

CONCEITO MATERIAL DE CRIME, DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFORMA PENAL

Fernanda Palma

Professora, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal

1 - Tanto em Portugal como noutros países europeus se tem assistido, nos últimos anos, à criação de novas incriminações ou agravações¹, que obedecem a três linhas de rumo: a conexão do Direito Penal com novos direitos ou com novas perspetivas sobre direitos; a utilização do Direito Penal para aperfeiçoar a organização política e económica

1 Em Portugal, são expressivos desta orientação o Código Penal de 1995, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, e as reformas de 1998 e 2007, aprovadas pela Leis n.ºs 65/98, de 2 de Setembro, e 59/2007, de 4 de Setembro, respetivamente. O Código de 1995, que constituiu, materialmente, uma reforma do Código Penal de 1982, teve como fonte imediata o “Projecto de 1991”, elaborado por uma Comissão presidida por Figueiredo Dias, que concluiu as sessões em 22 de Janeiro de 1991 – cf. Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão, 1993, e inspirou-se fortemente no Projeto Alternativo alemão de 1966. Ao nível das profundas alterações da Parte Especial, podemos destacar a transformação dos crimes sexuais, até então concebidos como crimes contra os “fundamentos ético-sociais da vida em sociedade”, em “crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, com várias implicações na delimitação dos tipos de crimes e na escolha das respetivas penalidades, e as inovações no âmbito dos crimes ambientais. As reformas de 1998 e 2007 tiveram por base projetos coordenados por Rui Pereira e voltaram a incidir, entre outras, na área dos crimes sexuais. Assim, a Lei n.º 65/98, influenciada pelo Código Penal francês de 1994, alargou a tutela penal da liberdade sexual e equiparou várias ofensas sexuais idênticas (várias formas de penetração sexual) que até então eram tratadas diversamente). Além disso, determinou a agravação dos crimes contra a vida, a integridade e a liberdade de vítimas especialmente indefesas, como as crianças, pessoas idosas ou deficientes e mulheres grávidas. A Lei n.º 59/2007, que teve por base os trabalhos da Unidade de Missão para a Reforma Penal, voltou a alterar, entre outros, vários tipos de crimes sexuais, reforçando, sobretudo, a defesa de crianças, adolescentes e menores e eliminando, por exemplo, a diferença punitiva entre atos heterossexuais e homossexuais com adolescentes (artigo 173.º), que já fora julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 247/2005, de 10 de Maio). Por outro lado, no âmbito da Parte Especial, a reforma de 2007 passou a prever a violência doméstica e os maus tratos como crimes autónomos, contemplou novas formas de perturbação da vida privada, de burla informática e de discriminação racial, religiosa ou sexual e consagrou novos crimes de tráfico de pessoas (para a exploração do trabalho, prostituição ou colheita de órgãos) e incêndio florestal (de âmbito mais alargado), entre muitas outras alterações.

do Estado; e uma alteração do tipo de condutas que, segundo o Direito Penal clássico, poderiam ser consideradas criminosas, antecipando a tutela de certos bens jurídicos. Este movimento neo-criminalizador confronta o Direito Penal com a questão da necessidade e carência de proteção de direitos ou bens jurídicos fundamentais.

A primeira orientação referida gerou novos crimes na área da violência doméstica e dos maus-tratos², das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que violem regras da Medicina³, da propagação de doenças contagiosas⁴, da discriminação racial e sexual⁵, do abuso sexual de menores⁶, da pornografia com menores⁷ e da utilização da informática para praticar burlas⁸ ou devassas da vida privada⁹. Por outro

-
- 2 Estes crimes passaram a ser autónomos, como se viu, depois da reforma de 2007, estando agora previstos nos artigos 152.º e 152.º-A, respetivamente, do Código Penal português. Sendo ambos, presentemente, crimes públicos, distinguem-se por o primeiro se referir ao espaço familiar, entendido amplamente e englobando quaisquer relações afetivas, ao passo que o segundo pressupõe, relações educativas, laborais ou de assistência.
 - 3 Cf. o artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal, que prevê um crime de violação dolosa das leges artis da Medicina, que é de perigo concreto para a vida ou a integridade física do doente (ao nível da ofensa grave). O crime foi introduzido pelo Código Penal de 1982, suprimido pelo Código Penal de 1997 e “represtinado”, com alterações em relação à previsão típica originária, pela reforma de 1998.
 - 4 O crime de propagação de doença e alteração de análise ou receituário está previsto no artigo 283.º do Código Penal português como crime de perigo comum. Foi à luz deste crime que se discutiu, em Portugal, o chamado caso dos hemofílicos (que terão sido contaminados com plasma infectado com o vírus da sida, entre 1985 e 1987), que terminou com a prescrição do procedimento criminal – ver, sobre isto, o Acórdão n.º 483/2002, de 20 de Novembro, do Tribunal Constitucional e a declaração de voto nele aposta por mim.
 - 5 O âmbito deste crime tem vindo a ser alargado, abrangendo, hoje, por força da redação introduzida pela reforma de 1998, discriminações por causa da raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual – Cf. artigo 240.º do Código Penal português.
 - 6 No domínio dos crimes contra a autodeterminação sexual, o Código Penal português prevê uma pluralidade de crimes contra crianças e adolescentes, nos artigos 171.º a 176.º: abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, atos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores e pornografia de menores. No sistema do Código, são crianças os menores de 14 anos, adolescentes os menores de 16 anos e “menores” propriamente ditos os menores de 18 anos.
 - 7 O âmbito deste tipo de crime foi alargado pela reforma de 2007. Hoje, ele abrange até os materiais pornográficos com “representação realista de menor”, em cumprimento do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, adoptado em Nova Iorque, em 25 de Maio de 2000, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003, de 5 de Março, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003, de 5 de Março.
 - 8 Cf. artigo 221.º do Código Penal português.
 - 9 Cf. artigo 192º do Código Penal. Aparentemente, este crime estará a ser questionado no âmbito

lado, conduziu também à agravação de vários crimes contra vítimas especialmente indefesas (crianças, pessoas idosas e deficientes e mulheres grávidas). Por fim, determinou a criação de novas incriminações tendentes à promoção da essencial dignidade da pessoa humana pelo Estado contemporâneo, em áreas como o ambiente (poluição, danos contra a natureza e incêndio florestal¹⁰) ou o tráfico de pessoas (para a exploração do trabalho, prostituição ou colheita de órgãos)¹¹.

A segunda orientação assenta no reconhecimento de que a deterioração da estrutura institucional ou económica do Estado pode impedir uma participação democrática dos cidadãos, com igualdade de oportunidades, tornando-se, por isso, indispensável impedir quaisquer formas de abuso de poder ou comportamentos que afetem os recursos coletivos. O alargamento do âmbito da corrupção¹², a criminalização do tráfico de influência¹³ (e do controverso “enriquecimento injustificado”¹⁴) e a criação de crimes de responsabilidade política, que chegam

de um processo em curso em que foram constituídas arguidas pessoