Até porque as imposições expressas não se situarão (ou não se situarão todas de modo inequívoco), como referimos já, no topo da hierarquia de valores (nesta área ter-se-á considerado desnecessária a sua consagração expressa?)<sup>874</sup> e estão na sua origem razões específicas, que podem não ser generalizáveis.

872 De salientar é que, no caso de imposições expressas, a Constituição como que implicitamente declara não só a dignidade, *mas também a carência de tutela penal*. No entanto, fica sempre uma margem ampla para o legislador determinar os contornos exactos das condutas criminais, não se impondo que os valores constitucionais referidos sejam tutelados em toda a sua amplitude — quer pela não sobreposição de valores constitucionais — bens jurídicos penais, quer pela aplicação do princípio da fragmentariedade numa das suas vertentes que, face a um bem penal, só o tutela das formas mais graves de ameaça e/ou agressão; neste sentido Sax e Figueiredo Dias, entre outros (*vide supra, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 2.3.*); o legislador ficará também com poderes de decisão quanto ao tipo e medida da pena, embora, segundo cremos, dentro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade e da exigência de coerência interna do Direito Penal por referência à ordenação valorativa constitucional (mas essa exigência será geral e não só nos casos de imposições expressas; *vide infra, Quarto Capítulo*). No entanto, Pulitanò parece não encarar desta forma a imposição expressa de criminalização prevista na Constituição do seu país, entendendo-a, como referimos já, apenas no sentido da proibição de tutela mais fraca da integridade física e moral de detidos por parte da autoridade, do que a concedida em geral. Na sua perspectiva, outro entendimento implicaria a subtracção ao legislador da responsabilidade que lhe compete, na escolha de soluções de tutela idóneas e proporcionadas, favorecendo uma rigidez quer do sistema político quer repressivo (*Obblighi... cit.*, p. 522). Defenderá uma posição semelhante em relação a outras imposições expressas nas Constituições de outros países? Como? Entenderá que caso não seja possível uma interpretação menos literal, se dará sempre o referido «irrigidamento»? Não parece encarar deste modo a imposição da Constituição alemã, pelo que cremos que será uma posição circunscrita ao caso italiano.

873 *Vide supra, Capítulo Primeiro*, em especial alíneas d) e e).

874 Este é o problema que, no fundo, tentaremos resolver nas páginas que se seguem.

### III Capítulo

## Existirá uma ordem de valores constitucional?

a) Começemos por analisar a questão da inequívoca e particularmente valiosa dignidade penal.

Referimos já que esta questão nos coloca perante o problema de uma difícil hierarquização de valores face a Constituições compromissórias e que fazem *jus* à ideia de pluralismo, como são as actuais Constituições democráticas.

É claro, no entanto, que alguma hierarquização (tendencial, não rígida<sup>875</sup>) acaba por nos parecer possível de detectar, em especial identificando os bens primordiais e as formas mais graves da sua afectação. Aceitando ser a dignidade da pessoa

875 *Vide supra, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1*, a propósito da delimitação da área de legítima criminalização (em especial acerca da concepção de Angioni e de Musco). É verdade que nessa sede colocámos muitas dúvidas quanto à possibilidade de uma delimitação, de entre os valores constitucionais, de um núcleo mais limitado, para se considerar apenas esse como susceptível de tutela penal (*vide supra*, a propósito da concepção de Musco). Poderá parecer contraditório estarmos agora a considerar defensável uma hierarquização de valores para determinação de um núcleo de essencialidade primordial. Não cremos, no entanto, que se verifique essa contradição. Por um lado, mesmo em sede de limitação e legitimação do poder criminalizador, admitimos a existência de hierarquias tendenciais e, com o recurso ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também defendemos a hipótese de *terem* de ficar sem protecção penal certos bens mesmo que com alguma referência em valores Constitucionais ou, pelo menos, certas formas de tutela desses bens; por outro lado, é evidente que a zona de criminalização obrigatória, a existir, terá que ser *muito mais restrita* do que a de criminalização legítima. Assim, será mais fácil identificar um *núcleo de muito elevada dignidade penal*, um núcleo de bens mais estáveis e de inquestionável primariedade (*vide supra*, a propósito da concepção de Angioni) do que delimitar um âmbito de tutela legítima mais restrito do que aquele que já nos é indicado pelos valores constitucionais. (Recordemos também a ideia segundo a qual os valores de tutela penal imposta e permitida formariam como que dois círculos concêntricos, deixando-se assim uma área de liberdade legislativa; *vide supra, Primeiro Capítulo c*).

humana o princípio fundante e rector das actuais Constituições democráticas de cultura ocidental, é evidente que os valores mais intimamente ligados a esta dignidade são de primacial importância<sup>876</sup>. Desde logo a vida, como base de todos os valores, terá de assumir papel cimeiro. Mas também a liberdade, nas suas várias expressões, e a integridade física e moral.

Deste modo, defende Stern a existência de diferenças entre as normas de direitos fundamentais, que teriam de ser consideradas na sua realização (protecção). Como critério aponta o art. 2.º, 2 GG. Assim, «a vida, a integridade física, a saúde, são valores especialmente valiosos, sendo evidente ir o dever de protecção destes bens até à arma mais forte, incluindo o Direito Penal»<sup>877</sup>.

Em sentido tendencialmente convergente, embora não tão peremptório, se exprime Drindl, ao considerar que os direitos fundamentais, quanto mais ligados ao princípio da dignidade humana, mais justificam uma abrangente comprovação da legislação existente para lhes conferir protecção<sup>878</sup>.

Sax, embora saliente a inexistência de «recíproca cobertura»<sup>879</sup> entre ordem de bens jurídicos penais e ordem de valores constitucionais, não deixa de reconhecer que, em parte, estas ordens se «cobrem», em relação a um âmbito nuclear de valores ético-sociais pré-existentes, que sempre foram protegidos penalmente — a vida, a honra, a liberdade, a integridade física e a propriedade<sup>880</sup>.

<sup>876</sup> Neste sentido, Vieira de Andrade, *ob. cit.*, *ed passim*; Drindl, *ob. cit.*, p. 28 e também neste sentido, pp. 13, 14, e Stern, *ob. cit.*, p. 952. Neste sentido também Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, propondo uma reestruturação da parte especial do Código penal tendo em conta o princípio personalístico que anima a actual Constituição Italiana (p. 71 e ss.); Dürig (*apud Müller-Dietz, Zur Problematik...*, *cit.*, p. 101) e Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 555 (também neste sentido *vide supra, idem*).

<sup>877</sup> *Idem*.

<sup>878</sup> Drindl, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>879</sup> *Vide supra*, sobre este aspecto, *Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 2.3.*, com referência também à posição de Figueiredo Dias, o qual qualifica a relação entre as duas ordens de «analogia substancial»...

<sup>880</sup> Sax, *ob. cit.*, p. 913. O que não quer dizer que a protecção penal tenha de ser completa, mesmo em relação a estes bens; ou seja, face a qualquer tipo de agressão. Sax refere que só o bem vida é protegido de forma abrangente.

Na doutrina Italiana, mesmo autores como Pulitanò, que referem insistentemente o carácter aberto<sup>881</sup> e fragmentário<sup>882</sup> da Constituição, não deixam de reconhecer que abertura ao processo político e fragmentariedade, «não significa um indiferenciado *Wertrelativismus...*»<sup>883</sup> e questionam-se sobre se a possível determinação de graus entre bens, tendo relevo delimitativo<sup>884</sup>, não deveria tê-lo também para uma refundação constitucional do Direito Penal<sup>885</sup>. Para Pulitanò, «a tese das obrigações constitucionais de penalização encontraria aqui o seu espaço teórico, limitado mas decisivo»<sup>886</sup>. Para esta tutela vinculante candidatar-se-iam bens jurídicos fundamentais<sup>887</sup> cuja tutela teria — à luz de indiscutíveis indicações constitucionais — um valor superior ao custo e aos interesses contrapostos<sup>888</sup>.

Deste modo, podemos verificar como, quer a busca de uma reconstrução do Direito Penal à luz de indicações constitucio-

<sup>881</sup> Aberto e «aberto no tempo» (Hesse, *Grundzüge...*, *apud Pulitanò, Obblighi...*, *cit.*, p. 498), como forma de preservar a responsabilidade do legislador nas opções político-criminais (neste sentido Pulitanò, *idem*, p. 499).

<sup>882</sup> Neste sentido, Pulitanò, *ibidem*, p. 499; na Alemanha Seifert, *Haus oder Forum*, p. 336; Sax, *ob. cit.*, 912 (o Direito Penal protege os bens, à excepção da vida, só perante certas agressões). Em Portugal, como vimos, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, *cit.*, p. 11, nota 83; Gomes Canotilho, *Teoria da Legislação...*, *cit.*, p. 30.

<sup>883</sup> Pulitanò, *ibidem*, p. 499, citando Seifert, *idem*, p. 336.

<sup>884</sup> *Vide supra, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.2. e 1.3.*, referência a Angioni, Musco e, através do princípio da proporcionalidade, a Fiore; também a Bricola, pelo menos para a determinação do tipo e medida da pena (1.1.).

<sup>885</sup> Pulitanò, *ibidem*, p. 500.

<sup>886</sup> *Idem*.

<sup>887</sup> Para Fiandaca, «indicações de grau verdadeiramente vinculante só se poderiam retirar em relação aos valores essenciais da Carta» (*Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 55). Mas, em definitivo, não aceita imposições constitucionais de criminalização... (*idem*, p. 73 e ss.).

<sup>888</sup> Pulitanò, *ibidem* (embora acabe por não aceitar a existência de imposições constitucionais de criminalização; *idem*, em especial p. 522 e ss.). *Vide supra, Primeiro Capítulo, e*, os argumentos aduzidos em favor das imposições constitucionais de criminalização. É claro que, na consideração deste valor superior ao custo, se devem incluir já os problemas ligados à carência de tutela penal. Desta questão trataremos mais detalhadamente *infra, Quinto Capítulo*.

nais, quer o próprio princípio da proporcionalidade, nos podem ajudar a individualizar graus de importância dos valores, pelo menos a individualizar bens primordiais, ponto de partida essencial para a afirmação de imposições constitucionais de criminalização.

Assim, para parte da doutrina Italiana, a concepção de bem jurídico ancorada constitucionalmente permitiria, não só traçar os limites ao poder criminalizador, mas também reconstruir a ordem de bens penais de harmonia com a ordem de valores constitucionais<sup>889</sup>.

Neste sentido, Fiandaca propõe uma reconstrução da parte especial do Código penal para o harmonizar com a ordem de valores constitucional. Para tal, parte do «princípio personalístico que anima a Constituição»<sup>890</sup> e que imporá que se veja o Estado não como um fim em si mesmo, mas como um meio para o desenvolvimento da pessoa humana<sup>891</sup>. Assim, deveriam ser os bens fundamentais da pessoa (vida, integridade, liberdade — abrangendo a liberdade política e religiosa assim como a autodeterminação sexual) a abrir a parte especial do Código penal. Nesta perspectiva, a ordem de sucessão dos bens jurídicos deveria ter como critério o grau de proximidade com a pessoa<sup>892</sup>. Também em Portugal a sistematização do Código penal segue este mesmo princípio<sup>893</sup>.

889 Neste sentido, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 70 e ss., estabelecendo uma hierarquia de valores a partir do princípio personalístico (vide texto *infra*). Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 18 e ss. *Legalità e Crisi...*, cit., p. 228; Angioni, *ob. cit.*, p. 167 e ss., distinguindo entre bens primários e secundários; Musco, *ob. cit.*, p. 124 e ss., Fiore, *ob. cit.*, p. 90 e ss.

890 Fiandaca, *ibidem*.

891 Arts. 2.º e 3.º da Constituição italiana. Critica, deste modo, o Código Rocco, caracterizado por uma hierarquização de tipo autoritário-publicístico que coloca em primeiro plano os delitos contra o Estado.

892 Neste sentido, *idem*, p. 72.

893 Sobre este aspecto, vide *supra*, *Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b*), onde se refere o significado da sistematização do actual Código penal (de acordo com o espírito da Constituição), que abre com os crimes contra as pessoas — «é que nem o estado nem a comunidade são pensáveis sem a pessoa», diz-nos Eduardo Correia, criticando ainda, conseqüentemente, o facto do Código Suíço que, a seguir à protecção da vida, estabelece a do património,

Quanto ao princípio da proporcionalidade, assim como permitiria excluir da tutela penal interesses que, embora constitucionalmente relevantes, não constituiriam limite idóneo à restrição deste ou daquele direito fundamental<sup>894</sup>, se poderia defender a possibilidade de individualização de valores de mais alto significado, cuja tutela teria um valor superior ao custo da restrição de direitos do ofensor e dos interesses contrapostos sacrificados<sup>895</sup>.

Deste modo, os princípios defendidos em sede de limitação da criminalização poderão ter o seu reverso em sede de imposição de criminalização.

O que parece seguro, por ora, é a possibilidade de individualizar certos valores como primordiais, os quais têm pertencido, com maior estabilidade, à área de protecção penal. São valores clássicos como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, a propriedade<sup>896</sup>. No entanto, quando falamos de

só depois determinando a protecção da liberdade e da honra e defendendo a sistematização do Código penal a partir dos bens que mais directamente ferem as pessoas (*Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, p. 12 e ss.; sobre estes aspectos, também com referência a estas passagens, vide Lopes Rocha, *A Parte Especial...*, cit., p. 347 e ss.).

894 Neste sentido, Fiore, *ob. cit.*, p. 90 (vide *supra*, *Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.3. c*)), sendo esta uma forma possível de eventual delimitação dos objectos legítimos de criminalização (ou de criminalização com a pena mais grave — a privativa da liberdade) de entre os próprios valores constitucionais. (Em sentido convergente, embora noutros termos, Angioni, *ob. cit.*; vide *supra*, *idem*). Defendendo também o princípio da proporcionalidade inerente à ideia de merecimento de pena, Sax, *ob. cit.*, p. 929.

895 Parece-nos ser neste sentido que se exprime Pulitanò, quando delimita a área de incidência de eventuais obrigações de criminalização (Obblighi..., cit., p. 500).

896 O que não quer dizer, como temos vindo a afirmar, que tenham de ser tutelados em toda a sua extensão... Quanto à propriedade surgem certas dúvidas. Há, por exemplo, quem defenda que apenas os bens «instrumentais à pessoa», os «bens patrimoniais relevantes no plano existencial individual ou dotados de utilidade pública» deveriam ser tutelados penalmente... (neste sentido, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., pp. 72 e 73). Também Angioni propõe uma divisão quanto aos bens patrimoniais, considerando uns de grau primário e outros de grau secundário (vide *supra*, *Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b*), os problemas que esta concepção suscita). No sentido da descriminalização de pequenos furtos (vide *supra*, *Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 4. a*)).

valores tutelados penalmente, não quer dizer que o sejam em toda a sua extensão, face a todos os perigos (presumidos ou concretos, directos e indirectos) ou ataques. É evidente, no entanto, que quanto mais essencial for o valor, mais razão haverá para se reclamar uma tutela mais abrangente — tal estará também de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>897</sup>. A este propósito refere Sax que o Direito Penal protege valores, à exceção da vida, só contra certas agressões<sup>898</sup>. Assim, o grau e tipo de ameaça ou lesão ao bem em causa será factor essencial a tomar em consideração para a determinação do «núcleo» do Direito Penal, ao lado (e em correlação) com a importância do bem.

b) Até aqui, porém, poderá parecer que nos quisemos referir apenas a valores clássicos e a tradicionais ameaças a esses valores. No entanto, sabemos bem que, actualmente, surgem novos valores e, nalguns casos, novas manifestações de certos valores, rivalizando fundamentalidade com os valores tradicionais e suas manifestações clássicas. Situações que vão reclamando mais insistentemente protecção, quer em virtude do aparecimento de novas ameaças, quer pela tomada de consciência da necessidade de se preservar uma dignidade humana num sentido mais abrangente, material, e, assim, mais exigente. Estamos a pensar em condutas que põem em causa a dignidade, inte-

<sup>897</sup> Mas também com o próprio princípio de carência de tutela penal, pois esta pode ser necessária apenas para certas formas de agressão... (neste sentido, Sax, *ob. cit.*, p. 925). No entanto, sobre o problema de, ao se conferir uma tutela apenas a certas manifestações de um valor, se poder criar insegurança quanto ao lícito e ilícito, ao permitido e ao proibido e, conseqüentemente, se desvalorizar o próprio valor, embora se atenda mais ao «detalhe humano», à «realidade concreta», Cuello Contreras, *Presupuestos...*, *cit.*, pp. 471 e 472. Poderemos, no entanto, dizer desde já que este problema nos parece variar consoante a fundamentalidade do bem em causa e que também poderá ser diferente uma tutela apenas perante certas formas de ameaça, de uma tutela referida apenas a certas manifestações do valor... (sobre este problema, *vide* ainda *infra*, nota 1047).

<sup>898</sup> Sax, *ob. cit.*, p. 912. Também neste sentido, entre outros, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, *cit.*, p. 79, referindo que a vida tem uma protecção sem lacunas diferentemente do que se passa com o bem «património».

gridade física e vida através das novas ciências no domínio da genética ou, de uma forma mais ampla, das «modernas técnicas bio-médicas»<sup>899</sup>; na preservação da intimidade da vida privada, ameaçada por técnicas de penetração cada vez mais eficientes, nomeadamente a informática, e por interesses poderosos, em especial no domínio da comunicação social — o chamado «quarto poder»; mas também em valores colectivos como o ambiente e a economia<sup>900</sup>, o primeiro, sujeito a perigos crescentes provindos de novas tecnologias, e o segundo, assumindo maior importância no âmbito de um Estado que superou de há muito o *laissez-faire* e que, assim, intervém, no sentido de prosseguir interesses sociais. O valor da própria segurança contra perigos terroristas é outro ponto bastante insistente face ao seu, por vezes alarmante, crescimento<sup>901</sup>.

Dentro destes novos fenómenos sociais, haverá que traçar algumas distinções. Deste modo, a protecção contra técnicas bio-médicas, na medida em que estas contendam com a dignidade, a integridade física e a vida das pessoas, tem de ser colocada ao mesmo nível que a protecção contra os tradicionais ataques a estes valores, assumindo assim posição cimeira<sup>902</sup>.

<sup>899</sup> Denominação utilizada por Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas Técnicas Bio-Médicas*.

<sup>900</sup> Na protecção do ambiente encontramos o exemplo de um valor que só nos últimos tempos passou a estar necessitado de tutela pelo aparecimento de novas e perigosas ameaças (neste sentido, Cobo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*, p. 92, nota 15).

<sup>901</sup> Drindl refere, como exemplos de situações para as quais se reclama insistentemente protecção — a protecção dos nascituros, o direito à vida e integridade física, a intimidade, a protecção do ambiente, a protecção contra a energia atómica, os perigos terroristas e mesmo o direito de viver sem medo de que estes bens sejam lesados» (*ob. cit.*, pp. 24 e 25; sobre o problema da insegurança nas sociedades actuais, o terror do crime, o qual, por vezes, também é provocado pelos meios de comunicação social, Lavedra, *Liniamientos para una Política Criminal en Materia de Seguridad Ciudadana*; sobre o problema da fronteira entre liberdade política e crimes por prática de actos violentos ou instigação à prática de crimes, *vide supra*, nota 427 e bibliografia aí referida).

<sup>902</sup> Em especial, sobre estes aspectos em Portugal, Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas Técnicas...*, *cit.* e ainda Lopes Rocha, *Bioética e Nascimento (vide infra, Quinto Capítulo, Secção 3.2.)*.

A intimidade (ou reserva) da vida privada é um valor pessoal, segundo cremos um *alargamento* do próprio direito à honra, intimamente ligado à dignidade e à liberdade das pessoas, valores que já tradicionalmente pretendiam ao núcleo do Direito Penal. Este alargamento tem como fundamento o facto de terem surgido novas e perigosas ameaças a estes valores, que nos tornaram conscientes da imprescindibilidade do valor desse «âmbito pessoal onde cada um, preservado do mundo exterior, encontra as possibilidades de desenvolvimento e fomento da sua personalidade»<sup>903</sup>. Estes crimes poderão, por vezes, atingir até níveis de gravidade mais elevados do que os próprios crimes contra a honra. Parece-nos, assim, que a sua posição poderá ser ao lado daqueles bens, *dependendo do concreto tipo de ameaça à intimidade das pessoas*. Trata-se sempre da protecção directa da dignidade e liberdade humana<sup>904</sup>.

Quanto ao ambiente e economia, já se trata de bens no domínio económico-social e, assim, de cariz supra-individual, expressão da dimensão solidarística das actuais Constituições de Estados de direito *material* (social)<sup>905</sup>.

Será difícil traçar uma hierarquia destes bens em relação aos referidos bens pessoais, até porque podíamos considerá-los

903 Bajo Fernández, *Protección del Honor y de la Intimidad*, p. 101.

904 Aqui está um exemplo de como o que pode aparecer sob a veste de novo valor, não passa muitas vezes de uma nova manifestação de valores pré-existentes ou da defesa, face a novas ameaças, de valores já anteriormente considerados fundamentais. Neste sentido, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 55, rebatendo a objecção feita aos valores constitucionais operarem como limites à tutela penal, pelo facto de com tal concepção não se ter em conta o surgimento de novos valores... Embora a nossa Constituição consagre expressamente este direito (art. 26.º; e ainda arts. 34.º e 35.º), mesmo que não o consagrasse, a sua tutela penal seria legítima. O que se poderá perguntar até, é se a sua criminalização não será imposta... O maior problema quanto à sua protecção residirá na compatibilização destes direitos com o direito à liberdade de expressão, principalmente no âmbito da liberdade de expressão e informação e da liberdade de imprensa (arts. 37.º e 38.º). Terá que haver aqui uma ponderação de interesses (art. 18.º da Constituição).

905 Na Constituição portuguesa, a protecção do ambiente vem prevista no art. 66.º e a protecção da economia nacional decorre quer dos direitos e deveres económicos (incluídos no Título III, Cap. I), quer dos princípios da organização económica (Parte II).

como bens complexos, na medida em que englobam no seu seio uma multiplicidade de realidades valoradas positivamente<sup>906</sup>, mas com diversos graus de importância. Por outro lado, também os ataques (ou ameaças) a que estão sujeitos podem assumir níveis muito diferentes de gravidade. De todo o modo, dever-se-á ter em atenção, com Fiandaca, que a Constituição (vale quer para a Portuguesa quer para a Italiana) integra o princípio personalístico com o solidarístico<sup>907</sup>, não permitindo que se deixem na sombra os bens sociais. Também as novas ameaças, por um lado (estamos a pensar no ambiente) e a complexidade da vida económica e necessidade da sua interacção com os interesses gerais da sociedade, por outro (estamos a pensar na economia nacional), postulam redobrada atenção para estes bens.

Será ainda de tomar em consideração, em especial no caso do ambiente, mais uma vez, a sua ligação com os próprios valores tradicionais — a integridade física, e mesmo a vida, neste caso de uma pluralidade de pessoas<sup>908</sup>, muito embora se lhe deva conferir autonomia, pois, directamente, tutela valores sociais mais abrangentes, os quais, em si mesmos considerados, já se revestem de fundamentalidade, e nesta perspectiva são já consagrados na Constituição (caso da Constituição Portuguesa — art. 66.º). «Um meio de vida são constitui sem dúvida um bem jurídico em sentido próprio e autónomo...»<sup>909</sup> E, nos casos mais graves — nos casos que originam uma degradação mais intensa do ambiente e um perigo maior para a saúde pública, estamos em crer que a posição do bem jurídico afectado na ordenação valorativa constitucional, não poderá deixar de ser de

906 Sobre o conceito e conteúdo do bem «ambiente», Rodríguez Ramos, *Protección Penal del Ambiente*, p. 261 e ss. Também sobre este aspecto face à lei Portuguesa, Lopes Rocha, *Delitos contra a Ecología*, p. 235 e ss. Quanto à actual (e progressiva) heterogeneidade dos bens económicos, entre outros, Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes...*, cit., pp. 82, 83...

907 *Bene Giuridico...*, cit., p. 71; acentuando também este aspecto, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, cit. e vide considerações feitas *supra*, *Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 1.*

908 Para Fiandaca ele é concebido, de facto, como instrumental em relação a bens pessoais, *Bene Giuridico...*, cit., pp. 71 e 72.

909 Figueiredo Dias, *Sobre o Papel...*, cit., p. 9.

relevo (eventualmente até de grau semelhante ou mesmo superior à tutela de bens pessoais — pense-se nos perigos das *radiações ionizantes* e da *energia nuclear*. . .). A sua fundamentalidade não se poderá tratar, assim, em globo, dependendo da realidade afectada e da intensidade da sua afectação<sup>910</sup>.

Por fim, será curioso observar que a reivindicação de protecção penal provém de vários quadrantes, quer reagindo contra a pretensão de desprotecção penal de valores clássicos (caso do aborto — onde é o bem vida que está em jogo), quer exigindo a protecção de novos valores (tanto no âmbito dos direitos, liberdades e garantias — intimidade da vida privada, quer no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, como é o caso da saúde pública, do ambiente, da economia. . .)<sup>911</sup>.

910 Não podemos esquecer que a hierarquização não pode ter só em conta a importância dos valores em causa, mas passa também pela consideração da intensidade do ataque, sua forma, etc, factos particularmente relevantes nestes casos.

911 Acentuando este aspecto, Pulitanò, *Obblighi*. . ., cit., p. 486, nota 6 e Stortoni, *Profili Costituzionali*. . ., cit., p. 637, nota 39, referindo, em Itália, o ataque à lei Merli, por insuficiência na protecção do ambiente, por parte de grupos de «esquerda» e o ataque à lei sobre a interrupção da gravidez, por parte de grupos «conservadores». No mesmo sentido se refere Drindl ao caso alemão (*ob. cit.*, pp. 12 e 13). Quer dizer que, curiosamente, se defendem imposições de criminalização partindo de pontos de vista ideológicos diferentes e, por vezes, até mesmo opostos. Os defensores de uma obrigação de eficaz tutela penal do ambiente, geralmente não defenderam a imposição de criminalização do aborto e o inverso também se terá passado. Não nos parece que tal deva e tenha de ser assim. Poder-se-á defender ou negar imposições de criminalização em ambos os casos. Acima de tudo, cremos ser de evitar, o mais possível, uma tomada de posição com base num determinado posicionamento ideológico ou em preconceitos do tipo — a defesa da imposição de criminalização do aborto é uma posição «conservadora» (com as conotações que estão ligadas a esta qualificação) e, concomitantemente, a defesa da sua descriminalização é uma atitude «progressista» e/ou a defesa de imposição de criminalização da ofensa a bens colectivos é «progressista». . . Pensamos que nos devemos guiar, apenas, pela preocupação de uma defesa eficaz dos valores fundamentais, pessoais e colectivos, em especial dos mais essenciais, pela prevenção das condutas mais graves susceptíveis de os ameaçar, mas sem que tal defesa implique mais custos do que os necessários, tendo em conta a função do Direito Penal. Tudo isto, à luz dos critérios constitucionais.

## IV Capítulo

### A ordem constitucional de valores imporá uma coerência na criminalização?

a) Neste capítulo cuidaremos, não propriamente de reconhecer um núcleo de valores de elevado significado constitucional que, por si só, imporá a criminalização<sup>912</sup>, mas de evitar uma incompatibilidade entre ordem de valores constitucional e ordem de bens jurídico-penais; ou seja, de evitar que esta segunda ordem viole a primeira, subvertendo a sua «ratio».

Este problema pode colocar-se, assim, no âmbito mais vasto de uma necessária harmonia entre os actos do Estado e a Constituição. O princípio da constitucionalidade da actividade estadual (art. 3.º da Constituição portuguesa)<sup>913</sup> impõe, não só uma não violação de particulares normas e princípios constitucionais, mas também uma não subversão do seu significado geral, da sua harmonia interna e das indicações de preferência constitucionais. Só esta perspectiva corresponderá a uma correcta interpretação do seu valor<sup>914</sup>.

912 Têm-se denominado imposições constitucionais absolutas de criminalização, quando se refere que a tutela de determinados valores constitucionais vincularia, por si só, o legislador à sua protecção penal (*cf.* Definindo deste modo as imposições absolutas de criminalização, Costa Andradade, *O Novo Código Penal*. . ., cit., p. 227, nota 34, adiantando não ser ainda líquida a sua existência, no estado actual do pensamento político-criminal e jurídico-constitucional). No entanto, quando apresentámos o resumo dos argumentos a favor das imposições de criminalização, referimos não só o aspecto valorativo como o da necessidade de tutela penal — nesta perspectiva já estaríamos perante imposições relativas de criminalização. Mas, a distinção entre imposições absolutas e relativas dependerá também da relação que se faça interceder entre o aspecto da dignidade e o aspecto da carência de tutela penal. Sobre estes problemas *vide infra*, Quinto Capítulo. Do que curamos, por ora, é das imposições relativas num outro sentido — a partir de um princípio de harmonia e coerência entre ordem de bens jurídico-penais e ordem de valores constitucionais.

913 *Vide* Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 80 e ss.

914 Sobre este problema *vide supra*, Introdução à Segunda Parte.

Ora, no que à área penal diz respeito, seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucional<sup>915</sup>.

É neste sentido que Sax se exprime. Embora saliente a liberdade do legislador penal na apreciação do «merecimento de pena» e da «carência de pena»<sup>916</sup>, indica como limite a esta liberdade a ordem de valores constitucionais, no sentido de que a ordem de bens jurídico-penais, face à fronteira entre o punível e o não punível e à diferença, dentro do punível, segundo o tipo e medida da pena, não deveria ser *de todo* incompatível com aquela ordem de valores. Como exemplo de uma situação de incompatibilidade, refere o caso do homicídio não ser punido, ou ser sancionado como um ilícito de mera ordenação social, sendo os crimes contra o património considerados muito graves<sup>917</sup>. Também Costa Andrade afirma ser inquestionável a inconstitucionalidade de leis que descriminalizassem infracções lesivas de valores pessoais e mantivessem ou reforçassem a criminalização da lesão de valores patrimoniais<sup>918</sup>.

No fundo, é ainda de acordo com uma exigência de harmonização entre estas duas ordens que a doutrina Italiana tem proposto, como vimos, uma reestruturação do Direito Penal, a partir

<sup>915</sup> É de salientar que, em geral, nos referimos a ordem de *valores* constitucionais, mas a ordem de *bens* jurídico-penais. Esta diferença terminológica tem em conta a distinção feita por Sax, que toma em consideração a diferente função e fisionomia das duas ordens. A Constitucional, contendo valores fundamentais últimos; a penal, valores intermédios que, em conjunto, e enquanto bens jurídicos, constituiriam a base para o desenvolvimento de valores fundamentais ético-sociais — os valores máximos do catálogo dos direitos fundamentais (Sax, *ob. cit.*, p. 912). Seriam, assim, mediatizações e concretizações, com recortes específicos, daqueles valores máximos constitucionais. Deste modo, apesar da relação interna entre as duas ordens, dever-se-ia distinguir ordem de valores e ordem de bens jurídicos e reservar a expressão ordem de valores para o conjunto das decisões constitucionais (também *idem*, p. 911).

<sup>916</sup> Vide sobre estes conceitos, *supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 1. b).

<sup>917</sup> Sax, *ob. cit.*, p. 930 e 931.

<sup>918</sup> Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, *cit.*, p. 227, nota 34. Assim, poder-se-iam afirmar imposições relativas de criminalização...

do princípio personalístico<sup>919</sup>, e que em Portugal se sistematizou o actual Código penal<sup>920</sup>.

No entanto, esta harmonização pode ser mais ou menos exigente, com o que se deixará maior ou menor âmbito de liberdade de opção para o legislador.

Assim, Sax parece entender que este limite ao poder legislativo só existiria em casos *extremos*. Se tal se verificaria no exemplo apontado, já a não punição da tentativa de ofensas corporais, sendo a tentativa de dano e de injúrias punível<sup>921</sup>, expressão de um «acento materialista»<sup>922</sup>, não perturbaria, porém, a ordem de valores constitucional *no seu todo* e, deste modo, já se conteria dentro da margem de discricionariedade legislativa.

Em sentido oposto, defende Zipf que deveria constituir critério político-criminal não admitir tal desproporção. E que, nestes casos, existiria mesmo uma incumbência constitucional dirigida ao legislador em ordem à correcção<sup>923</sup>. Também nos parece que Costa Andrade se inclina neste segundo sentido, mais exigente, quer pelo caso que refere (descriminalização de ilícitos pessoais — não terá que ser apenas o caso mais grave do homicídio — e manutenção ou reforço dos crimes patrimoniais), quer por transpor o mesmo juízo de inconstitucionalidade para «leis que, pelo recorte da ilicitude ou pelo teor das sanções sub-

<sup>919</sup> Vide *supra*, Terceiro Capítulo, referência à proposta de Fiandaca; em sentido semelhante, Angioni (ao distinguir entre bens primários e secundários, restringindo aos primeiros a legitimidade do emprego de pena detentiva — mais desenvolvidamente, *supra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.2. a); também Bricola, defendendo a existência de uma hierarquia de valores — *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 19).

<sup>920</sup> Vide *supra*, Terceiro Capítulo e ainda Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b) onde se salienta o facto da parte especial do Código penal abrir com os crimes contra as pessoas, facto este intencional.

<sup>921</sup> StGB, arts. 242º, 263º e 303º (crimes patrimoniais) em confronto com o art. 223º (integridade física com reduzida medida da pena e não punição da tentativa).

<sup>922</sup> Sax, *ob. cit.*, p. 931, nota 70. Situação que, no entanto, Bohme qualifica de «barbárie» (*apud idem*).

<sup>923</sup> Zipf, *Introducción...*, *cit.*, p. 95 e 96.

vertessem claramente a hierarquia querida pela Constituição entre aquelas ordens de valores»<sup>924</sup>. Ora, não será o caso citado, vigente na legislação penal alemã, precisamente uma situação de subversão (pelo recorte da ilicitude), da hierarquia querida pela Constituição?<sup>925</sup>

Situação também manifestamente criticável e que nos parece, sob este ponto de vista, incompatível com a ordem de valores constitucional, será a do actual Código penal português, o qual, prevendo para o furto qualificado (art. 297.º) uma moldura legal cujo limite máximo é de 10 anos de pena de prisão, estabelece para o crime de ofensas corporais graves (art. 143.º) uma punibilidade que não poderá exceder os 5 anos e para as ofensas corporais graves com resultado homicídio (art. 145.º), um máximo de 8 anos... (!)<sup>926</sup> Parece-nos que com estas mol-

<sup>924</sup> Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 227, nota 34.

<sup>925</sup> Não punição da tentativa quanto a factos mais desvaliosos à luz de um princípio constitucional personalístico, em relação a outros menos desvaliosos em que a punição seria mais antecipada? É claro que também se terá de ter em conta o grau de gravidade das ofensas corporais em confronto com a gravidade do dano e ainda o tipo de culpa exigido em cada tipo legal. Outro factor que poderá fazer variar a medida da pena e que, assim, também terá que ser tomado em consideração é a necessidade penal (grau de necessidade de tutela penal). No entanto, para além de, em princípio, nos parecer que, quanto mais importante é um bem, maior será a necessidade de tutela penal, não vislumbramos qualquer razão específica que, nestes casos, tornasse os bens patrimoniais mais carecidos dessa tutela do que os de carácter pessoal (sobre este problema vide *infra*, nomeadamente notas 941 e 942).

<sup>926</sup> Deverá ainda ter-se em atenção que as causas de agravação do furto são muito numerosas e por vezes demasiado vagas, como é o caso da alínea a) — valor consideravelmente elevado... (sendo ainda polémico o problema de se saber se o valor se deverá determinar objectivamente ou tendo em conta a situação da vítima e/ou do agente); assim, a maior parte dos furtos serão qualificados (basta desde logo que sejam praticados de noite — alínea c). Para além disso, a moldura legal é muito ampla, consentindo assim uma margem de discricionariedade muito grande, aspecto também discutível, face ao valor de uma certa segurança e de uma não tão ampla possibilidade de disparidade de decisões. Não seria de subdividir as diferentes situações de qualificação, prevendo, consoante a sua gravidade, molduras mais ou menos graves e não tão amplas? Por outro lado, nas ofensas corporais graves, engloba-se: a mutilação, a privação de órgãos, a provocação de doença que ponha em perigo a vida, particularmente dolorosa ou permanente, a anomalia psíquica grave ou incurável ou o

duras penais não se respeita, subverte-se mesmo, a hierarquia que a Constituição estabelece em favor dos bens pessoais<sup>927</sup>.

Em Itália têm-se levantado questões de inconstitucionalidade, com base na comparação de tipos legais, tendo por fundamento o desrespeito pelo princípio da igualdade, da coerência ou proporção interna do Direito Penal e da não descriminação (art. 3.º da Constituição italiana)<sup>928</sup>.

Muito embora, na maior parte dos casos, se alegue um excesso da sanção ou a injustificada criminalização (perspectiva de favor)<sup>929</sup>, já houve situações em que se pretendeu basear a

aborto... Trata-se, assim, de situações *gravíssimas*, em relação a uma pena que não poderá nunca exceder os 5 anos! Quanto às ofensas corporais graves com resultado homicídio não parece necessário acrescentar nada mais... Os exemplos poderiam alargar-se (quanto ao crime de envenenamento, quanto aos crimes sexuais...), mas cremos serem talvez estes os mais significativos. Será de salientar que o Projecto de Revisão do C. P. veio alterar, e bem, estas situações, reforçando a punibilidade dos crimes pessoais em relação à das patrimoniais.

<sup>927</sup> De resto, o problema da medida da pena é também tido em conta por Sax, uma vez que a ordem de bens penais não deveria ser incompatível com a ordem de valores constitucionais, quer no estabelecimento da fronteira entre o punível e o não punível, quer quanto à diferença, dentro do punível, segundo o tipo e medida da pena.

<sup>928</sup> Vide *supra*, nota 624. Estas questões têm sido mesmo colocadas perante a Corte Constitucional. Na excepção levantada pelo Pretor de Siena com «ordinanza» de 27 de Maio de 1969 — Gazz Uff. n.º 172, de 9 de julho de 1969 — referia-se o problema da maior tutela da propriedade em relação às lesões à integridade física como a expressão de uma ideologia contrária à acolhida na Constituição (vide Bricola, *Teoria Generale...*, cit., p. 18 e nota 9). No entanto, a Corte, na maior parte dos casos tem considerado, ou que a questão não tem a ver com a constitucionalidade por se tratar de um problema de política legislativa, ou aceita controlar a razoabilidade da questão mas chega constantemente à conclusão do seu não fundamento (argumentação utilizada no caso referido). Criticando esta atitude por parte da Corte Constitucional, Pizzorusso, *Le Norme sulle Misura delle Pene...*, cit., pp. 206-207 e também Bricola, *idem* (Sobre estes problemas, vide *supra*, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 2.4. b)).

<sup>929</sup> Neste sentido, vide Bricola, *ibidem* e Pulitano, *Obblighi...*, cit., p. 526 (vide *supra*, *idem*). Em alguns casos raros a Corte Constitucional considerou a questão suscitada e, de acordo com o princípio da igualdade, declarou a inconstitucionalidade da norma (*Sentença n.º 131/79* — sobre a conversão da pena pecuniária em detentiva — e *n.º 139/82* — sobre a presunção de perigosidade dos indivíduos absolvidos por enfermidade mental). Ainda a *Sentença n.º 26/79*, de 1980, p. 200 e ss. sobre o art. 186.º do CPMP (insubordinação militar vio-

inconstitucionalidade de uma protecção penal insuficiente ou mesmo inexistente nestes mesmos critérios<sup>930</sup>.

Convirá recordar que para Bricola a comparação deveria ser feita entre o bem jurídico tutelado pela norma e o direito (normalmente a liberdade) que se vai restringir ao infractor que preencha o tipo. A partir desta comparação é que se chegaria à conclusão se teria havido um excesso na medida da pena ou na própria criminalização. Voltamos assim ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>931</sup>. No entanto, Bricola não deixa de referir o art. 3.º da Constituição (proibição de discriminação), assim como o art. 27.º, n.º 3 (considerando que as penas excessivas são deseducativas)<sup>932</sup>. Salienta ainda que, para que este controlo seja possível, se requer uma avaliação e comparação de valores constitucionais aprofundada e a descoberta

lenta), considerando-a parcialmente ilegítima por ter «subvertido a ordem de valores em jogo» ao valorizar prioritariamente a disciplina militar em relação ao bem vida, posição esta expressa no nivelamento de sanções — cárcere («ergastolo») — por factos de insubordinação relativos a diversos níveis de agressão à vida (*vide Corte Costituzionale*, n.º 26/79, p. 200 e ss., com nota de Rossetti e ainda referências a estes casos em Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, p. 526).

<sup>930</sup> Casos em que a partir da tutela penal de certos bens se pretende impor a de outros (como no caso do art. 501.º, bis do Código Penal Italiano) ou a partir da tutela penal de dado bem em determinadas situações, se pretende impor a tutela do mesmo bem face a outras situações (caso da diversa disciplina de tutela concedida a diferentes situações pela lei Merli, no âmbito da protecção do ambiente, ou da tutela da liberdade religiosa, a qual imporia a extensão da tutela penal contra o ultrage ao sentimento religioso dos indivíduos que professassem confissões religiosas diversas da católica — *Decisão n.º 14*, de 27 de Fevereiro de 1973 — *vide Pulitanò, idem*, p. 526 e ss. e Pallazzo, *ob. cit.*, p. 106 e ss.).

<sup>931</sup> Este princípio é, como vimos, defendido por vários autores (em Itália destacou-se Angioni; também Bricola e Fiore, *vide supra, Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.*), chegando-se, através dele, à aceitação da existência de uma hierarquia de valores ainda que tendencial, muito embora se salientem as dificuldades na determinação desta hierarquia, o que, no entanto, não deverá desencorajar o intérprete (neste sentido, Bricola, *Teoria Generale...*, *cit.*, pp. 19 e 20). De facto, apesar de nos parecer que o respeito pelo princípio da proporcionalidade tem que ser feito em concreto, tendo em conta não só o valor em causa, mas também o tipo de agressão (ou ameaça) a esse valor, o grau de danosidade social, o grau de culpa..., cremos que alguma hierarquização acaba por inevitavelmente estar pressuposta nestas operações.

<sup>932</sup> *Teoria Generale...*, *cit.*, p. 15 e p. 19, nota 9 (*vide supra, idem*).

do perfil ideológico-político e de eventual compromisso da Constituição<sup>933</sup>.

Se Bricola aplica estes critérios em sede limitadora do poder criminalizador, não deixa também de considerar a hipótese de ilegitimidade constitucional da despenalização (e, julgamos nós poder acrescentar, da diminuição de tutela penal<sup>934</sup>) de um ilícito lesivo de um valor com relevo constitucional, quando tal despenalização determinasse «uma irracional disparidade de tratamento com respeito a outros factos lesivos de valores constitucionais de igual significado (ou equivalente e, acrescentamos nós, por maioria de razão se fossem de significado inferior), configurados, estes, como ilícitos penais»<sup>935</sup>.

<sup>933</sup> Bricola, *ibidem*, p. 19.

<sup>934</sup> Caberá lembrar que Bricola relaciona sempre a medida da pena com a significatividade constitucional do valor a tutelar... (*vide supra, idem* e Bricola, *ibidem*, p. 14 e ss.).

<sup>935</sup> Bricola, *ibidem*, p. 20, nota 4. Isto, apesar de Bricola não aceitar imposições absolutas de criminalização, na medida em que afirma que «é objecto de uma situação subjectiva não obrigatória a configuração por parte do legislador de factos lesivos dos valores indicados (constitucionalmente significativos) como crimes e não como ilícitos extra-penais» (Bricola, *Legalità e Crise...*, *cit.*, 228). Por outro lado, parece-nos oportuno tomar em consideração o problema das causas de impunidade, posto em relevo por Bricola. Este autor salienta o facto das hipóteses de «não punibilidade» poderem criar «odiosas formas de privilégio por razões de «oportunidade político-criminal» sem nenhuma relação com os valores constitucionalmente garantidos». Para evitar esta situação, entende que, assim como o crime se deve traduzir na violação de um interesse constitucionalmente significativo, a área da não punibilidade também deveria exprimir interesses constitucionalmente significativos. Dever-se-ia ainda exigir que no âmbito das causas de justificação se procedesse a uma comparação entre interesse tutelado (interesse interno) e interesse em função do qual se exclui a ilicitude (interesse externo). Mas, quanto mais nos afastamos desta área, menores seriam as exigências no sentido do interesse externo ser constitucionalmente prevalente ou equivalente ao interesse interno, sendo suficiente o seu relevo constitucional (como por exemplo, o interesse na reeducação). Por outro lado, quanto mais ligado a modelos processuais menos possível seria uma análise de tipo constitucional do interesse externo (Bricola, *Legalità e Crise...*, *cit.*, p. 229, 230). Em sentido semelhante, Stortoni, *Profili Costituzionali...*, *cit.* — em conclusão, nas p. 670, 671, chamando no entanto a atenção para o facto de, em certos casos raros de causas de exclusão da punibilidade, como quando está em causa a tutela do valor vida, se dever proceder a uma rigorosa comparação

Deste modo, o princípio da proporcionalidade, o da não descriminação e o da razoabilidade das decisões, todos, de resto, intimamente ligados à ideia de não subversão da ordem valorativa constitucional, apontariam num mesmo sentido. E, apesar de originariamente invocados na perspectiva garantística (evitar sanções excessivas ou a existência de crime quando tal não se justifica), teriam o seu reverso em sede de imposição de criminalização ou de elevação da medida da pena.

b) Em posição crítica face a esta «inversão de sentido» na aplicação do princípio da igualdade (ou de coerência interna) se coloca Pulitanò. Ter-se-ia que ter em conta, desde logo, que a igualdade ou coerência interna tanto se pode alcançar através da solução criminalizadora (ou agravadora da pena) como da solução descriminalizadora (ou diminuidora da pena). A inversão de sentido na aplicação do princípio da igualdade corresponderia a uma preocupação impositiva de tutela penal (ou de

---

entre interesse interno e externo, à semelhança do que se defende para as causas de justificação. Também Pulitanò se refere a esta necessidade de estabelecer limites na área da impunidade, mas em termos muito cautelosos — apenas para situações limite, sem uma mínima justificação, para que não se imponha ao legislador uma determinada política penal, mais repressiva; por outro lado, «o princípio da igualdade não deveria ser contraposto à «oportunidade política», quaisquer que fossem os interesses subjacentes, conquanto que o regime introduzido não fosse arbitrário, lesivo de proibições constitucionais (implícitas ou explícitas) de diferenciação normativa» (Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 527 e ss. e p. 530). Esta perspectiva parece-nos muito importante. No entanto, quanto aos interesses que poderão justificar a impunidade, parece-nos de sufragar a opinião de Pulitanò, quando refere que o princípio da igualdade não deveria ser contraposto à «oportunidade política», na medida em que nos parece defensável, pelo menos quanto às causas de exclusão da punibilidade (sobre este problema nas causas de exclusão da ilicitude *vide infra*, Quinto Capítulo, Secção 2.8.1.), que razões de oportunidade política (como a própria desnecessidade de tutela penal) estejam na sua base, desde que não sejam, de facto, arbitrarias, contrárias à Constituição. Por outro lado, embora se deva distinguir esta concepção (uma vez que se trata de fundamentar o tratamento diverso de certas situações que se incluem no tipo legal — tipo este que já foi criado pelo legislador), da que está a ser por nós estudada, parece-nos ter relação com o nosso problema, como veremos *infra*, d) (nota 948).

tutela penal mais eficaz ou mais abrangente, acrescentamos nós) de certos interesses, pelo que encontraria os mesmos problemas que as obrigações de penalização<sup>936</sup>. Considera até que esta concepção «repõe os problemas de forma mais drástica», pois, tendo por critério o princípio da igualdade e assumindo como parâmetro os tipos legais existentes — *de per se* não obrigatórios — expande as obrigações de criminalização para além do vínculo das questões de tutela fundamental<sup>937</sup>.

c) Que dizer?

Antes de mais, parece-nos que devemos distinguir entre os casos de insuficiente e os de inexistente tutela penal.

c) a) Se em relação aos primeiros já houve uma decisão do legislador no sentido da criminalização, é porque este entendeu, tendo em conta os princípios constitucionais rectores desta matéria, que o bem teria dignidade e careceria de tutela penal. Assim, se há uma disparidade acentuada entre a tutela penal deste bem e a de outro de significado constitucional equivalente ou, mais grave ainda, de significado constitucional inferior, no sentido de conferir a este último uma tutela mais abrangente (através, por exemplo, da previsão de crimes de perigo, da punibilidade da tentativa, da punibilidade da própria conduta negligente...) ou mais elevada (sancionando a sua violação com penas mais drásticas e/ou uma medida da pena mais elevada), parece que se poderá pôr em causa a constitucionalidade das normas penais. É claro que se terá de tratar de casos em que seja *evidente* a inversão de hierarquia dos bens, por referência à ordem de valores constitucionais. Não se tratará nunca, na nossa perspectiva, de um problema puramente interno da ordem penal, mas sempre de um problema de harmonização das valorações

---

936 No fundo, refere-se às denominadas imposições de criminalização absolutas (e às relativas, mas no primeiro sentido por nós referido *supra*, nota 912) e já não às relativas neste sentido de que ora curamos (a partir de uma comparação entre tipos legais por referência à ordem de valores constitucional; Pulitanò, *ibidem*, p. 527).

937 *Idem*, p. 527.

penais com as constitucionais<sup>938</sup>. Em rigor, a coerência do Direito Penal não se pode ver senão a partir de um quadro de valores superior, expressão de uma racionalidade e uma valência social. Esta disparidade de tratamento também não poderá ser determinada por outras razões constitucionalmente atendíveis, como seria o caso da presença de valores de nível constitucional conflituantes ou, (hipótese, segundo cremos, de mais difícil verificação...) <sup>939</sup>, do bem de valor superior apresentar uma menor carência de tutela penal (uma vez que alguma já foi afirmada). Concluimos, assim, que a inconstitucionalidade se verificaria face a uma situação em relação à qual se pudesse afirmar, pela análise dos tipos legais, uma verdadeira <sup>940</sup> incom-

<sup>938</sup> Pode-se, de facto, detectar uma incoerência interna do sistema penal, mas o padrão para se saber qual a norma que deverá ser considerada inconstitucional para se eliminar a incoerência é o da Constituição (em sentido não totalmente coincidente, mas também quanto a um problema algo diferente — os vícios lógicos intrínsecos da lei — Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, cit., p. 259).

<sup>939</sup> Mais difícil (mais rara), até porque alguma adequação e eficácia do Direito Penal já foi afirmada pelo legislador com a criminalização (a menos que esta se devesse considerar inconstitucional). Sobre a relação entre dimensão valorativa e pragmática, vide *infra*, Quinto Capítulo.

<sup>940</sup> Assim, só se poderá afirmar esta verdadeira incompatibilidade tendo em atenção uma série de factores — a dignidade do bem em causa, o tipo de ofensas consideradas, o grau de danosidade social, o grau de culpa (embora através destes mesmos factores se possa subverter a ordem de valores constitucional — quando, p. ex., se pune a tentativa em relação a um bem claramente menos grave do que outro em que só se pune o crime consumado), os interesses conflituantes em jogo e o próprio grau de carência de tutela penal. Por isso afirma Bricola que «a medida da sanção penal pode depender de outros elementos que resultam da ratio da tutela...» (*Teoria Generale...*, cit., p. 19, nota 9). Nestes casos, não se deverá considerar a lei inconstitucional. Mas parece-nos que haverá casos em que é clara ou pelo menos fácil de detectar a inexistência destes outros elementos justificativos de uma disparidade de tratamento e que, assim, esta disparidade desrespeitará a ordem valorativa constitucional. Nos casos apontados não nos parece haver razões atendíveis para a inversão da tutela penal num sentido marcadamente materialista. Uma situação em que há uma menor tutela penal de um bem pessoal em relação à tutela de bens patrimoniais é a do aborto. No entanto, aqui invocam-se interesses conflituantes em jogo e problemas no âmbito da necessidade penal (sobre esta questão, vide *infra*, Quinto Capítulo, Secção 2.).

patibilidade com a ordem de valores constitucional. Esta verdadeira incompatibilidade, ao ter que tomar em linha de conta todos estes factores e não, apenas, o grau de importância do bem jurídico, poderá não ser, de facto, de fácil determinação. No entanto, haverá casos claros — como nos parecem ser os apontados — em relação aos quais não haverá por que impossibilitar o Tribunal Constitucional de declarar a inconstitucionalidade e casos que, embora sendo menos evidentes, justificariam a exigência de uma fundamentação por parte do legislador para a decisão tomada <sup>941</sup>.

Mas, fica uma pergunta por responder — qual dos tipos legais deveria ser considerado inconstitucional? O que prevê uma tutela mais fraca ou o que prevê a tutela mais forte (ou mais abrangente)?

Esta é, de facto, uma questão pertinente, dado que a disparidade seria eliminada, como refere Pulitanò, quer pela solução desagravadora quer pela agravadora da pena. Quanto a este aspecto, cremos que será o princípio da proporcionalidade a dar-nos a resposta. Assim, vejamos: se se pode considerar excessiva uma sanção, tendo em conta o bem jurídico que visa tutelar e a forma e grau da sua ameaça, em comparação com os direitos do agressor que vão ser restringidos, não se poderá considerar, ao invés, que uma sanção é insuficiente, a partir da mesma

<sup>941</sup> Solução semelhante à que defendemos *supra*, Segunda Parte, Primeiro Capítulo, Secção 5. c) (a propósito da danosidade social) e Terceiro Capítulo, Secção 6. b) (a propósito da necessidade penal). Não se trata de controlar sempre a decisão do legislador, mas apenas nos casos de evidente incompatibilidade constitucional e de exigir uma justificação (uma comprovação aproximada, consoante os casos) em situações que também não se apresentem compreensíveis em razão do valor elevado do bem em causa em confronto com os outros bens, mas em que, eventualmente, possa haver algum fundamento para tal atitude. É claro que estas duas situações se podem relacionar. Algo que parece manifestamente irrazoável poderá, eventualmente, ter alguma razão de ser... mas então o ónus da prova deverá caber ao legislador, e de uma forma mais exigente, o que não quer dizer que se exija uma prova plena (dependendo das possibilidades de prova, da importância dos bens em questão...). No entanto, nos casos citados, não nos parece que se vislumbrem razões para uma descriminação contra o bem mais importante...

comparação? Ora, se se verificasse que, neste caso, era o tipo legal mais brando a apresentar um *déficit* na proporção entre bem protegido e bem ofendido com a pena, deveria ser este a elevar a punibilidade e não o outro a baixar a sua (a não ser que, concomitantemente, o outro apresentasse uma desproporção em sentido inverso...) <sup>942</sup>.

Deste modo, parece-nos que só a partir da conjugação destes vários princípios — coerência interna por referência com a ordem valorativa constitucional e princípio da proporcionalidade — se conseguirá uma solução razoável.

c) b) Haverá ainda outro nível de comparação — a partir da tutela de um determinado bem jurídico numa sua manifestação (ou face a certo tipo de ameaças) poder-se-á querer retirar a obrigação de tutela deste mesmo bem jurídico face a outro tipo de situações. Por exemplo, na Alemanha, a polémica questão da violação dentro do casamento, foi discutida também nestes termos <sup>943</sup>. Assim, não só se apelou para a dignidade da

<sup>942</sup> Não será esta a situação do nosso art. 297.º (furto qualificado) e do art. 143.º (ofensas corporais graves)? *Déficit* de protecção quanto ao bem integridade física e protecção excessiva quanto ao bem propriedade? Estamos em crer que sim... Não se pode nunca esquecer, no entanto, que tal já não seria assim na hipótese da carência de tutela penal indicar solução inversa à do princípio da proporcionalidade — ou seja, indicar que a eliminação da descriminação de tutela penal contra o bem de maior valor deveria ser resolvida pela solução desagravadora ou, até, pela manutenção da situação, caso o 297 não ofendesse o princípio da proporcionalidade em sentido estrito... (Relacionar com o que dissemos *supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 2. b)), no sentido de que não se devem restringir os direitos do agressor para além do necessário, mesmo que o princípio da proporcionalidade o permitisse, mas, por outro lado, que este nunca poderá ser ofendido, mesmo que sob o ponto de vista da necessidade penal tal fosse conveniente. Geralmente, porém, há uma certa coincidência entre proporcionalidade e necessidade — quer num sentido, quer noutra — a solução mais justa é, normalmente, também a mais eficaz — neste sentido, Cobo del Rosal/Vives Antón, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>943</sup> Sobre esta questão e no sentido do texto, Hemelken, *Zur Strafbarkeit der Ehegattennotzucht*. Em Portugal o artigo da violação não distingue o caso das mulheres casadas em relação aos seus maridos das outras situações (art. 201.º e ss.), distinção que, no entanto, ainda constava do Projecto.

pessoa humana (art. 1.º, GG) e para a liberdade (art. 2.º, GG — o que implica, obviamente a liberdade sexual) <sup>944</sup>, mas também para o princípio da igualdade (art. 3.º, GG). Deste modo, o próprio facto da violação estar criminalizada em relação a todas as outras situações, confere *mais um* argumento para a obrigação de criminalização — de acordo com o princípio constitucional da igualdade (é aqui se pode fazer entrar a ideia de imposição relativa de criminalização) <sup>945</sup>. Sendo a violação considerada crime face a prostitutas, desconhecidas, amigas, namoradas, noivas, ... porque não constituir crime face às mulheres casadas? Porque razão deixar de exigir o respeito pelos direitos fundamentais das mulheres por parte dos seus maridos? Neste caso, como se vê, da tutela penal de um dado bem (autodeterminação sexual, ligada à dignidade, liberdade e à própria integridade física), em determinadas situações, pretende-se alargar a tutela a outras situações igualmente dignas e carecidas de tutela penal.

Também nestes casos se terá de atender às diferenças que podem interceder entre as diversas situações — diferenças que podem tocar um menor grau de danosidade social, interesses conflituantes em jogo ou menor necessidade de tutela penal. Não se pode esquecer que o Direito Penal é fragmentário — que não tem que proteger cada bem que considera digno de tutela penal em toda a sua extensão, mas apenas nas situações mais graves e mais necessitadas de tutela. Mas, mais uma vez haverá casos claros, como nos parece ser o referido. Neste caso, o fundamento que se apresentou para a não criminalização — a protecção constitucional do casamento (art. 6.º, GG) — parece não poder proceder. De facto, não só os valores violados são de primacial

<sup>944</sup> De resto, a consideração dos crimes no âmbito sexual como crimes contra a autodeterminação sexual (solução alemã), está de acordo com esta perspectiva. Em Portugal, também se substituiu a epígrafe — «Dos Crimes Contra os Costumes», para a nova epígrafe — «dos Crimes Sexuais» (*vide supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 1. b)). Sobre estas questões, Figueiredo Dias, *Crimes contra os Bons Costumes*.

<sup>945</sup> Também a partir do princípio da igualdade se criou o novo tipo legal de estupro em Portugal — art. 204.º, no qual não se distingue segundo o sexo da vítima. (Referindo estes problemas, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 437 e ss., com indicações bibliográficas na nota 76, p. 438).

importância<sup>946</sup>, como esta sua desprotecção poderá ter o efeito inverso ao pretendido — desfavorecer o casamento, uma vez que as mulheres «perdem a protecção penal face à violência do marido»<sup>947</sup>.

c) c) Mais problemática ainda poderá ser a situação em que, a partir da tutela penal de um dado bem se pretende retirar a obrigação de tutela de outro bem de valor semelhante ou superior, porque não houve nenhuma decisão do legislador no sentido de considerar aquele bem digno e carecido de tutela penal. Enquanto que nos outros casos há esta base, o legislador tomou posição quanto ao bem em causa, considerando-o digno e carecido de tutela penal — o legislador criminalizou determinada conduta, apenas se põe em causa a medida da pena, ou o legislador tutelou determinado bem jurídico, apenas se põe em causa a extensão dessa tutela<sup>948</sup> — aqui, o legislador penal

<sup>946</sup> Helmken considera que invocar o art. 6º, I GG, denota o desconhecimento da ordem dos Direitos Fundamentais (*ob. cit.*, p. 174). Assim, este nível de análise (a partir do princípio da igualdade), não prescinde, como vimos, da análise do grau de importância dos bens em causa.

<sup>947</sup> Helmken, *ibidem*. Para além deste exemplo, relembremos a situação referida por Pallazzo, *ob. cit.*, p. 106 (*vide supra*, nota 930). Assim, a partir da tutela de um bem — liberdade religiosa — numa das suas possíveis manifestações — profissão da religião católica, dever-se-ia retirar a obrigação de estender a tutela penal a outras manifestações deste mesmo valor — profissão de outras confissões religiosas, criminalizando-se o ultrage ao sentimento religioso de qualquer religião.

<sup>948</sup> E será nesta sede, tendo-se em conta a decisão «de princípio» do legislador, que o nosso problema encontra alguma relação com o da «impunidade» (*vide supra*, nota 935), devendo-se exigir, assim, a presença de uma razão justificativa para a disparidade de tratamento estabelecida. Esta relação vê-se de forma mais evidente no caso do bem jurídico ser tutelado penalmente mas apenas em certas manifestações, se as que ficaram fora da tutela penal são de grau equivalente ou superior; mas também no caso de menor punibilidade de um bem face a outro de menor importância se deverá ter em conta que o legislador já decidiu que, para além da dignidade penal, o bem necessitava da tutela penal... e mesmo neste terceiro grupo de situações, de que ora curamos (em certo sentido mais problemático porque não houve nenhuma decisão de princípio, desde logo quanto à carência de tutela penal), as decisões quanto a outros bens dão-nos ainda alguma indicação e exigem alguma coerência — sim, porque no fundo, trata-se sempre de um problema de coerência, de tentar evitar soluções arbitrárias, contrárias ao espírito da Constituição ou a algum seu preceito em particular.

absteve-se de qualquer intervenção. Sabemos bem, no entanto, que a Constituição é que deve servir de parâmetro, e esta, quanto à importância do bem, pode dizer-nos que ele tem um valor muito superior à de outros tutelados penalmente. Assim, esta questão terá, como é evidente, mais hipóteses de aceitabilidade face a um bem concretizador de um valor de grau claramente superior do que de grau semelhante aos tutelados penalmente<sup>949</sup>.

Poder-se-á dizer que, por um lado, esta situação ainda é mais grave (e, assim, mais clara quanto à sua inadmissibilidade) do que a não tutela de determinadas manifestações de um mesmo bem jurídico, pelo facto do bem, aqui, ser manifestamente mais importante do que os tutelados penalmente (pense-se na hipótese limite do homicídio não ser crime e já o ser o furto ou mesmo o roubo ou até as ofensas corporais...) e, assim, haver uma nítida subversão dos valores, enquanto que na outra situação poderiam ser razões de menor danosidade de certas condutas a determinar a disparidade de tratamento. Mas, face a casos em que a disparidade valorativa não é tão grande ou não é tão evidente, o facto do legislador não ter exprimido uma posição quanto a este bem pode tornar a situação mais duvidosa<sup>950</sup>. Estas dúvidas surgirão principalmente em sede de carência de tutela penal. Mesmo face a um bem jurídico de valor superior a outro, tutelado penalmente, não poderá ter sido a análise da carência de tutela penal que determinou o legislador penal a não o tutelar, a abster-se de qualquer intervenção?

É claro que esta questão também se coloca (e temo-la colocado) em relação às outras situações. Mas, se quando estamos face a um problema de medida da pena podemos dizer que o legislador já decidiu da carência de tutela penal e que o que está em causa é o seu grau, que poderá não encontrar qualquer justificação (maior punibilidade do furto face às ofensas corporais graves...), aqui, pode-se dizer que apesar da dignidade do bem ser superior, o Direito Penal não se apresenta adequado

<sup>949</sup> *Vide supra*, a), os exemplos apontados...

<sup>950</sup> Nos outros casos poder-se-á raciocinar, como vimos, a partir de uma certa coerência no tratamento de um mesmo bem jurídico.

para a sua tutela ou que há outros meios suficientemente tuteladores — quer dizer, o legislador não se decidiu, nem como decisão de princípio, quanto à carência de tutela penal deste bem. É verdade que, no caso em que se tutela só parcialmente o bem (segundo grupo de situações referidas), também se poderá dizer que a carência de tutela só se verifica em relação a uma situação e não a outra; mas talvez a possibilidade de controlo se torne mais fácil pois já houve uma decisão do legislador no sentido desta necessidade de tutela penal para o mesmo bem jurídico — terá que haver algo de relevante na mudança da situação (na outra manifestação ou na outra forma de ataque ao bem) que justifique, que torne compreensível, a diferente solução<sup>951</sup>. Assim, neste terceiro grupo de situações, a afirmação de inconstitucionalidade por inexistência de tutela penal, poderá ser mais complexa. No entanto, ainda neste caso, este tipo de abordagem parece constituir um importante ponto de apoio. O facto de se proteger penalmente um bem (afirmando-se, assim, a sua dignidade e carência de tutela penal), poderá conduzir à necessidade de comprovação (mais ou menos aprofundada consoante os casos) da inexistência dessa necessidade de tutela penal em relação a um outro bem de dignidade superior (e, até mesmo, de dignidade equivalente). Isto, tendo em conta que, em princípio, também haverá necessidade de conceder uma protecção mais eficaz quanto mais fundamentais forem os bens. O que se poderá dizer, sem dúvida, é que, neste terceiro grupo de situações, a apreciação da constitucionalidade da não criminalização ou da descriminalização, contende ainda mais directamente com a relação entre dimensão axiológica e pragmática do bem jurídico penal.

d) Que dizer, depois destas considerações, quanto à crítica que Pulitanò coloca às denominadas «imposições relativas de criminalização»?

<sup>951</sup> É a partir destas considerações, como vimos — por inexistência de mudança relevante da situação — que se pode sustentar a inconstitucionalidade da não punição da violação dentro do casamento ou da não punição do ultrage a sentimentos religiosos de indivíduos que professem religião diferente da católica.

De facto, muitos dos problemas que se colocam quanto às imposições «absolutas» (ou melhor, «independentes» da comparação entre tipos legais) se mantêm. Não basta a verificação da presença de valores iguais ou superiores, para de umas criminalizações se retirarem outras. Por outro lado, quando se trata do segundo grupo de situações (a partir da tutela de um bem em certas circunstâncias pretender-se retirar a tutela do mesmo bem em todas as outras circunstâncias) e terceiro grupo de situações (a partir da tutela de um bem retirar-se a de outro bem), poder-se-á dizer (tendo em conta as críticas de Pulitanò) que de uma tutela não imposta se está a retirar uma imposição, o que «repõe os problemas de forma mais drástica» por extensão das obrigações de criminalização «para além do vínculo de tutela de questões fundamentais»?

Vejamos: Se de uma tutela penal de legitimidade duvidosa ou, de todo o modo, não protectora de bens muito fundamentais, mas ainda legítima, pretendessemos retirar a criminalização de outros bens do mesmo nível — assim seria. Esta crítica terá, nestes casos, a sua razão de ser. Mas, se através desta tutela pretendemos retirar a de bens muito mais importantes<sup>952</sup>, principalmente se se trata dos tais bens de primacial importância, ou se a tutela penal existente se refere, ela própria, a tal tipo de bens, já a consequência negativa — de alargamento indevido da obrigação de criminalização não se verificará. Quer dizer, então, que o princípio da harmonia ou coerência não pode prescindir completamente da ideia de núcleo de valores mais fundamentais<sup>953</sup>. Poder-se-á perguntar: — então qual a sua relevância? Todas estas questões eram perfeitamente suprimíveis? Em relação a este ponto é que não nos parece que assim seja

<sup>952</sup> A pergunta que se pode colocar é esta — mesmo em relação a bens de não tão inequívoca primariedade (de entre os fundamentais, é claro...) a necessidade de não discriminação, de coerência interna, não poderá impor ao legislador a tutela penal? Ou, pelo menos, não poderá exigir uma fundamentação (variando o grau de exigência com a situação em causa) para tal disparidade?

<sup>953</sup> Como vimos, por exemplo, no caso da violação dentro do casamento defende-se a imposição de criminalização quer por referência à importância dos valores que estão em causa, quer por referência ao tratamento dado a situações semelhantes...

— não só o problema de uma coerência quanto ao sistema de medidas e tipo de penas pode encontrar aqui um importante ponto de apoio, como a própria obrigação de criminalização. Tendo por base, não só a hierarquia de valores Constitucionais com a consideração dos que estão no seu topo, mas também as próprias decisões do legislador e a necessidade de que apresentem um mínimo de coerência por referência essa ordem constitucional, pode com mais propriedade chegar-se à afirmação de imposições de criminalização. Desde logo, o problema controverso da carência de tutela penal poderá aqui encontrar mais fácil solução. Não que fique sempre resolvido, no sentido do Tribunal Constitucional o poder controlar, é claro que não (como afirmámos, de resto, ao longo desta exposição); mas através das decisões do legislador nesta sede em relação a determinados bens jurídicos ou em relação a determinadas manifestações de bens jurídicos, pode-se, em casos mais nítidos, retirar conclusões quanto à não existência de razão justificativa para negar esta necessidade de tutela penal em relação a outras manifestações (ou outros ataques) ao mesmo bem jurídico, ou mesmo a bens jurídicos diferentes (ou, pelo menos, exigir uma fundamentação para uma atitude aparentemente incoerente). Em todos os casos apontados parece-nos que seria esta a situação.

Por fim, caberá referir que a maior parte, senão todos os casos em que se discute a imposição constitucional de criminalização, poderia encontrar aqui a sua sede — pois em muitas situações é possível retirar um legítimo apoio para a necessidade de criminalização por comparação com as soluções penais estabelecidas, exigindo-se uma certa coerência em relação à ordem valorativa constitucional. No entanto, trataremos alguns exemplos noutra âmbito por colocarem de forma pertinente a questão da relação entre dignidade e necessidade de tutela penal (tal será o caso do aborto, p. ex.) e porque sabemos já que este tipo de abordagem não evita que se tenha de averiguar daquela relação.

Na verdade, parece-nos que o método mais seguro para a averiguação da existência de imposições de criminalização deveria combinar os vários aspectos em questão.

## V Capítulo

### Elevada dignidade penal implicará necessidade penal?

#### 1. Relação entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal

a) O problema mais controverso que se nos coloca, em sede de imposições constitucionais de criminalização, parece ser o da carência de tutela penal. Este problema, segundo cremos, acaba mesmo por nos questionar acerca da função e, mais do que isso, da essência, da razão de ser, do Direito Penal.

Voltamos à questão fulcral: — Será que elevada dignidade penal (incluindo já a elevada danosidade social) implica sempre necessidade de tutela penal, de tal forma que, face a tais condutas, se possa impor constitucionalmente a criminalização, sem que, para tal, o Tribunal Constitucional tenha que proceder a complexas comprovações empíricas acerca da carência de tutela penal<sup>954</sup>, por esta se apresentar evidente?

Se assim fosse, estaria a questão das imposições constitucionais de criminalização resolvida. Tendo-se averiguado a possibilidade de identificar, a partir da ordem valorativa constitucional, um núcleo de bens jurídicos de essencialidade primordial e de condutas de inequívoca danosidade social, seria

954 Para as quais não teria capacidade (O Tribunal Constitucional não está pensado, não está vocacionado, para tais tarefas), nem legitimidade. É ao Parlamento, pela sua estrutura, modo de funcionamento e legitimação democrática, que compete proceder a tais averiguações e ponderações (sobre estes problemas Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, cit., nas p. 350 e ss. sobre a teoria funcional; nas p. 364 e ss. sobre a liberdade de conformação do legislador; também Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 502 e ss.; Otto Bachoff, *ob. cit.*, p. 8 e ss.; (vide também *supra*, nomeadamente no Primeiro Capítulo e *infra* Secção 4)).

imposta a tutela penal desses bens, a partir da criminalização dessas condutas.

Esta afirmação, no entanto, pode dar a entender que a questão, colocada nestes termos, seria de muito simples resolução, o que nem sempre será o caso. Sabemos bem que as hierarquias de valores são meramente tendenciais, que não basta estarmos perante um valor primordial, mas que teremos ainda que averiguar quais as condutas que mais o põem em causa (o que nem sempre será pacífico), que, assim, há graus de gravidade das condutas e da própria culpa que devem ser levados em conta...<sup>955</sup> Sabemos ainda que pode haver interesses conflitantes em jogo que terão de ser tomados em consideração, de acordo com uma ponderação de bens<sup>956</sup>. E que tudo isto implica uma margem de liberdade de avaliação e decisão para o legislador. A estes problemas, no entanto, já temos vindo a aludir. De todo o modo, o que se poderia defender era a existência de imposições constitucionais de tutela penal nos casos mais evidentes.

b) Temos afirmado, ao longo deste trabalho, a tendencial convergência entre elevada dignidade penal e carência de tutela penal<sup>957</sup>, assim como, ao invés, entre reduzida ou duvidosa dignidade penal e inexistência de necessidade de tutela penal<sup>958</sup>. De resto, esta posição tem sido ilustrada com alguns exemplos

<sup>955</sup> Este pensamento está de acordo com o princípio da proporcionalidade e, assim, com a característica de fragmentariedade do Direito Penal. No entanto, imposições de criminalização só seriam pensáveis face a situações em que fosse muito evidente a sua elevada gravidade.

<sup>956</sup> Na qual se tentará, como referimos já, preservar o máximo de cada um deles e não atingir o seu núcleo essencial (art. 18.º, n.º 2 e 3 da Constituição Portuguesa).

<sup>957</sup> *Supra* Primeiro Capítulo e ainda Segunda parte, Terceiro Capítulo, Secção 4 b) e 5 c). Para resolver o problema das cifras negras, propõe Angioni, como vimos, que se distinga consoante a gravidade dos factos — eliminando a incriminação em relação aos menos graves, mantendo e reforçando a persecução em relação aos mais graves.

<sup>958</sup> É evidente que, entre estes dois pólos opostos, existe ainda uma larga margem de casos menos nítidos — de situações de dignidade penal, mas de carência de tutela penal duvidosa ou inexistente... Por outro lado, tendencial convergência não é o meso que identidade absoluta; ressaltar-se-á sempre a hipótese de surgirem excepções; terá sempre que se analisar cada caso. O que nos parece,

claros — não se põe em causa, nem se exige a comprovação da carência de tutela penal em relação ao homicídio, às ofensas corporais, ao roubo, aos crimes contra a liberdade (liberdade física, autodeterminação sexual...), aos crimes contra a paz e a humanidade... Inversamente, a maior parte dos casos em que se nega ou questiona a carência de tutela penal, apresenta, à partida, uma duvidosa danosidade social — o consumo de droga, a pornografia, o adultério, os próprios furtos bagatelares...

Parece natural que assim seja, se tivermos em conta as características e a função do Direito Penal.

Caracterizando-o como o ramo do Direito que tutela os valores mais essenciais, punindo as condutas mais graves do ponto de vista ético-social com as sanções mais pesadas, nomeadamente por uma desaprovação massiva<sup>959</sup> de tais condutas, é natural que, de entre os bens essenciais, os *mais* essenciais só fiquem *suficientemente protegidos* com a tutela penal.

Com este raciocínio, convirá reafirmar, não se estaria a pôr em causa a característica do Direito Penal como a «ultima ratio» da política social, nem a necessidade de um espaço de liberdade para o legislador, mas a verificar a existência de *áreas de intensa interpenetração* das duas categorias fundamentais da criminalização, o que tornaria evidente que a imposição constitucional de protecção iria ao ponto de exigir a tutela penal<sup>960</sup>. Tal concepção criaria um núcleo (muito embora restrito) de constitucionalmente obrigatória intervenção penal.

É, assim, curioso observar, como acerca de certas condutas<sup>961</sup> não se levantam dúvidas quanto à necessidade de

é que se deverá ser *particularmente cuidadoso na análise destas situações de elevada dignidade penal* em que se põe em causa a necessidade de tutela penal, assim como, inversamente, de reduzida dignidade penal mas em que o Direito Penal pareça ser meio adequado para tutelar a situação.

<sup>959</sup> A expressão é de Hassemer.

<sup>960</sup> Parece apontar neste sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional alemão a propósito do aborto. Sobre este problema, *vide infra* 2.6; também neste sentido Stern, *ob. cit.*, p. 952.

<sup>961</sup> Precisamente quanto àquelas em relação às quais temos vindo a afirmar a, diríamos mesmo, evidente convergência entre elevada dignidade penal e carência de tutela penal... (Situações exemplificativas, que nos fazem pensar na tendencial convergência entre elevada dignidade penal e necessidade penal).

criminalização — parece até que, mesmo os opositores da tese das imposições constitucionais de criminalização, implicitamente as aceitam para estas situações. Quem negará que a Constituição impõe, pelo menos no estágio actual do sistema jurídico<sup>962</sup>, a criminalização do genocídio ou do homicídio?

O que se pode dizer, no entanto, é que não é necessário sequer colocar o problema em relação a tais casos, ou afirmar tal imposição, pois, é evidente que o legislador não irá deixar de criminalizar estas condutas.

A verdade, porém, é que o problema, no nosso entender, tem que começar por aqui. Cremos que é a partir dos casos mais nítidos que se poderá tentar compreender o problema em geral, nomeadamente quanto aos pontos de contacto entre dimensão valorativa e pragmática do bem jurídico, em relação com a própria razão de ser, com a própria função, do Direito Penal.

<sup>962</sup> Colocamos esta ressalva, pois pode defender-se a futura substituição do Direito Penal por uma outra forma (com maior eficácia protectora de bens jurídicos e menores custos) de controlo social (neste sentido, Hulsmann e Celis, *Peines Perdus*). Esta posição continua a ser propugnada por defensores da criminologia nova ou criminologia crítica — referências bibliográficas sobre tal posição em Figueiredo Dias, *Sobre o Papel do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 8, nota 12; e, do mesmo autor, em *Direito Penal 2*, p. 41 e ainda em Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 400; sobre o interaccionismo, Figueiredo Dias, *A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquent* e em Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 365 e ss. Referindo-se também ao problema da substituição do Direito Penal por outras formas de controlo social, Cuello Contreras, *Definición...*, *cit.*, considerando insensato querer-se acabar com o Direito Penal numa época em que ainda nem sequer estamos mentalizados e decididos a aceitar a ideia da ressocialização (com todos os seus custos) (p. 438 e 439) e entendendo este propósito como uma meta para o futuro, quando a comunidade tiver atingido suficientemente a maturidade. No entanto, parece-lhe não se vislumbrar tal alternativa em tempos tão próximos... (p. 457). Mas defende, em certos casos, a substituição da pena de prisão por medidas não detentivas (*idem*). O problema que se poderá levantar, assim, é o da progressiva substituição das sanções penais tradicionais por outro tipo de sanções. Também Pulitanó aborda esta questão, considerando a hipótese de abolição do Direito Penal fora de um realístico horizonte histórico — mas haveria que proceder à problematização metódica do Direito Penal enquanto susceptível de reforma (*Obblighi...*, *cit.*, p. 524, 525). Pela modificação radical das sanções ainda estaríamos perante o Direito Penal ou perante outro ramo jurídico ou outro meio de controlo social? Sobre estas questões *vide infra* nota 965 e 992.

De mais a mais, não nos parece que se trate só de um ponto de partida para a análise destas questões, nem tão pouco de um problema meramente teórico — uma afirmação de imposições constitucionais em relação a casos em que sempre o legislador concederia essa protecção — pois há até exemplos na história de defesa do desrespeito por esta necessidade de protecção penal de valores básicos<sup>963</sup>.

c) a) Já tem sido por demais afirmado que o Direito Penal tem uma função protectiva de bens jurídicos; não de valores puramente morais, não de particulares concepções de vida, mas dos valores essenciais para uma vida digna em comunidade. Afirmamos assim a função de prevenção geral como a função básica do Direito Penal, e acentuámos ainda a prevalência da prevenção geral positiva em relação à de intimidação<sup>964</sup>. O Direito

<sup>963</sup> Recorde-se o período do nacional-socialismo... Neste sentido, diz-nos Otto Bachoff: «Entre as razões que levaram a Lei Fundamental a instituir um controlo de toda a actividade estadual pelos Tribunais Constitucionais e pelos Tribunais Administrativos, a experiência da ditadura nacional-socialista não foi a menor. O desrespeito total pelos direitos de liberdade, o terror e a desumanidade deste regime, impuseram o reconhecimento da necessidade de estabelecer de antemão uma barreira a todo e qualquer abuso em que de futuro o poder público viesse a incorrer. E entendeu-se que também a actividade legislativa a isso não devia constituir excepção — pois que também o legislador democrático não está livre do perigo de colocar considerações jurídicas atrás dos objectivos políticos...» (*ob. cit.*, p. 6 — sendo certo que a p. 8 e ss., e 13 e ss., alerta também para o perigo oposto — o de um «gouvernement des juges»). E recorde-se ainda a filosofia penal de Sade que advogava a descriminalização do homicídio (*in Sade, Encore un Effort si vous Voulez Être Republicain*; sobre a concepção penal deste autor, Stamatios Tzitzis, *La Philosophie Pénale de Sade à la Lumière de son Hédonisme*, p. 97 e ss.).

<sup>964</sup> *Vide Supra Segunda parte, Terceiro Capítulo, Secção 2. a)*. É claro que, embora vários autores afirmem a função de prevenção geral e, dentro desta, dêem particular relevo à função de prevenção positiva, não significa que a sua posição seja absolutamente coincidente, até em relação à própria caracterização desta prevenção geral em sentido positivo. No entanto, julgamos não ser este o âmbito adequado para o estudo aprofundado de cada uma dessas posições. Saliámos, assim, os aspectos com que estamos de acordo em relação a cada um destes autores e os seus pontos comuns (embora uma ou outra diferença também tenha sido assinalada) — *vide supra* nota 670 e 671 e ainda *infra* nota 991.

Penal vai, deste modo, de encontro ao dever constitucional de protecção de valores fundamentais. Mas, é claro que há *outras formas* de protecção, outras formas de prevenção.

Porque é que se diz que o Direito Penal é a arma mais forte nas mãos do Estado? E porque é que, nos casos mais graves, geralmente, é a ela que se recorre?

É evidente que as sanções penais podem restringir a liberdade (pena detentiva) que é um Direito Fundamental de elevadíssimo valor, ou a propriedade (pena de multa), Direito também Fundamental. As suas sanções são muito graves. No entanto, esta gravidade pode variar consideravelmente... Uma multa pode atingir valores muito elevados ou muito reduzidos; a pena pode ser suspensa; há outro tipo de medidas penais como o regime de prova, o trabalho a favor da comunidade...<sup>965</sup> Por outro lado, não podemos esquecer que existem sanções não penais de gravidade equivalente ou próxima das penais (pense-se, por exemplo, na interdição de profissão, em coimas de valor muito elevado, na apreensão de carta de condução<sup>966</sup>, em confronto com uma multa, por hipótese...). Será ainda de salientar que certo

<sup>965</sup> Na própria pena detentiva haverá que distinguir entre os vários níveis que pode atingir e entre a pena de prisão «clássica» e regimes como o de semi-detenção e de prisão por dias livres, muito embora a limitação da liberdade represente sempre algo de muito grave... Deveremos salientar ainda o actual interesse pelas penas não detentivas, considerando-se a pena de prisão como a «extrema ratio» da «última ratio», pela sua gravidade e pelos efeitos criminógenos que em muitos casos poderá ter. Surgem assim propostas a favor de medidas alternativas à pena de prisão, o que em certos casos poderá aumentar a eficácia do Direito Penal, ao mesmo tempo que suaviza os seus meios e evita efeitos dessocializadores da pena. Sobre as medidas alternativas à pena de prisão, Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, p. 57 e ss., em especial, 65 e ss., e 70 e ss. e bibliografia aí citada. (*vide supra* nota 962 e ainda *infra*, nota 992).

<sup>966</sup> Tudo sanções que podem ser aplicadas a ilícitos de mera ordenação social. (Sobre as sanções aplicáveis a este ilícito, Figueiredo Dias, *o Movimento da Descriminalização...*, cit., p. 333 e ss.). Salientando o facto das sanções não penais poderem acabar, em certos casos, por ser mais gravosas do que as penais, Cuello Contreras, *Definición...* cit., p., fazendo notar ainda como as garantias na aplicação da pena são superiores às existentes na aplicação de outras sanções. Lembremos, a propósito, a discussão em torno da aplicação de coimas por entidades administrativas e não por Tribunais (Taipa de Carvalho, *Sumários de Direito Criminal*, p. 67).

tipo de sanções tanto podem ser empregues pelo Direito Penal como por outro ramo do Direito, embora com sentidos diferentes<sup>967</sup>. Podendo-se afirmar, assim, a tendencial maior gravidade das sanções penais, a diferença de gravidade em relação a outras sanções pode, em certos casos, não ser muito significativa... Só que, parece-nos que teremos de considerar um outro factor muito importante, que as torna, de facto, mais onerosas — a sua força de desaprovação, o que poderá implicar que a dignidade da pessoa se sinta mais atingida do que com outro tipo de sanção<sup>968</sup>.

Creemos, no entanto, que haveria aqui uma mudança a operar. Esta força de desaprovação não se deveria dirigir tanto aos agentes (e muito menos após o cumprimento da pena)<sup>969</sup>, como às condutas praticadas<sup>970</sup>. É claro que é inevitável que

<sup>967</sup> Embora haja sanções próprias de cada ramo do Direito (o caso da pena de prisão no Direito Penal), outras há que são usadas (ou podem sê-lo) por diferentes ramos jurídicos, apesar de assumirem um sentido diverso consoante a área em que se enquadram. Aqui, ganham especificidade. Pense-se nas sanções pecuniárias empregues quer pelo Direito Penal quer pelo Direito de mera ordenação social, mas com um significado diferente. Enquanto que na multa há uma censura ético-jurídico e uma mais intensa desaprovação social, na coima há apenas um sentido de advertência social. (Sobre este aspecto, Figueiredo Dias, *O Movimento de Descriminalização...*, cit., p. 333; também Taipa de Carvalho, *Sumários...*, cit., p. 66.).

<sup>968</sup> Neste sentido, Sax, *ob. cit.*, p. 927, referindo que qualquer pena, mesmo penas curtas de prisão ou multas, pela sua *desaprovação*, já não pelo tipo e medida de sanção, representa uma intervenção mais grave do que a sanção não penal. (Sublinhado nosso).

<sup>969</sup> Para tal seria necessário que o Estado se preocupasse com uma reinserção social quando o indivíduo cessa o cumprimento de pena (estamos a pensar em especial na pena detentiva). Tentar ressocializar enquanto se dá o cumprimento da pena, mas não actuar sobre os factores sociais que muitas vezes contribuíram para o crime e, para agravar ainda mais a situação, abandonar a pessoa depois da pena cumprida, deixando-a entregue à desconfiança da sociedade, não nos parece que possa surtir efeitos... (Focando este problema, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 103 e ss. e *vide supra* nota 672).

<sup>970</sup> De resto, esta concepção é que está de acordo com um Direito Penal dos factos e não dos agentes (salientando este aspecto, entre outros, Musco, *ob. cit.*, em especial, p. 117 e ss. e relacionando-o com os limites à função reeducativa da pena; Mir Puig, *Fundamento Constitucional de la Pena...*, cit., pp. 125 e 126). A evolução dos efeitos das sanções penais que, começando por se dirigir

alguma relação interceda entre estes dois aspectos, e que a particular reprovação do agente poderá ter efeitos preventivos. Mas será de evitar uma estigmatização do agente que o impossibilite de se adaptar à sociedade e que o faça identificar-se com o papel de criminoso, pois este efeito de estigmatização, que por vezes é invocado com uma função de prevenção geral, destrói a função de ressocialização que a pena também deveria ter<sup>971</sup>.

Assim, a força do Direito Penal parece-nos residir, essencialmente, no seu poder de desaprovação mais profunda que dissuade, que motiva<sup>972</sup>, que orienta e reforça a consciência da importância do valor em causa<sup>973</sup>, que cria também identidade

também à família do criminoso e depois aos seus descendentes (a infâmia que se transmitia aos seus descendentes, de tal modo que, para estes, «a morte seria um alívio, a vida um tormento», cf. Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 42), acabou por se cingir ao agente do crime, deveria ir no sentido de libertar também o autor de um peso social excessivo que muitas vezes o impossibilita de sair do âmbito do crime. E não se diga que de outro modo o Direito Penal perderia a sua força de desaprovação que lhe confere especial eficácia, pois a desaprovação deveria continuar a existir mas mais em relação aos factos praticados, não contaminando para todo o sempre o seu autor — «Não condeno os homens mas os erros dos homens». Esta concepção também está mais de acordo com uma justiça que se reconhece relativa porque humana — é claro que a culpa exprime uma censura ética e que é uma categoria imprescindível do Direito Penal, sob pena de se pôr em causa a dignidade humana, mas conhecermos os seus limites e, de todo modo, «censura ética» não justifica nenhuma pena perpétua — por alguma coisa ela foi eliminada (ainda neste sentido, vide *infra*, nota 992).

971 Vide nota anterior e *infra*, nota 992 (parte final). Sobre o problema da ressocialização, vide *supra*, nota 672.

972 Acentuando a função motivadora, Mir Puig, *Fundamento...*, cit., em especial p. 118 e ss.; (do mesmo autor, *Introducción...*, cit., p. 56 e ss. e p. 106 e ss.); Muñoz Conde, *ob. cit.* — este autor refere o contributo do Direito Penal, ao lado de outras instâncias valorativas, para a formação do super-ego, p. 50 e ss.; Gimbernant de Ordeig, *Tiene un futuro...*, cit., e ainda Cuello Contreras, *Definición...*, cit., p. 456 (vide *supra*, Segunda Parte, Tercero Capítulo, Sección 2. a) e, em especial, Sección 3. b), nomeadamente notas 669 e 670).

973 Nas palavras de Figueiredo Dias — «Finalidade última e primária e irrenunciável da pena, num Estado de Direito democrático, deve ser a conservação ou o reforço da norma violada pelo crime, como modelo de orientação do comportamento das pessoas na interacção social» (*Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, p. 30).

e coesão social, estabilidade e confiança no Direito<sup>974</sup>. São estes atributos que se costumam ligar à função de prevenção geral, em especial de prevenção geral *positiva*<sup>975</sup>.

c) b) Poder-se-á distinguir, na própria prevenção geral positiva, uma função de orientação para os valores do Direito Penal e uma função de criação de confiança no Direito, de estabilidade e segurança social. É claro que estas duas funções se conectionam, contribuindo ambas para reforçar ou mesmo criar a consciência da fundamentalidade dos bens jurídico-penais<sup>976</sup> e para a coesão social. Digamos que a primeira se poderia rela-

974 Cuello Contreras salienta a função de coesão social, de criação de confiança e de identidade (*Definición...*, cit., em especial p. 454 e ss.). Para Jakobs, «a pena é vista como um exercício de fidelidade ao direito, ao serviço da estabilização da confiança na ordenação social, perturbada pelo comportamento delitivo, e da preservação do reconhecimento geral das normas» (*apud* Costa Andrade, *A Dignidade...*, cit., p. 32 e ss.; vide *infra*, nota 982).

975 Vide *supra*, Segunda Parte, Tercero Capítulo, Sección 3. b) e bibliografia aí referida... De facto, só a expressão dissuasão será comum, também, à prevenção geral negativa... Creemos que a própria dissuasão se poderá incluir ainda na prevenção geral positiva, se se tiver em conta, não a intimidação, mas a força de consciencialização acerca da negatividade da conduta — ou seja, face a um facto considerado crime, a pessoa ficará mais consciente da sua negatividade, da sua mais intensa desaprovação social, o que ajudará a dissuadir da prática do crime. Aqui, parece-nos que a própria medida e tipo de pena (muito embora possa não ser o factor primordial) ajudará a consciencializar do grau de desaprovação e de negatividade (vide também *infra*, no texto).

976 Fala-se da própria criação desta consciência uma vez que, embora o Direito Penal deva basear-se em concepções ético-sociais expressas na própria Constituição (e identificadas com a Constituição material), poderá haver casos em que o Direito Penal tenha que desempenhar uma função prospectiva, nomeadamente quando são motivos irracionais ou a própria falta de informação acerca da danosidade de condutas que conduzem a que determinados factos não estejam suficientemente interiorizados como desvaliosos. Normalmente, o que sucederá, é que a importância dos valores está consciencializada, mas já não das condutas que os podem vulnerar seriamente. Será o que acontece em relação ao bem ambiente — em especial na medida em que protege antecipadamente bens pessoais; enquanto bem com autonomia, a consciência quanto ao próprio valor já poderá ser menor — e até com o valor economia nacional, assim como com o próprio valor da intimidade da vida privada. Ou então, tem-se consciência do valor mas não de toda a sua extensão (o que acontecerá em certos meios em relação à vida intra-uterina?) Sobre o problema dos consensos racionais/irra-

cionar com os potenciais delinquentes e a segunda com as expectativas sociais de reposição da situação de segurança. Mas, de facto, a motivação dos potenciais delinquentes também se dá por esta reposição do Direito (através da aplicação da norma) e, por outro lado, não se pode delimitar um grupo de pessoas como potenciais delinquentes; a norma dirige-se a todos, operando a consciencialização dos valores em relação a todos, quer pela consideração legal do facto como criminoso, quer pela aplicação da pena, clarificando-se a distinção entre lícito e ilícito (penal) em relação a toda a comunidade, com o que se dá um processo de identificação essencial à própria integração e coesão social<sup>977</sup>.

cionais (*vide supra*, Primeira Parte, Segundo Capítulo, Secção 3.2. b), a propósito da concepção de Habermas). Procurando um certo equilíbrio entre concepções sociais/função prospectiva, Zipf, *Introducción...*, cit., p. 84 e ainda p. 95, referindo-se ao bem ambiental nestes termos: «coloca ao especialista em política criminal uma árdua tarefa, a saber, formular a tal respeito bens jurídicos inteiramente novos... inserir a sua danosidade social correctamente em relação com a restante escala de bens jurídicos, e aguçar a consciência da colectividade para a danosidade social das formas de conduta por ele abarcadas». Defendendo em certos casos esta possibilidade, Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 111, referindo a existência de «casos em que o legislador se vê compelido a incriminar condutas que podem não contrariar as concepções éticas dominantes ou contar mesmo com o seu apoio» (*vide infra*). Sobre a função propulsiva do Direito Penal como concretização de propósitos constitucionais, Fiandaca, *Bene Giuridico...*, cit., p. 67 e ss.; Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, p. 7 e Pulitanò, defendendo também um equilíbrio entre função conservadora e propulsiva da tutela penal (também *supra*, nota 383).

<sup>977</sup> Sobre este aspecto Habermas (identificação social) e Cuello Contreras, acentuando a função de clarificação entre lícito e ilícito e o contributo de tal clarificação para um processo de identificação, estabilidade e coesão social. Segundo Cuello Contreras, «o primeiro destinatário da norma penal é o cidadão que não tem a intenção de infringir a norma. É ele que está interessado em saber quais são os limites dentro dos quais pode actuar sem temer a desaprovação da sociedade constituída juridicamente» (*Definición...*, cit., pp. 429 e 430). Salienta assim a função educativa do Direito Penal, através da aprendizagem de papéis; e algo ainda anterior a isto: o facto da constituição social que se traduz na seguinte reflexão — Posso estar tranquilo de que o que considero um grave ataque para a vida comunitária também o é para os meus concidadãos, pelo que o elevamos à categoria de delito» (p. 430). Este pensamento parece-nos estar também de acordo com uma concepção contratualística da constituição do Direito.

Por outro lado, certos aspectos da prevenção geral em sentido positivo e negativo situar-se-ão em zonas de fronteira nem sempre perfeitamente autónomas. A função de motivação do Direito Penal, salientada por muito autores, não só como conteúdo da própria prevenção geral, mas até como critério para avaliar da existência de culpa (esta só existiria quando se pudesse afirmar a possibilidade de motivar o indivíduo)<sup>978</sup>, diz-nos que não apenas a tipificação de um facto como crime, mas o tipo e medida da pena, exercem um poder motivador-dissuasor<sup>979</sup>. Esta motivação-dissuasão terá a ver não só, nem principalmente, com o temor da pena, mas com o reforçar da consciência de que se está perante uma conduta muito grave, muito desaprovada do ponto de vista social, o que dará lugar à aceitação e interiorização da norma<sup>980</sup>.

Acentuando o aspecto da confiança que o Direito deve gerar, English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 6 e ss. Este aspecto torna-se hoje de primacial importância face à insegurança (perigos terroristas, ataques ao ambiente, à intimidade das pessoas... cada vez por meios mais poderosos e mais difíceis de detectar) em que muitas sociedades vivem. Assim, há quem reclame o «direito a viver sem medo». Também é verdade, por outro lado, que há quem pretenda expandir a sensação de insegurança, nomeadamente através dos meios de comunicação social, empolando os acontecimentos susceptíveis de a gerar. (Alertando para este facto, entre outros, Gil Lavedra, *Liniamientos para una Política Criminal en Materia de Seguridad Ciudadana*).

<sup>978</sup> Ou melhor, de o motivar de uma forma suficiente, normal... Assim, as pessoas com anomalias psíquicas, as crianças e adolescentes, e as pessoas adultas e psiquicamente normais mas em situações limite, de desespero, etc, não seriam susceptíveis de uma motivação normal por parte das normas penais — por isso, veriam a sua culpa excluída... A culpabilidade seria o âmbito em que se comprovariam «as possibilidades psíquicas de motivação normal do autor de um comportamento antijurídico por parte da norma penal» (Mir Puig, *Fundamento Constitucional da Pena...*, cit., p. 143).

<sup>979</sup> «Não só as normas gerais que Binding situava antes da lei penal possuem pois uma função de motivação do cidadão, mas também as próprias cominações penais» (Mir Puig, *ibidem*, p. 119).

<sup>980</sup> Neste sentido, Mir Puig — «Isto não supõe que as normas penais motivem unicamente através da ameaça directa da pena (o que Wright chama «pressão normativa»), mas que geralmente se produz uma interiorização das normas que permite que estas operem mediante a sua aceitação por parte do destinatário».

c) c) É também tendo em conta este *impacto* do crime, de um facto ser considerado crime, e o interesse na sua manutenção como forma de prevenção, que do seu âmbito se devem expurgar as condutas sem esta dignidade<sup>981</sup>, mas, por outro lado, que se reclama a criminalização das condutas mais graves. Deste modo é que o Direito Penal poderá manter a sua função de orientação<sup>982</sup>. É este o motivo que nos parece estar na base de se reivindicar a intervenção penal para novos factos ameaça-

981 A sua criminalização desacredita o Direito Penal, fazendo-o perder a sua força. (Neste sentido as soluções que fomos defendendo ao longo da *Segunda Parte* — a propósito, recordemos a afirmação de Montesquieu: «Il ne faut point faire par les lois ce que l'on peut faire par les moeurs» (*Mes Pensées*, 630-IV).

982 Cuello Contreras insiste neste ponto que nos parece importante — «A credibilidade (!) do cidadão perde-se... quando sente que as instâncias de controlo policial e judicial são impotentes face ao delito e quando o legislador deixa de punir zonas do comportamento que entram plenamente ou estão muito próximas do que necessariamente deve estar desvalorado» (*Definición...*, *cit.*, p. 455). Teremos que acrescentar que falamos de desvalor jurídico-penal que terá sempre de ter um âmbito mais restrito do que o desvalor moral. Mas, em relação a estas condutas realmente *intoleráveis*, também nos parece perigosa uma sua descriminalização. É claro que se poderá objectar com a possível incapacidade do Direito Penal para fazer face a essas condutas (veja-se também o que Cuello refere quanto à impotência dos órgãos de controlo). Ficaremos, em certas situações, perante um grave conflito. No entanto, se, de facto, a descriminalização tiver efeitos *desacreditadores* do Direito Penal, prejudicará a função de prevenção, podendo-se afirmar ainda a eficácia da criminalização... Recordemos que para Cuello Contreras, o fundamental em Direito Penal é mesmo a criação de coesão social «alcançada mediante a descrição do proibido e do permitido», sendo sua primeira e fundamental função «motivar o cidadão a respeitar os mandatos do Estado que proíbe o que é danoso para a sociedade» e já não a de intimidar ou ressocializar, pois só haverá esta necessidade quando o Direito falhou o seu objectivo — motivar (*idem*, p. 456). Quanto a nós, cremos que, de facto, esta criação de coesão social, de explicitação do lícito e ilícito, terá normalmente esse efeito *motivador* com reflexos na prevenção do crime, mesmo que o efeito de intimidação e ressocialização falhe. É evidente que, se é necessário ressocializar, é porque a motivação falhou em relação a determinado número de pessoas, mas será necessário ter em conta que poderá ter operado em relação à maioria dos indivíduos. Assim, mesmo face a um elevado número de violações haverá que perguntar se a criminalização não mantém ainda alguma função motivadora — preventiva e, deste modo, se a descriminalização não teria efeitos sociais nefastos. Por tudo isto não nos parece haver oposição entre a defesa da chamada «função simbólica do Direito Penal» e o apelo a con-

dores de bens jurídicos muito importantes, mas em relação aos quais a consciência jurídica geral pode ainda não estar suficientemente desperta, como é o caso do ambiente e da economia nacional<sup>983</sup>. As sanções administrativas, por exemplo, podiam atingir níveis muito elevados, podiam implicar sacrifícios muito relevantes<sup>984</sup>, mas, para além da pena detentiva poder representar um sacrifício ainda maior, o *próprio facto de uma conduta ser considerada crime desencadeará já um mais forte efeito preventivo*.

Esta função de motivação do Direito Penal parece distinguir-se qualitativamente<sup>985</sup> da função motivadora de qualquer outro ramo do Direito — parece conferir, ao lado, e correlativamente com a importância dos bens que tutela e a gravidade das condutas que sanciona — especificidade ao Direito Penal. Tal não pode desligar-se, é claro, da gravidade das suas sanções, mas também da própria história deste Direito, da importância dos valores que desde há séculos vem protegendo, da representação

considerações de índole pragmática (em sentido não totalmente convergente, Cuello Contreras, *ibidem*, ao criticar a perspectivização do Direito Penal como engenharia social) — já que, se a função simbólica operar, tal traduzir-se-á numa efectiva prevenção (não se devendo analisar apenas os efeitos de uma criminalização/descriminalização em relação à conduta em causa, mas também em relação a factos criminosos conexos... enfim, a análise deverá ter em conta, tanto quanto possível, a globalidade dos efeitos sociais — *vide* ainda, neste sentido, nota 989).

983 *Vide supra*, *Segunda Parte*, *Terceiro Capítulo*, *Secção 5. b) e c)*. Neste sentido, Figueiredo Dias, *Breves Considerações sobre o Fundamento...*, *cit.*, p. 31 e ss., p. 39, 40 e 42 e Costa Andrade, *A Nova Lei dos Crimes contra a Economia...*, *cit.*, em especial p. 103, referindo o *valor simbólico* do crime de «destruição de bens próprios com relevante valor para a economia nacional».

984 Não só as sanções pecuniárias podem atingir níveis muito elevados, mas a própria possibilidade de interdição de profissão, ao lado da sanção pecuniária, pode traduzir-se num sacrifício muito superior, uma vez que as sanções pecuniárias, nestes âmbitos (delitos económicos ou mesmo contra o ambiente), muitas vezes acabam por ser compensadas pelos lucros ilícitos, ou são repercutidas nos consumidores... (sobre este aspecto, Figueiredo Dias, defendendo para estes casos, consequentemente, a pena privativa de liberdade, *Breves Considerações sobre...*, *cit.*, p. 39).

985 Ou, acolhendo a relação que Goldschmidt faz entre qualidade e quantidade — «aquele grau de quantidade que se converte em qualidade»...

social que a seu respeito se criou e do próprio ritual<sup>986</sup> da sua aplicação.

Por isso, em razão desta particular força de prevenção geral, nos parece de reafirmar a ideia de que, não só se deve evitar que condutas sem dignidade penal entrem no âmbito deste ramo do Direito, o que provocaria a sua descaracterização e perda de eficácia<sup>987</sup>, como se deve também ter particular cuidado na defesa de uma não criminalização (mais ainda de uma descriminalização<sup>988</sup>) de valores de elevada dignidade penal<sup>989</sup>.

<sup>986</sup> Puy Cordero, *Rite e Sapienza del Diritto* (cf. *maxime* p. 310 e ss.). Se este ritual terá por vezes efeitos negativos, relacionados com a estigmatização dos agentes, também contém aspectos de garantia dos cidadãos de essencial relevo, e uma solenidade e *simbologia* que contribuirão para o especial efeito motivador do Direito Penal. Assim, o pôr em evidência a função motivadora do «ritual» de aplicação do Direito Penal, nada tem a ver com a aceitação acrítica dos aspectos negativos da aplicação da justiça criminal, como serão a referida estigmatização dos agentes e os mecanismos de selecção que no seu âmbito se desencadeiam (sobre estes mecanismos de selecção, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, pp. 384 e ss., 443 e ss., 483 ss. e, em especial, 527 e ss.). Haveria que tentar expurgar estes aspectos da justiça criminal (sobre o problema da estigmatização, *vide supra*, nota 970 e *infra*, nota 992).

<sup>987</sup> Para além de violar o princípio da dignidade penal (onde se inclui a proporcionalidade em sentido estrito).

<sup>988</sup> Sobre este aspecto, mais desenvolvidamente, *vide infra*, Secção 4. Neste sentido, Müller-Dietz, *Strafe und Staat*... , *cit.*, p. 51 e ss. e Costa Andrade, *O Novo Código Penal*... , *cit.*, pp. 227 e 228, nota 34.

<sup>989</sup> Mais uma vez nos diz Cuello Contreras que «o Direito Penal é a descrição das formas de comportamento que a sociedade constituída politicamente tem por mais perigosas para desestabilizar a sua integridade como tal» (*Definición*... , *cit.*, p. 455). Não nos parece que devamos negar qualquer função à análise empírica dos factos — atendendo ao número de delitos praticados, cifras negras, etc. (sobre estes aspectos, *vide supra*, Segunda parte, Terceiro Capítulo, em especial Secção 5, e nota 982). Mas, o que nos parece, de facto, é que a mera existência de cifras negras não pode levar, *sem mais*, a uma decisão descriminalizadora (*vide supra*, *idem* e *infra*, Secção 2.2. e 2.3.). Por outro lado, entendemos que, em definitivo, o Direito Penal só deixa de fazer sentido quando não exerce nenhuma função de coesão e identificação (neste sentido, *idem*). No fundo, o Direito Penal deve intervir quando *ainda seja necessária* a sua intervenção... Tudo está na avaliação dessa necessidade, o que tem a ver com o próprio conceito de necessidade e eficácia e, especialmente, com a função que assinalarmos ao Direito Penal.

Caberá referir, a este propósito, as críticas que Fiandaca e Musco tecem a uma concepção ampla de subsidiariedade, em confronto com uma concepção restrita. Segundo estes autores, estaríamos perante uma concepção restrita, ao se considerar supérfluo o recurso ao instrumento penal quando o *impedimento da lesão do bem* já fosse possível através de sanções de natureza extra-penal; para uma concepção ampla, a sanção penal seria ainda de preferir, nos casos de não estrita necessidade, quando a função de estigmatização da pena resultasse *indispensável* para uma mais enérgica reafirmação do valor. Depois, embora salientem a importância da função de orientação do Direito Penal, o seu papel «fortemente simbólico», afirmam que esta valorização do papel simbólico não deverá desembocar na convicção da existência de um nexo de implicação necessária entre escolha da sanção penal e qualidade ou grau do bem tutelado. Tal conduziria, ainda que inconscientemente, à «subversão do ponto de partida, de que o eventual relevo do bem não se traduz numa obrigação de criminalização a cargo do legislador». Por fim, referem que esta visão (subsidiariedade em sentido restrito) estará mais de acordo com uma concepção laica e moderna do Direito Penal, consentindo na intervenção de outras técnicas de tutela... (*Diritto Penale*, p. 8 — sublinhados nossos; em sentido semelhante, Fiandaca, *Bene Giuridico*... , *cit.*, p. 73 e ss. e Pulitanò, *La Teoria del Bene Giuridico fra Codice e Costituzione*, p. 116; *Obblighi*... , *cit.*, p. 494 e ss. Voltaremos *infra*, à análise da posição destes autores). Parece-nos que o problema residirá na averiguação do que é necessário para o «*impedimento da lesão do bem*»... se este impedimento, para ser suficiente, requer a presença orientadora, simbólica, do Direito Penal, ou não. A resposta, cremos que só aqui se poderá encontrar. Se a primeira concepção reconhecer, em certos casos, a necessidade de intervenção da função simbólica do Direito Penal, precisamente como forma de impedir a lesão do bem, e se a segunda só pretender a ela recorrer quando tal for *indispensável para essa preservação do bem*, encurtar-se-á ou, diríamos mesmo, eliminar-se-á a distância entre as duas concepções. O problema, no fundo, estará, face a cada caso concreto, na determinação desta *necessidade*... Agora, o que nos parece é que, nos casos de bens jurídicos mais importantes, será mais necessária (em princípio — haverá sempre lugar para excepções) a intervenção dessa função própria do Direito Penal, que os outros ramos do Direito não poderão exercer com a mesma força — função de prevenção positiva. Se tal entendimento implicar, em alguns casos, imposições de criminalização (como nos casos mais evidentes que temos vindo a referir), não vemos porque não as aceitar (desde que não se alarguem para além do seu âmbito, naturalmente restrito). Nem nos parece que seja procedimento correcto, mas sim uma petição de princípio, afastar uma concepção por ela poder conduzir a resultados que à partida (e não nos cremos que com justificação cabal) se quiseram negar. Quanto à defesa de uma visão laica do Direito, julgamos que ela será alcançada com a delimitação rigorosa do Direito face à moral; assim, já em sede de dignidade penal. Em relação a uma concepção mais moderna — diremos apenas parecer-nos que não há um modelo unívoco de sociedade moderna; a modificação e aperfeiçoamento das próprias sanções penais, poderá operar um progresso notável, sem pôr em causa a força simbólica deste ramo do Direito. Queremos no entanto ressaltar que

d) Com isto não se pretende afirmar uma força moralizadora, em sentido estrito<sup>990</sup> do Direito Penal, ou seja, no sentido de impor particulares morais ou mesmo a moral dominante, violentando a liberdade individual e a concepção pluralista do Estado de direito democrático — não se pretende alargar a criminalidade para além da protecção de bens jurídicos, de acordo

o recurso a sanções não penais para condutas com dignidade penal sempre será por nós aceite, quer em relação a condutas mais distanciadas do núcleo do Direito Penal, quer mesmo a condutas de mais elevada danosidade social, *quando se prove que, de facto, o Direito Penal não é necessário* — o que decidirá sempre, em última instância, é a necessidade ou não de intervenção do Direito Penal nos termos delineados. Inclusivamente, se, no futuro, surgisse uma outra forma de protecção, capaz de substituir com vantagem o Direito Penal, não vemos porque ficar a ele arreigados. O que nos parece, é que tal será muito pouco provável (*vide supra*, nota 962). É claro que com o aperfeiçoamento do Direito Penal, se pode acabar por chegar a algo de «diferente», mas julgamos que terá sempre atrás de si o peso da sua história, o que pode ter relevantes vantagens — o referido valor simbólico, mas também aspectos negativos (desde logo, a excessiva estigmatização do agente...) (*vide supra*, nota 982).

990 É evidente que as condutas socialmente danosas, na generalidade dos casos, *também* são imorais e que, o Direito Penal, ao exercer uma função de prevenção geral positiva, pretende apelar para valores, reforçar a consciência da sua fundamentalidade, orientar comportamentos... Neste sentido, poder-se-ia falar de uma moralização. Mas só com este sentido, quer dizer, só naquele âmbito em que o Direito encontra pontos de contacto com a moral, se quisermos, na medida em que se possa falar de «mínimo ético jurídico» (utilizando esta designação, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, *cit.*, p. 90), ou do «mínimo moral», na terminologia de Hart, e, de todo o modo, devendo-se ter em conta que o Direito não deve invadir a consciência das pessoas, punindo convicções, mas apenas comportamentos externos socialmente danosos. Neste sentido, Baptista Machado, *Introdução...*, *cit.*, p. 59 e ss. e Costa Andrade, *O Aborto como Problema de Política Criminal*, p. 297, alertando para «os perigos que, do ponto de vista de um modelo democrático, comportam tanto a rígida separação entre o direito e a moral como, por paradoxal convergência, a sua abusiva identificação». Refere ainda exemplos históricos, em relação ao caso do aborto, em que, em nome de determinados códigos morais, este era considerado um crime contra a raça ou os interesses do Estado (ex Codice Rocco e, de modo semelhante, na Alemanha Nazi) e não um crime contra as pessoas e ainda como, consequentemente, na Alemanha Nazi era punido com grande rigor em relação às mulheres arianas e totalmente impune em relação às outras mulheres. Tal disparidade gera graves injustiças, desvaloriza o bem vida, e origina a consequente incapacidade de orientação das condutas... Mais uma vez nos parece que perspectiva de valor e de eficácia se relacionam...

com o critério constitucional da sua determinação (concretização)<sup>991</sup>; pretende-se, sim, afirmar que em relação a bens jurídicos individualizados e, em especial, a bens jurídicos *primordiais*, ao averiguar da suficiência ou não de outras formas de protecção e da efectividade do Direito Penal, se deve ter em conta a *especial necessidade de protecção destes bens e a particular função orientadora do Direito Penal*<sup>992</sup>. Na nossa perspec-

991 Sobre este aspecto, Mir Puig — considerando que há duas orientações fundamentais dentro dos defensores da função de prevenção geral positiva — uma que tenderia a fundamentar e alargar a punibilidade (onde inclui o pensamento de Welzel e de Jakobs, embora partindo de concepções diferentes) e outra que tenderia a restringir a punibilidade (Roxin, Zipf), e criticando a primeira. (Também sobre esta problemática, Cuevo, *ob. cit.*, p. 26). Sem podermos analisar aqui o pensamento de cada um destes autores e da própria interpretação que Mir Puig lhes dá, parece-nos que, através da delimitação constitucional de bens jurídicos, se evitará o perigo de um alargamento do Direito Penal a áreas da pura moralidade — a áreas de interesses não essenciais. Cremos que será nesta sede que se deverá fazer a delimitação (*vide supra* nota 989). Quanto à função de orientação, de motivação, do Direito Penal, é o próprio Mir Puig que a afirma. Que, quando afirmamos a importância do reforço valorativo, a importância da interiorização dos valores essenciais à vida em comunidade, nos podemos colocar perante o problema da liberdade interior de cada pessoa (questão que, de resto, já referimos a propósito da ressocialização), é uma realidade. Mas parece que nem os autores mais liberais (a não ser os que questionam a própria existência do Direito Penal) põem em causa esta função de orientação e de motivação. Convirá salientar, por um lado, que *uma coisa é orientar para valores básicos, outra para concepções morais*; por outro, que orientar e motivar, não significa invadir o íntimo de cada um — por isso é que se exige que o Direito Penal só possa intervir face a condutas ameaçadoras ou lesivas de bens jurídicas e não a meras intenções contrárias à ordem jurídico-penal, não exteriorizadas em condutas pelo menos perigosas (ou, no mínimo, aparentemente perigosas, em termos de pôr em causa a paz jurídica — problema da punibilidade da tentativa impossível...).

992 Reafirmamos a ideia de que, uma vez que o Direito Penal tem à sua disposição todo o tipo de penas que a imaginação dos penalistas seja capaz de encontrar (e a jurisprudência anglo-saxónica e a doutrina continental disso nos têm dado vários exemplos), parece estranho que imediatamente se abdique das potencialidades do Direito Penal, endossando responsabilidades, muitas vezes sem segurança de resultados mais frutuosa. Porque o que caracteriza o Direito Penal não é a prisão ou a galé. *É uma particular forma de reprovação de actos gravemente lesivos da sociedade*. E, se uma certa tradição e preconceito assimila ao Direito Penal a estigmatização na pessoa do criminoso, precisamente uma das

tiva, só tal concepção vai de encontro à natureza desses bens e à do Direito Penal que, sendo a «última ratio», tem a sua «ratio» e, assim, o seu papel a desempenhar para preservação dos bens fundamentais. É neste sentido que se exprime Figueiredo Dias quando, a propósito da protecção penal do ambiente, afirma: «A não-intervenção e a descriminalização, com efeito, não visam nem almejam a «eliminação» completa do Direito Penal, ou sequer a sua substituição por um qualquer outro conjunto de medidas, de diferente natureza que pudesse dizer-se socialmente mais adequado. . . Pelo contrário, aquelas teses — tal como as entendo, radicam na convicção de que ao Direito Penal compete primariamente (ou deve competir exclusivamente) uma *específica função* de protecção dos valores fundamentais

vias abertas à reformulação do Direito Penal parece-nos ser a combinação da pluralidade de penas e adaptação das penas aos novos tempos e aos novos dados científicos, com a estrita redução do Direito Penal ao seu carácter jurídico, como Direito reprovador de actos que jamais põe em causa a dignidade pessoal mesmo do maior dos criminosos (quase se diria que a pena, com Hegel, é o direito do criminoso, repondo a ordem do mundo e a dignidade do agente — não no sentido de se acreditar numa pena retributiva de uma culpa baseada na ideia de livre arbítrio, mas apenas para reforçar a ideia de que o agente que cumpriu a sua pena deve ser respeitado por todos da mesma forma que qualquer outro cidadão).

Todavia, objectar-se-nos-á que um Direito Penal de penas em aberto, a pensar, se estilhaça, perde unidade, especificidade e sentido. Ou que (objecção que talvez não nos seja feita directamente), a prevenção geral perde com a anulação de uma função de estigmatização. . .

A primeira objecção respondemos desde logo com a história do Direito Penal e a variabilidade das penas e com toda a imensa bibliografia que tem provado o carácter criminógeno da prisão que ainda é a mítica pena-tipo (*vide supra*, nota 965). Por outro lado, dever-se-á ter em conta que não é o tipo de sanções mas o *sentido que se lhes dá* que confere especificidade ao Direito Penal (*vide supra*, nota 967).

A segunda, responderemos que o Direito Penal é antes de mais *Direito*. Não é moral ou religião armada do braço secular. Assim, não compete ao Direito Penal julgar o íntimo de cada um, muito menos rotulando-o para todo o sempre. Compete-lhe antes de mais *reprovar actos* e não marginalizar pessoas, não devendo a prevenção do crime ser alcançada através do terror penal ou da estigmatização, a qual tem até efeitos dessocializadoras e, assim, também, de perpétuação do crime (*vide ainda supra*, nota 970).

da comunidade, a fim de propiciar as condições indispensáveis à livre realização de cada homem»<sup>993</sup>.

e) Será tendo em conta os princípios da dignidade e carência de tutela penal e a função do Direito Penal *nos termos delimitados* que iremos indagar da possibilidade de se aceitarem imposições constitucionais de criminalização em relação a determinados bens fundamentais. Iremos testar, face a casos menos nítidos, desde logo porque menos consensuais, do que aqueles que temos vindo a referir (homicídio, ofensas corporais, roubo, crimes contra a humanidade. . .), a tendencial convergência entre elevada danosidade social e necessidade de intervenção penal, e averiguar da legitimidade do Tribunal Constitucional para poder controlar estas situações impondo a criminalização.

Ora, o caso mais polémico, «mais rico em sugestões»<sup>994</sup> e que, assim, poderá ser considerado paradigmático das situações em que, face a uma elevada dignidade do bem, se colocam problemas quanto à carência de tutela penal, parece-nos ser o do aborto. Foi, de resto, em relação a ele, que os problemas das imposições constitucionais de criminalização começaram a suscitar maior interesse e discussão. Situando-se numa das áreas mais sensíveis, não estaremos de certo imunes à paixão que nos desperta, mas a nossa *intenção* é a de encontrar uma solução justa e coerente, que tenha em conta os valores essenciais e necessidade da sua protecção, os conflitos de interesses e o dramatismo da situação, alheia a preconceitos *infundados* dos diferentes ventos que nesta área se fazem sentir.

## 2. A interrupção voluntária da gravidez — um caso polémico

### 2.1. Delimitação do problema

Teremos que começar por dizer que partimos do princípio da existência de vida humana no embrião<sup>995</sup>. Outro ponto de

<sup>993</sup> Figueiredo Dias, *Sobre o Papel do Direito Penal. . .*, cit., p. 8 (sublinhado nosso).

<sup>994</sup> A expressão é de Pulitanò.

<sup>995</sup> Neste sentido, entre outros, Costa Andrade, *O Aborto como problema de Política Criminal*, p. 300; Almeida Costa, *Aborto e Direito Penal*, p. 74 e ss.;

partida contrariaria os dados da medicina que se tornam cada vez mais seguros<sup>996</sup>.

Por outro lado, damos também por assente (outro ponto que em Portugal e na Alemanha não tem suscitado polémica e foi proclamado pelos Tribunais Constitucionais de ambos os países) que no art. 24.º da Constituição (na Alemanha nos arts. 1.º e 2.º,

Bigotte Chorão, *Temas Fundamentais de Direito*, pp. 322 e 323; considerando a vida fetal como um bem jurídico, Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, pp. 89 e 90; *Acórdãos do Tribunal Constitucional Português*, n.º 25/84 e n.º 85/85; Roxin, *La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo*, p. 75; Hasso Hofmann, *Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens*, p. 119; Drindl, *ob. cit.*, p. ex. p. 12 e ss.; Lange-Hinrichsen, *Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der «Fristenlösung» beim Schwangerschaftsabbruch*, pp. 497-498 e 500; Eser, *Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht*, pp. 292 e 293; Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 550; Baumann, *Schutz des werdenden Leben — notwendig aber wie?*, p. 28; *BverfG, Urteil 25/2/75* (sobre o § 218 a), p. 207; Martínez Morán, *El Derecho a la Vida en la Constitución Española de 1978 y en Derecho Comparado: Aborto, Pena de Muerte, Eutanasia y Eugenesia*, p. 158 e ss., em especial p. 160 e ss.

<sup>996</sup> *Vida*, pelo menos a partir da nidação. De facto, só se pode falar de gravidez a partir do momento em que o «zigoto» nidifica no útero da mulher, o que pode demorar aproximadamente até treze dias depois da fecundação, havendo dados no sentido da nidação só se produzir em metade dos casos de fecundação. Daí, parecer-nos que só se deverá falar de vida humana, *com segurança*, depois deste processo (neste sentido, Roxin, *idem*; Hasso Hofmann, *idem*; *BverfG...*, *cit.*, *idem*). Também Otto Triffterer, refere que antes da nidação a existência de gravidez não se pode provar, nem é apreensível pela mulher; a partir deste momento, no entanto, pode-se falar de gravidez, a qual pressupõe vida humana — um tipo específico de vida em confronto com a vida orgânica ou animal (*Zur Strafrechtlichen Beurteilung Kapselgeschützten Organtransplantationen*, p. 1209); salientando também o dado científico, posto em relevo por biólogos e geneticistas, no sentido do embrião ser um específico tipo de vida humana, entre outros, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 76, referindo na nota 211 bibliografia científica sobre este problema; Eser, *ob. cit.*, p. 293, Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 500, Martínez Moran, *ob. cit.*, p. 160 e ss. Esta posição não exprime, assim, nenhuma obsessão em querer ver vida humana a partir da união cromossômática ou a partir da nidação (parece que a única dúvida reside aqui...). Se os dados fossem outros, aceitá-los-famos... Também não significa nenhuma posição contrária ao controlo da natalidade, muito pelo contrário — este será essencial para se evitar o aborto; o que se nega é ver o aborto como uma forma de controlo da natalidade... (esta será uma ressalva a fazer, tendo em conta os

GG) se tutela também a vida do feto<sup>997</sup>. De facto, não nos parece haver razão alguma para o conceito constitucional de vida humana não ser coincidente com o conceito biológico. Estando a vida em permanente desenvolvimento, desde que surge até que se extingue, porque excluir a vida intra-uterina da protecção constitucional?<sup>998</sup> Não nos parece compreensível, assim, que na

argumentos de Gimbernat de Ordeig, *Por un Aborto Libre*, pp. 38 e 39). Não compreendemos é a posição daqueles autores que praticamente comparam a vida embrionária à vida animal! (por muito respeito que tenhamos pela vida animal...), pretendendo desvalorizá-las a um nível que parece semelhante, face à vida das pessoas nascidas (Gimbernat Ordeig, *idem*, p. 38). É o mesmo autor que se refere ao nascituro como a «algo que não se sabe muito bem o que é» (*Pena de Morte e Aborto*, p. 36). Na era das ecografias e da genética, em que já se conseguem determinar traços importantes do carácter da criança aos três meses de vida intra-uterina, em que se salienta a importância desta vida para a formação desse carácter (segundo alguns estudos, 60% da inteligência será determinada nessa fase...), não se compreendem certas dúvidas quanto ao carácter de vida humana do feto...

<sup>997</sup> Vide Acórdãos referidos *supra*, nota 995; Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 77, refere ainda que na interpretação dos direitos fundamentais, em caso de dúvida, e de acordo com o princípio *in dubio pro libertate*, se deve atribuir ao direito o sentido que lhe confira maior latitude. Já em Espanha este problema suscitou polémica (*vide* toda a discussão que se criou em torno da redacção a dar ao art. 15.º da Constituição...). Para alguns autores, como Gimbernat de Ordeig e Arroyo Zapatero, a protecção constitucional da vida não incluiria a vida intra-uterina (Gimbernat de Ordeig, *Constitución y Aborto* — para este autor o art. 15.º da Constituição referir-se-ia a «todas as pessoas», onde não se incluiriam os nascituros; Arroyo Zapatero, *Prohibición del Aborto y Constitución* — para este autor, o direito à vida, na medida em que a Constituição se pronuncia em relação às *personas*, só se poderia estender ao nascituro a partir do momento em que adquire viabilidade (p. 222). O Tribunal Constitucional, no entanto, exprimiu-se em sentido contrário. Não vamos, no entanto, deter-nos neste nível da discussão... (Desenvolvidamente sobre esta polémica, Ripollés, *Bien Jurídico Protegido y Objeto Material del Delito de Aborto* e também Martínez Moran, *ob. cit.*, p. 158 e ss., o qual inclui a protecção da vida intra-uterina na protecção do art. 15.º da Constituição).

<sup>998</sup> Vide Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 506-507; também sobre a evolução contínua da vida humana e sobre o processo biológico, com uma exposição algo detalhada, Martínez Moran, *ob. cit.*, p. 160 e ss., em especial p. 172. Caracterizando a vida humana como um processo contínuo que começa com a gestação e termina com a morte, Bigotte Chorão, *ob. cit.*, pp. 322-323 e o Tribunal Consti-

era da genética, ainda nos mantemos apegados a dúvidas do passado<sup>999</sup>, ou que façamos ressuscitar velhos dogmas, agora com o rótulo de «progresso»<sup>1000</sup>.

Uma concepção antropológica (Herzog) ou social (Rüpcke) de vida humana não nos parece convincente<sup>1001</sup>. Para sermos consequentes com estas concepções cremos que teríamos de distinguir, mesmo depois do nascimento, entre diferentes etapas da vida humana (sempre de uma forma algo arbitrária, como são as distinções que se fazem quanto à vida intra-uterina...), pois, segundo esta perspectiva, pode-se dizer que um bebé de meses não tem o mesmo grau de interacção e relevância social do que um jovem ou adulto e, por sua vez, que este também tem um

---

tucional Espanhol (referência em Ripollés, *ob. cit.*, p. 12). E, ainda, Varaut: «Do mesmo modo que ninguém contesta que o recém-nascido é uma pessoa, o zigoto, o embrião e o feto são etapas de desenvolvimento de um ser humano que deve ser imediata e incondicionalmente respeitado. Não há data arbitrária antes da qual tudo ou quase tudo seja permitido e após a qual existiria uma pessoa em devir e já sujeito de direitos» (*apud Lopes Rocha, Bioética e Nascimento*, p. 188). Sobre o contínuo processo de recriação humana, Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, *cit.*, p. 7 e ss. — poderemos assim dizer que a vida humana «nunca está completa», mas em constante evolução.

<sup>999</sup> Nomeadamente o discutido problema do aparecimento da alma, hoje por vezes alegado por quem mais ataca a igreja (referência em Martínez Moran, *ob. cit.*) É de salientar que também houve épocas em que se discutiu a possibilidade de matar recém-nascidos; mas é preciso ter em conta a evolução da consciência jurídica da comunidade quanto ao crime; a consciencialização progressiva da importância dos valores que, em cada momento, a Constituição reflecte. Assim, a evolução da humanidade deveria ser no sentido da valorização progressiva da vida, de qualquer vida, e não no da sua desvalorização e instrumentalização (*vide* também nota 1030).

<sup>1000</sup> Estamos a pensar na ideia romana do feto como *portio mulieris vel viscerum*; de facto, hoje, alegando o direito ao corpo da mulher, vários autores parecem querer negar qualquer valor autónomo ao nascituro, reconduzindo-o a uma parte do corpo da grávida (*vide* nota 996, referência à posição de Gimbernat Ordeig). Criticando esta posição, entre outros, Roxin, *La Propuesta Minoritaria...*, *cit.*, p. 71; Eser, *ob. cit.*, p. 292; Bigotte Chorão, *Temas Fundamentais de Direito*, p. 323, referindo ainda que, se se invoca a dependência do feto relativamente à mãe, com razões, análogas se poderia justificar o infanticídio...

<sup>1001</sup> Criticamente sobre estas concepções, Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 499 e Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 76, 77, nota 211.

tipo de interacção social diferente do das pessoas idosas...<sup>1002</sup> As diferenças quanto à interacção e relevo social da vida podem até ser mais significativas entre o bebé recém-nascido e o adulto do que entre o nascituro e a criança nascida...<sup>1003</sup> Cremos que não faz sentido repartir desta forma o valor da vida humana...

Também não cremos que assuma relevância significativa a questão do nascituro ter um direito subjectivo à vida ou da Constituição tutelar de forma objectiva este valor, pois, quer num caso quer noutra existiria sempre o *dever de protecção estadual*<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> Ter-se-ia também de pôr em causa o valor da vida humana de pessoas que por variadíssimas razões, ou não têm uma relação de interacção com os outros, ou têm uma relação de interacção completamente distinta do comum? Pense-se nos autistas, nos deficientes, em especial no caso de deficiências cumulativas graves (surdos-mudos-cegos), e ainda em deficientes mentais em grau muito acentuado, loucos (*corrupti nature*); nas pessoas que por qualquer razão vivem afastadas da interacção social (desde o caso do «menino lobo» ao do «Robinson Crusóe» — *mala fortuna*) e ao do eremita que por *excelentia nature* se afasta da sociedade. Não têm estas vidas, todas elas, de ser consideradas igualmente dignas e carecidas de protecção?

<sup>1003</sup> O argumento de Rüpcke no sentido de que o bebé já tem relevância social, enquanto que o feto só tem importância para a mãe, família e médico, não nos parece de aceitar (*apud* Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 499). Por um lado, diremos com Lang-Hinrichsen que o próprio direito à maternidade é considerado socialmente relevante; por outro lado, o bebé recém-nascido terá uma relevância mais directa precisamente para as mesmas pessoas em relação às quais o nascituro também já tem relevância directa (neste sentido, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 170 e ss., criticando a concepção filosófico-existencial de que o conceito de vida implica uma certa abertura ao mundo, pois o bebé de poucos dias estaria quanto a este aspecto numa situação semelhante à do nascituro, não se pondo em causa, no entanto, o valor da sua vida).

<sup>1004</sup> *Vide supra*, na *Introdução à Terceira Parte, b) e c)* referência à ordem objectiva constitucional... Este problema estaria dependente do próprio conceito de direito subjectivo, o que não é assunto pacífico... No entanto, deu-se relevância a este aspecto, em Portugal, no *Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 85/85*; p. 357 e ss. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional procurou defender uma posição mais baseada na dimensão objectiva da Constituição do que num eventual direito subjectivo do nascituro (sobre o assunto, Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, *cit.*, pp. 104 e 105). Em Espanha, este aspecto teve especial relevo (referência desenvolvida ao assunto em Ripollés, *ob. cit.*, p. 13 e ss.). Mas a discussão do problema do aborto em Espanha assumiu perspectivas muito distintas das da sua discussão em Portugal e na Alemanha (*vide supra*, nota 997).

De qualquer modo, parece-nos de defender um direito à vida humana desde o momento em que ela surge. Até mesmo o direito civil confere capacidade aos nascituros para serem sujeitos de direitos — direito a doações, direito à sucessão<sup>1005</sup> — não vemos porque, mesmo nesta perspectiva, não se possa conceder-lhes o direito básico, sem o qual nenhum dos outros fará sentido — o direito à vida, o que implica o direito a nascer (a nascer com vida é claro. . . )<sup>1006</sup>. O facto dele não poder fazer valer o seu direito será até um elemento a ter em conta na especial protecção que lhe deve ser concedida<sup>1007</sup>.

<sup>1005</sup> Embora este direito esteja dependente do nascimento (art. 66º, nº 2, do Código Civil). No entanto, do que se trata aqui é do próprio direito a nascer. Logo, este, a existir, teria necessariamente de se situar já antes do nascimento. Dever-se-á salientar ainda que o próprio art. 66º do Código Civil (início da personalidade jurídica com o nascimento) é posto em causa por alguns autores e que o conceito de direito subjectivo relativo aos direitos fundamentais poderá ter uma configuração algo distinta e mais ampla do que a de outros direitos subjectivos (neste sentido *vide* considerações na nota seguinte).

<sup>1006</sup> O relator do *Acórdão do Tribunal Constitucional nº 25/84* aceita a existência de capacidade jurídica no nascituro, embora limitada (p. 217). Também em sentido semelhante, Costa Andrade, *O Aborto. . . , cit.*, p. 300, afirmando ser o nascituro «um sujeito de direito e um sujeito de direitos, designadamente do direito às medidas mais idóneas à sua viabilização como vida em efectividade existencial». Para Cardoso da Costa a protecção da «vida intra-uterina» não pode conceber-se «sem o reconhecimento do direito do feto a nascer». Refere-se também aos direitos dos nascituros previstos no Código Civil, e salienta ainda que «em matéria de direitos fundamentais se deverá operar com um conceito amplo e, por assim dizer, bastante plástico de «direito subjectivo» (cf. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 164). Considera, assim, que a tutela constitucional do nascituro não faz sentido, «se não for incluída, antes de mais, a possibilidade de nascer» (Cardoso da Costa, voto de vencido no citado *Acórdão*, p. 224). Afirmando também a existência do «direito ao nascimento», Bigotte Chorão, *ob. cit.*, pp. 323-324 e segundo Varaut, o «embrião humano, sujeito nascente. . . », seria «credor em acto dos direitos à vida, à saúde, à integridade e à indisponibilidade da pessoa em potência que já é» (*apud* Lopes Rocha, *Bioética. . . , cit.*, p. 190).

<sup>1007</sup> De resto, capacidade de acção e capacidade para ser sujeito de direitos são conceitos que não se sobrepõem. Bockenforde refere que o elevado número de cifras negras se baseia na incapacidade do feto, ao lado do qual não está ninguém que impeça a sua morte ou leve este facto ao conhecimento da polícia. . . (referido em Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 505). Este facto também é referido por Drindl, de um ponto de vista mais abrangente — todos crimes em que

b) Assim, o relevo da polémica em torno do aborto parece-nos provir, precisamente, do facto de estarmos perante um bem essencial — bem básico, pressuposto de todos os outros — a vida

a vítima tem uma posição frágil ou em que a situação é privada há mais cifras negras — é mais difícil a penetração do Direito. Salienta assim a posição da vítima na colaboração com a efectivação da justiça. Prova disso é que na Alemanha 95% dos crimes conhecidos dependem de denúncia (*ob. cit.*, pp. 51 e 52). Neste sentido também Costa Andrade, *O Aborto. . . , cit.*, p. 305 e ainda Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 57 e ss.

A este propósito lembremos Gómez Pérez, o qual salienta que, mesmo um autor que num seu livro defendesse a desonestidade, reagiria face a um plágio da sua obra (*Deontologia Jurídica*, p. 17). Assim, alerta-nos para o facto de nos devermos colocar na posição de vítimas antes de fazermos juízos sobre os factos. Ora, nós diríamos, antes de se tomar posição sobre o crime, dever-nos-íamos imaginar na situação de vítimas, mas também na de autores. Será por ser impossível virmos a ficar na situação de vítimas de aborto (estamos a identificar a vítima com o feto) e por nos ser difícil imaginar tal situação (o sofrimento do feto, p. ex.), que tendemos a ser mais benevolentes ou a negar mesmo valor à vida do feto equiparável à das pessoas nascidas?

Convirá ainda referir que o aborto costuma ser qualificado como um crime sem vítima. Ora, a relação de consensualidade, de compromisso, a especial interacção entre autor e vítima, surge em relação à mãe, não em relação ao feto. Se identificássemos a vítima apenas com a mãe, esquecendo o filho, não nos suscitaria dúvidas esta qualificação. Se, de facto, considerarmos que o bem jurídico em causa é (ou é também) a vida do nascituro — este será vítima. Esta concepção parece-nos estar de acordo com a consideração da existência de vida no nascituro, a ser tutelada enquanto tal. No entanto, temos de reconhecer que este crime tem características comuns às dos crimes sem vítima — pela privacidade, dificuldade de penetração dos órgãos formais de controlo, . . . e que, do ponto de vista sociológico, aparecerá como «uma transacção consensual de carácter privado, um pagamento voluntário de dinheiro pela prestação de serviços» (Schur, *apud* Costa Andrade, *O Aborto. . . , cit.*, p. 308). Tal será assim porque o feto, enquanto vítima, não tem poder para se opor e para denunciar a situação, para colaborar com as instâncias formais de controlo — sobre os crimes sem vítima, Costa Andrade, *A Vítima e o Problema Criminal e O Aborto. . . , cit.*, p. 302 e ss.; ainda referência a este problema em Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 61 e ss.). Salientando o facto da doutrina penal aceitar que colectividades sem personalidade jurídica possam ser sujeitos passivos, o mesmo podendo acontecer com os nascituros e até com os defuntos, não havendo razões conceituais definitivas que impeçam que o nascituro seja o sujeito passivo mas, mesmo assim, entendendo que se deverá considerar como sujeito passivo a comunidade, Ripollés, *ob. cit.*, p. 30 e 33.

*humana*, cuja protecção é imposta constitucionalmente<sup>1008</sup>, e de, no entanto, haver todo um circunstancialismo envolvente que torna a criminalização (pelo menos em certas situações) discutível. O problema quanto a nós tem que se colocar a dois níveis — quanto aos *interesses conflituantes em jogo* (toda a criminalização tem que ter em conta a eventual presença de interesses

<sup>1008</sup> Vide *supra*, em especial *Introdução à Terceira Parte, b) e c)* e tendo-se em conta, em relação à Constituição portuguesa, o art. 24.º (direito à vida), o art. 1.º (referindo o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se baseia a República Portuguesa) e o art. 9.º, al. b). Em causa está, assim, a protecção da vida humana — não de qualquer particular moral ou aspecto religioso. É importante frisar bem este ponto de partida pois cremos que se têm confundido perigosamente os planos de análise quer por parte de certos defensores de uma liberalização do aborto — que muitas vezes perspectivam este tema como se não estivesse em causa um bem jurídico, o bem jurídico primordial — a vida, e sim particulares concepções morais ou religiosas (ao ponto de se comparar esta questão com a do controlo da natalidade e as críticas — umas do passado outras ainda do presente — a este controlo por parte da igreja), quer por parte de certos defensores da criminalização ou de uma liberalização mais restrita (que recorrem demasiado a aspectos de fé que, sendo de importante relevo para quem acredita, não se podem impor como argumentos jurídicos em sociedades que são pluralistas, não impositivas de particulares concepções religiosas — aspecto a que demos especial relevo ao longo do nosso trabalho). Deste modo, ficam fora do âmbito do nosso estudo (pelo menos de uma forma minimamente aprofundada), quer as perspectivas puramente religiosos ou morais, quer as que negam a existência de vida no embrião, nomeadamente as que vêem no embrião uma parte do corpo da mulher, ressuscitando a velha ideia romana do feto como *portio mulieris vel viscerum*. Não consideraremos também as concepções que buscam outros bens jurídicos distintos da vida do feto na penalização do aborto — interesses demográficos, de eugenia racial... Tal consideração conduziria a uma instrumentalização da vida humana em função de interesses estaduais ou comunitários (os mesmos que estiveram na base da legislação nazi quanto ao aborto... — sobre este aspecto, Costa Andrade, *O Aborto...*, cit., p. 297, em especial nota 6; vide *supra*, nota 990). Quanto à consideração da mãe como vítima do aborto, nos casos em que esta livremente o solicita, do ponto de vista jurídico, parece-nos duvidosa. De facto, do ponto de vista social, ela surgirá em certos casos como vítima — quando está perante condições muito difíceis para as quais a sociedade não lhe concede apoio suficiente, ficando numa situação de extrema vulnerabilidade, muitas vezes aproveitada por terceiros com o fito de lucros ilícitos, acabando por se sujeitar a graves riscos para a sua saúde com a decisão de abortar. Mas, mesmo sob esta perspectiva, ela não será propriamente vítima do aborto, mas de erros sociais... Poder-se-á dizer que a mãe

que entrem em conflito com a protecção do bem jurídico em causa)<sup>1009</sup> e quanto à *carência de tutela penal*.

Se o colocamos no âmbito deste capítulo — da relação entre dignidade e carência de tutela penal, é porque o argumento da inexistência desta necessidade de tutela penal, para quem não põe minimamente em causa a sua dignidade, tem tido grande aceitação e parece-nos, de facto, de ponderar.

Para muitos autores, é tendo em conta o elevado número de abortos que se praticam e as elevadíssimas cifras negras que neste âmbito se verificam que a criminalização do aborto deveria ser posta em questão. A tornar o quadro ainda mais preocupante haveria que tomar em consideração os perigos do aborto clandestino para a vida e saúde da mulher e a desigualdade que o sistema gera entre mulheres de diferentes níveis sociais — podendo as de melhor nível económico praticar o chamado «turismo abortivo», as mais pobres teriam que se sujeitar a um

é vítima do aborto que quis que ocorresse? O aborto dirige-se directamente à eliminação do feto; mas, implicando também lesões para a mãe e ainda o risco de morte, então, fará sentido considerá-la também como vítima — pelo facto do seu consentimento ou pedido não excluir a ilicitude dos factos que a lesam? (é claro que tal questão só se poderia pôr nos casos em que o aborto não é praticado precisamente para evitar a morte ou doença grave da mãe...). Tal já seria uma outra via de análise completamente distinta, que não poderemos aprofundar neste trabalho. O que se deverá ter em conta, sem sombra de dúvida, é que, em certos casos, a mãe é vítima de outro tipo de crimes — extorsão, burlas... por parte de profissionais do aborto clandestino e até mesmo, quando há maus tratos — do crime de ofensas corporais, atentado ao pudor... É evidente também que os interesses da mãe terão de ser considerados na questão do aborto, quer enquanto interesses contrapostos à vida do feto, quer pelas consequências nefastas do aborto clandestino para a sua saúde e vida, na medida em que qualquer decisão criminalizadora/descriminalizadora deverá atender ao conjunto de interesses presentes na situação em causa e aos efeitos que provocará. (Sobre a questão de qual o bem jurídico que está em causa na criminalização do aborto, Ripollés, *ob. cit.*, p. 29 e ss. e vide nota anterior. Considerando o nascituro como vítima, mas também a mãe, Pinatel, *Aperçu des Aspects Criminologiques de L'Avortement*, p. 745 e ss.; pondo mesmo em dúvida a consideração da mãe como «vítima», Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 56-57).

<sup>1009</sup> Não nos parece, no entanto, que a liberdade da mulher, o direito à sua autodeterminação, possa por si só justificar o aborto. Não vemos como é que em nome da liberdade, qualquer que ela seja, incluída a liberdade sexual, se possa atentar contra uma vida humana, sem que desta, como é evidente, tenha

tipo de aborto que Pinatel classifica de «selvagem»<sup>1010</sup>, pelos graves riscos que implica<sup>1011</sup>.

Que dizer?

## 2.2. O problema da (in)idoneidade do Direito Penal

Deste modo, ao nos colocarmos perante a situação descrita, qual será a melhor solução?

De facto, defendemos já que um número elevado de violações da norma jurídico-penal e de cifras negras são preocupante sinal de alarme...<sup>1012</sup> Não que o fenómeno do crime seja eliminável, nem sequer o das cifras negras. Sabemos que em relação a todos os crimes existe uma diferença entre o número de

partido qualquer agressão. Será legítimo matar, para defender a liberdade, em situações de legítima defesa... Mas o nascituro, o filho, não comete nenhuma agressão pelo facto de lhe terem dado a vida... (soa até a paradoxo pois foi a própria mãe que contribuiu decisivamente para a sua vida...). Lange-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 503, critica também que se defenda o direito à autodeterminação da mulher, para se destruir uma vida humana; e o *Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão*, *cit.*, p. 208, refere que o equilíbrio entre estes dois bens não seria possível, pois com o aborto, a vida do feto é eliminada. Ora, parece-nos que, tendo de haver a prevalência de um dos valores, deverá ser da vida. Eser distingue entre decisão de autodeterminação da mãe e decisão auto-responsável da mãe em caso de conflito (que, assim, não será o mero conflito entre a vida do filho e a liberdade da mãe)... (*ob. cit.*, p. 294-295; quanto a nós, o problema residirá na aplicação prática desta distinção... *vide infra*, *Secção 2.7.*).

<sup>1010</sup> Pinatel, *Aperçu de l'Aspect...*, *cit.*, p. 746.

<sup>1011</sup> Neste sentido, na doutrina Portuguesa, Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, p. 89, 90 e Costa Andrade, *O Aborto...*, *cit.*, p. 302 e ss.

<sup>1012</sup> Trata-se, como vimos, de um problema de eficácia em sentido restrito (Angioni, *ob. cit.*, pp. 228 e 229, mas ainda não da efectividade em sentido amplo...). Sobre esta questão, *vide supra*, *Segunda Parte, Terceiro Capítulo*, em especial *Secção 5. b) e c)*, onde abordámos, em tese geral, o problema da eficácia do Direito Penal, o qual será agora reanalisado, para podermos testar os critérios sugeridos face ao caso concreto do aborto (e, em geral, face a situações em que a elevada dignidade do bem não é posta em causa, mas a carência de tutela penal já suscita maiores dúvidas e discordâncias). Assim, pareceu-nos oportuno recordar questões e argumentos de uma forma ou de outra já referidos *supra*.

factos praticados e o que chega ao conhecimento das instâncias formais de controlo, mas, quando esta diferença atinge um nível muito elevado, Angioni chama-lhe, como referimos já, uma «doença do tipo legal». Convirá no entanto recordar que o número de cifras negras se bem que indicativo de uma situação problemática, não poderá ter a última palavra nestas questões, determinando de imediato a descriminalização, por ineficácia do Direito Penal.

Segundo Angioni, o elevado número de cifras negras conduzirá ou à eliminação do tipo legal, ou ao incremento da sua persecução penal. O critério deveria residir na gravidade do crime em causa. Também Drindl refere que a partir do número elevado de cifras negras se têm retirado conclusões diferentes — nuns casos advoga-se a descriminalização, enquanto que noutros se defende a intensificação da criminalização e persecução — caso dos crimes económicos e contra o ambiente<sup>1013</sup>. Não seria este, pois, argumento conclusivo no sentido da descriminalização. Por outro lado, a frequência da violação da norma também não parece poder resolver definitivamente a questão. Mais uma vez Angioni salienta que em certos casos tal se pode dever a alterações valorativas e, assim, implicar a necessidade da eliminação da norma penal, mas, refere expressamente que, em casos graves como o do homicídio e do roubo<sup>1014</sup>, por

<sup>1013</sup> Neste sentido, *vide supra*, *idem* e Angioni, *ob. cit.*, p. 231 e ss., Drindl, *ob. cit.*, p. 44. É claro que se poderá incluir também a modificação do tipo legal num sentido ou noutro (ou seja, quer num sentido que permita aumentar a sua efectivação em toda a sua extensão, quer num sentido que delimite — reduza — os factos incriminados). Ainda neste sentido Lange-Hinrichsen, referindo também que nos crimes mais graves se tem que aceitar uma certa cifra negra, mais do que nos outros crimes (*ob. cit.*, p. 505). Também entre nós Almeida Costa salienta o facto de existir elevado número de cifras negras no Direito Penal clássico, em especial nos casos de crimes sem vítima em sentido amplo (vítima inconsciente, abstracta e «willing victim»), assim como no aborto, prostituição e homossexualismo, mas também no âmbito do mercado negro, da corrupção, do contrabando e de grande parte dos delitos anti-económicos, mormente nos denominados *white-collar crime*, só em relação a alguns deles se advogando a descriminalização (*ob. cit.*, pp. 61-62).

<sup>1014</sup> Já aludimos incidentalmente ao homicídio e roubo no Brasil... Poderíamos referir também o problema de crimes terroristas e fraudes em Itália, por exemplo...

muito frequente que seja a violação da norma penal, não se poderá defender uma descriminalização<sup>1015</sup>.

Estes dados parecem ir ao encontro do que vimos afirmando — a ligação entre momento axiológico e pragmático, o que origina a tendencial convergência entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal — principalmente, estamos em crer, quando os outros meios não se apresentem suficientemente eficazes<sup>1016</sup>. Assim, estes sintomas de doença ou estas doenças

<sup>1015</sup> Angioni, *ob. cit.*, p. 234. Neste sentido, refere ainda citando (Lüderssen, *Beweis Recht*, p. 298): «o argumento da frequência (de violações) não exerce nenhum papel contra a relevância penal, se vem referido a factos mais graves. A punibilidade de factos como o homicídio e o roubo encontra justificação que prescindem da sua difusão, que pode ser também mínima ou máxima, em determinadas regiões e em determinados momentos históricos». A propósito das cifras negras, recordemos Drindl, o qual refere que elas indicam uma inadequação da norma, faltando porém um procedimento valorativo adicional que trate da questão de saber se o programa normativo deve baixar à realidade deficitária ou se a norma deve ser intensificada para conservar o programa normativo (*ob. cit.*, p. 44). Também Lange-Hinrichsen alude a este problema — referindo que nos casos mais graves a melhor solução não será a aproximação à realidade (*ob. cit.*, p. 505). Por vezes estaremos perante o problema da função prospectiva, orientadora do Direito Penal, que, se não pode ser absoluta, desatendendo completamente à realidade, principalmente em casos graves deve exercer o seu papel — veja-se também o que se diz em relação ao bem ambiente e economia (em relação ao aborto *vide* notas 999 e 1030). Mas também se deverá distinguir entre elevado número de violações e não convicção generalizada acerca da importância do valor. Por vezes estas situações não coincidem. Pode haver a convicção generalizada da importância de um valor e, no entanto, as violações a este valor serem bastante frequentes.

<sup>1016</sup> Por um lado, em relação a bens jurídicos mais fundamentais, será raro que os outros meios (não penais) apresentem um grau suficiente de protecção (em especial por não terem a mesma força de prevenção geral — *vide supra*, Secção 1. c). No entanto, quando tal protecção for suficiente, é evidente que não se deverá recorrer ao Direito Penal. Sendo essa protecção insuficiente, parecem-nos mais aconselhável tentar tornar os meios penais mais idóneos, tendo em conta as múltiplas capacidades do Direito Penal para se adaptar a novas realidades, através da criação de novas medidas penais — o Direito Penal não é um ramo jurídico que tenha de ficar anquilosado em velhos arquétipos de intervenção, como de resto a própria história o tem demonstrado... (*vide supra*, notas 965 e 992) — do que abandonar a protecção penal do bem, sabendo-se que de outra forma também não se alcança protecção suficiente. Do nosso ponto de vista, tal só estaria justificado caso a intervenção penal se apresentasse comple-

do tipo legal, acabam por ter soluções diferentes consoante se entenda que o bem jurídico é muito valioso e que a sua violação poderá corresponder a uma falta de interiorização suficiente do valor ou da sua verdadeira extensão<sup>1017</sup>, ou até a uma crise social<sup>1018</sup>, ou, pelo contrário, se trate da tutela de valores de menor relevo, consequência por vezes de alterações dos valores sociais, devendo-se ceder, nestes casos, perante a realidade dos factos. É claro que não podemos excluir, em abstracto, a possibilidade do Direito Penal, mesmo em relação a valores muito importantes, em relação a valores primordiais, ter de recuar, mas cremos que tal acontecerá em casos raros e que se deverá *ser particularmente cuidadoso nestas situações*, em especial se também não houver outras formas de controlo suficientemente satisfatórias... O juízo sobre a inidoneidade da lei penal teria que residir na total ineficácia do Direito Penal ou no facto da sua intervenção ocasionar mais danos do que benefícios<sup>1019</sup>, e pressuporia ainda, antes da eliminação da lei penal, uma análise acerca das possibilidades do Direito Penal mudar o seu tipo de intervenção adequando-se à realidade em causa.

### 2.3. O problema da (in)idoneidade do Direito Penal no caso do aborto

a) Assim, tendo em conta estes parâmetros de actuação, o que diremos em relação ao aborto?

De acordo com o processo normal de determinação da necessidade de intervenção penal, e dando por assente, como parece ser o caso, a inexistência de outras formas de protecção *sufi-*

*tamente ineficaz*, não se vislumbresse a possibilidade de a tornar mais eficaz e/ou causasse até maiores danos do que benefícios.

<sup>1017</sup> O que será frequente quando surgem novas manifestações de um valor ou novos tipos de ameaça... (*vide supra*, e Terceiro Capítulo, b), a propósito da intimidade da vida privada, da engenharia genética...).

<sup>1018</sup> *Vide supra*, nota 1015. Nem sempre a frequência de violação corresponderá a uma falta de interiorização da importância do valor... (quanto ao problema do aborto *infra*, nota 1030).

<sup>1019</sup> Em sentido semelhante, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 63, partindo da análise da descriminalização — ela só seria de sustentar quando não viesse importar maiores custos sociais do que os que decorreriam da criminalização.

cientemente eficazes<sup>1020</sup>, a comparação deverá ser feita entre o número de abortos que ocorre *com e sem* a lei criminalizadora, pois, devemos recordar que eficácia ou aptidão da lei penal «não significa frequência da perseguição. Mesmo uma lei que raramente é obedecida pode ser efectiva, criando condutas desejadas, mais do que a mera anulação. Inversamente, uma lei sempre obedecida, pode ser anulada sem haver alterações de comportamento»<sup>1021</sup>.

A pergunta a fazer será esta: Resolverá a descriminalização o nosso problema? Para dar resposta a esta pergunta teremos que colocar duas questões: Com a descriminalização<sup>1022</sup> do aborto o número global de abortos não aumentará (ou, pelo menos, não aumentará significativamente)?<sup>1023</sup> Por outro lado, o número de abortos clandestinos diminuirá significativamente?

1020 Os autores não se têm dividido muito quanto a este aspecto — podem proclamar a necessidade de recorrer a outros meios para evitar o aborto — medidas informativas quanto ao planeamento familiar, educação sexual correcta, centros de apoio às mães e crianças, em especial às crianças deficientes. . . Mas estes meios são considerados necessários, diria mesmo, *imprescindíveis*, por todos — quer por quem defende uma maior quer uma menor liberalização do aborto. Só que, em geral, são considerados insuficientes: neste sentido Drindl, *ob. cit.*, (implicitamente, p. 34); também neste sentido o *BverfG. . . cit.*, salientando que, pelo menos a curto prazo, estas medidas não serão suficientes (p. 201); também neste sentido, implicitamente, o *Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 25/84* e, em especial, todos os votos de vencidos. No fundo, quase todos os autores, embora por vezes apenas implicitamente, reconhecem a insuficiência dos meios não penais, uma vez que sempre aceitam a necessidade de uma criminalização de princípio. . . Também Eduardo Correia, no Projecto, salientava que «A prática normal do aborto não pode fazer esquecer nem a ilicitude nem a função correctiva que o direito deve assumir na sociedade em que se insere» (referido no *Acórdão 25/84*, p. 201).

1021 Drindl, *ob. cit.*, p. 42. Defendemos já este ponto de vista, *supra*, *Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 5. b) e c)*.

1022 É claro que não podemos ter dados suficientes em relação a uma descriminalização total, pois esse sistema não tem sido adoptado. . . mas tomemos como ponto de comparação as leis mais liberais (solução de prazos. . .).

1023 Lang-Hinrichsen refere, assim, que há outra cifra negra a ter em conta: quantas pessoas se abstêm da prática do aborto por este ser penalizado? Considerando que, mesmo que hoje não se avalie a força intimidativa da pena, haverá que reconhecer-lhe alguma força de motivação (*ob. cit.*, p. 505). Em sentido semelhante, Roppo, *La Questione dell'Aborto*, p. 116 (*vide infra*).

Esta segunda questão parece fazer sentido uma vez que ainda se poderia defender a descriminalização, mesmo que esta implicasse algum aumento do número global de abortos, se os clandestinos diminuíssem significativamente, para se evitarem os seus riscos (isto, apesar do aborto implicar sempre riscos sérios para a mãe. . .)<sup>1024</sup>.

b) Ora, apesar deste tipo de comparações ser difícil de levar a cabo<sup>1025</sup>, a verdade é que, com base na experiência de outros países de cultura semelhante à nossa, se poderá intentar retirar alguma conclusão aproximativa. De facto, parece que na maior parte dos casos, senão na totalidade, o que acontece é que após a entrada em vigor de leis mais liberais, o número global de abortos aumenta sem que os abortos clandestinos deixem de existir ou diminuem até consideravelmente<sup>1026</sup>.

1024 Sobre as consequências do aborto na saúde da mãe e dos futuros filhos, ainda que praticado com todos os meios humanos e técnicos adequados, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 43 e ss.

Por outro lado, esta questão suscita-nos algumas reservas, pois poder-se-ia considerar ilegítimo querer diminuir o número de abortos clandestinos à custa de um aumento global do número de abortos — estar-se-ia a dar prevalência aos interesses do agente que decidiu cometer o facto (vida e saúde da mãe que é posta em risco) em relação à vida do feto. . . Quer dizer, não se trataria de uma questão de eficácia, pois a lei menos liberal evitaria um aumento global do número de abortos, mas de ponderar também os seus custos para valores importantes da mãe. Salientamos, no entanto, que aqui não estaria em causa propriamente um conflito de valores na criminalização — como é o caso em que só a morte do feto pode salvar a vida ou a saúde da mãe, mas considerações pragmáticas, de comparação entre custos e proveitos, pois o que estamos a considerar não é o perigo para a vida e saúde da mãe como justificação para a prática do aborto, mas como sua consequência. . .

1025 Sobre estas dificuldades, *vide supra*, *Segunda Parte, Terceiro Capítulo*, em especial *Secção 5)*.

1026 Martínez Moran, *ob. cit.*, p. 167 e ss., refere alguns exemplos, entre eles, o seguinte — a «Ley Veil» tinha sido adoptada em França, em 1975, para vigorar durante 5 anos, à experiência, e previa o sistema de prazos. Após os cinco anos a taxa de natalidade tinha baixado consideravelmente (1,81 — incluídos os filhos dos emigrantes), tendo o número de abortos aumentado de ano para ano (p. 168). Outros exemplos — na Roménia, com a supressão da lei liberalizadora em 1966, a taxa de natalidade passou de 14/1000 para 39/1000 (Pinatel, *ob. cit.*, p. 747). Também Lange-Hinrichsen refere que, de acordo com a expe-

Mas, mesmo que se pusesse em causa a imparcialidade das investigações a que tivemos acesso, cremos que a melhor prova de que a lei penal produz *algum* efeito desejado, consiste nas propostas que se apresentam neste campo, as quais, mesmo as mais liberais, não vão ao ponto de advogar a descriminalização total do aborto. Porquê? Se a criminalização não correspondesse minimamente a nenhum dos objectivos político-criminais, nem tivesse possibilidade de vir a corresponder, se não concedesse qualquer protecção à vida do nascituro ou, mesmo concedendo esta protecção, se a legalização, numa comparação entre custos e benefícios globais, implicasse maiores benefícios, a única solução consequente seria a da legalização total. . . .<sup>1027</sup>

riência estrangeira, seria de esperar, face a uma solução de prazos, que o aborto na Alemanha aumentasse em 40% (*ob. cit.*, p. 553). Em Portugal, Almeida Costa, com base em investigações de carácter empírico, confirma este facto, assim como o da não diminuição dos abortos clandestinos, uma vez que, a maior parte deles, têm na sua base razões sociais, não se pretendendo que o facto seja conhecido (*ob. cit.*, p. 64 e ss., remetendo para a p. 50 e ss.). Pinatel critica o facto de não se ter prestado até agora muita atenção à comparação entre o número de abortos clandestinos na vigência de leis mais e menos liberais (*ob. cit.*, p. 744). Mas, cremos que a melhor prova de que, no fundo, não há quem ponha verdadeiramente em questão *alguma* eficácia da lei penal, residirá no facto de todos (ou praticamente todos) os projectos partirem de uma criminalização de princípio ou, pelo menos, criminalizarem algumas situações (a partir de *x* tempo de vida do feto — as mais liberais, a partir dos seis meses). A menos que esteja em causa uma resistência irracional colectiva à descriminalização total, tal significará que se acredita que, neste âmbito, o Direito Penal *apresenta ainda alguma eficácia*.

<sup>1027</sup> Neste sentido diz-nos Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, pp. 506-507, que a solução de prazos na Alemanha é sistematicamente correcta, «porque, no espaço temporal posterior, o legislador também não acreditou que os outros meios fossem adequados». E, acrescentamos nós, acreditou que o Direito Penal traria alguma vantagem, alguma adequação e eficácia, ainda que insuficientemente satisfatória. . . . Assim, se a partir de determinado momento se acredita na tutela penal, parece que a descriminalização até àquela data se deverá mais a considerações de índole valorativa e aos interesses da mãe — *menor valor que se dá ao feto*, menores riscos para a vida e saúde da mãe que o aborto implicará (mas então, é porque se acreditou que a criminalização a partir de determinada altura evitaria o aborto, pois, se se entendesse que não o evitaria, então, ele implicaria maiores riscos ainda nesta «segunda fase. . . .», sendo solução coerente a sua descriminalização. . . .), mas, maior perigo para a vida do feto (é mais fácil a sua destruição nesta primeira fase. . . .). Pondo em relevo este tipo de factores, entende

Assim, parece que devemos concluir que, embora exista uma situação indesejável, à qual não podemos fechar os olhos, a lei penal não é *de todo ineficaz*; exerce alguma função e tal acaba por não ser negado por ninguém. Na nossa perspectiva, esta alguma eficácia da lei penal estará ligada, precisamente, à função de prevenção geral, principalmente em sentido positivo<sup>1028</sup>. É verdade que ela se apresenta fraca pois, apesar da mera previsão legal já ter algum efeito, ao manter a distinção entre lícito e ilícito penal, ao afirmar a importância do valor que conduz à proibição, também ela é afectada pela reduzidíssima aplicação do Direito, tanto mais que esta não deixa de ser conhecida<sup>1029</sup>. Mas, mesmo assim, não nos parece correcto considerar que o apelo à função simbólica (pelo menos na perspectiva em que pretendemos valorizar o aspecto simbólico da lei penal), seja indiferente à realidade, preocupado apenas em afirmar valores. Pois,

Lang-Hinrichsen que a defesa da solução de prazos não está orientada para a protecção do nascituro, mas da mãe (*ob. cit.*, p. 508). Diremos, por fim, que a única diferença no âmbito pragmático entre uma criminalização nos primeiros e nos últimos meses, terá a ver com uma mais fácil descoberta dos casos em que o feto já está mais desenvolvido; mas será este aspecto assim tão significativo, ou seja, haverá uma diferença assim tão relevante, se deixarmos de lado as situações raras de aborto em fetos com idade até um mês e que serão, de facto, muito difíceis de detectar, mas em que o perigo de um aborto clandestino «voluntário» também é muito diminuto? De todo o modo, também é verdade que nunca se tentou com afinco um verdadeiro aumento da sua persecução. . . . Em relação a quem o executa (já não em relação à mãe — mas também a maior responsabilidade, censurabilidade, na maior parte dos casos não lhe pertencerá. . . .) tal seria de todo inviável? Mais uma vez estarão aqui em jogo as dúvidas em relação ao plano valorativo, pela existência de interesses conflituantes. . . . (*vide infra*, Secção 2.4). E, por outro lado, parece-nos (como de resto temos vindo a defender) que a importância da criminalização residirá já na própria função de motivação que se situa a nível legislativo, pelo menos através de uma não maior (ainda) desvalorização do bem em causa. Ora, esta função de motivação, embora varie com o grau de aplicação da norma, cremos que se poderá manter ainda em alguma medida mesmo quando a sua aplicação é reduzida.

<sup>1028</sup> Cremos que a prevenção em sentido negativo ainda será mais afectada pela reduzida aplicação da norma, embora possa subsistir num grau reduzido. . . . Neste sentido, *vide supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 3. b).

<sup>1029</sup> Sobre o efeito positivo do desconhecimento das violações e das cifras negras, *vide supra*, notas 728 e 730.

o que se pretenderá é que, através da afirmação de valores primordiais pelo Direito Penal (mais ainda quando está em causa a própria *vida*) se crie ou se reforce a sua interiorização ou, pelo menos, se evite que uma descriminalização *relativize ainda mais* a sua importância<sup>1030</sup>. Assim, o perigo da descriminalização é sempre o da progressiva desvalorização do bem em causa, não como mera preocupação teórica, mas como potenciador<sup>1031</sup> de negativos efeitos práticos. É a função, que vimos acentuando, de conformação das representações sociais, enquanto *orientadora do comportamento*, que está em causa. Deste modo, não vemos como concepção instrumental e concepção simbólica, entendida na perspectiva por nós assinalada, possam deixar de se relacionar, pois ambas acabam por estar preocupadas com a transformação ou, pelo menos, com a não agravação, da situação de facto...<sup>1032</sup> De resto, se uma lei que raramente é apli-

<sup>1030</sup> Como vimos, há quem ponha em causa a necessidade do reforço de valores quando estamos perante valores máximos. Infelizmente, porém, não cremos que assim seja. Embora a generalização da prática de um facto, não signifique, necessariamente, relativização do valor afectado para a consciência jurídica geral, pode acabar por ocasionar essa relativização... No caso do aborto, embora haja a consciência dominante de ser algo de negativo, esta consciência não parece estar suficientemente arriegada ou, talvez melhor, ele não é suficientemente desvalorizado; não parece haver uma consciência suficientemente generalizada quanto ao grau de importância do valor em causa. Segundo Pinatel, esta consciência parece variar muito com o nível cultural e social da pessoa (*ob. cit.*, p. 746, 747). Ora, neste caso, tendo em conta a fundamentalidade do bem vida e, por vezes, o facto da falta de consciencialização da negatividade da conduta também ter relação com insuficientes conhecimentos biológicos (*vide supra*, o que nos diz Pinatel), parecerá que algum relevo se deverá dar à função prospectiva do Direito Penal, ao lado, como é evidente, de medidas sociais de esclarecimento das pessoas, de educação sexual e de apoio às crianças, em especial às crianças deficientes.

<sup>1031</sup> Comprovados, segundo os dados que temos, pela experiência e pelas propostas apresentadas... *vide supra*, notas 1026 e 1027.

<sup>1032</sup> Segundo Roppo, «pensar que a norma resolva, por si só, o problema da prevenção, seria evidentemente excessivo, e de resto, ninguém o sustenta; mas negar que ela constitua, emblematicamente, uma ponte lançada entre o aborto e a prevenção, capaz de surtir qualquer resultado prático, seria igualmente excessivo; e ainda mais seria defini-la como «norma inconcludente, inútil e aberrante...» (*La Questione dell'Aborto*, p. 117). Esta posição parece-nos de perfilhar. Deste modo, não podemos deixar de encarar com alguma estranheza

cada diminui consideravelmente a sua eficácia, também haverá uma outra cifra negra a considerar: quantas pessoas se contêm de praticar o aborto por causa deste facto ser considerado crime?<sup>1033</sup>

Uma distinção bem definida entre concepção simbólica e instrumental — na nossa perspectiva elas deveriam constituir uma unidade, desde que se acreditasse na função de prevenção geral positiva do Direito Penal e desde que os valores tutelados penalmente se circunrevessem aos fundamentais. Drindl estabelece esta distinção, a propósito da análise do Acórdão do Tribunal Constitucional alemão em relação à solução de prazos (*ob. cit.*, p. 36). Numa certa perspectiva de teoria simbólica poder-se-á, de facto, estabelecer esta distinção, mas não, segundo cremos, em relação à por nós defendida (sobre uma certa ambivalência, pelo menos aparente, na argumentação daquele acórdão, *vide infra*, Secção 2.6.). No entanto, quando Drindl se refere à teoria simbólica como pretendendo conferir à lei uma «força constituidora de costumes», aqui já não estará presente a função orientadora, a qual potencia relevantes efeitos práticos? (Sobre estes assuntos, *vide supra*, notas 982 e 989).

<sup>1033</sup> Neste sentido se questiona Lang-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 505. Afirmam ainda Roxin e Mir Puig (embora sem ser a propósito do problema da criminalização do aborto) que a eficácia da pena se evidencia através daqueles que não cometem crimes e que, sem ela, talvez os cometessem (respectivamente em *Sentido y Límites...*, *cit.*, p. 18 e *Introducción...*, *cit.*, p. 67). Caberá reafirmar que, quanto a nós, este efeito de motivação da norma não operará tanto pelo temor da pena, mas mais pelo reforço da consciência da importância do valor, pela consciencialização da negatividade e reprobabilidade da conduta, pela clarificação do lícito e ilícito, orientando o comportamento, criando segurança, coesão social, coesão e segurança que não terão apenas a ver com a aplicação das normas, mas já com a existência de fronteiras perceptíveis, racionais, em consonância com a danosidade social das condutas, entre o permitido e o proibido. Ora, quanto a nós, esta função contribuirá para a conformação da personalidade. Quer dizer, esta função operará muitas vezes contribuindo (é claro que é um contributo entre outros) para que as pessoas nem sequer coloquem com seriedade a hipótese de praticar o crime e, noutros casos, para que afastem esta hipótese. Objectar-se-nos-á dizendo que tal só opera em relação a pessoas com pouca tendência para o crime — talvez na maior parte dos casos assim seja. Mas tal é também o que acontece em geral. Diz-nos Roxin, embora a propósito da função de intimidação: «Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas em todo o caso, tal não ocorre com delinquentes profissionais, nem tão pouco com delinquentes impulsivos ocasionais» (*idem* — ora, estas suas considerações parecem-nos aplicáveis também, com as necessárias adaptações, à prevenção geral em sentido positivo).

#### 2.4. *O peso dos valores conflitantes e das situações de «inexigibilidade»*

No entanto, nada do que se disse até aqui nos pode sossegar. Não é por se ter a consciência<sup>1034</sup> de que o Direito Penal tem alguma eficácia e de que, conseqüentemente, com os sistemas mais liberais, o nascituro ficará *ainda* mais desprotegido, que se poderá justificar uma criminalização absoluta e... ponto final. Aí sim, estaríamos a ser hipócritas, farisaicos mesmo, assim como quem acredita que com o sistema de prazos sem mais tudo ficaria resolvido... Por outro lado, também não é por nos parecer que o Direito Penal ainda apresenta alguma eficácia quanto a este caso, que poderemos sustentar um controlo constitucional total neste âmbito.

A polémica entre criminalização total (ou quase, o aborto terapêutico também é aceite praticamente por todos), solução de indicações, solução de prazos, solução mista — se estamos a perspectivar bem a questão — parece-nos residir, no fundo, não apenas (ou até não tanto?)<sup>1035</sup>, na reduzida eficácia protectoria do nascituro por parte da lei penal<sup>1036</sup> e impossibilidade de alteração desta situação, mas, principalmente, no conflito de interesses que está em jogo, no quantas vezes dramático das situações, nos riscos que o aborto clandestino comporta para a vida e saúde da mãe, tendo ainda em conta as situações de exploração e até de crime a que fica exposta<sup>1037</sup>.

<sup>1034</sup> Que, repetimos, quase todos acabam por demonstrar, embora nem sempre coerentemente, através das propostas que apresentam nesta área (*vide* nota 1027 e texto correspondente).

<sup>1035</sup> A hesitação reside na dúvida sobre a maior ou menor possibilidade de, se estivessemos todos convencidos de que os casos de aborto deveriam chegar a Tribunal, se conseguir intensificar a persecução penal, diminuindo-se as cifras negras e criando-se, assim, um maior efeito de prevenção geral, tal como se defende para outro tipo de crimes... (*vide* texto *infra*).

<sup>1036</sup> Uma vez que ainda é aceite como alguma e as soluções mais liberais não conseguem conferir-lhe maior protecção — pelo contrário, deixam-no mais desprotegido... E uma vez que esta reduzida eficácia só em parte será *totalmente* inevitável (*vide* texto *infra*).

<sup>1037</sup> Sobre estes aspectos, Costa Andrade, *O Aborto*, *cit.*, p. 306 e ss. Dever-se-á ter em conta, também, os lucros que esta situação acaba por permitir a quem explora a situação de dependência e vulnerabilidade alheia... (por este

É verdade que todos estes perigos a que a mulher fica sujeita, provêm da reduzida eficácia da lei penal, uma vez que estão ligados ao aborto clandestino. No entanto, caberia perguntar se esta reduzida eficácia, no que diz respeito à reduzida aplicação da norma penal (o que tem efeitos negativos quanto à prevenção do crime) é totalmente inevitável (pela privacidade das situações e impossibilidade de cooperação da vítima ou alguém a ela ligado com as instâncias de controlo)<sup>1038</sup> ou se, *em parte*, também é desejada pela própria sociedade e pelas próprias instâncias formais de controlo. Parece que a segunda hipótese se verifica. Para além da dificuldade na descoberta da prática destes factos (acrescida em relação a outro tipo de crimes), a existência de situações muito difíceis para a mulher que quer praticar o aborto, conduz a que nem sempre se façam todos os esforços de persecução necessários à sua contenção. Também este facto contribui para que se tenham mais em conta os possíveis riscos a que fica exposto o agente do que na maioria das outras situações de crime<sup>1039</sup>. Por tudo isto se compreende que noutros casos em que também se verificam elevadas cifras negras e elevado número de violações da norma se faça

---

facto o aborto é sempre mais punido em relação à pessoa que o executa do que em relação à mãe — haveria também que atender à posição do pai que em certos casos será instigador ou, pelo menos, cúmplice do crime). Também por esta razão há quem entenda que a mãe é vítima (ou uma das vítimas) do crime (*vide* nota 1008 e 1039).

<sup>1038</sup> Neste sentido, *vide* considerações *supra*, nota 1007.

<sup>1039</sup> E será também em função da existência destas circunstâncias angustiantes e da exploração por parte de terceiros da situação de «necessidade» em que a mulher se encontra, que há quem a considere como vítima. De outro modo, embora a dimensão pragmática do bem jurídico obrigue a que se tomem em consideração todos os efeitos do facto ser considerado crime, não seria compreensível terem-se em conta os perigos (e os prejuízos) a que o próprio agente (a mãe aqui na perspectiva de agente) voluntariamente se submete com a sua prática. Assim, esta atitude compreende-se tendo em conta as dificuldades, a situação muitas vezes de *inexigibilidade* em que a mãe se encontra (colocando a questão de se, no caso do aborto, em vez da comparação entre dano e utilidade, não se estará mais face a um problema valorativo — de conflito de valores, Cuello Contreras, *Presupuestos...*, *cit.*, p. 46).

apelo a uma intensificação da perseguição, enquanto que na situação de aborto o apelo é feito à descriminalização<sup>1040</sup>.

### 2.5. Soluções em princípio inconstitucionais

a) Assim, do nosso ponto de vista, uma solução equilibrada do problema não poderá esquecer a necessidade de conceder protecção à vida do nascituro, sob pena de se infringir a imposição constitucional de protecção da vida e da dignidade humana, mas também terá de ter em conta os possíveis valores conflitantes em jogo e as dificuldades na eliminação destas situações indesejáveis<sup>1041</sup>. Esta protecção, se não pode ser exclusivamente penal (é evidente que o Direito Penal também não concede protecção suficiente ao valor em causa)<sup>1042</sup>, cremos que também

<sup>1040</sup> É claro que a intensificação da perseguição também poderia deparar com dificuldades muito grandes. Neste sentido, refere Costa Andrade que as «dificuldades tendem a agravar-se com a consabida tendência dos agentes para sofisticarem as suas defesas face ao aperfeiçoamento das técnicas investigatórias» (*O Aborto como Problema...*, cit., p. 309, nota 18). No entanto, sabemos que noutros casos existirão dificuldades de grau semelhante e o apelo é feito à intensificação da perseguição (*vide supra*, nomeadamente nota 957). Assim, parece-nos que o aspecto valorativo desempenha aqui um papel importante. É este mesmo autor que, ao lado destas dificuldades de investigação, refere, como razões das elevadas cifras negras, o «profundo dissenso quanto à justeza da incriminação do aborto — conflito que abrange tanto as pessoas que o praticam como os seus familiares, polícias... e os próprios juízes» (*idem* — em texto).

<sup>1041</sup> Quer quanto às dificuldades na eliminação das situações que colocam a mulher na posição de querer abortar, quer na diminuição do aborto clandestino — não negamos que estas dificuldades existem.

<sup>1042</sup> Ao Estado assistirá, assim, do nosso ponto de vista, não só uma obrigação de protecção penal — *de princípio* — da vida do nascituro, como uma obrigação de criar outros meios de luta contra o aborto: medidas de planeamento familiar, de educação sexual, de apoio à maternidade, de apoio à infância — em especial a crianças deficientes, de regulamentação e facilitação da adopção (sem no entanto pôr em causa os limites indispensáveis para se garantir o bem-estar da criança)... Neste sentido *vide* Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 34 e Roxin, defendendo a criação de um centro que apoiaria a mãe e lhe garantiria, dentro do possível, os meios necessários para que o nascimento da criança não a colocasse numa situação tão dramática, só permitindo o aborto em relação a situações para as quais fosse incapaz de conceder apoio suficiente, não se podendo eliminar, assim, uma situação de profundo dramatismo que tornaria inexistível

terá de contar com o apoio do Direito Penal em nome da *significatividade do bem vida* e da referida *relativização deste valor em relação ao feto* (com efeitos práticos se não absolutamente provados, bastante seguros) que uma total descriminalização do aborto operaria<sup>1043</sup>. A consideração dos valores conflitantes legitimaria, no entanto, um sistema de indicações.

b) Face à imensa variedade de soluções possíveis, cremos que não nos cabe, no âmbito deste trabalho, analisar todas as vantagens e desvantagens dessas várias hipóteses, mas sim averiguar, à luz dos princípios delineados e da situação descrita, quais nos parecem ser as possibilidades de controlo do Tribunal Constitucional nesta matéria.

A *não ser que se comprovasse* a total ineficácia da lei penal e/ou a criação de mais danos do que benefícios face à descriminalização total, ou a existência de formas mais eficazes, suficientemente eficazes, de protecção<sup>1044</sup>, parece-nos que o Tribunal Constitucional teria legitimidade para considerar inconstitucional uma solução que previsse a descriminalização total do aborto. Do mesmo modo, uma solução de prazos pura e uma solução mista<sup>1045</sup> nos parece inconstitucional, uma vez

para a mulher suportar a gravidez... (*La Propuesta Minoritaria...*, cit., p. 75 e ss.). Esta seria uma tentativa de, sem voltar as costas à realidade, não permitir que livremente se pusesse fim à vida do nascituro...

<sup>1043</sup> *Vide supra* 2.3. b).

<sup>1044</sup> Ou, inversamente, que se comprovasse que a descriminalização não criaria mais custos do que benefícios (neste sentido, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 62). Nestes casos, tendo em conta a significatividade do valor em causa, a elevada danosidade social e a probabilidade da legalização total apresentar mais custos do que benefícios em comparação com a criminalização de «princípio», defendemos que o ónus da prova, *não pleno mas agravado*, caberia ao legislador... Continuamos a defender, assim, uma gradação na vinculação do legislador, em função da situação em causa, com reflexos no ónus de fundamentação mais ou menos aprofundado (no mesmo sentido, face ao problema da legitimidade da criminalização, *vide supra*, Segunda Parte — Primeiro Capítulo, Secção 5. c) e Terceiro Capítulo, Secção 6. b) e *vide infra*. Secção 4).

<sup>1045</sup> Nos primeiros meses, solução de prazos; a partir de certa altura — normalmente dos três meses, mas por vezes mais (!) como prescreve a decisão do Supremo Tribunal Federal dos E. U. A., segundo a qual acaba por se liberalizar o aborto nos primeiros seis meses, solução de indicações.

que deixaria a vida humana desprotegida nos seus primeiros meses<sup>1046</sup>. O dever constitucional de protecção estadual, o mais abrangente possível, por se tratar de um bem de *tão elevada dignidade penal como é a vida*, não nos parece compatível com uma total liberdade da mãe quanto ao «destino» de uma vida humana, que já iniciou o seu percurso<sup>1047</sup>. Da importância primária deste bem, desde logo expressa na Constituição através do qualificativo «inviolável», de significado, como Almeida Costa

<sup>1046</sup> Tendo em conta a *alguma* eficácia da lei penal, em especial através da sua função orientadora. Esta posição também parte do princípio de que uma divisão do valor da vida humana intra-uterina seria sempre uma tanto aleatória e que, de todo o modo, mesmo que se entenda que ela vai adquirindo um peso crescente e que se deverá conceder uma protecção mais intensificada a partir do momento em que é mais segura a existência de sofrimento do feto, ou em que este adquire alguma autonomia, *ela merece protecção desde o seu início*. (Vide *supra*, Secção 2.1. e *infra* nota seguinte.)

<sup>1047</sup> Numa resolução do congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro, 1989), entendeu-se que a vida humana deveria ser protegida desde o seu início — desde a fecundação, independentemente mesmo do feto ser qualificado ou não como pessoa ou sujeito de direitos (*apud* Lopes Rocha, *Bioética...*, cit., p. 180). Em especial no caso do bem vida, parece-nos fazer pleno sentido a referência feita por Cuello Contreras à posição segundo a qual «toda a pretensão de reduzir o que poderíamos chamar «direito penal clássico», que, sem negar a constância do bem jurídico protegido, se quer recortar por razões sociológicas — com base em critérios quantitativos — contende com a totalidade do bem jurídico, ao criar-se insegurança jurídica sobre os limites entre o proibido e o permitido. A despenalização de sectores de um bem jurídico deteriora a imagem social do resto desse bem jurídico que se quer manter. Os problemas, sem dúvida existentes, a que responde tal recorte do bem jurídico, podem ser resolvidos noutros âmbitos da teoria do delito — antijuricidade e, sobretudo, culpabilidade — mas nunca pelo meio da discriminação.» (Cuello Contreras, *Presupuestos...*, cit., p. 471). Se em certas situações podemos argumentar em contrário com base no princípio da fragmentariedade, como p. ex., no caso da propriedade, para retirarmos certas bagatelas do âmbito da criminalização (acentuando o aspecto da fragmentariedade, Fiandaca e Musco, *ob. cit.*, p. 11, fazendo face às críticas que a esta são por vezes movidas no sentido de perda da consciencialização dos valores, afirmando que também a delimitação do âmbito de protecção obedece a critérios valorativos de gravidade e que a prevenção especial é a orientação para o valor em si e não apenas para as facetas criminalizadas — vide *supra* nota 672), neste caso não nos parece que possamos falar de «vidas bagatelares» (!) Assim, se o recorte do bem jurídico comporta sempre o risco de desvalorização de todo o bem, aqui, atendendo à significatividade

salienta, «tendencial» e «sensibilizador»<sup>1048</sup>, resultaria a «consagração de um imperativo que obriga o legislador ordinário a dispensar à vida humana (intra ou extra-uterina) uma *protecção intensificada*»<sup>1049</sup>. Não cremos que uma solução de prazos corresponda a esta protecção intensificada, nem ao carácter de *excepção* de que o atentado à vida sempre se deverá revestir<sup>1050</sup>. Mesmo Eser, que propõe uma solução bastante liberal neste âmbito<sup>1051</sup>, qualifica de inconstitucional a solução de prazos, por «negar valor ao embrião pondo-o à disposição da grávida»<sup>1052</sup>.

## 2.6. Breve análise do Acórdão do Tribunal Constitucional alemão — sobre a solução de prazos

A propósito caberá referir a decisão do Tribunal Constitucional alemão<sup>1053</sup>, em relação à *solução de prazos* da 5.<sup>a</sup> lei de reforma penal, que declarou nulo o § 218 a), por ser contrário

do valor em causa e, também, ao facto de com a consumação do crime, todo o bem (ou o substrato do bem... — incluindo o seu núcleo) ficar destruído, dever-se-á ser particularmente cauteloso. Também Sax, como vimos, refere que a vida é o único bem protegido em toda a sua amplitude (*ob. cit.*, p. 912) — claro, com a excepção de causas de justificação, de exclusão da culpa ou da punibilidade; mas estas terão de ter na sua base interesses contrastantes (*vide* nota seguinte) ou motivos que conduzam à inexigibilidade. Não se trata pura e simplesmente de uma exclusão sem mais da protecção penal.

<sup>1048</sup> *ob. cit.*, p. 81 — tendencial e não absoluto, como este autor também salienta, uma vez que há «excepções», em que se «permite» a sua lesão — situações de legítima defesa e estado de necessidade.

<sup>1049</sup> *Idem* (itálico nosso).

<sup>1050</sup> *Idem* (itálico nosso). Acentuado este carácter de excepção, Almeida da Costa, *ob. cit.*, p. 81 e ss. Costa Andrade também privilegia o sistema de indicações, discordando da «liberalização do aborto em nome de uma liberdade sem limites à disposição do próprio corpo». (Costa Andrade, *O Aborto como...*, cit., p. 321).

<sup>1051</sup> Sistema de «indicações», mas em que a mulher é que decidiria sobre a sua existência ou não — sobre a existência ou não de um «estado de necessidade»... (Eser, *ob. cit.*, p. 297 e ss.)

<sup>1052</sup> *ob. cit.*, p. 294-295.

<sup>1053</sup> *BverfG...*, cit.

ao art. 2.º, n.º 2, alínea 1 (direito à vida) e ao art. 1.º, n.º 1 (dignidade humana) da respectiva Constituição. Esta decisão, salientando a fundamentalidade do valor vida, «como base da dignidade e de todos os outros direitos fundamentais» e, assim, do dever constitucional de protecção estadual da vida, incluindo a intra-uterina, como vida com autonomia e não como parte integrante do corpo da mãe, sublinha a necessidade da ordem jurídica desaprová-lo claramente o aborto, *evitando a falsa impressão de que se trataria de uma alternativa à contracepção*. «O Estado não pode subtrair-se à sua responsabilidade através do reconhecimento ajurídico ou livre do direito, contendo-se de qualquer valoração e deixando a decisão ao particular»<sup>1054</sup>. Seria necessário ter em conta o valor do bem em causa, a medida da danosidade social, mesmo em comparação com outras acções puníveis e valoradas ético-socialmente da mesma forma<sup>1055</sup>, e, por outro lado, a regulamentação tradicional deste âmbito da vida, bem como *a evolução das representações sociais sobre o papel do Direito Penal na sociedade moderna e, finalmente, não deixar de lado a eficácia prática da ameaça penal e a possibilidade da*

1054 P. 209. Sobre a concepção de «zona livre de direito» (Kaufmann), aplicada ao caso do aborto, *vide infra* 2.8.2. Também Roxin defende que não se deverá «fazer depender a destruição desse bem jurídico do livre antojo do particular, mas, pelo contrário, terá de concorrer alguma contra-indicação que anule a protecção de princípio outorgada.» (*La Propuesta Minoritaria...*, *cit.*, p. 77). Por isso, a sua proposta impõe a consulta de um centro de acesoramento que teria poderes vinculantes quanto ao aborto, diferentemente do P. A. (proposta maioritária), em que a decisão de abortar ficaria entregue à mãe, embora esta devesse consultar o centro. Roxin faz críticas pertinentes a este sistema, considerando que a mera obrigação de recorrer ao centro não produziria quaisquer efeitos de protecção da vida do feto, uma vez que a decisão caberia unicamente à mulher. (Roxin, *A Propuesta Minoritaria...*, *cit.* p. 77 e ss.). Kaufmann refere que uma solução de prazos nunca pode ser entendida como liberdade total — p. ex. abortar para ir passar férias — porque, exigindo-se que a mulher recorra a um médico, este sempre averiguará a situação — Mas em que termos? — Como? Tudo dependerá dos médicos e da consciência da mulher... (*Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, p. 339).

1055 *Vide supra* Quarto Capítulo sobre as imposições relativas de criminalização (necessidade de coerência do sistema penal por referência à ordem valorativa constitucional — esta análise terá também relevo neste caso).

*sua substituição por outras sanções jurídicas*. Quando, porém, «a protecção exigida pela Constituição não é alcançável por outra via, pode o legislador ser obrigado, para protecção do bem jurídico, a recorrer aos meios penais»<sup>1056</sup>.

De acordo com esta fundamentação inicial parece-nos defensável a decisão do Tribunal Constitucional — trata-se de um bem de primordial importância, não suficientemente protegido por outra forma, e deve-se ter em conta a função de prevenção geral do Direito Penal<sup>1057</sup>. Esta função é posta em relevo quando o Tribunal se refere aos «efeitos psicosociais do Direito Penal, de significado geral»<sup>1058</sup>, o que implicaria não só uma proibição formal do aborto mas também um dever de penalização limitada. No entanto, depois destas considerações, que apenas imporiam uma obrigação de criminalização relativa, na medida em que se toma em consideração o carácter de «ultima ratio» do Direito Penal<sup>1059</sup>, o Tribunal critica critérios de eficiência, categorias quantitativas e jogos de números<sup>1060</sup>. Esta posição do

1056 *BverfG...*, *cit.*, p. 209 (itálicos nossos).

1057 Quanto a nós, em especial a de sentido positivo. Daí termos salientado, nesta fundamentação, a questão da «representação social sobre o papel do direito penal»... (neste sentido, *vide supra* 2.2 e 2.3., e ainda *Secção 1 e supra Segunda Parte, Terceiro Capítulo 3. b) e 5. b) e c)*.

1058 *Idem*. No entanto, Müller-Dietz salienta que, quando o Tribunal se apoia no efeito de intimidação das normas penais, recorre a situações de facto que não estão ainda, do ponto de vista empírico, suficientemente esclarecidas. (*Zur Problematik...*, *cit.* p. 111-112.) Quanto a nós, parece-nos mais clara a importância e a presença da prevenção geral em sentido positivo (em alguma medida) no caso do aborto, do que da prevenção em sentido negativo. (Quanto a este problema, *vide supra* 2.2 e 2.3.)

1059 Esta obrigação de criminalização relativa parece que exigiria a análise, por parte do legislador, de todas as circunstâncias — importância do bem, danosidade social, mas também comparação dos meios de protecção, de custos e benefícios, etc. (Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, p. 109 e ss.) Por outro lado, caberia ao legislador o ónus da prova de que tinha eleito o meio mais adequado para a protecção do bem jurídico (retirando esta conclusão a partir do acórdão, Müller-Dietz, *ibidem*, p. 115 e ss.)

1060 Atente-se ainda nesta afirmação do Acórdão — «a lei não é apenas um instrumento para conduzir processos sociais de acordo com conhecimentos ou prognoses sociológicas; ela é ainda expressão estável de avaliações ético-sociais e portanto jurídicas, das acções humanas; ela deve dizer o que para cada um

Tribunal Constitucional foi vista por alguns autores como uma «revisão contraditória em relação aos princípios até então desenvolvidos»<sup>1061</sup>. Parece, de facto, haver aqui alguma ambiguidade, pelo menos na forma como o Tribunal se exprimiu<sup>1062 e 1063</sup>. Segundo Müller-Dietz, este tipo de argumentação ainda seria compreensível, devido ao significado e características do bem que estava em causa. Deste modo, considera esta solução não susceptível de generalização<sup>1064</sup>. Estamos de acordo quanto a

é direito». (*BverfG...*, cit., p. 212.) O que nos parece, na senda do que temos vindo a defender, é que esta função de clarificação do lícito e ilícito deve valer, precisamente enquanto contribui(r) para a orientação dos comportamentos, produzindo assim relevantes efeitos práticos (*vide supra*, 2.2 e 2.3.).

<sup>1061</sup> Müller-Dietz, *Zur Problematik...* cit., p. 112-113.

<sup>1062</sup> Não inequívoca será também a afirmação de que «A eficiência da regulamentação no seu todo não pode sacrificar a protecção do direito fundamental em particular.» Müller-Dietz refere também com certa perplexidade esta afirmação. (*Zur Problematik...*, cit., p. 112).

<sup>1063</sup> Será tendo em conta esta ambiguidade que Drindl se terá referido à posição do Tribunal Constitucional como defensora de uma concepção simbólica, no sentido de alheia a considerações pragmáticas — ou seja, «negando a necessidade de alterações de comportamento pelo direito penal», regendo-se apenas por critérios valorativos (*ob. cit.*, p. 35). Reafirmamos não ser esta a nossa posição, quando nos referimos à função simbólica do Direito Penal. (*Vide supra* notas 982 e 989 e ainda 1033.)

<sup>1064</sup> Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, cit., p. 113 e ss. Müller-Dietz parece assim aceitar (ou pelo menos tolerar) que em casos extremos, mas só nestes casos, sob pena de se pôr em causa o equilíbrio entre os poderes (*balance of power*), se retirem da Constituição deveres de punição (116).

Esta decisão suscitou muita polémica. Para uns foi considerada desrespeitadora do próprio princípio da separação de poderes (entre outros Kriele, § 218 *StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*; Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 522 e ss.); para outros, seria de aplaudir por curar da protecção de um valor importante que era deixado sem suficiente protecção penal (neste sentido se parecem inclinar Kumbriegel, *ob. cit.*, p. 556; Lange-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 505 e ss.; Stern, *ob. cit.*, p. 940, 941 e ss. e 952.); posições mais cautelosas mostraram compreensão para com a decisão em virtude de estar em causa um valor primordial, acentuando a não susceptibilidade de generalização desta decisão (Müller-Dietz, *idem*; defendendo também a diminuição da auto-restricção do Tribunal Constitucional quanto maior for a ligação dos bens à dignidade humana, Drindl, *ob. cit.*, p. 13). De resto, o próprio Tribunal salientou a importância de se tratar de um bem essencial, referindo-se à imposição de intervenção em casos extremos (*vide supra* em texto).

este aspecto — as imposições constitucionais de criminalização têm de se referir a bens particularmente valiosos («questões de vida ou de morte») <sup>1065</sup>. Assim, cremos que a imposição só poderá provir da natureza do bem jurídico em causa e da função do Direito Penal como conformador das representações sociais o que tornaria (junto com dados da experiência de conhecimento geral) bastante segura a *necessidade de intervenção penal*. Deste modo, não pretendemos pôr em causa o princípio da carência de tutela penal.

## 2.7. Soluções constitucionais e de constitucionalidade duvidosa

a) Quanto a todas as outras possibilidades — solução de indicações dependentes da avaliação de terceiros (médicos e/ou comissão de peritos), solução de indicações dependentes da decisão da própria grávida, indicações mais ou menos restritas — não nos parece clara a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, uma vez que é preciso ter em conta que este Tribunal, sendo o «guardião» da Constituição e devendo evitar, assim, que o legislador viole os deveres imprescindíveis de protecção de valores constitucionais (mais ainda quando se trate de valores primordiais), também não é um «aerópago, um conselho de sábios, que poderia corrigir os erros políticos ou de política legislativa cometidos, real ou supostamente, pelas entidades que, entre nós, detêm a competência legislativa...» <sup>1066</sup>. Não se pretende, assim, a substituição do Parlamento, democraticamente legitimado, por um Estado de Juizes... <sup>1067</sup>

b) No entanto, cremos que algumas ressalvas se deverão ainda fazer. Temos dúvidas sobre a constitucionalidade de sis-

<sup>1065</sup> Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, cit., p. 113.

<sup>1066</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional Português, n.º 25/84, p. 208.

<sup>1067</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias, *Parecer da Comissão Constitucional* n.º 13/80, p. 117.

temas de indicações de tal modo amplos que acabem, na prática, por deixar o nascituro tão desprotegido quanto um sistema de prazos<sup>1068</sup>.

A este propósito caberá fazer uma referência ao sistema proposto por Eser — de indicações dependentes da decisão da grávida. De facto, este sistema acaba por combinar a solução de prazos (na medida em que se estabelece um prazo dentro do qual seria possível recorrer a este regime) com a solução de indicações (ou de quase indicações), uma vez que a lei preveria as situações<sup>1069</sup> em que a mulher grávida poderia abortar e esta teria obrigatoriamente de se dirigir a um centro de aconselhamento, expondo o seu caso; só que, a decisão final seria a própria grávida a tomar. Na verdade, este sistema depõe toda a confiança na mulher<sup>1070</sup>. À partida, tal seria de louvar, mas, no entanto, parece-nos muito duvidoso que a mera obrigatoriedade da pessoa se dirigir a um centro para ouvir conselhos que sabe não serem vinculativos, proteja suficientemente a vida do feto. Não redundaria na prática num puro sistema de prazos? No entanto, um aspecto importante se salvaguarda — a previsão legal de situações de necessidade, o que teria uma função de

<sup>1068</sup> Costa Andrade salienta que a adopção pura de qualquer dos dois sistemas não conduz necessariamente a soluções práticas finais divergentes quanto às margens de criminalização-descriminalização e refere como exemplo o caso alemão. Segundo este autor, a décima quinta lei de reforma penal alemã (18-5-1976), obedecendo ao modelo das indicações, permitirá resultados que, na perspectiva da descriminalização, «excederão porventura os que seriam alcançáveis com a Quinta Lei» (*ob. cit.*, p. 318; neste sentido refere também a posição de Sax).

<sup>1069</sup> Esta previsão poderá ser muito vaga — situação de necessidade «détresse» (caso da lei Francesa) ou mais pormenorizada (caso da lei italiana em que se prevêem pressupostos mais estritos, quase como num modelo de indicações).

<sup>1070</sup> Eser salienta a necessidade e vantagens da auto-responsabilização da mulher, distinguindo esta situação daquela em que o aborto fica na sua livre disponibilidade — decisão de autodeterminação (*ob. cit.*, p. 294-295 e 297); compara também a solução proposta com a figura do estado de necessidade, em que não se exige uma comprovação por parte de terceiros (p. 294-295). Mas, a verdade é que, nos casos de estado de necessidade, o Tribunal pode depois avaliar a situação, se a sua licitude for posta em causa...

apelo, a qual, como vimos, nos parece ser fundamental<sup>1071</sup>. Assim, e tendo em conta a importante distinção entre opinião pessoal sobre a bondade de dado sistema e juízo acerca da sua (in)constitucionalidade, não nos parece clara a inconstitucionalidade desta solução.

c) Concluimos, assim, afirmando que o sistema de indicações, enquanto pretende cingir a «permissão de aborto» a casos graves, a casos de verdadeira «inexigibilidade»<sup>1072</sup> da mulher, nos parece legítimo. A regra continua a ser a protecção da vida intra-uterina desde o momento do seu início, consagrando as indicações apenas *excepções* a este princípio geral.

A nova lei portuguesa sobre interrupção voluntária da gravidez segue o sistema de indicações, o qual também não merecerá a crítica de exagero de amplitude<sup>1073</sup>. Consagra-se a indicação terapêutica, a eugénica e a ética, dependentes da avaliação de terceiros. Parece-nos, assim, que sob este ponto de vista, não se poderá considerar inconstitucional<sup>1074</sup>.

<sup>1071</sup> *Poder-se-á evitar a convicção de que o aborto até ao prazo x é livre; exige-se a situação de conflito, o que, segundo cremos, poderá ter efeitos práticos relevantes...* (No fundo, é este o aspecto que o distingue de um sistema de prazos como o proposto pela P. A., o qual, como vimos, mereceu as críticas de Roxin, para quem as prescrições do centro de aconselhamento deveriam ser vinculantes — *La Propuesta Minoritaria...*, *cit.*, p. 77 e ss.)

<sup>1072</sup> Esta expressão é utilizada muitas vezes por vários autores a propósito do aborto e até por textos legais em que se consagram as indicações. Sobre a significatividade desta expressão, *vide infra* 2.8.3.

<sup>1073</sup> A não ser que ela seja interpretada dessa forma, nomeadamente no que diz respeito ao preenchimento de conceitos indeterminados como «gravidade» da doença da mulher (física ou psíquica — o conceito ainda se tornará mais difícil de concretizar e até de comprovar quanto à doença psíquica) ou da doença ou mal-formação do nascituro (art. 140).

<sup>1074</sup> Lei que por duas vezes foi submetida ao controlo do Tribunal Constitucional e considerada conforme à Constituição (*vide* Acórdãos n.º 85/85). Apenas se poderá levantar o problema da natureza dessas indicações (*vide infra* 2.8.) e a questão da indicação eugénica e criminológica terem sido previstas autonomamente — não ligadas à indicação terapêutica (sobre estes problemas *vide infra idem*, os quais, no entanto, não nos parecem susceptíveis de originar uma inconstitucionalidade).

## 2.8. *Natureza das indicações e problema da sua constitucionalidade*

### 2.8.1. *Exclusão da ilicitude*

A questão que se poderá levantar será a da natureza desta indicações.

Dever-se-á admitir estarmos perante contra-tipos, causas de exclusão da ilicitude ou apenas causas de exclusão da culpa ou da punibilidade?

A exclusão da ilicitude pressupõe sempre um conflito, para resolução do qual se deve proceder a uma ponderação de interesses em concreto.

Na verdade, a aplicação do estado de necessidade justificante, face ao nosso sistema jurídico, nem sequer na situação em que está em causa a vida da mãe, contraposta à do feto, nos parece evidente<sup>1075</sup>. Poder-se-á dizer que a vida da mãe tem valor superior à vida do feto?<sup>1076</sup> Como proceder a uma pon-

<sup>1075</sup> Uma vez que entre nós o estado de necessidade justificante implica a *sensível* superioridade do valor a salvaguardar (art. 34 do C. P.). O problema põe-se, é claro, em relação à mãe. Já quanto ao médico se poderá defender a existência de um conflito de deveres que tornaria lícito salvar a mãe. Por outro lado, para quem defende a superioridade da vida mãe, caso se entenda que o médico está perante um conflito de deveres, teria de salvar a vida da mãe. E se não o quer fazer por contrariar os seus princípios? Costa Andrade refere a «válvula de segurança do criminoso por convicção...» (*O Aborto como...*, cit., p. 316). É de salientar que o conflito de interesses entre bens iguais, sendo necessário o sacrifício de um para salvaguardar o outro, não constitui assunto pacífico. Em Espanha, parte da doutrina (doutrina unitária), defende que nestes casos se deveria excluir a ilicitude (estado de necessidade justificante), enquanto que para outros autores (doutrina diferenciada), tal situação só deveria dar lugar a uma causa de exclusão da culpa (sobre esta polémica — Gimbernau de Ordeig, *El Estado de Necesidade: un Problema de Antijuridicidad*). Ainda uma terceira posição é a de Kaufmann — seriam situações nem lícitas nem ilícitas, mas inseridas numa zona livre de direito — vide *infra* 2.8.2.

<sup>1076</sup> Neste sentido, Costa Andrade, *Aborto como...*, cit., p. 316. Também Figueiredo Dias parece inclinar-se neste sentido (*Lei Criminal e Controlo...*, cit., p. 89). Atendendo à concepção social mais difundida talvez se deva considerar a vida extra-uterina como valor superior — É verdade que o aborto sempre foi menos punido do que o homicídio (embora razões ligadas aos interesses contrapostos, situações de menor exigibilidade e argumentos de política criminal

deração de valor entre duas vidas diferentes?<sup>1077</sup> Nos outros casos seria ainda menos sustentável a superioridade dos interesses da grávida<sup>1078</sup> em relação à vida do nascituro, de acordo com uma ponderação de bens que tenha em conta a ordenação valorativa constitucional. Por outro lado, mesmo a criação de causas de exclusão da ilicitude que não exigessem a superiori-

também tenham tido influência nesta distinção). E é verdade que estas concepções devem ser tomadas em consideração. Mas qual a sua razão de ser? Se considerarmos que a vida vai tendo um valor crescente à medida que se desenvolve, então teríamos de fazer distinções quanto à vida depois do nascimento. Ou dever-se-á entender que com o nascimento se dá um salto qualitativo (ou uma tal diferença de grau que se transforma em diferença qualitativa...) que justifica que se considere a partir desse momento a vida como mais valiosa? Ou o momento relevante deveria ser aquele em que o feto adquire alguma autonomia (embora esta data também seja algo incerta — 6 meses)? Por vezes dá-se relevância ao problema da existência ou não de um direito subjectivo à vida no caso do nascituro — o que, como referimos, não nos parece assumir relevo significativo... No entanto, mesmo que se considere como superior a vida depois do nascimento, poder-se-á afirmar uma *sensível* superioridade? (vide *supra* Secção 2.1. e nota 1030).

<sup>1077</sup> Para Kaufmann, não será correcto afirmar a superioridade da vida da mãe (*Rechtshreier Raum...* cit., p. 339).

<sup>1078</sup> Mesmo que reconduzíssemos, como nos parece por bem, as indicações terapêutica, eugénica, ética, económico-social (não prevista na nossa lei) à saúde física, psíquica, à estabilidade emocional da mulher ou do casal (podendo alargar-se aos outros filhos do casal) e ao bem-estar económico da família. Neste sentido se inclinam Almeida Costa e Costa Andrade — o primeiro, expressamente, embora com uma formulação ligeiramente diferente; o segundo, a partir da formulação da solução que defende para Portugal (*in O Aborto como Problema...*, cit., p. 322), na qual integra a indicação eugénica e criminológica como motivos de verificação da terapêutica (aqui terá especial relevo a saúde psíquica da mulher), à semelhança do que se consagra na actual lei alemã, estabelecendo ainda o n.º 3 dois casos de «estado de necessidade» que também cremos poder reconduzir aos interesses referidos (a estabilidade emocional da mulher — que tem também ligação com a familiar, estará aqui contida). Parece-nos de salientar a bondade da inclusão da indicação eugénica e criminológica como motivos da indicação terapêutica; caso contrário, com a indicação eugénica estaríamos a «seleccionar vidas», a considerar vidas de primeira e de segunda. Deste modo, que valor impediria que a selecção se fizesse depois do nascimento, como na antiga Grécia ou no tempo do nazismo? Onde situar a fronteira e porquê? Ora, todas as vidas nos merecem igual respeito. É claro que se pode objectar com o facto de, tendo por base a saúde psíquica da mãe, também se correr o mesmo

dade do bem a salvaguardar<sup>1079</sup>, teriam, segundo cremos, de respeitar o princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação, procedendo a uma concordância prática dos bens em causa de forma a preservar o seu núcleo essencial (art. 18.º n.º 2 e 3 da Constituição portuguesa). . . Ora, apresenta-se duvidoso o respeito pelo princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação, salvo no caso do aborto ser o único meio possível para se salvar a vida da mãe e, talvez ainda, no caso de doença grave e duradoura, de outra forma não removível<sup>1080</sup>. Por outro

risco — ela não fica afectada também depois do nascimento? Mas sabe-se que há uma maior vulnerabilidade psíquica da mulher durante a gravidez (também nos primeiros dias após o nascimento, pelo que, o infanticídio também é menos punido do que o homicídio). Alertando para os perigos da indicação eugénica, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...* cit., p. 88; também Martínez Moran critica este tipo de indicação como causa de exclusão da ilicitude (*ob. cit.*, p. 174) e Pinatel mostra-se preocupado com o facto de, a partir de uma sondagem, se ter chegado à conclusão de que a indicação eugénica é das mais aceites (por 90% das pessoas), pois, «admitir o eugenismo no domínio do aborto é reconhecer implicitamente o bem fundado de uma política de eugenismo.» (*ob. cit.*, p. 748). Diferentemente já se passarão as coisas se tivermos em atenção o carácter de mera exclusão da culpa... (*vide infra* 2.8.3.).

1079 A criação de causas autónomas de exclusão da ilicitude, é defendida por Costa Andrade, *A Dignidade e a...*, cit., p. 27 e ss. A exigência de sensível superioridade do bem a salvaguardar, feita pelo nosso estado de necessidade justificante, «limita claramente o âmbito de eficácia do direito de necessidade justificante. E alarga reflexamente o espectro de constelações em relação às quais caberia testar a pertinência duma autónoma causa de exclusão da ilicitude.» Na expressão de Schünemann seriam causas de justificação como expressão de «razões de tolerabilidade». De resto, autores como Roxin criticam a exigência de simples superioridade do interesse a salvaguardar, pois, ao recusarem justificação num caso de superioridade (embora não sensível) do bem, consideram o «bem jurídico sacrificado como prevalente» (apesar do seu valor inferior). (*apud idem*, p. 27 e 28). Há mesmo uma corrente doutrinal, como referimos já, que defende a existência de estado de necessidade justificante ainda que os bens sejam de igual valor. (Sobre esta teoria — teoria unitária, Gimbernat de Ordeig, *Estado de Necesidad...*, cit.).

1080 *Vide* Gomes Canotilho / Vital Moreira, *ob. cit.*; p. 167 e ss.; Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 220 e ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., p. 654 e ss. (*vide Supra Segunda Parte, Segundo Capítulo, 2.4. e Terceiro Capítulo, 2. b)*). Nos votos de vencidos do Acórdão n.º 25/84, põe-se em causa este aspecto; de resto, o próprio relator confessa as suas dúvidas cruciantes em relação à indicação eugénica e criminológica, por ponderação dos interesses que estão

lado, o núcleo essencial da vida do nascituro, com o aborto, fica irremediavelmente destruído<sup>1081</sup>. Por fim, para alguns autores será também duvidosa (ou mesmo de negar) a possibilidade de uma ponderação de valores em abstracto, feita pela lei<sup>1082</sup>.

### 2.8.2. Zona livre de Direito

a) Neste domínio aplica Kaufmann a sua teoria da zona livre de Direito, de acordo com a qual estaríamos perante situações que nem seriam lícitas, nem ilícitas, mas livres de ponde-

na sua base em comparação com o bem vida do feto (e isto, mesmo que se considerasse o aspecto ofensa à saúde psíquica da mãe — na senda do que defendemos *supra nota* 1078), embora admita uma menor tutela do nascituro em relação às pessoas nascidas, tendo em conta a própria tradição (sempre menor punição do aborto do que do infanticídio e homicídio) e também por entender não ter o nascituro plena (mas apenas limitada) capacidade jurídica, sendo ainda decisiva, «na constância de dúvidas insuperáveis... dever prevalecer a presunção de não inconstitucionalidade.» (p. 222).

1081 *BverfG...*, cit., a propósito da liberdade da grávida, refere também este facto — «Um equilíbrio que garantisse a vida do nascituro mas também concedesse à grávida liberdade de aborto não é possível, porque esta implica sempre a eliminação da vida pré-natal» (p. 208). Ora, a verdade é que tal acaba por acontecer com qualquer tipo de indicação — implica sempre a eliminação da vida do feto. Almeida Costa afirma que, nestes casos, «as soluções possíveis aparecem sempre numa relação de alteridade, excluindo-se reciprocamente» (*ob. cit.*, p. 83). Também Gomes Canotilho, como referimos já, menciona situações em que será necessário estabelecer uma relação de prevalência entre os bens, dando como um dos exemplos o do aborto por indicação criminológica, considerando prevalentes os interesses da mãe (*idem*, p. 660). De facto, assim é. Ou se atende aos interesses da grávida, ou à vida do feto. No entanto, parece-nos de salientar que, enquanto que destruindo a vida do feto, destrói-se sempre, como é evidente, o núcleo essencial do bem vida, já na ameaça ou ataque aos interesses da mãe, pelo nascimento do feto, poderá não ficar destruído o núcleo essencial do bem em causa. Tal só não será assim, segundo nos parece, no caso da própria vida da mãe estar em jogo, ou, talvez ainda, num caso de doença incurável e permanente. . .

1082 *Vide* votos de vencidos do Acórdão n.º 25/84 (em especial Cardoso da Costa, p. 226). No entanto, parece-nos que a lei ainda deixa margem para a ponderação em concreto, pois consagra conceitos muito gerais. Assim, a crítica simultânea a estes dois aspectos (à consagração de conceitos indeterminados como no caso de doença grave e à ponderação em abstracto) parece-nos contraditória.

rações jurídicas. Assim, as indicações não constituiriam causas de exclusão da ilicitude (nem mesmo no caso de estar em causa a vida da mãe)<sup>1083</sup>, mas também não seriam meras causas de exclusão da culpa. Tratar-se-ia de situações não proibidas mas também não permitidas<sup>1084</sup>. Tal dever-se-ia à impossibilidade do Direito operar com um critério racional de ponderação face a estes conflitos (estaríamos perante conflitos imponderáveis) — áreas de tolerância e de contenção jurídica, deixadas à decisão de consciência de cada um.

Zona livre de Direito, na formulação de Kaufmann<sup>1085</sup>, seria aquela em que um facto não se poderia considerar proibido nem permitido, lícito nem ilícito; não existiria uma autorização ou um direito subjectivo, mas o facto também não estaria juridicamente impedido — tratar-se-ia, numa palavra, de uma zona livre de valoração jurídica, em nome da liberdade, pluralismo e auto-responsabilidade dos indivíduos.

1083 Consequentemente com a consideração de não podermos defender a superioridade da vida da mãe em confronto com a vida do feto (*vide* nota 1077).

1084 Uma demonstração desta não licitude do aborto, da não existência de um direito a abortar por parte da mulher, mesmo no caso do sistema de indicações, residiria no facto do médico não ter um dever de executar o aborto (*ob. cit.*, p. 342). Esta solução coloca problemas também quanto à possibilidade de legítima defesa (é evidente que só se poria o problema da legítima defesa de terceiro...). Não sendo o facto lícito, poderia um terceiro vir em defesa do feto? Kaufmann diz-nos que seria difícil aceitar esta legítima defesa em relação ao médico; por outro lado, refere o facto de já Binding considerar a impossibilidade de um terceiro actuar em legítima defesa num caso de estado de necessidade não proibido, mas que tal já seria permitido ao próprio. É claro que poderíamos sempre dizer que, tratando-se de factos não ilícitos, não faria sentido admitir-se a legítima defesa. Mas dever-se-á defender esta solução em sede geral? Por exemplo, em qualquer caso de conflito entre bens iguais seria admissível que a pessoa afectada não se pudesse defender? Dever-se-ia admitir outra «situação livre de direito» nos mesmos termos? (solução semelhante é proposta por Gimbernat Ordeig, *Estado de Necesidad...*, *cit.*, p. 169, partindo no entanto do princípio de que em casos de bens iguais haveria ainda um estado de necessidade, se bem que sujeito a regras diferentes, por não se constituir sob uma valoração positiva — assim, para este autor, não seria possível a legítima defesa, mas sim um outro estado de necessidade nos mesmos termos).

1085 Kaufmann, *ob. cit.*

Na verdade, parece-nos correcta a afirmação de zonas em que o Direito se contém de valorar a situação. Nem vemos como é que pudesse ser de outro modo — a actuação dos indivíduos não pode estar completamente conformada juridicamente; pelo contrário, o Direito só deve intervir quando tal se mostre necessário para assegurar a convivência em comum, a manutenção da vida em sociedade. Assim, podemos dizer que há condutas completamente indiferentes do ponto de vista jurídico. Mas, na verdade, parece-nos também que, quando o Direito não proíbe, permite («permite-se o que não se proíbe»)<sup>1086</sup>. O que isto não implica é a concessão de um direito ou de uma autorização, e não implica também a aprovação jurídica do comportamento... Parece-nos que, neste ponto, a concepção de Kaufmann é particularmente relevante, ao sublinhar a distinção entre não proibição jurídica e aprovação de uma conduta («ao lado da aprovação e desaprovação há a contenção de valoração»)<sup>1087</sup>, embora, muitas vezes, os planos se possam perigosamente confundir. Assim, esta teoria aplica-se perfeitamente não só a todas as condutas inócuas ou até positivas mas que nada têm a ver com o Direito — comer, sorrir, passear... mas também (e aqui é importante esta afirmação) a condutas indesejáveis, negativas, mas que não pertencem ao domínio jurídico — por exemplo, àquela área de condutas imorais que, por não lesarem bens jurídicos, devem ser deixadas à livre consciência de cada um. Para além desta área de condutas juridicamente irrelevantes, teríamos que considerar ainda áreas juridicamente relevantes e valoradas pelo Direito, mas livres de consequências jurídicas (causas de justificação, de exclusão da culpa e de isenção da pena) e, por fim, situações juridicamente relevantes mas não valoradas pelo Direito. Seria aqui que se incluiria o caso do aborto. De

1086 Adágio jurídico (em *Dicionário de Adágios Jurídicos*). Também este adágio tem uma intencionalidade protectiva do indivíduo face ao Estado. No fundo, o problema reside na interpretação do termo «permissão» — permitir não significa aprovar. É importante acentuar-se que nem tudo o que é permitido pelo Direito Penal é permitido pela ordem jurídica em geral e, muito menos, social ou eticamente correcto (aspecto focado repetidamente *supra*, *Primeira e Segunda Parte* — nesta, em especial no *Primeiro Capítulo*).

1087 *ob. cit.*, p. 335.

facto, estaríamos perante comportamentos juridicamente relevantes (lesa-se um bem jurídico — este caso não se pode identificar ou sequer comparar com o de condutas meramente imorais), mas, em função dos referidos *imponderáveis*, o Direito abster-se-ia de qualquer valoração.

b) Se em relação ao conflito entre bens de igual valor (vida contra vida) estas considerações nos parecem aceitáveis<sup>1088</sup> — de facto, poderá ser considerado exagerado afirmar a ilicitude uma vez que deixar-se matar para salvar a vida de outrem constitui um acto heróico, não competindo ao Direito a imposição de actos heróicos<sup>1089</sup>; já quanto aos outros casos nos parece mais difícil de aceitar a imponderabilidade do conflito, embora uns sejam, de facto, de mais fácil ponderação do que outros. Não se deve considerar a vida do feto superior ao bem-estar económico mesmo que mínimo da família?<sup>1090</sup> Não se deve mesmo considerar a vida do feto superior à sua própria saúde<sup>1091</sup> e à saúde da mãe, quer física quer psíquica, em especial se não se trata de doença incurável e não removível por outro meio?<sup>1092</sup>

1088 Mas, de resto, também pareceria aceitável a criação de uma causa de exclusão da ilicitude, autónoma, não exigindo a superioridade do bem a salvaguardar ou, pelo menos, a sensível superioridade (*vide supra*, nota 1079 — como *zona de tolerabilidade*; no fundo, também como conduta não aprovada nem desaprovada pelo Direito Penal).

1089 Esta consideração, quanto a nós, valerá em sede geral. . . «Não cabe ao Direito criar santos ou heróis», mas apenas pessoas que não ponham em causa os valores básicos da comunidade.

1090 Esta questão vale para sistemas que consagrem esta indicação; não para o nosso. Parece que a solução para estes problemas deveria estar em medidas sociais e não na permissão do aborto. Não será uma solução demasiado cómoda e ilegítima querer resolver a situação deste modo? Neste sentido, Martínez Moran (*ob. cit.*, p. 176 e ss.). Mas também Roxin (*Propuesta Minoritaria. . . cit.*, p. 73) chama a atenção para este aspecto, embora tenha uma perspectiva algo diferente quanto ao problema do aborto.

1091 Indicação eugénica. Note-se como é perigoso considerar nestes casos uma situação de exclusão da ilicitude. . . Que direito existe em limitarmos a vida aos seres que consideramos perfeitos? (Sobre este aspecto, *vide supra*, nomeadamente nota 1078).

1092 Tendo em conta que as outras indicações ainda se podem reconduzir a estas (*vide supra*, nota 1078).

Estaremos na verdade perante imponderáveis?<sup>1093</sup> Estaremos de facto perante comportamentos que o *Direito Penal se deve abster de prevenir e orientar?*

No entanto, a consideração da existência, nestas situações, de uma zona livre do Direito, à partida poderá parecer preferível à sua classificação como causas de exclusão da ilicitude, quer pelo duvidoso respeito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação que a segunda solução implica, quer pelo sentido legitimador que tal exclusão da ilicitude em si mesma comportará, pelo menos perante as convicções da comunidade<sup>1094</sup>. Mas, se tivermos em atenção que excluir a ilicitude penal não significa a exclusão da ilicitude em geral, e muito menos uma aprovação (mesmo do ponto de vista jurídico) do facto, a diferença não será muita. Será menor ainda se classificarmos a exclusão da ilicitude como «causa de tolerabilidade social»<sup>1095</sup>.

1093 Afirmando claramente a superioridade da vida do feto e, assim, a ilegitimidade de se considerarem estas indicações como causas de exclusão da ilicitude, Almeida da Costa, *ob. cit.*, p. 84.

1094 Salientando este perigo, que tem íntima ligação com a função de prevenção em sentido positivo que temos vindo a acentuar no Direito Penal, Cardoso da Costa, no *Acórdão n.º 25/84*, p. 228. Defende este autor, no entanto, que «não deixará de ser legítimo ao legislador ocorrer a este tipo de situações, não impondo um juízo punitivo do Estado, onde entenda dever reconhecer o espaço para uma verdadeira — e sem dúvida dramática — decisão de consciência». Zona livre do Direito? Causa de exclusão da culpa? Da punibilidade? Lange-Hinrichsen põe em causa as próprias consequências públicas da consagração de uma zona livre de Direito (*ob. cit.*, p. 505).

1095 Assim, ser causa de exclusão da ilicitude não implicaria uma valoração positiva, até porque ser atípico, como vimos, também não implica esta valoração neste sentido, Gimbernat, *Estado de Necesidad. . . cit.*, pp. 166-167).

O efeito social que a exclusão da ilicitude criará, em comparação com a consideração de uma zona livre de Direito, é que poderá ser diferente. . . Não se terá também de entrar em linha de conta com este aspecto? (Embora de forma limitada, uma vez que o Direito também não se pode conformar completamente com as convicções sociais. No entanto, situando-nos num domínio tão delicado como este, e pretendendo-se orientar o comportamento das pessoas no sentido da dignificação da vida intra-uterina, será um factor a considerar). De todo o modo, temos dúvidas sobre este aspecto — de facto, os efeitos das duas soluções poderiam ser semelhantes. (*vide supra*, nota 1094, referência a Lang-

### 2.8.3. *Exclusão da culpa*

a) O problema fulcral parece-nos situar-se na seguinte questão: quando se exclui a ilicitude (mas também quando inserimos o facto numa zona livre de Direito), o Direito Penal está a renunciar à prevenção do comportamento típico, à orientação do comportamento das pessoas? Se assim é, então, tudo estará em nos questionarmos acerca do que se pretende do Direito Penal nas situações de «indicações» — o Direito Penal renuncia a qualquer prevenção e orientação (motivação) ou abdica apenas da punição por se estar perante uma situação de «inexigibilidade» ligada, assim, a uma insusceptibilidade de censura?<sup>1096</sup> Quanto a nós, apenas na indicação terapêutica — por estar em causa a vida da mãe — é que o Direito Penal deveria renunciar a qualquer função de prevenção; nos outros casos, tendo em conta a ordenação valorativa constitucional e os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, tal não se justificaria.

Assim, a solução mais correcta, do ponto de vista valorativo, seria, no nosso entender, a da exclusão da culpa. No entanto, seria possível, com base na exclusão da culpa, permitir que a mulher praticasse o aborto em hospitais públicos sem

---

-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 505). Caberia por fim perguntar ainda — sabendo-se que o facto não é punido, o efeito social não será semelhante qualquer que seja a classificação jurídica da situação?

<sup>1096</sup> Tudo radicaria, assim, num problema de culpa... Note-se que o termo «inexigibilidade» é frequentemente utilizado nas leis do aborto (na lei alemã, no Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, na solução proposta por Costa Andrade, *O Aborto como...*, *cit.*, p. 332, embora entenda que as indicações devem constituir causas de exclusão da ilicitude; em Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 556). Cremos ser este um factor relevante. É que, de facto, talvez se tenha a consciência de que, do que se trata, é de situações, não propriamente impoderáveis, mas em que é inexigível (no sentido de não ser censurável) ao agente, do ponto de vista jurídico, uma outra atitude. O facto destas situações serem previstas expressamente em algumas leis do aborto, teria a vantagem de criar uma certa uniformidade de critérios e uma maior segurança do que se nos conduzíssemos pelos princípios gerais de exclusão da culpa.

ter de recorrer ao aborto clandestino com todos os riscos que este comporta?<sup>1097</sup>

b) Aqui, já entramos na área da relação entre aspectos valorativos e pragmáticos, ainda intimamente relacionados. É que, se do ponto de vista valorativo cremos que seria preferível considerar as indicações como causas de exclusão da culpa, também parece contrária à intencionalidade de diminuição dos abortos clandestinos, pelas nefastas consequências que implicam, deixar de permitir que em situações de «inexigibilidade» o aborto se praticasse em hospitais públicos ou oficialmente reconhecidos.

Se a preocupação com a diminuição dos abortos clandestinos não nos levou a aceitar, *em princípio*<sup>1098</sup>, posições liberais extremas — como a legalização total e a solução de prazos — quer por não ser minimamente segura a possibilidade de tais soluções operarem uma diminuição (pelo menos significativa) destes abortos, quer por não nos parecer constitucionalmente legítima uma eventual contenção, *não significativa*, destes abortos, à custa de uma desvalorização do bem vida, com a consequência (mais segura) de um aumento do seu número global e, assim, da desprotecção da vida do nascituro, já a concessão da possibilidade da prática de aborto em condições menos perigosas e menos degradantes, em situações limite<sup>1099</sup>, nos parece de sustentar.

Poderá este momento de comparação entre custos e benefícios entrar como dimensão pragmática do próprio conceito de

---

<sup>1097</sup> Seria possível conceder condições para a prática de acto ilícito, atendendo às consequências de não concessão dessas condições? Tal posição não nos parece de sufragar.

<sup>1098</sup> Uma vez que tudo dependerá da comprovação apresentada pelo legislador (*vide supra* 2.5. b) e, mais desenvolvidamente sobre este aspecto, *infra*, Secção 4).

<sup>1099</sup> Saliente-se que, o reconhecimento da existência de situações muito difíceis, poderemos chamar-lhes mesmo situações limite, não implicará necessariamente um juízo de exclusão da ilicitude — no fundo, os casos de exclusão da culpa por inexigibilidade (pense-se, entre nós, no estado de necessidade desculpante — art. 35), reportam-se a situações limite — situações em que se torna compreensível, tendo em conta as circunstâncias, que o sujeito não tenha agido em conformidade com o Direito.

licitude/ilicitude, justificando a sua qualificação como causas de exclusão da ilicitude embora não valoradas positivamente?<sup>1100</sup> Recorrendo ao espaço livre de Direito, também o problema ficaria resolvido. Já como causas de exclusão da pena, permanecendo a ilicitude do facto, o problema manter-se-ia<sup>1101</sup>.

#### 2.8.4. Conclusão

a) Cremos, no entanto, não ser este o âmbito adequado para um aprofundamento destas complexas questões, uma vez que, o que nos norteia, é a *análise dos factos que o Tribunal Constitucional ainda poderia legitimamente controlar*. Ora, sendo este aspecto bastante duvidoso, o Tribunal não teria legitimidade para o controlar qualquer que fosse a solução. Não nos parece, assim, de considerar constitucionalmente ilegítima a solução dada pela actual lei portuguesa, que considera as indicações como causas de exclusão da ilicitude<sup>1102</sup>, embora a opção pela

<sup>1100</sup> Recordemos que o momento da carência de tutela penal, para certos autores, pode intervir em qualquer estágio do crime — na decisão sobre a tipificação, sobre a exclusão da ilicitude, sobre a culpa e nas condições objectivas de punibilidade — sobre a «ubiquidade da carência de tutela penal» — Costa Andrade, *A Dignidade Penal e a...*, cit., p. 29, 30. No entanto, condicionando já o momento pragmático a decisão sobre a tipificação, geralmente, quando o facto é típico, e depois, face a certas circunstâncias, se retira a ilicitude, é porque há uma ponderação de interesses que conduz a que se renuncie à orientação penal da conduta naquelas circunstâncias (*vide supra*. 2.8.1. e 2.8.2.).

<sup>1101</sup> Salientando a importância do momento pragmático nas causas de exclusão da pena, enquanto que o momento valorativo prevaleceria nas causas de exclusão da ilicitude... (Angioni, *ob. cit.*, p. 218).

<sup>1102</sup> Até porque, como referimos *supra* (nota, 1095), não nos parece seguro que a classificação das indicações como causas de exclusão da ilicitude, tivesse consequências significativas (nefastas), sobre o efeito de prevenção geral positiva — sobre a orientação dos comportamentos. Mas partilhámos das dúvidas levantadas pelo relator do Acórdão n.º 25/84, em especial em relação aos casos da indicação eugénica e criminológica — que na nossa lei nem sequer são incluídos na indicação terapéutica (mas até mesmo se as considerássemos na perspectiva da saúde da mãe). Neste sentido, afirma o relator: «aquí (refere-se às indicações eugénica e criminológica) podem as dúvidas ser cruciantes — e são-no mesmo, para o relator». E ainda: «Embora possamos admitir e compreender que malformações graves do futuro filho e mesmo uma gravidez resultante

«zona livre de Direito» (referindo-se apenas a não punibilidade) talvez tivesse sido preferível, eventualmente permitindo que se evitasse uma convicção de «legitimação» que a exclusão da ilicitude poderá suscitar<sup>1103</sup>.

b) Uma última palavra — é claro que estamos conscientes de que não será uma lei que permita o aborto apenas em casos de conflitos graves que, por si só, diminuirá, pelo menos significativamente, o número de abortos clandestinos. De resto, também nos parece que mesmo uma lei mais liberal (como a de prazos), por si só, também não alcançaria (pelo menos de forma significativa) tal objectivo, com a agravante de operar uma maior desprotecção do nascituro. De facto, cremos que a lei penal é imprescindível, mas igualmente imprescindíveis são medidas sociais que, não só consigam diminuir o aborto clandestino, como o aborto em geral. E tais medidas terão de passar por um apoio efectivo às mães e às crianças, em especial às crianças deficientes, assim como medidas informativas e formativas, nomeadamente no âmbito do planeamento familiar. Parecem-nos ainda que ao próprio Tribunal Constitucional também

de violação possam gerar situações que se reflectam gravemente na saúde físico-psíquica da mulher grávida, e que, entre doença e morte não irá grande distância, sérias dúvidas se poderão suscitar quanto à verificação daqueles três requisitos (proporcionalidade, necessidade e adequação). Mas afirma ainda que «mesmo na constância de dúvidas insuperáveis... sempre haveria de entender-se *dever* prevalecer a presunção de não inconstitucionalidade.» (p. 222). A propósito da presunção de constitucionalidade haverá que referir que, se a aceitamos aqui, já não em casos particularmente graves — limite — como seria uma solução de descriminalização total ou uma solução de prazos (tal tem ainda a ver com a ideia de vinculação gradativa do legislador, embora mesmo nestes casos admitamos *comprovação agravada* — o que não é o mesmo que plena — por parte do legislador, que excluiria a inconstitucionalidade. Sobre a gradação da vinculação do legislador, *vide infra* Secção 4).

<sup>1103</sup> Isto, mesmo que se entenda, como Gimbernat de Ordeig, que ser causa de justificação não implica aprovação jurídica ou mesmo que se admita a possibilidade do momento pragmático intervir na conformação das causas de justificação. A verdade é que poderá ser este o sentido que tem para a comunidade a causa de exclusão da ilicitude... (*vide* no entanto nota anterior e nota 1095 e dúvidas aí expressas).

caberá velar pela criação de um mínimo<sup>1104</sup> de medidas de apoio, de acordo com os seus poderes em sede de controlo de inconstitucionalidade por omissão (limitados, mas existentes)<sup>1105</sup>.

Por outro lado, a exclusão dos casos mais dramáticos de prática de aborto do domínio da punibilidade e a possibilidade (até) de serem praticados em condições mais seguras, deveria criar coragem para uma persecução mais intensa do aborto clandestino, como forma também de se tentar diminuir a prática deste crime<sup>1106</sup>.

### 3. O mesmo problema face a outros exemplos

#### 3.1. Considerações gerais

Uma tentativa de aplicação destes mesmos princípios a outros exemplos poder-nos-ia conduzir aos âmbitos mais variados, mesmo que nos cingíssemos aos casos mais controversos e mais actuais — pensemos na protecção contra os perigos das

1104 Uma vez que estamos na área dos direitos económico-sociais, sujeitos à reserva do possível, mas tendo em conta também a urgência destas medidas em razão da importância do valor em causa.

1105 Estamos a pensar no caso português — art. 283 da Constituição.

1106 Estar-se-ia, assim, a seguir em relação ao aborto, a solução que é preconizada em geral, nomeadamente por Angioni (*vide supra* 2.2. b) e ainda *Segunda parte, Terceiro Capítulo, 5. b) e c)*) — limitar a punibilidade aos casos mais graves e, assim, libertar esforços para uma mais intensa persecução destes casos; pois, é evidente que um elevado número de cifras negras é sempre negativo, não só pela diminuição de eficácia da lei penal como pelas injustiças que a selecção acaba por criar. O que não quer dizer que em relação aos abortos clandestinos o juiz não devesse tomar em consideração as causas que, em geral, excluem a culpa. Persecução não implica necessária punição. Por outro lado, também deveria ser feita uma reflexão sobre as medidas penais mais adequadas à punição do aborto (*vide supra*, em especial nota 965 e 992). Neste sentido, refere-se no Acórdão 25/84 a hipótese de, com a nova lei, ser facilitada a intervenção dos tribunais... (p. 220).

ciências bio-médicas, na protecção da intimidade da vida privada, na tutela do ambiente, da economia, nos atentados à comunidade internacional — crimes contra a humanidade, terrorismo...

Não poderemos, porém, aprofundar cada um destes casos. Vamos limitar-nos a uma referência sumária a alguns deles, até porque o nosso intuito será, apenas, testar os princípios e critérios que temos vindo a defender face a outros casos de elevada dignidade penal (mas em que a necessidade penal nem sempre será evidente).

Sabemos bem como o problema da dignidade penal dos bens deverá ser resolvido a partir do quadro valorativo constitucional. De resto, quando tentámos delinear uma tendencial hierarquia de valores constitucional, focámos já algumas destas situações e qualificámo-las, face a certos ataques mais graves, como dignas de tutela penal e, nalguns casos, como particularmente dignas dessa tutela. Será face a estas situações *particularmente dignas de tutela* que, como vimos já, se poderá colocar o problema de uma imposição constitucional de criminalização. Não é, assim, a tutela penal de cada um destes bens em toda a sua extensão que está em causa — nem poderia ser tendo em conta a fragmentariedade do Direito Penal, mais ainda porque se trata de delimitar o núcleo deste ramo do Direito, só em relação a este se podendo levantar a hipótese de uma criminalização constitucionalmente obrigatória<sup>1107</sup>. Esta referência ao aspecto da fragmentariedade assume ainda um relevo especial se tivermos em conta o tipo de bens em causa. Todos eles têm referentes ontológicos marcados pela heterogeneidade, englobando assim aspectos de importância muito diversa; por outro lado, o tipo de ameaça ou ataque a cada um desses aspectos também pode variar consideravelmente, assim como (e em ligação com) a necessidade da sua tutela penal.

Quer-nos parecer que, no fundo, esse *núcleo* do Direito Penal, é sempre composto por aqueles bens que mais directamente con-

1107 Daí também — no fundo, da importância do bem vida em todos os momentos da sua existência, a nossa particular preocupação em que já o nascituro usufrua de uma protecção intensificada, através de todos os meios que se possam considerar com alguma idoneidade protectiva.

tendem com a dignidade humana — de uma ou outra forma, sob novas roupagens, ameaçados com novos instrumentos, os casos considerados mais dignos de tutela, em relação aos quais se reclama mais insistentemente protecção, indo até à forma de prevenção mais motivadora-dissuasora, são os que afectam a vida, a integridade física, a liberdade do homem e, assim, atingem a sua dignidade de forma mais directa e mais drástica. E isto, segundo cremos, mesmo quando estão em causa bens colectivos, bens de cariz social — pois estes atingem o homem enquanto ser social<sup>1108</sup>, naqueles bens que são também mais essenciais à sua realização (digna) em comunidade.

### 3.2. *Modernas técnicas biomédicas*

#### a) Senão vejamos:

Começemos por uma breve referência aos fenómenos da biotecnologia ou, mais precisamente, às «modernas técnicas biomédicas»<sup>1109</sup>, na medida em que, em alguns dos seus aspectos, têm conexões directas com o caso que acabamos de tratar — o do aborto.

Referimos já como o legislador deve ter especial precaução e contenção no tratamento jurídico destes novos fenómenos, na medida em que um actuar precipitado pode impedir o desenvolvimento científico, sobrevvalorizando ou ficcionando até, por outro lado, perigos ou necessidades de tutela<sup>1110</sup>. Digamos que

<sup>1108</sup> Neste sentido Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática...*, cit., n.º 3718, p. 10.

<sup>1109</sup> Qualificação utilizada por Costa Andrade no seu trabalho, *Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas*, o qual servirá de ponto de apoio para esta nossa breve reflexão.

<sup>1110</sup> Salientando esta necessidade de precaução, Costa Andrade, *ibidem*, p. 105. Também neste sentido, em relação a todos os fenómenos sociais novos, mas em especial aos menos conhecidos — como é o caso — Figueiredo Dias/Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 441: «...sobretudo perante fenómenos sociais ainda mal conhecidos — na sua estrutura e nas suas consequências — se deverá evitar uma intervenção prematura da tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social». Lembremos, para novos fenómenos, o já velho brocardo — *Leges non sunt multiplicandae sine necessitate*.

o Direito em geral e o Direito Penal em especial, devem esperar pelo acontecer da vida para só depois intervirem. Mas, do que se trata agora, é de ver o outro lado da questão. O Direito Penal também não pode permitir que bens primordiais das pessoas sejam lesados ou fiquem gravemente em perigo. Assim, apesar das dificuldades, em especial nesta área, para se conseguir uma actuação da forma certa e no tempo certo, pois, se por um lado há o risco do Direito Penal entrar no campo do meramente «imaginável», por outro, poderíamos dizer que «quem caminha ao ritmo do seu tempo já está atrasado» (Bernanos), deve-se procurar uma actuação equilibrada.

Deste modo, estamos em crer que o problema da obrigação constitucional de tutela penal se deve colocar quando este tipo de técnicas ponha gravemente em causa, precisamente, os valores nucleares do Direito Penal — a vida, a integridade física, a liberdade e, de uma forma directa, a dignidade humana (valor que abrange todos os outros e os ultrapassa).

Concretizando — estamos a pensar em situações como a criação de embriões com a finalidade exclusiva de investigação, por atentar claramente contra a vida; a inseminação artificial contra a vontade da mulher, por violar a sua liberdade; a inseminação artificial e fecundação «in vitro» com «esperma fresco», por causar riscos para a integridade física da mulher, facilitar a transmissão de doenças hereditárias e comportar o perigo de contágio do SIDA<sup>1111</sup>; a manipulação genética que altere a identidade da pessoa, nomeadamente quando tenha por finalidade a selecção eugénica, assim como os processos de clonagem<sup>1112</sup> — por lesarem gravemente a identidade e dignidade humana; os processos de psicoterapia que visem a modificação da personalidade da pessoa, quaisquer que sejam as razões que estejam na sua base (sociais ou políticas), por afectarem gravemente a

<sup>1111</sup> Neste sentido, o Preâmbulo do D.L. n.º 319/86 de 26 de Setembro, referido também in Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas Técnicas...*, cit., (p. 111.).

<sup>1112</sup> Processo pelo qual se pretende «conservar e reproduzir na sua integridade a estrutura genética do progenitor que oferece o núcleo a ser integrado na célula-óvulo previamente desnuda» (Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas Técnicas...*, cit., p. 122.).

dignidade, a identidade e, na maior parte dos casos, a liberdade humana; e ainda os transplantes de órgãos e outras intervenções — experimentais, cosméticas, a experiência humana — quer em pessoas nascidas quer em embriões, sem consentimento válido, bem como as intervenções médico cirúrgicas arbitrarias, por violarem gravemente o respeito pela autonomia humana em situações em que este valor deve ter especial relevo, pelo facto de tais condutas comportarem graves riscos para a vida e saúde; a recolha de órgãos em «falso cadáver», não se tendo dado, efectivamente, a morte cerebral, por atentar contra a vida e dignidade humanas...

b) Seleccionamos situações que nos parecem de mais clara dignidade (tendo em conta a ordenação valorativa constitucional) e necessidade de tutela penal, fazendo sentido, assim, perguntar pela existência, em relação a elas, de uma obrigação de protecção penal constitucionalmente imposta<sup>1113</sup>.

A situação de inseminação artificial contra a vontade da mulher não levanta quaisquer dúvidas, uma vez que representa um claro atentado à liberdade, garantida constitucionalmente como direito fundamental, para cuja defesa se tem considerado sempre necessário o recurso à tutela penal. Impõe-se, assim, *em princípio*, a sua criminalização, a qual, em Portugal, já está consagrada no Código Penal, na secção dos crimes sexuais (art. 214.º).

A inseminação artificial e a fecundação «in vitro» com *esperma fresco*, também não parece levantar graves problemas. cremos não ser forçado considerar que a Constituição, ao impor

<sup>1113</sup> Tendo em conta os pressupostos defendidos — a particular função de prevenção geral (em especial em sentido positivo) do Direito Penal e, assim, a tendencial convergência entre elevada dignidade penal e carência de tutela penal (vide *supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo e Terceira Parte, Quinto Capítulo, Secção 1) e 2), em especial 2.2. b). Mas também a necessidade de harmonia entre sistema penal e ordenação valorativa constitucional (vide *supra*, Quarto Capítulo). Também são estas as situações que Costa Andrade considera mais graves, *Direito Penal e Modernas Técnicas...*, cit. Quanto aos processos de psicoterapia vide Mantovani, *Le Manipolazione Genetica: Profili Penale*, p. 241 e ss.

a protecção da dignidade humana, da integridade física e da saúde, como valores fundamentais, diríamos mesmo, primordiais<sup>1114</sup>, exige, *em princípio*, a intervenção penal face a quaisquer condutas *particularmente* perigosos ou lesivos destes bens<sup>1115</sup>. De resto, intervir penalmente tem sido a solução adoptada pelo legislador face a outras condutas que ponham em causa estes mesmos valores.

A manipulação genética capaz de alterar a identidade, em especial a que visa fins eugénicos<sup>1116</sup>, também se terá que considerar como comportamento pertencente ao núcleo do Direito Penal, por atentar gravemente contra a dignidade humana e contra o próprio princípio da igualdade e não discriminação<sup>1117</sup>. cremos que as alterações genéticas só deveriam ser

<sup>1114</sup> Vide Terceiro Capítulo b).

<sup>1115</sup> O referido D.L. 319/86 proíbe a inseminação artificial e a fecundação «in vitro» com esperma fresco, em nome destes valores; mas permite a inseminação artificial e a fecundação «in vitro» heterólogas. Traça-se, deste modo, a distinção entre condutas que se poderão considerar moralmente reprováveis (ou, pelo menos, de moralidade duvidosa) e até mesmo institucionalmente negativas (estamos a pensar na própria instituição familiar), de condutas que atentam contra bens, sem sombra de dúvida dignos de tutela — como é a vida e a integridade física. (Neste sentido, Costa Andrade, *ibidem*, p. 111). A Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, criada em 1986, elaborou um Projecto de Lei no domínio das modernas técnicas de procriação assistida e artificial, onde se penalizam estas práticas. (*apud* Costa Andrade, *idem*, p. 112 e ss. e p. 117 e ss.).

<sup>1116</sup> «Inquestionavelmente ilegítimas, terão de se excluir em absoluto quaisquer operações realizadas com finalidade de eugenia». (Costa Andrade, *ibidem*, p. 124). «O direito de herdar as características genéticas sem qualquer manipulação deve ser protegido por lei». (*Resolução do Congresso da Associação Internacional*, *apud* Lopes Rocha, *Bioética...*, cit., p. 181).

<sup>1117</sup> Invocando estes princípios, face à Constituição Italiana, Mantovani, *La Manipolazione Genetica: Profili Penale*, p. 251, afirmando — «O princípio da igualdade e da igual dignidade humana e social, se se reconhece impotente perante a inelutabilidade das desigualdades naturais (físicas, intelectuais, de saúde), opõe-se à criação programada, através da selecção genética, de discriminação entre os indivíduos, quer sejam esses homens superiores quer inferiores». Acrescentamos que, ainda que o objectivo fosse eliminar ou diminuir diferenças existentes — para «parificar» a humanidade (físicas, de inteligência, de carácter), tal seria ilegítimo, em nome da individualidade, originalidade e identidade de cada um (a não ser, é claro, para eliminar ou minimizar doenças...).

permitidas para curar doenças hereditárias, mas não para mudar o carácter, a identidade da pessoa <sup>1118</sup>. Da mesma forma, a chamada psicoterapia, em sujeitos nascidos, tendo por finalidade alterar a personalidade, levada a cabo com o intuito de modificar o carácter criminoso de detidos ou de «neutralizar . . . dissidentes políticos» <sup>1119</sup>, também deveria ser considerada ilegítima. E parece-nos que, mais uma vez, a Constituição imporá, em ambos os casos, a criminalização, tendo em conta o elevado valor da igual dignidade de todos os homens, da sua identidade <sup>1120</sup>, e da liberdade humana.

No entanto, autores há que já colocam dúvidas em relação à clonagem. No fundo, a objecção que se coloca à criminalização é a do Direito intervir numa situação «cuja possibilidade prática está ainda longe de se considerar um dado» <sup>1121</sup>. De resto, é este mesmo argumento que se invoca para não se prever qualquer disciplina legal para os casos de produção de seres híbridos. O que nos parece, de facto, é que do ponto de vista da dignidade penal e da necessidade de tutela penal, estas situações *exigiriam* a intervenção criminalizadora. Com a clonagem, ofende-se a dignidade e «o direito à própria identidade genética, de se ser um *unicum*, inédito e irrepetível já ao nível biológico, fruto da misteriosa alquimia genética operada pela natureza» <sup>1122</sup>. Com a criação de seres híbridos, poder-se-á dizer que é mais evidente ainda aquela ofensa à dignidade humana, à identidade genética e ao próprio valor da humanidade. Outro aspecto diferente será o da avaliação da necessidade de se intervir de imediato, evitando que tais fenómenos possam sequer começar a operar, ou da conveniência do Direito não se adiantar aos acon-

<sup>1118</sup> Tais práticas são também proibidas no referido Projecto.

<sup>1119</sup> Mantovani, *ob. cit.*, p. 241.

<sup>1120</sup> Sobre a consideração da «identidade genética» como um bem jurídico autónomo, *vide infra*, nota 1122, a propósito da criminalização da clonagem.

<sup>1121</sup> Kaufmann, *apud* Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas...*, *cit.*, p. 123.

<sup>1122</sup> Mantovani, *Manipolazione...*, *cit.*, p. 241. Referindo que, na Alemanha, a *Benda-Kommission*, com o apoio de autores como Eser, se tem pronunciado a favor da criminalização, invocando-se «uma identidade genética potencial, susceptível de figurar como autónomo bem jurídico», Costa Andrade, *ibidem*.

tecimentos. . . Parece-nos claro que uma obrigação constitucional de criminalização só deveria surgir a partir do momento em que tais factos constituam pelo menos uma ameaça eminente — não cabe ao Direito proibir impossíveis, regulamentar quimeras. . . <sup>1123</sup>

O problema da tutela dos embriões, nomeadamente quanto à sua utilização para experiências e particularmente quanto à possibilidade da sua criação para fins de investigação científica, também tem suscitado polémica. Esta questão está, assim, intimamente ligada, no que diz respeito à dignidade do bem em causa, à do aborto. Dando por assente a existência de vida humana no embrião <sup>1124</sup>, *pelo menos* <sup>1125</sup> a hipótese de criação de embriões com fins de investigação científica, não pode deixar

<sup>1123</sup> Assim, em relação à produção de seres híbridos ou de quimeras, o Projecto não se pronuncia (Costa Andrade, *ibidem*). Porém, regulamenta a clonagem, criminalizando-a (*idem*, p. 113). Será de salientar que, entretanto (após a apresentação deste trabalho), já se verificou da possibilidade «prática» de realização da clonagem.

<sup>1124</sup> De acordo com o ponto de partida e os argumentos já referidos *supra*, na *Secção 2.1*. Serão ainda de salientar as palavras de Costa Andrade: «. . . independentemente do seu estatuto jurídico — à luz v.g. das normas relativas ao homicídio, ao aborto, à capacidade jurídica, etc. — uma coisa parece unívoca: o embrião prefila-se como uma realidade humana digna e carecida de tutela jurídica. . . não é legítimo perspectivar o embrião num limbo estranho a toda a intervenção ético-jurídica.» (*ibidem*, p. 120). Não podemos deixar de relacionar este problema com o do diagnóstico pré-natal com fins de selecção sexual e com o propósito de incentivar o abordo eugénico. Assim, o primeiro caso inclui-se nas situações em que o aborto deverá ser penalizado uma vez que contra-posto à vida do feto não há nenhum interesse a que se deva dar relevo para excluir a ilicitude ou a culpa; no segundo, embora se possa aceitar a exclusão da culpa ou até mesmo da ilicitude nos casos de mal-formações graves do feto (*vide supra* 2.8.3.), a prática de diagnóstico pré-natal «convitativo ao aborto», já se incluirá no incitamento à prática de aborto, facto que nos parece dever ser criminalizado (sobre estes problemas, Lopes Rocha, *Bioética...*, *cit.*, p. 181 e ss. — a expressão citada é de Gerard de Memeteau, *apud idem*, p. 200 — quanto às razões pelas quais, face a estes casos, nos parece de defender uma imposição constitucional de penalização, *vide supra*, *Secção 2*).

<sup>1125</sup> De facto, também os «embriões sobranes» colocam um problema sério — quanto a estes estamos plenamente de acordo com a solução defendida por Costa Andrade (*ibidem*, p. 119 e ss.) — deveriam ser congelados para posterior implantação em favor dos mesmos progenitores ou doados a terceiros,

de merecer a nossa reprovação expressa; cremos mesmo que tal prática não se pode considerar conforme à Constituição, por violar o valor básico da vida humana. Parece-nos mais, parece-nos que não será exagerado considerar a existência de uma obrigação constitucional de criminalização, tendo em conta a dignidade do bem e a necessidade de uma enérgica reprovação de tal conduta que não julgamos ser possível de obter por outro meio. O argumento em contrário que se poderia invocar seria o do valor da investigação científica para o bem de toda a humanidade. Há, de facto, um conflito entre valores de ordem constitucional — a vida e dignidade humanas/a liberdade de investigação científica, devendo-se ter ainda em conta que esta investigação englobará nos seus objectivos, muitas vezes, a busca de meios para se poderem vir a salvar outras vidas.

Mas, será legítimo, em nome do bem (hipotético e futuro) de um maior número pessoas, sacrificar a vida (certa e actual) de um menor número? Não é a negação deste princípio, em obediência ao respeito irrestrito<sup>1126</sup> da vida («a vida humana é inviolável» — art. 24.º da Constituição portuguesa)<sup>1127</sup> e da dignidade humana que se posterga qualquer forma de instrumentalização do indivíduo?<sup>1128</sup> Não foi também em nome destes

mantendo-se assim a sua vida (assim como seria de fazer todos os esforços no sentido de evitar os embriões sobranes). A questão que se poderia colocar era até a da licitude das situações que implicam a criação de embriões sobranes — enquanto criação de vidas já à partida destinadas à morte, parece-nos que esta situação se deveria criminalizar (não é menos grave do que a do aborto... ). Enquanto vidas, à partida destinadas a viver (ainda que, pelo congelamento, sujeitas a uma espécie de «condição suspensiva», o que coloca também dúvidas pertinentes), já nos parecerá não existir uma obrigação constitucional de criminalização.

<sup>1126</sup> Ou apenas com as limitações referidas, *vide supra* Secção 2) (perante casos excepcionais como é o da legítima defesa — *vide* nota 1048 e 1050).

<sup>1127</sup> Sobre o significado desta qualificação da vida humana, *vide supra* *idem*, com referência à interpretação de Almeida Costa.

<sup>1128</sup> Mantovani refere como, em Inglaterra, o relatório Warnock, elaborado por uma comissão designada pelo governo, sugeriu ao legislador que se admittisse a investigação científica sobre embriões que não tivessem mais de quinze dias de desenvolvimento (com base na presunção — não segura — da incapacidade de sofrimento até tal data), depois do que o embrião deveria ser destruído ou congelado. A Câmara dos Comuns, no entanto, aprovou, por uma larguíssima maioria (238 votos contra 66) uma lei que «reconhece o embrião como indi-

princípios que se aboliu a pena de morte<sup>1129</sup>, assim como os tratos desumanos para a obtenção de provas?<sup>1130 e 1131</sup>

Também se imporá, à luz da Constituição, a criminalização do não desenvolvimento de todos os esforços para a manutenção da vida de fetos vivos, resultantes de abortos<sup>1132</sup>. Assim, deveriam ser proibidas experiências não terapêuticas que lhes causem sofrimento e os conduzam à morte<sup>1133</sup>.

viduo humano, e proíbe qualquer uso para fins diferentes da sua implatação e desenvolvimento no útero da mulher, de outra forma infecunda.» (*apud* Mantovani, *ob. cit.*, p. 249-250). Neste sentido afirma Varaut, a propósito do estatuto do embrião: «Não é a eficácia técnica destas práticas, a sua possibilidade nem mesmo a utilidade que delas pode decorrer *para uns em detrimento de outros*, nem, bem entendido, os proveitos consideráveis que podem ser gerados pelas patentes de certas descobertas tecnológicas, que devem servir de critério para o seu uso... É o respeito do homem *corpore et anima unus* que constitui o critério da avaliação dessas intervenções.» (*apud* Lopes Rocha, *Bioética...*, *cit.*, p. 188).

<sup>1129</sup> Mesmo nos casos extremos em que Beccaria a admitia, «quando mesmo privado de liberdade, ele tenha ainda tais relações e tal poder que *ponha em risco a segurança da sociedade*; quando a sua existência possa causar uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida.» (*apud*, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, *cit.*, p. 53, nota 90 — itálico nosso).

<sup>1130</sup> Mesmo quando estivessem em causa valores máximos...

<sup>1131</sup> Estas práticas são também penalizadas no referido Projecto, assim como certas investigações em embriões, nomeadamente as praticadas em fetos implantadas, penalizando-se também a implantação posterior à experimentação.

<sup>1132</sup> Neste sentido, Mantovani, *ob. cit.*, p. 247.

<sup>1133</sup> Neste sentido, Mantovani, *idem*, p. 245, referindo alguns exemplos impressionantes de utilização de fetos vivos. Quanto a experiências terapêuticas, humanas, etc., cremos que se deverão adoptar os princípios gerais... Assim, parece-nos existir também uma imposição constitucional de criminalização (sempre nos termos delineados e que serão melhor explicitados *infra* na Secção 4) de lesões causadas em fetos por intervenções médicas com violação das *leges artis*, pelo menos quando causem graves danos e quando praticadas dolosamente — aqui dever-se-á ter em conta a importância do bem jurídico em causa e, também, ligada a este aspecto, a necessidade de coerência do sistema penal por referência com a ordem valorativa constitucional (o que engloba também a ideia de não discriminação... *vide supra* Quarto Capítulo), o que implicará, na nossa perspectiva, que se deva conceder ao embrião uma protecção semelhante à das pessoas nascidas. (Sobre estes problemas, nomeadamente colocando a questão do art. 158 do Código Penal português abarcar ou não a tutela de embriões, concluindo em sentido negativo, e alertando para a necessidade de legislação neste âmbito, Lopes Rocha, *Bioética...*, *cit.*, p. 195 e ss.).

Por fim uma breve referência aos últimos casos citados — transplantes e experiências humanas. A única exigência constitucional parece-nos ser a de um consentimento válido; assim como em relação aos dados mortos, a comprovação plena da morte e o respeito pela sua vontade<sup>1134</sup>. E mais uma vez nos parece estar, nestes casos, ligada à dignidade dos bens em causa (autonomia da vontade, integridade física e vida), a necessidade de intervenção do meio de tutela com maiores potencialidades de motivação<sup>1135</sup>.

c) Assim, quanto às situações referidas, parecem-nos fazer pleno sentido as palavras de Costa Andrade: «Elas representam agressões inequívocas a bens jurídicos claramente identificados, definitiva e consensualmente decantados como a vida, a integridade física ou a liberdade. Ou contendem com bens jurídicos — v.g., a identidade genética ou o património hereditário — que, apesar de ainda em processo de emergência e cristalização, são de relevo social e jurídico inquestionáveis. *Bens jurídicos que podem dar origem a um autónomo dever de tutela por parte do Estado. Mesmo que esta tutela se esgote na função simbólica e promocional do Direito Penal. E sem a qual estes bens jurídicos — afinal correspondentes às novas dimensões dos valores da dignidade humana — dificilmente lograríamos impor-se no contexto das modernas sociedades plurais e secularizadas*<sup>1136</sup>.

1134 Expressa ou presumida — quanto à geral presunção (*juris tantum*) de consentimento ou ao sistema oposto, cremos que mais dificilmente se poderia defender uma imposição constitucional a favor de uma ou outra solução, a qual ficará, assim, na liberdade de ponderação do legislador. Mas já seria inconstitucional o estabelecimento de uma presunção *jure et de jure* num ou noutra sentido, pois contrariaria o princípio da autonomia pessoal.

1135 Salvo prova em contrário... vide *infra* Secção 4.

1136 Costa Andrade, *Direito Penal e Modernas Técnicas...*, cit., (p.102-103 — itálico nosso; embora não especifique, em relação a cada uma das condutas por nós referidas, uma obrigação de criminalização)... Os argumentos a favor da imposição de tutela penal residirão, assim, quer na elevada dignidade penal das situações referidas, em ligação com a tendencial convergência entre elevada dignidade e carência de tutela penal (*vide supra*, Secção 1), quer na existência de coerência do sistema penal por referência à ordenação valorativa constitucional, princípio da igualdade e não discriminação (*vide supra* Quarto

### 3.3. O bem jurídico ambiental

Se passarmos para a consideração de bens colectivos, no âmbito dos direitos económico-sociais, como é o caso do ambiente, os princípios a aplicar continuarão a ser os mesmos. Tendo-se defendido a existência de uma pluralidade de referentes objectivos deste bem e de níveis muito diferentes de agressão, uma imposição constitucional de criminalização, só nos parece poder existir em relação aos objectos mais valiosos e aos ataques mais graves, para os quais seja imprescindível a intervenção penal, como forma de reforçar e consciencializar o alto significado do bem e a elevada danosidade social da conduta.

Nas sociedades «industrializadas dos nossos dias»<sup>1137</sup>, que no seu quotidiano vão pondo em causa, por vezes de forma assustadora, o meio em que vivemos, «o nosso habitat», não é possível deixar de perspectivar o ambiente como um bem jurídico autónomo, carecido de uma protecção abrangente e eficaz. Referimos já como este bem pode ser perspectivado de uma forma mais antropológica<sup>1138</sup> — como antecipação da tutela de bens

---

*Capítulo*). Salientamos o facto de, por vezes, nos referirmos a uma obrigação de penalização *de princípio*; esta ressalva aplica-se a todos os casos e será melhor explicada *infra* Secção 4; de facto, a vinculação do legislador, na nossa perspectiva, não deverá ser nem absoluta nem uniforme. Assim, fica sempre ressalvada a possibilidade do legislador *comprovar a desnecessidade de tutela penal*; só que, esta exigência de comprovação (o grau de comprovação) e, assim, o grau de vinculação do legislador, variará com uma série de factores — desde logo, com a importância do bem jurídico... (neste sentido, também, na Secção 2.5.b), a propósito do caso do aborto).

1137 Figueiredo Dias situa as causas da degradação do ambiente no processo de industrialização e não num particular tipo de economia — a economia de mercado, com o que estamos de acordo (*Sobre o Papel...*, cit., p. 9).

1138 Rodríguez Ramos, *ob cit.*, p. 261-262, refere esta dualidade, considerando que na Constituição espanhola se adere a uma concepção antropológica moderna. No entanto, refere que «posições ecologistas radicais têm chegado a reconhecer aos recursos naturais capacidade de titularidade de direitos, considerando-os como sujeitos em si à margem da pessoa humana, em coerência com uma panteização do meio ambiente»; in Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, 262, nota 2. Cremos que, o preceito da nossa Constituição que tutela o ambiente

individuais — a integridade física e a vida<sup>1139</sup>, ou de uma forma autónoma, e optámos pela sua automomia enquanto «meio de vida são»<sup>1140</sup>.

De facto, tendo em conta as crescentes ameaças a este bem, parece que uma tutela indirecta do meio ambiente, privilegiando o seu carácter instrumental, não seria suficiente<sup>1141</sup>. Por outro lado, se o ambiente tem relação mediata com a vida e a integridade física de uma pluralidade de pessoas, a verdade é que de forma imediata se refere a uma realidade mais complexa e mais abrangente — «um ambiente de vida humano, sadio» (art. 66.º da nossa Constituição), o que exige mais do que a não criação de perigo actual e directo para a vida e integridade física das pessoas; e engloba ainda, face à nossa Constituição, o «equilíbrio ecológico» como valor em si mesmo considerado. Assim, ele deverá ser visto como um bem autónomo, referindo-se directamente a valores como a saúde pública e a qualidade de vida<sup>1142</sup>, o que pressupõe a preservação da natureza, em especial dos espaços de maior valor, o ordenamento territorial, a racionalização da utilização dos recursos naturais, a regeneração dos espaços degradados...<sup>1143</sup> e tem como referentes objectivos o ar, o solo, as águas, a luminosidade, a fauna, a

(art. 66 — *vide infra*), se pode considerar menos centrado numa concepção antropológica, do que o correspondente preceito da Constituição espanhola (art. 45).

1139 Fiandaca considera o ambiente menos decomponível em bens individuais do que a saúde, que concebe como bem instrumental em relação a interesses de indivíduos. Mas afirma que com isto não se quer dizer que os bens instrumentais devam receber uma tutela menos intensa do que os bens individuais. (*Bene Giuridico...*, cit., p. 72).

1140 Figueiredo Dias, *Sobre o Papel...*, cit., p. 9.

1141 Neste sentido, Figueiredo Dias, *ibidem*, p. 14 e p. 16 e ss.; também neste sentido Lopes Rocha, *Delitos contra a Ecologia*, p. 243 e ss. É que, como crimes de perigo concreto, referindo-se aos bens jurídicos vida e integridade física, dificuldades insuperáveis de prova deixariam as normas sem capacidade de actuação.

1142 Neste sentido, Figueiredo Dias, *ibidem*, p. 18; Lopes Rocha, *ibidem*, p. 244.

1143 Neste sentido, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 349 (anotação ao art. 66).

flora...<sup>1144</sup> Neste sentido se pode dizer que o bem jurídico «ambiente» «tem um carácter complexo e sintético»<sup>1145</sup>.

A consagração constitucional do direito ao ambiente na Constituição portuguesa constitui, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «uma relativa originalidade em direito constitucional comparado; mas constitui certamente uma originalidade absoluta nos termos em que é garantido»<sup>1146</sup>. De facto, embora a Constituição espanhola vá mais longe quanto à previsão expressa do tipo de sanções a aplicar, impondo a protecção penal do ambiente<sup>1147</sup>, a nossa Constituição pormenoriza mais as realidades a proteger e as acções a promover. De salientar será também que a última revisão constitucional veio consagrar uma protecção ainda mais ampla e conceder aos particulares maiores possibilidades de promoção deste bem e de oposição à sua degradação<sup>1148</sup>. Tal reforçará o dever de protecção estadual deste valor comunitário; acentuará a exigência de medidas legislativas protectoras adequadas e eficazes. A pergunta a colocar terá de ser esta — imporá a Constituição, implicitamente, a adopção de medidas penais tuteladoras do ambiente?

b) Que estão abertas as portas à possibilidade de tutela penal do bem jurídico ambiental, é facto indiscutível, se tivermos em conta que com tal procedimento se estaria a respeitar «aquela analogia substancial entre ordem de bens jurídico-penais e a ordenação axiológica constitucional» de que nos fala Figueiredo Dias<sup>1149</sup>. Trata-se, assim, de um bem com dignidade penal

1144 Neste sentido, Lopes Rocha, *Delitos contra...*, cit., p. 248 e Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 262.

1145 Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 273.

1146 *ob. cit.*, p. 348.

1147 *Vide supra Segundo Capítulo*.

1148 Passou a ficar incluído no art. 52 (direito de petição e direito de acção popular) o direito de acção popular para defesa do ambiente, preceito incluído nos direitos, liberdades e garantias e, assim, sujeito ao regime do art. 18 (Sobre as alterações que a última revisão operou neste âmbito — *vide Dicionário da Revisão Constitucional*, p. 23).

1149 *Vide supra Segunda Parte Segundo Capítulo, Secção 2*, tudo o que dissemos a este propósito. Neste sentido, do mesmo autor, *Sobre o papel...*, cit., p. 9 e ss.

(pelo menos em relação a determinadas condutas suficientemente danosas em confronto com a restrição de direitos que a pena implica) <sup>1150</sup>.

Mas a questão agora é outra — estará o legislador *obrigado* a criminalizar a ofensa a valores ambientais?

Teremos que reafirmar o que começámos por dizer — dada a heterogeneidade dos referentes materiais que integram este bem jurídico, assim como do tipos de ataques e ameaças possíveis, não é pensável dar uma resposta global ao problema. Até porque, as imposições constitucionais de criminalização só se poderão referir a um núcleo restrito de condutas especialmente danosas e em relação às quais seja imprescindível a intervenção penal, com a sua força orientadora, consciencializadora, mas também dissuasora (aqui, o aspecto de dissuasão parece assumir especial significado) <sup>1151</sup> e reprovadora. Sendo assim, só em relação aos casos mais graves de degradação ambiental, em casos particularmente graves, se deverá sustentar a imposição constitucional de criminalização.

O problema específico deste bem jurídico poderá ser, para além do seu carácter abrangente e múltiplo, a sua mutabilidade — ou melhor, a mutabilidade e o crescendo das acções que se podem revelar particularmente graves, sempre em dependência da evolução da técnica, e também da situação espacial concreta da actuação, consequência quer da diferente vulnerabilidade de cada região a ameaças ambientais, quer do diferente grau de importância de cada região para a preservação dos recursos naturais, para um racional aproveitamento desse recursos e para o equilíbrio ecológico. Por tudo isto, e pelas dificuldades na obtenção de prova, caso esses delitos fossem configurados como de dano ou mesmo de perigo concreto, defendeu Figueiredo Dias

<sup>1150</sup> Exigência de danosidade social em relação com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito — *vide supra Segunda Parte, Segundo Capítulo, Secção 1.2. e 2.4.*

<sup>1151</sup> Pelos mesmos motivos por que se defende uma especial presença desta função de dissuasão (e nestes casos mesmo de intimidação) no Direito Penal económico (sobre este problema e nesta perspectiva, em relação aos delitos económicos, Figueiredo Dias, *Breves Considerações sobre...*, *cit.*, p. 32 e ss.).

deverem constituir delitos de desobediência à autoridade administrativa, a qual determinaria os limites à acção dos particulares, de acordo com as especificidades de cada região <sup>1152</sup>.

c) Ora, será que estas particularidades de regime dos delitos contra o ambiente em consonância com as características deste bem jurídico, dificultam a afirmação de imposições constitucionais de criminalização?

À partida assim parece ser, uma vez que o crime surge em ligação directa com regras impostas pela administração, quantas vezes mutáveis em função da evolução constante dos perigos (e também dos meios de defesa) <sup>1153</sup> e em função da região em causa. Mas, na verdade, sendo a lei penal uma lei em branco, ela terá de estabelecer as condições sob as quais a desobediência a uma prescrição administrativa constituirá uma infracção penal. Ela criará os pressupostos (estes mais estáveis) de elevação de um desrespeito a uma prescrição estadual à categoria de crime.

Partindo destas considerações, cremos ser defensável considerar que existem imposições constitucionais de criminalização em relação às condutas de maior danosidade social.

Um exemplo — considerar a existência de uma imposição constitucional de criminalização nas áreas que contendem com a energia nuclear, por ser dos domínios mais perigosos, quando tiver havido desrespeito intencional das regras estabelecidas, pelo menos quando tal se tiver verificado em zonas junto de povoações, ou noutras áreas que mereçam especial protecção.

Assim, seria possível uma imposição de criminalização, respeitando ainda (e estando dependente de) definições da admi-

<sup>1152</sup> *Sobre o Papel...*, *cit.*, p. 16 e ss; no mesmo sentido Lopes Rocha, *Delitos contra...*, *cit.*, p. 243 e ss. Em termos semelhantes, Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 274 e ss.

<sup>1153</sup> Esperemos que a técnica não crie apenas riscos de degradação ambiental, mas seja suficientemente engenhosa para pôr à nossa disposição meios técnicos de preservação do meio ambiente e de combate aos agentes degradantes...

nistração (quais as regras estabelecidas neste domínio, quais as zonas carecidas de especial protecção, etc.)<sup>1154</sup> e deixando também uma margem de decisão para o legislador penal<sup>1155</sup> — que não só poderá ir mais além, criminalizando situações menos graves<sup>1156</sup>, como será sempre ele a estabelecer o tipo e medida da pena<sup>1157</sup>.

Situações deste tipo podem-se classificar como particularmente dignas e necessitadas de tutela penal. A dignidade penal parece não suscitar dúvidas — face aos graves riscos para a saúde pública (e mesmo para a vida e integridade física das pessoas)<sup>1158</sup> ou para zonas naturais de especial valor, para o equilíbrio ecológico, de que todos dependemos, de que depende o futuro da humanidade.

Quanto à necessidade de recurso à tutela penal, parece-nos mais uma vez que, *salvo prova em contrário*, bens tão fundamentais só serão suficientemente tutelados se, paralelamente a medidas sociais e informativas (que também neste âmbito se revestem de especial relevo)<sup>1159</sup>, se recorrer a um meio que, pela sua força de motivação (neste caso englobando a própria dissuasão por intimidação), afaste as pessoas de um caminho que começa por pôr em causa a qualidade de vida e acaba por

1154 Analisando a legislação sobre o ambiente, Lopes Rocha, *Delitos contra...*, cit., p. 247 e ss., com especial referência à lei de bases n.º 11/87. De salientar será apenas que a preferência tem ido para o ilícito de mera ordenação. Sobre as incoerências que, por vezes, esta legislação (demasiado dispersa e lacunosa) tem criado, *vide infra* nota 1164.

1155 Considerando que não se poderia impor nunca um regime específico que fosse ao ponto de estabelecer a necessidade de criação de tipos legais culposos de perigo abstrato, Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 523 (a propósito da lei Merli).

1156 Desde que não ponha em causa os limites inversos — os limites constitucionais à criminalização (*vide supra Segunda Parte*).

1157 Com os limites impostos pela exigência de coerência entre sistema penal e ordem valorativa constitucional (*vide supra, Quarto Capítulo*).

1158 Este aspecto não poderá deixar de ser levado em conta como motivo agravador da danosidade social da conduta, com reflexos no tipo e medida da pena (neste sentido, Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 275).

1159 Neste sentido, *in* Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 264 e ss.

destruir a própria vida<sup>1160</sup>. Mais ainda se tivermos em conta quer a não plena consciencialização da importância dos valores ambientais e dos perigos que os ameaçam, quer o facto de, por detrás destas condutas mais graves para o ambiente, estarem interesses económicos muito fortes, difíceis de deter. Por isso, cremos terem pleno cabimento, também neste âmbito, as considerações feitas por Figueiredo Dias a propósito da criminalidade económica, no sentido da importância da intervenção penal para «desencadear ou promover a transformação das representações colectivas no sentido de actualizar a consciência comunitária da especial gravidade das práticas anti-económicas<sup>1161</sup> (aqui, diríamos nós — anti-ambientais) e mobilizar um contributo activo contra elas»<sup>1162</sup>.

Por muito difícil que por vezes seja a demarcação entre área dos ilícitos de mera ordenação social (os quais, aqui, como no domínio dos crimes contra a economia, encontram muitas vezes o seu objecto) e área do ilícito criminal, a verdade é que parece clara, para vários autores, «a possibilidade de individualizar, a partir da ordenação axiológica constitucional, condutas que indiscutivelmente pertencem ou ao direito penal ou ao direito

1160 Baseamo-nos na afirmação de Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 273: «O meio ambiente é, pois, a síntese de outros bens jurídicos tradicionais, consistente, no limite, na conservação dos recursos naturais para garantir, a curto prazo, a qualidade de vida e a longo prazo, a própria vida». Será de salientar que o ambiente, embora bem jurídico autónomo, porque visa tutelar directamente um «ambiente são», não é desligável destes valores pessoais que são sempre postos (indirecta ou directamente) em causa com uma ameaça grave ao ambiente.

1161 Em relação ao conflito de interesses que aqui se desenha, muito haveria a dizer, mas cremos ser evidente a superioridade dos valores em causa (até porque as prescrições administrativas também já deverão levar em consideração, na sua justa medida, os interesses do desenvolvimento económico) em relação ao lucro económico. Não se pode aceitar que a degradação do ambiente seja um custo razoável a pagar em nome deste desenvolvimento (neste sentido, implicitamente, Figueiredo Dias, *Sobre o papel...*, cit., p. 19; Lopes Rocha, *Delitos Contra a Ecología...*, cit., p. 235 e ss. e ainda Flick, *Ambiente e Costituzione*, p. 97 e ss.).

1162 Figueiredo Dias, *Breves Considerações...*, cit. 35. Por outro lado, parecem também poder aplicar-se a este caso as suas considerações sobre a importância da pena detentiva na área económica (*idem*, p. 39), pois, entre as várias razões, salientamos que, também aqui, em muitos casos, a pena pecuniária poderá ser repercutida.

das contra-ordenações, e sindicarem conseqüentemente uma decisão em contrário do legislador ordinário»<sup>1163</sup>.

Nesta área «indiscutivelmente pertencente ao direito penal» fará sentido impor-se a criminalização. Tal como nos parece fazer sentido sindicarem soluções que desrespeitem a coerência do sistema penal por referência à hierarquia de valores constitucional, elevando à categoria de crimes condutas muito menos graves do que outras que são consideradas contra-ordenações<sup>1164</sup>.

#### 4. Poderes do Tribunal Constitucional

Tendo em conta tudo o que temos vindo a dizer, não se trata nunca da defesa de imposições constitucionais absolutas que, face a valores dignos de tutela penal, mesmo face a valores de dignidade primacial, impusessem a criminalização, abstraindo da eficácia prática da tutela. O que nos parece é que as duas dimensões do bem jurídico-penal — a valorativa e a pragmática — apresentam áreas de intensa interpenetração, o que origina a *tendencial* convergência entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal, assim como, inversamente, entre reduzida dignidade penal e desnecessidade de tutela penal.

1163 Figueiredo Dias, *O Movimento de Descriminalização...*, cit., p. 329; também neste sentido, Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 118 e R.Maurach/H. Zipf, *ob. cit.*, pp. 17-18.

1164 A propósito caberá referir alguns casos vigentes na legislação portuguesa — punibilidade para certos delitos na área da caça (lei n.º 30/86, de 26 de Agosto), enquanto que para o delito de eliminação de resíduos industriais por injeção no solo, por inceração, lançamento ou imersão no mar (Regulamento da Portaria n.º 374/87, de 4 de Maio, arts 14 e 20) e ainda para o incumprimento das obrigações relativas à eliminação de resíduos de substâncias perigosas (D.L. 211/88, de 28 de Junho), que impõem essas regras «*por forma a evitar perigo para a saúde humana e para o ambiente*», já a sanção prevista é a contra-ordenação. Estamos assim perante uma daquelas incoerências do sistema penal por referência à ordem valorativa constitucional e mesmo face a uma irracionalidade da decisão (a esta incoerência se refere Lopes Rocha, *Delitos Contra a Ecologia...*, cit., p. 261 e ss.). Também nos parece que o sistema proposto por Figueiredo Dias (delitos de desobediência, normas penais em branco) alcançaria mais facilmente uma uniformidade de critérios, pois as normas penais conteriam os requisitos gerais para serem aplicadas em caso de desrespeito das

Assim, por exemplo, no caso do aborto, que poderá ser dos mais controversos, a defesa de uma imposição constitucional de criminalização *de princípio*, decorre do facto de termos por suficientemente segura a existência de sérios riscos de que a descriminalização redundaria numa maior desprotecção (ainda maior!) de um valor primordial — a vida<sup>1165</sup>. Tal vem de encontro à função de prevenção geral em sentido positivo, que assinalámos ao Direito Penal, a qual normalmente se torna necessária para a protecção de bens muito importantes e que acaba por se exercer ainda em alguma medida mesmo quando a lei tem uma aplicação reduzida<sup>1166</sup>.

Trata-se, assim, de deveres *relativos* de criminalização.

a) A objecção que se poderia levantar, no entanto, era a de que as questões de eficácia não deveriam ser analisadas e avaliadas pelo Tribunal, mas pelo legislador, por contenderem com o âmbito de liberdade de conformação legislativa, exigindo a comprovação de dados empíricos quantas vezes inseguros<sup>1167</sup>. Com

regras administrativas — requisitos estes uniformes. (Vai também neste sentido a proposta de Rodríguez Ramos, *ob. cit.*, p. 277 e ss.). Sobre o problema da necessidade de coerência do sistema penal por referência à ordem valorativa constitucional, *vide supra*, Quarto Capítulo.

1165 Riscos que, de resto, quase todos os autores acabam por explícita ou implicitamente aceitar ao não defenderem a legalização total do aborto (*vide supra*, Secção 2.3. b).

1166 *Vide supra*, Secção 1. e ainda *supra*, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 3. b), 5. b) e c). Neste sentido, em relação ao caso do aborto (embora indo mais longe quanto às possibilidades de controlo pelo Tribunal Constitucional), afirma Cardoso da Costa: «Uma imposição ou um imperativo desta ordem será o que deriva do legislador não dispor... de um sucedâneo igualmente eficaz, nomeadamente no que respeita a caracterização da conduta como ilícita — ou seja, no que respeita à «função pedagógica» (poderia dizer-se, à função de «valorização de condutas» e de «discernimento dos espíritos»... que ao direito ordinário em geral, e ao Direito Penal em particular, cabe desempenhar» (*Acórdão do Tribunal Constitucional*, n.º 25/84..., p. 226). (*Vide* ainda neste sentido notas *supra* 982/989).

1167 *Vide supra* Primeiro Capítulo e), onde se enunciam os principais argumentos contrários às imposições constitucionais de criminalização e *vide* Segunda Parte Terceiro Capítulo, onde se salientam as dificuldades na avaliação da carência de tutela penal (em especial Secções 3 a), 5 e 6). Defendendo a «abertura racional do problema penal», Pulitanò, *Obblighi...*, cit., p. 225 e ss.

a imposição de criminalização estaríamos, face a esta concepção, a invadir a área de competência do legislador e a cair no perigo de um «estado de juízes», contrário à própria ideia democrática<sup>1168</sup>.

Já a outros propósitos discutimos esta questão e acabámos por defender que, na verdade, nesta área o legislador deveria ter uma maior margem de liberdade<sup>1169</sup>. No entanto, do que se trata, em todos os casos citados, é de situações extremas<sup>1170</sup>.

<sup>1168</sup> Bachoff, tendo acentuado, como vimos, a necessidade do controlo da constitucionalidade das leis, adverte também para o risco dos juízes dos Tribunais Constitucionais se transformarem em senhores da Constituição, substituindo as valorações políticas do parlamento, para as quais está legitimado, pelas suas próprias valorações: «we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is?» (Chief Justice da Supreme Court — Hughes, *apud* Otto Bachoff, *ob. cit.*, p. 9). Salienta, assim, a importância de uma «sábria auto-contenção», mantendo-se os juízes como «servidores» da Constituição, só controlando casos de erros manifestos (*idem*, p. 8 e ss., em especial p. 12). Pondo também em evidência esta problemática, de acordo com o necessário respeito pelo princípio da legalidade, Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, p. 510 e ss., 518 e ss. e 522 e ss. Também se refere a esta necessidade de autocontenção o *Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 25/84*, p. 208 e ss. Neste mesmo sentido, o *Parecer da Comissão Constitucional, n.º 13/80*, vol. 12.º, p. 117, a Declaração de voto de Figueiredo Dias, no *Parecer n.º 8/80*, p. 235 (a propósito da questão da delimitação dos sectores económicos — Figueiredo Dias sublinha a ideia de que os órgãos de fiscalização só deverão considerar inconstitucional «o que não for de nenhuma forma compatível com o limite à flexibilidade interpretativa que o texto constitucional representa.»); e o *Parecer n.º 4/79*, vol. 7.º, p. 241 (sobre o ensino particular).

<sup>1169</sup> Vide notas anteriores e vide também Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, *cit.*, p. 366 e ss.

<sup>1170</sup> Este aspecto é salientado pelo *Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, cit.*, em relação à lei de prazos sobre o aborto — «atendendo à significatividade do bem»... «em casos extremos»... «quando os outros meios não forem suficientes...» (p. 208). — Quanto a nós, criticável neste acórdão será alguma contradição ou ambiguidade na argumentação (*vide supra* 2.6), assim como o facto de ter criado uma disciplina provisória. Sobre estes problemas, inclusivamente sobre o problema da repristinação de normas anteriores, Pallazo, *ob. cit.*, p. 108 e ss. e Bachoff, *ob. cit.*, p. 16 e ss. — que, no entanto, não parece condenar, em todos os casos, a criação de regimes provisórios; seriam legítimos desde que seguissem de perto a lei submetida a apreciação, retirando-lhe apenas a parte considerada inconstitucional. Outra solução seria a manutenção da lei con-

E extremas, tendo-se em conta a importância do bem jurídico em causa, pertencente mesmo ao que se pode chamar núcleo do Direito Penal, o grau de danosidade social, a própria necessidade de coerência do Direito Penal por referência à ordem valorativa constitucional<sup>1171</sup>, a importante função de orientação

siderada inconstitucional até surgir nova norma jurídica. Denninger, *ob. cit.*, p. 178, acentua a função «negativa» do tribunal constitucional; também Müller-Dietz, *Zur Problematik...*, *cit.*, p. 113, 114, referindo-se ao Acórdão acentua o facto de se estar perante «um caso de vida ou de morte». A maioria dos autores que parecem defender a existência de imposições de criminalização referem-se sempre a situações extremas — assim, Stern, *ob. cit.*, p. 941 e p. 952; Krumbriegel, *ob. cit.*, p. 554 e ss.; Lange-Hinrichsen, *ob. cit.*, p. 508; também Eser considera inconstitucional, por exemplo, o sistema de prazos no aborto, *ob. cit.*, p. 294, 295; na medida em que defende que o Tribunal Constitucional deve ter poderes mais alargados quanto mais importante for o bem jurídico em causa, diminuindo assim a auto-restricção judicial face às situações mais graves, Drindl, *ob. cit.*, p. 13, 14. Pulitanò, embora acabe por não aceitar a existência de obrigações constitucionais de tutela penal, circunscreve à partida essa hipótese a bens de fundamentalidade primordial — *Obblighi...*, *cit.*, nomeadamente, p. 522 e ss. Também Gomes Canotilho, embora não defenda a existência de imposições constitucionais de criminalização (*vide Teoria da Legislação Geral e...*, *cit.*, p. 31), não deixa de manifestar a sua estranheza perante uma hipótese de, por exemplo, não se criminalizarem factos como o homicídio, entendendo mesmo existir um direito ao direito à vida através de normas penais (*vide supra* nota 837 onde se refere também em sentido semelhante a posição de Vieira de Andrade) e referindo-se também às prestações existenciais mínimas, como direito dos cidadãos, refere que «o Estado, os poderes públicos, o legislador estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo esse direito e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio» (citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, in *Tomemos a Sério os...*, *cit.*, p. 34 — itálicos nossos). Caberá salientar que, no fundo, todos os autores acentuam a liberdade do legislador nas questões de oportunidade política e a possibilidade do Tribunal controlar apenas erros manifestos, *casos extremos*. A questão parece residir na aplicação destes princípios de actuação, pois, de facto, face a situações concretas já se evidenciam as divergências.

<sup>1171</sup> *Vide supra* Quarto Capítulo. Este aspecto acaba por se revestir de significado em todas as situações, só que também depara com o problema da relação entre dignidade e carência de tutela penal, podendo, no entanto, contribuir para a sua diluição, ao atender às próprias opções que o legislador já realizou.

deste ramo do Direito<sup>1172</sup>, e uma evidente<sup>1173</sup>, ou bastante segura, ou pelo menos bastante provável<sup>1174</sup>, necessidade de intervenção penal (aspecto que se liga a todos os outros, dado que nos bens mais primordiais a regra será haver necessidade de se recorrer à força particularmente impressiva do direito penal)<sup>1175</sup>. De facto, mesmo nos casos de não evidente necessidade (e até quando ela coloque dúvidas pertinentes)<sup>1176</sup> de tutela penal, parece ser de se aceitar que, dado estarem em causa bens primordiais, se deverá ser *particularmente cuidadoso* na «aceitação» de uma discriminalização. Assim, diz-nos Drindl — «Quanto mais ligados à dignidade humana estão os direitos, mais se justifica uma abrangente comprovação da Legislação pelo Tribunal Constitucional, diminuindo assim a auto-contenção judicial, que não obedece a limites rígidos, antes se deve entender como *graduável*»<sup>1177</sup>.

1172 *Vide supra*, em especial *Quinto Capítulo, Secção 1) e Segunda Parte, Terceiro Capítulo*, em especial *Secção 5. b) e c)*.

1173 Podemos dizer que, de facto, de entre os casos referidos, nuns era mais evidente do que noutros esta necessidade. Assim, evidente seria o caso do homicídio, do genocídio, das ofensas corporais graves, do roubo, da violação. . . Estes parecem-nos ser casos em que a tutela dos bens em causa tem, «à luz de indiscutíveis indicações constitucionais um valor superior ao custo e aos interesses contrapostos» (Pulitanò, *Obblighi* . . . , *cit.*, p. 500, define deste modo os casos em que a tese das obrigações constitucionais de criminalização «encontraria o seu espaço limitado mas decisivo»).

1174 No entanto, é claro que quanto menos evidente for esta necessidade de tutela penal, menores poderes terá o Tribunal Constitucional e maior liberdade será reconhecida ao legislador. Trata-se, mais uma vez, não de fronteiras bem nítidas, mas de uma gradação na vinculação do legislador (*vide infra c)* e nota 1183).

1175 *Vide supra* *Quinto Capítulo, Secção 1) e segunda Parte, Terceiro Capítulo*.

1176 Como será o caso do aborto. . .

1177 Drindl, *ob. cit.*, p. 13 (itálico nosso). Ainda neste sentido diz-nos Drindl que da aceitação de deveres de protecção não resulta necessariamente um critério constitucional de protecção exigido, no sentido da Constituição exigir um máximo ou mínimo de protecção. Em vez disso, dever-se-á distinguir de acordo com o tipo, proximidade e grau de perigo, tipo e grau constitucional do bem jurídico, bem como de acordo com os meios de protecção já existentes (*ob. cit.*, p. 25). Salienta ainda que, por vezes, não há coerência na argumentação quanto a este problema das imposições constitucionais de criminalização. Por exem-

Deste modo, em casos de muito elevada dignidade penal do bem parece que se deveria ter em conta aquela questão levantada por Günther «*in dubio pro libertate* de quem»? É que, com a descriminalização de condutas muito danosas, a liberdade de uma pluralidade de pessoas pode ficar em casa.

b) Assim como defendemos a possibilidade do Tribunal Constitucional poder controlar casos extremos de desnecessidade de protecção penal, e ainda de, em casos muito duvidosos, poder exigir uma comprovação tendencial e graduável<sup>1178</sup> da necessidade de intervenção penal, pelo facto da necessidade penal ser um princípio constitucional vinculativo, também nos parece de defender a possibilidade de, em casos de *muito elevada dignidade penal* e evidente (como seria o caso do homicídio, crimes contra a humanidade, etc.) necessidade de tutela penal, o Tribunal poder impor a criminalização e de, face a casos mais duvidosos<sup>1179</sup>, poder exigir a comprovação da inexistência de carência de tutela penal<sup>1180</sup>. A imposição de criminalização, no

plo, criticou-se o Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, na decisão quanto às soluções de prazos no aborto, enquanto que a decisão sobre o ambiente, já suscitou aprovação. . . (p. 12, 13).

1178 Consoante o bem em causa, a medida da danosidade social, a probabilidade de desnecessidade penal. . . *Vide supra, Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 6)*.

1179 Quanto ao aspecto pragmático, mas ainda face a uma bastante segura ou pelo menos bastante provável necessidade de tutela penal. Quanto ao aspecto valorativo, partimos sempre, como é evidente, da *muito elevada dignidade penal*.

1180 Até pela própria relação *de princípio* que existe entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal, tendo em conta, em especial, a função de prevenção geral em sentido positivo deste ramo do Direito. Recordemos de novo a posição de Gomes Canotilho a propósito do controlo das prognoses (*vide supra* notas 467 e 760). É verdade que este autor dá precisamente como exemplo de um dos casos mais significativos de liberdade de conformação do legislador, o de interrupção voluntária da gravidez, salientando a posição do Tribunal Constitucional português, o qual entendeu não caber na sua competência o controlo de prognoses — saber se a lei alcançaria o objectivo de redução dos abortos clandestinos (e, acrescentamos nós, de não aumentar significativamente o número global de abortos. . .). Quanto a nós, não consideramos a lei portuguesa inconstitucional (embora algumas soluções nos suscitem dúvidas — *vide Secção*

entanto, não seria estabelecida em termos precisos — não se imporia a forma de protecção penal, molduras penais e tipo de pena<sup>1181</sup>, com o que o Tribunal estaria a exercer as funções de legislador, mas este traçaria apenas os limites da constitucionalidade. Por outro lado, e paralelamente ao que defendemos em sede de limites à criminalização, as comprovações não teriam de ser absolutamente seguras — o que se poderia tornar muito difícil ou mesmo impossível em certas situações, manietando-se completamente o legislador, impossibilitando-o de qualquer solução descriminalizadora. Esta solução poderia ser acusada — e fundamentamente — de «conservadorismo fixista»<sup>1182</sup>, favore-

---

2.8), mas do que se trata é de saber se, de facto, face a uma lei mais radical — como seria a que previsse a solução de prazos, o Tribunal se deveria abster de considerações quanto aos efeitos de tal lei. Ora, mais uma vez nos parece que, tendo em conta o *dever* de protecção constitucional da vida, a elevada importância deste valor e a desprotecção que esta lei pareceria operar, seria exigível que o legislador *comprovasse a desnecessidade de lei penal, para a descriminalização poder ser considerada constitucional*. É que as prognoses, aqui, também fazem parte do *parâmetro constitucional*, pois só a partir delas se poderia (muito eventualmente, na nossa opinião) justificar a não penalização sem se violar o dever de protecção constitucional de um valor básico, funcionando o grau de importância do bem como um elemento agravador da vinculatividade do legislador. Assim, se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é um princípio constitucional que vincula o legislador e que exige algum controlo em relação à criminalização (implicando certas ponderações que fazem parte da «medida de controlo» — vide nota 758 e *Segunda Parte, Terceiro Capítulo, Secção 6*), este princípio, em ligação com a obrigação constitucional de protecção de valores fundamentais (*supra Introdução à Terceira Parte*), justificaria também, em casos de valores primordiais, algum controlo quanto da não intervenção penal e à descriminalização. (Reconhecendo algum relevo a este princípio para se chegar ao controlo de não intervenção penal e da descriminalização, Drindl, *ob. cit.*, p. 34; Denninger, *ob. cit.*, p. 166).

1181 Tais aspectos só seriam controláveis quando pusessem em causa a exigência de coerência da ordem penal por referência com a ordem valorativa constitucional (*vide supra Quarto Capítulo*).

1182 Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, p. 509. A este propósito, considera Pulitanò que, ao se criarem obstáculos à descriminalização, se teriam abandonado os princípios «in dubio pro libertate» ou «in dubio pro legislatoris» e teriam sido substituídos pela regra da tradição. Também Müller-Dietz alerta para o facto de, com exigência de prova segura, se dificultar a actuação do legislador (*Zur Problematik...*, *cit.*, p. 114 e ss.).

cendo a inércia e dificultando uma adaptação do Direito às mudanças sociais. Não é esse o nosso objectivo. Na nossa perspectiva, não só estas comprovações só seriam de exigir face a bens primordiais e às formas mais graves da sua afectação, como teriam de ser *tendencias*. O que se pretende evitar são soluções precipitadas, infundadas, que deixem a descoberto a protecção de bens essenciais. Haveria assim, também aqui, que estabelecer uma gradação — quanto mais importante for o bem, mais danosa a conduta, mais necessária a sua prevenção e menos segura a suficiência da sua protecção por outros meios, mais exigências se deveriam fazer quanto à prova da inidoneidade da protecção penal (ou quanto à existência de outros meios de protecção suficientemente eficazes ou de custos superiores aos benefícios da protecção penal)<sup>1183</sup>.

Também nos parece, na senda do que Müller-Dietz<sup>1184</sup> e Costa Andrade defendem, que «o ónus da prova implícito no próprio princípio da subsidiariedade joga em sentido inverso consoante se trate de descriminalizar ou antes de criminalizar *ex*

---

1183 Por outro lado, também a maior ou menor evidência ou, pelo menos, probabilidade da necessidade (onde se inclui a ponderação das vantagens/desvantagens) de tutela penal será um factor a considerar nesta gradação das exigências de prova por parte do legislador. Parece-nos que o estabelecimento desta gradação vai de encontro ao que Drindl defende (*vide citação supra, b*) e ainda nota 1177, onde afirma ser a auto-restricção do Tribunal Constitucional graduável de acordo com a importância do bem — com a sua ligação à dignidade humana). Não se trata, assim, da defesa de um controlo constitucional de todos os procedimentos de decisão legislativa ou de controlar sempre a optimização dos fins constitucionais, com o que, os critérios do Tribunal Constitucional (distinguir dos critérios constitucionais), se substituiriam aos do legislador. (Sobre a metódica optimizadora do legislador e do Tribunal Constitucional, *vide* Gomes Canotilho, *A Concretização da Constituição...*, *cit.*, p. 357 e ss.). Trata-se apenas de vincular o legislador aos deveres de protecção constitucional (art. 9.º da Constituição e *vide Introdução à Terceira Parte*), vinculando-o mais estritamente, exigindo maior ponderação, maiores comprovações, nos casos de bens jurídicos primordiais. Trata-se também de exigir coerência e fundamentação nas suas decisões, de acordo com os critérios constitucionais. Cremos ser também neste sentido que Ossenbuhl se refere ao controlo sobre «suficiente fundamento» e à «obrigação de racionalidade» (*apud* Pulitanò, *Obblighi...*, *cit.*, p. 504).

1184 Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, p. 51 e ss.

*novo*»<sup>1185</sup>. Nos casos de muito elevada dignidade penal, e estando em causa uma descriminalização, parece-nos correcto que deva ser o legislador a provar a desnecessidade de tutela penal por existência de outros meios suficientemente eficazes ou por total inadequação (inidoneidade) do Direito Penal (ou ainda pelo facto da tutela penal implicar mais custos do que benefícios).

Assim, cremos que, enquanto que perante uma descriminalização estas seriam as regras, jogando o ónus da prova contra o legislador<sup>1186</sup>, na medida em que se pretende a alteração de uma situação que, ela própria, já obedeceu a ponderações<sup>1187</sup>, para haver uma imposição de criminalização *ex novo*, deveria ser o Tribunal Constitucional a comprovar, mais uma vez de forma tendencial<sup>1188</sup>, a presença de valores primordiais e de condutas gravemente lesivas destes valores, e a necessidade da sua criminalização. Teria assim que se basear num princípio (também ele fundamental) de imposição constitucional de pro-

1185 Costa Andrade, *O Novo Código Penal...*, cit., p. 228, nota 34.

1186 Müller-Dietz também refere este aspecto a propósito do Acórdão Constitucional Alemão, salientando ter estabelecido este Acórdão algo de inédito, pois até ali o princípio era «in dubio pro legislatoris». Salienta também os problemas a que tal princípio pode conduzir (entre os quais se destacam as dificuldades inultrapassáveis de prova... sobre este aspecto, *vide supra*, Capítulo Quinto, Secção 2.6.). Refere ainda que os princípios aplicados pelo Tribunal neste Acórdão não deveriam ser generalizados (*Zur Problematik...*, cit., p. 114 e ss.). Estamos perfeitamente de acordo com a restrição do ónus da prova (e, repare-se, na nossa perspectiva seria apenas uma prova tendencial) aos casos mais graves.

1187 Müller-Dietz, para além de fazer referência a este aspecto, salienta ainda que é diferente manter uma restrição da liberdade ou operar *ex novo* uma limitação da liberdade (*Strafe und Staat*, p. 51 e ss.).

1188 Sob pena de se lhe retirar um poder impulsor de protecção de novos valores, considerados essenciais à luz da Constituição, ou de se lhe exigir procedimentos que não pertencem ao âmbito da sua competência — assim, não se poderá exigir do Tribunal provas que ele não está apto a oferecer... Este último aspecto poderá conduzir a que se seja menos exigente com as comprovações do Tribunal Constitucional, mas, tal terá o seu reverso numa mais evidente necessidade de tutela penal e em poderes mais limitados de controlo (art. 283.º da Constituição Portuguesa).

tecção, muito intensa, de bens jurídicos primordiais, não suficientemente protegíveis por outro modo.

c) Parece-nos que estas regras iriam de encontro à obrigação constitucional de protecção (o mais eficaz possível) dos valores mais essenciais de uma comunidade. Recordemos a afirmação de Stern — «a vida, a saúde, a integridade física, são valores especialmente valiosos. Assim, é evidente ir o dever de protecção até à arma mais forte, incluindo o direito penal»<sup>1189</sup>. E isto, sem que se estejam a pôr em causa os princípios da dignidade e carência de tutela penal. Pois, terá de se ter em conta que «a Constituição não é apenas matriz de linhas de força no sentido da descriminalização. Os mesmos princípios constitucionais e as mesmas categorias político-doutrinárias têm o seu reverso que aponta no sentido contrário. Há bens jurídicos de relevo social tão inequívoco e agressões tão intoleráveis que o Estado não pode deixar de as pôr a coberto do direito criminal, sob pena, como acentua Müller-Dietz, de frustrar as suas obrigações no domínio da *Daseinsvorsorge*»<sup>1190</sup>.

Nem se diga que estamos perante uma inversão do sentido garantidor da Constituição, ou perante uma subversão do conceito de bem jurídico, pois o bem jurídico, mediatizado pela Constituição, mantém-se como limite ao poder

1189 Stern, *ob. cit.*, p. 952.

1190 Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 118. Neste sentido recordemos R. Maurach/H. Zipf, *ob. cit.*, pp. 17-18, que consideram que seria constitucionalmente inadmissível punir com uma coima ilícitos pertencentes ao núcleo do Direito Penal — «Embora haja zonas cinzentas, casos de fronteira, é possível, como refere o Tribunal Constitucional Federal, a partir do sistema constitucional de valores, determinar com suficiente certeza que ilícitos pertencem inequivocamente, e quais não, ao cerne do Direito Penal» (tradução *apud* Costa Andrade, *idem*, p. 119). Também Figueiredo Dias afirma: «é possível individualizar, a partir da ordem axiológica constitucional, condutas que indiscutivelmente pertencem ou ao Direito Penal ou ao direito das contra-ordenações, e sindicá-las consequentemente uma decisão em contrário do legislador ordinário.» (*O Movimento de Descriminalização...*, cit., p. 329).

criminalizador<sup>1191</sup>. Só que, a este sentido de exigência de omissão estadual, liga-se uma imposição de actuação protectiva, tendo-se em conta, precisamente, que os perigos à liberdade não são só os que provêm do poder estadual mas também de outros poderes e grupos por vezes até mais perigosos<sup>1192</sup> e que a limitação dos direitos de uns pode ser o preço inevitável para um mínimo de liberdade em sociedade, tendo sido os primeiros a infringir «as regras dessa liberdade».

Esta será mesmo uma exigência do princípio de Estado de Direito, tal como ele hoje deve ser perspectivado. Neste sentido diz-nos Baptista Machado «Hoje deve dizer-se que esse princípio não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto. Assim, poderá afirmar-se que a ideia de estado de Direito *se demite da sua função* quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos»<sup>1193</sup>.

Ora, não podemos esquecer que a imposição de criminalização existirá na medida desta *indispensabilidade* de actuação penal; não se põe de parte a característica de «ultima ratio»<sup>1194</sup> do Direito Penal, apenas se salienta a sua «ratio».

1191 Poderíamos talvez dizer que esta crítica provém de uma concepção que ainda se mantém muito ligada a preconceitos oitocentistas, embora reconheçamos as dificuldades com que se depara a defesa de obrigações constitucionais de penalização (mesmo que limitadas e relativas. . .). Pulitanò (*ob. cit.*, p. 514 e ss.) questiona-se sobre este preconceito, mas, tendo em conta as ponderações, comprovações, etc., a que se tem de proceder, em especial para averiguar a necessidade de tutela penal, acaba por negar as imposições de criminalização.

1192 *Vide supra*, Introdução à Terceira Parte (em especial b) e c)).

1193 Baptista Machado, *Introdução ao Direito. . .*, cit., p. 59 (itálico nosso).

1194 E muito menos da «extrema ratio» da pena de prisão. . .

## BIBLIOGRAFIA

- ADENAES, Johanne — *La Prevenzione Generale nella Fase della Minnacia, dell'Irrogazione e dell'Esecuzione della Pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, 1980.
- AMATO, Giuliano — *Individuo e Autorità nella Disciplina della Libertà Personale*. Pubblicazione dell'Instituto di Studi Giuridici della Facoltà de Scienze Politiche dell'Università di Roma, Serie V. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1967.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983.
- ANDRADE, Manuel da Costa — «A Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teológico-Racional do Crime, Coimbra.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec. Lei nº 26/84 de 20 de Janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico»*, in «Direito Penal Económico», Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1991.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas*, «Revista de Direito e Economia», 1986.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *O Aborto como Problema de Política Criminal*, «Revista da Ordem dos Advogados», Lisboa 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia*, in *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Petrony, 1983.
- ANDRADE, Manuel da Costa — *Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)*, «Revista de Direito e Economia», 6/7, Coimbra, 1980-1981.
- ANDRESKI, S. — *Social Sciences as Sorcery*, London, André Deutsch, 1972
- ANGIONI, Francesco — *Contenuto e Funzion del Concetto di Bene Giuridico*. Milano, Ed. Giuffrè 1983.

- ARROYO ZAPATERO, Luis — *Prohibición del Aborto y Constitución*, in *La Reforma del Derecho Penal*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 3, Madrid, 1980.
- BACHOF, Otto — *Estado de Direito e Poder Político: dos Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, «Boletim da Faculdade de Direito», Vol. LVI, Coimbra ...
- BAJO FERNANDEZ, Miguel — *Marco Constitucional del Derecho Penal Económico*, in *Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislación Penal*, «Revista de Derecho Publico», Tomo I, Madrid, 1982.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel — *Protección del Honor y de la Intimidad*, in *Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislación Penal*, «Revista de Derecho Publico», Tomo I, Madrid, 1982.
- BARATTA — *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 1966.
- BECCARIA — *Dei Delitti e delle Pene*, 1764, reimp., Torino, Ed. Torinese, 1965.
- BRICOLA, Franco — *Art. 25, 2ª e 3ª comma*, in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, Rapporti Civile*, 1981.
- BRICOLA, Franco — *Legalità e Crisi: L'Art. 25, Commi 2º e 3º della Costituzione revisitato alla Fine degli Anni 70*, «La Questione Criminale», Anno VI, n.º 1, Gennaio-Aprile, 1980.
- BRICOLA, Franco — *Teoria Generale del Reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», XIX, Ed. Torinese.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos Dez Anos da Constituição* (organização de Jorge Miranda), Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 345 e ss.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Ed. Almedina 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal. Contributo para uma Teoria da Legislação. I Parte*, Separata do Número Especial do «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», Coimbra, 1988.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in Separata do Número Especial do «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», Coimbra, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, 2ª edição, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora 1984.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de — *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de — *Sumários de Direito Criminal, 1981-1982*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito no Porto.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de — *Direito Criminal I — Sumários e Indicações Bibliográficas*, 1990-1991, Universidade Católica Portuguesa, Curso de Direito (Porto).
- CARVALHO, Américo A. Taipa de — *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, Separata do Número Especial do «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz», Coimbra, 1985.
- CHORÃO, Mario Bigotte — *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, Almedina, 1986.
- COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN — *Derecho Penal, Parte General*, I, Universidad de Valencia, 1984.
- CORDERO, Franco — *Rite e Sapienza del Diritto*, Roma-Bari, ed. Laterza, 1985.
- CORREIA, Eduardo — *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1971.
- CORREIA, Eduardo — *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, «Boletim da Faculdade de Direito», Vol. XLIX 1973
- CORREIA, Eduardo — *A Teoria no Concurso em Direito Penal, Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, Almedina, 1983.
- COSTA, José de Faria — *Diversão (Desjuridicização) e Mediação: Que Rumos?*, Separata do do «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Vol. LXI (1985), Coimbra, 1986.
- COSTA, José Faria — *A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*, «Revista de Direito e Economia», Universidade de Coimbra, 1983.
- COSTA, Manuel António de Almeida — *Aborto e Direito Penal. Algumas Considerações a Propósito do Novo Regime Jurídico da Interrupção Voluntária da Gravidez*, Separata da «Revista da Ordem dos Advogados», Ano 44, Lisboa, 1984.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín — *La Definición de Criminalidad. Competencias del Derecho Penal y de las Ciencias Sociales*, «Cuadernos de Política Criminal», n.º 15, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín — *Presupuestos para uma Teoría del Bien Jurídico Protegido en Derecho Penal*, «Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales», Tomo XXXV, Madrid.
- DENNINGER, Erhard — *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delincente*, Separata dos «Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro», Coimbra, Faculdade de Direito, III, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e Orientações Fundamentais*, «Boletim da Faculdade de Direito», Vol. XLVIII, Universidade de Coimbra, 1972.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, 1.ª ed., Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985, p. 27 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Crimes Contra os Bons Costumes*, s.v «Polis», *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, p. 1371 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Declaração de Voto no Parecer n.º 8/80*, in «Pareceres da Comissão Constitucional», 11.º Vol., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Direito Penal 2 - Parte Geral: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1988.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Direito Penal e Estado-de-Direito Material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime)*, «Revista de Direito Penal», n.º 31, Janeiro-Junho 1981, Forense Rio de Janeiro, 1982.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Direito Penal*, Universidade de Coimbra, 1975
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Les Nouvelles Tendances de la Politique Criminelle de Portugal*, «Archives de Politique Criminelle», n.º 6, Centre de Recherches de Politique Criminelle, Ed. A. Pedone, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social. — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, in *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Petrony, 1983.

- DIAS, Jorge de Figueiredo — *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. — Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», n.º 3714 ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente*, «Revista de Direito e Economia», Coimbra, Ano IV, n.º 1, Janeiro-Junho 1978
- DIAS, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa — *Criminologia. — O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra editora, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. — O Processo Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização*, «Revista da Ordem dos Advogados», Lisboa, n.º 36, 1976.
- DIAS, Jorge de Figueiredo — *Os Novos Rumos de Política Criminal*, «Revista da Ordem dos Advogados», Lisboa, Ano 43, 1983.
- DIENER, Pascal — *Idée Nominaliste et Déconstruction du Droit*, «Archives de Philosophie du Droit», 28 (philosophie pénale), 1983.
- DÍEZ RIPPOLES, José Luis — *Bien Jurídico y Objeto Material del Delito de Aborto*, in *La Reforma del Delito de Aborto. — Comentarios a la Legislación Penal*, «Revista de Derecho Publico», Tomo IX, Madrid, 1989.
- DRIENDL, Johannes — *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, in *Recht und Staat — In Geschichte und Gegenwart — eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der Gesamten Staatswissenschaften*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- ENGLISH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª ed., 1979.
- ESER, A. — *Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht*, ZRP 8, August, 1991.
- FIANDACA, Giovanni — *Bene Juridico come Problema Teorico e come Criterio di Politica Criminale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», Milano, Ed. Giuffrè, 1982.
- FIANDACA, Giovanni — *Problematica dell'Obsceno e Tutela del Buon Costume*, Padova, ed. Antonio Milani, 1984.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo — *Diritto Penal. — Parte General*, Bologna, Zanichelli.
- FIORE — *I Reati di Opinione*, 1972.
- FLICK, G. M. — *Ambiente e Costituzione*, in «Il Territorio».

- FREIRE, Pascoal de Melo — *Instituições de Direito Criminal*, «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 155, Abril 1966.
- GALLO — *I Reati di Pericolo*, in «Foro Penale», 1969.
- GARÓFALO — *Criminologia*, 1.ª ed., 1885.
- GARÓFALO — *La Criminologie*, 5.ª ed., Paris, 1905.
- GIL LAVEDRA, Ricardo R. — *Liniamentos para una Política Criminal en Materia de Seguridad*, «Ciudadana, Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Janeiro-Abril, 1990.
- GIMBERNAT DE ORDEIG, Enrique: — *Pena de Muerte y Aborto*  
— *Por un Aborto Libre*  
— *Constitución y Aborto*  
— *Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?*  
— *El Estado de Necesidad: Un Problema de Antijuridicidad*  
in *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1981.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael — *Deontología Jurídica*, Pamplona, EUNSA, 1982.
- GONZÁLEZ RUS (relator) — *Seminario sobre «Bien Jurídico y Reforma de la Parte Especial»*, Siracusa, 15-18 Octubre 1981, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XXXV, Fasc. III, 1981.
- GUNTHER, Hans Ludwig — *Die genese eines Straftatbestandes*, «Jus 1978», Heft 1, pp. 8 ss.
- HART — *Law, Liberty and Morality* (1963), 7ª ed., Oxford University Press, London, 1982.
- HASSEMER, Winfried — *Theorie und Soziologie des Verbrechens. — Ansätze zu einer Praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt, 1980.
- HELMKEN, Dierk — *Zur Strafbarkeit Der Ehegattennotzucht*, Heidelberg, ZRP Heft, pp. 171 ss., 1980.
- HOFMANN, Hasso — *Die Pflicht des Staates zum Schutz des Menschlichen Lebens*, in *Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70 Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG.
- HULSMANN, Louck / CELIS, Jacqueline Bernat — *Peines Perdus. — Le système pénal en question*, Paris, Editions Le Centurion, 1982.
- JESCHECK, Hans-Heinrich — *Tratado de Derecho Penal. — Parte General*, Vol. I, Barcelona, Bosch.

- KAUFMANN, Arthur — *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. — Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972.
- KRIELE, Martin — *218 StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, Forum, ZRP 8 Jahrgang, Heft 4, Abril, 1975.
- KRUMBRIEGEL, Peter — *Strafnormen als Verfassungsauftrag? — Zugleich ein Beitrag zur Neuregelung des «Abtreibungsrecht»*, FamRZ, 1975.
- LANG-HINRICHSSEN, Dietrich — *Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der «Fristenlösung» beim Schwangerschaftsabbruch*, FamRZ, 21 Jahrgang, Oktober 1974.
- LATAGLIATA, Raffaele / MAZZA, Leonardo — *Luci ed Ombre in un Secente Disegno di Legge in Tema di Depenalizzazione*, «Giurisprudenza di Merito», 1978.
- LENKNER, Theodor — *Schönke — Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 Aufl., 1980.
- LISZT, Franz Von — *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I e Tomo II, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Rens.
- MACHADO, João Baptista — *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965.
- MACHADO, João Baptista — *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983.
- MAGALHÃES, José — *Dicionário da Revisão Constitucional*, Publicações Europa-América, 1989.
- MAINWALD — *Zur fragmentarischen Charakter des Strafrecht*, in *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972.
- MANTOVANI — *Diritto Penale, Parte Generale*, 1979.
- MANTOVANI, Ferrando — *Le Manipolazioni Genetiche: Profili Penale. — Manipolazioni Genetiche e Diritto*, in *Atti del Convegno di Studio Roma, 7-9 dicembre, 1984*, Unioni Giuristi Cattolici, «Quaderni di Justicia», 34, Giuffrè, 1984.
- MARTNEZ MORAN, Narciso — *El Derecho a la Vida en la Constitución Española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, in *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 2, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979.
- MARX, Michael — *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgutlehre'. Prolegomena einer Materiellen Verbrechenslehre*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns, 1972.

- MAURACH-ZIPF — *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Teilband 1, Heidelberg, Karlsruhe, 1977.
- MELO, Barbosa de — *Curso de Ciência da Administração (Sumários e notas)*, Universidade Católica Portuguesa, Curso de Direito do Porto, 1986.
- MILL, Stuart «On Liberty» (1859), in John Stuart Mill. *A Selection of his works*, ed. J. M. Robson, Macmillan, Toronto, 1966.
- MILL, Stuart «On Liberty», (1859), in John Stuart Mill. *A Law, Liberty and Morality*.
- MIR PUIG, Santiago — *Fundamento Constitucional de la Pena y Teoría del Delito*, in *La Reforma del Derecho Penal*, I.
- MIR PUIG, Santiago — *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosh, 1976.
- MIRANDA, Jorge — *Da Constituição Portuguesa de 1822 ao Texto da Actual Constituição*, 2ª ed., Lisboa, Petrony, 1984.
- MOCCIA, Sérgio — *Aspetti Problematici del Rapporto tra Funzione della Pena e Estruttura dell'Illicito*, in *Beni e Tecniche della Tutela Penale*. — Materiali per la Riforma del Codice a cura del CRS, Milano, Franco Angeli.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto — *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*, Murcia, Univ. Murcia, 1979.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo — *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.
- MULLER-DIETZ, Heinz — *Strafe und Staat*, Thomos Wurttemberg 65. Geburstag, Frankfurt, 1973.
- MULLER-DIETZ, Heinz — *Zur Problematik Verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, in *Festschrift für E. Dreher*.
- MUÑOZ CONDE, Francisco — *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, Casa Ed. SA.
- MUSCO, Enzo — *Bene Giuridico e Tutela dell'Onore*, Milano, Ed. Giuffrè, 1974.
- NATSCHERADETZ, Kark Prelhaz — *O Direito Penal Sexual, Conteúdo e Limites*, Coimbra, ed. Almedina, 1985.
- NEVES, A. Castanheira — *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra, 1979.
- NUVOLONE — *Codice Penale e Costituzione*, in *Il Diritto Penale degli anni Settanta*, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1982.

- NUVOLONE, Pietro — *La Problematica Penale della Costituzione*, in *Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale*, Scritti in Onore di Costantino Mortati, Serie V, n.º 25, Università di Roma, Facoltà di Scienze Politiche, Roma, Pubblicazioni dell'Istituto di Studi Giuridici, Giuffrè Editore.
- PACKER, Herbert L. — *The Limits of Criminal Sanction: Sex Offenses*, in *Crime and Justice*, Vol. I, The Criminal in Society, New York-London, Edited by Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, Inc. Publishers.
- PAGLIARO, Antonio — *Le Indagini Empiriche sulla Prevenzione Generale: una interpretazione dei risultati*, «Rivista Italiana del Diritto e Procedura Penale», 1981.
- PALAZZO, C. Francesco — *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Universidade de Florença, Editor Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PALIERO — *Note sulla Disciplina dei Reatti «Bagatellari»*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», Nuova Serie, Anno XXII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.
- PETRONE, Marino — *Aspetti Costituzionali della Depenalizzazione*, 1977.
- PINATEL, Jean — *Aperçu de l'Aspect Criminologique de l'Avortement*. — *Chronique de Criminologie et de Sciences de L'Homme*, in «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», Nouvelle Série, n.º 1, Janvier-Mars, Paris, Sirey, 1973.
- POLAINO NAVARRETTE, Miguel — *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Universidad de Sevilla, 1974.
- PRACONTAL, Michel — *L'Imposture Scientifique en Dix Leçons*, Paris, Editions La Découverte, 1998.
- PULITANO, Domenico — *Obblighi Costituzionali di Tutela Penale*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», Ano XXVI, Univ. de Macerata, 1983.
- PULITANO, di Domenico — *La Teoria del Bene Giuridico tra Codice e Costituzione*, in *La Questione Criminale*, «Rivista di Ricerca e Dibattito su Devianza e Controllo Sociale», Bologna, 1981.
- RAWLS, Jonh — *Uma Teoria da Justiça*, trad. brasileira, Brasília, ed. Universidade Brasília, 1981.
- REALE, Miguel — *Filosofia do Direito*, 13ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, 1990.
- ROCHA, Manuel António Lopes — *A Parte Especial do Novo Código Penal*. — *Alguns Aspectos Inovadores*, in *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Petrony, 1983.
- ROCHA, Manuel António Lopes — *Delitos contra a Ecologia*, Separata da «Revista de Direito e Economia», Universidade de Coimbra, Coimbra, 1987.

- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo — *Derecho Penal. — Parte General*, Madrid, Ed. Civitas, S.A.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis — *Protección Penal del Ambiente*, in *Derecho Penal y Constitución*, Tomo I, *Commentarios a la Legislación*, «Revista de Derecho Público», Madrid, 1982.
- ROMANO — *Secolarizzazione, Diritto Penale Moderno e Sistema dei Reati*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1981.
- ROMANO, Mário — *Legislazione Penal e Consenso Sociale*, «Jus, Rivista di Scienze Giuridiche», Milano, Universidade Católica, 1984.
- ROPPA, Enzo — *La Questione dell'Aborto*, in *Democrazia e Diritto*, Lisboa, 1981.
- ROXIN — *Sentido y Límites de la Pena Estadual*  
— *Franz von List y La Concepción Político-Criminal del Proyecto Alternativo*  
— *La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo*  
in *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976.
- ROXIN — *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck'sche, 1982.
- RUDOLPHI, Von Hans-Joachim — *Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Otto Schwartz, 1970.
- SAX, Von Walter — *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Bettermann-Niperdey-Scheuner, Die Grundrechte*, Vol. III/2, Berlin, Duncker e Humblot, 1959.
- SEIFERT — *Haus oder Forum. Wertsystem oder offene Verfassung*, in *Stichworte zur Geistigen Situation der Zeit*, a cura di Habermas, I, 1969.
- SOARES, Rogério — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida, 1969.
- SOUSA E BRITO, José de — *A Lei Penal na Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa, Petrony, 1978.
- STELLA, Frederico — *La Teoria del Bene Giuridico e I.C.D. Fatti Inoffensivi Conformi al Tipo*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», Nuova Serie, Anno XVI, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1973.
- STERN — *Staats Rechts — Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III/1, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988.
- STORTONI, Luigi — *L'Abuso di Potere nel Diritto Penale*, Milano, Ed. Giuffrè, 1976.

- STORTONI, Luigi — *Profili Costituzionali della Non Punibilità*, «Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale», Ano XXVII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- TRIFFTERER, Otto — *Zur Strafrechtlichen Beurteilung Kapselgeschützten Organtransplantationen*, in *Festschrift für Beristain*, 1989.
- TOCQUEVILLE — *De La Democratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, 2 vols.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — Acórdão n.º 25/84 de 19-3-84, Processo n.º 38/84, 1.ª Secção. Fiscalização Preventiva: — *Interrupção Voluntária da Gravidez. — Exclusão da Ilicitude. — Constitucionalidade*.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — Acórdão n.º 85/85, de 29-5-85, Processo n.º 95/84, 1.ª Secção. Fiscalização Abstracta Sucessiva da Constitucionalidade: — *Despenalização da Interrupção Voluntária da Gravidez*.
- TZITZIS, Stamatios — *La Philosophie Pénale de Sade à la Lumière de son Hédonisme*, «Revue Pénitenciaire et de Droit Pénal», n.º 1, XIV Ano, 1990.
- UBIETO, Emilio Octávio de Toledo y — *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*, Índice General del Tomo XLII, Fascículos I, II y III, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1989.
- VELOSO, Francisco José — *Prefácio às Instituições de Direito Criminal Português, de Melo Freire*, Lisboa, BMJ, n.º 155, Abril 1986.
- VILLEY, Michel — *Philosophie du Droit*, Vol. I, 3.ª edição, Paris, 1982.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. — *Introducción: Estado de Derecho Y Derecho Penal*, in *Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I, «Revista de Derecho Público», Madrid, Edersa, 1982.
- VOGLER — *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, in *Festschrift für Rudolf Gmür*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1983.
- WOESNER, Horst — *Grundgesetz und Strafrechtsreform*, NJW, Heft 38, 19 Jahrgang, September, 1966.
- ZIPF — *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1980.
- ZIPF, Heinz — *Introducción a la Política Criminal*, ed. Edersa, 1979.
- 3.º COLÓQUIO INTERASSOCIAÇÕES (7 a 12 de Maio de 1973) — *Descriminalização*, «Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia», Ministério da Justiça 1973.

## ÍNDICE

|                        |    |
|------------------------|----|
| NOTA PRÉVIA .....      | 9  |
| INTRODUÇÃO GERAL ..... | 13 |

### I PARTE

#### CONTRIBUIRÁ O CONCEITO DE BEM JURÍDICO PARA A DEFINIÇÃO MATERIAL DE CRIME?

|                  |    |
|------------------|----|
| Introdução ..... | 23 |
|------------------|----|

### I CAPÍTULO

|   |    |
|---|----|
| Qual o contributo da evolução histórica do conceito de bem jurídico?.....                   | 29 |
| 1. O iluminismo criminal e o conceito material de crime ...                                 | 29 |
| 2. Ulterior evolução — Birnbaum e o conceito de bem (jurídico) .....                        | 41 |
| 3. As concepções de bem jurídico de Binding e de Liszt ....                                 | 50 |
| 4. O pensamento neo-kantiano e o progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico ..... | 64 |

### II CAPÍTULO

|  |    |
|--|----|
| Qual o contributo do actual conceito de bem jurídico? .....                      | 71 |
| 1. Retorno a um conceito crítico de bem jurídico e actuais reformas penais ..... | 71 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Consenso e discrepâncias na actual concepção de bem jurídico .....                 | 80  |
| 3. Concepções sociológicas do Direito Penal .....                                     | 90  |
| 3.1. A teoria funcionalista da danosidade social de Amelung .....                     | 91  |
| 3.2. A teoria do consenso de Habermas .....   | 97  |
| 4. Insuficiência do conceito de bem jurídico para a definição material de crime ..... | 104 |

## II PARTE

### A CONSTITUIÇÃO LEGITIMARÁ E LIMITARÁ A CRIMINALIZAÇÃO?

|                  |     |
|------------------|-----|
| Introdução ..... | 115 |
|------------------|-----|

#### I CAPÍTULO

|  |     |
|--|-----|
| <b>Qual a influência da concepção constitucional de Estado na legitimação e limitação do poder criminalizador?</b> .....                           | 131 |
| 1. Considerações gerais-tipo de Estado e Direito Penal .....   | 131 |
| 2. Estado de direito democrático e suas implicações penais ..  | 135 |
| 3. Concepção constitucional de Estado, função do Direito Penal e determinação dos bens jurídico-penais (em Figueiredo Dias, Roxin e Rudolph) ..... | 142 |
| 4. O problema da distinção entre bens jurídico-penais e moral social (partindo-se da concepção de Roxin e Rudolph) ....                            | 147 |
| 5. A análise empírica da danosidade social e o controlo da constitucionalidade criminalizadora .....   | 156 |

#### II CAPÍTULO

|   |     |
|---|-----|
| <b>Os valores constitucionais legitimam e limitam o poder criminalizador?</b> ..... | 167 |
|---|-----|

|  |     |
|--|-----|
| 1. O problema face à ordem jurídica italiana .....   | 169 |
| 1.1. Os valores constitucionais como o quadro máximo da tutela penal — tese de Bricola .....                                   | 169 |
| 1.2. A concretização do princípio da proporcionalidade na tese de Angioni .....  | 178 |
| 1.3. O art. 27 n.º 3 da Constituição e a restrição da tutela penal às condições mínimas da vida em comum — tese de Musco ..... | 183 |
| 1.4. A não limitação da tutela penal aos valores constitucionais — tese de Nuvolone .....                                      | 190 |
| 2. O problema face à ordem jurídica portuguesa .....   | 195 |
| 2.1. Analogia substancial entre bens jurídico-penais e ordenação valorativa constitucional — tese de Figueiredo Dias .....     | 195 |
| 2.2. A actual redacção do art. 18 n.º 2, da Constituição como explicitação daquela ideia .....                                 | 200 |
| 2.3. A distinção entre ordenação axiológica constitucional e ordem de bens jurídico-penais .....                               | 204 |
| 2.4. O art. 18 n.º 2, 2.ª parte, o princípio da proporcionalidade e seu controlo constitucional .....                          | 211 |

#### III CAPÍTULO

|  |     |
|--|-----|
| <b>A dignidade penal será condição suficiente da legitimidade criminalizadora?</b> ..... | 217 |
| 1. Dignidade e carência de tutela penal — seu conteúdo e relação .....                   | 217 |
| 2. Fundamentação constitucional da carência de tutela penal ..                           | 230 |
| 3. Delimitação do problema da carência de tutela penal .....                             | 236 |
| 4. Medidas alternativas à pena e áreas exemplificativas da sua aplicação .....           | 245 |
| 5. Dificuldades na averiguação da carência de tutela penal ..                            | 252 |
| 6. O problema do controlo da necessidade de tutela penal ...                             | 263 |

## III PARTE

## A CONSTITUIÇÃO IMPORÁ A CRIMINALIZAÇÃO?

Introdução ..... 271

## I CAPÍTULO

Toda a criminalização constitucional legítima será obrigatória? ..... 289

## II CAPÍTULO

Qual o significado das imposições constitucionais expressas de criminalização? ..... 309

## III CAPÍTULO

Existirá uma ordem de valores constitucional? ..... 317

## IV CAPÍTULO

A ordem constitucional de valores imporá uma coerência na criminalização? ..... 327

## V CAPÍTULO

Elevada dignidade penal implicará necessidade penal? .. 345

1. Relação entre elevada dignidade penal e necessidade penal 345

2. A interrupção voluntária da gravidez — um caso polémico 363

2.1. Delimitação do problema ..... 363

2.2. O problema da (in)idoneidade do Direito Penal ..... 372

2.3. O problema da (in)idoneidade do Direito Penal no caso do aborto ..... 375

2.4. O peso dos valores conflitantes e das situações de inexistibilidade ..... 382

2.5. Soluções em princípio inconstitucionais ..... 384

2.6. Breve análise do acórdão do Tribunal Constitucional alemão obre a solução de prazos ..... 387

2.7. Soluções constitucionais e de constitucionalidade duvidosa 391

2.8. Natureza das indicações e problema da sua constitucionalidade ..... 394

2.8.1. Exclusão da ilicitude ..... 394

2.8.2. Zona livre de direito ..... 397

2.8.3. Exclusão da culpa ..... 402

2.8.4. Conclusão ..... 404

3. O mesmo problema face a outros exemplos ..... 406

3.1. Considerações gerais ..... 406

3.2. Modernas técnicas biomédicas ..... 408

3.3. O bem jurídico ambiental ..... 417

4. Poderes do Tribunal Constitucional ..... 424

Bibliografia ..... 435

Índice ..... 447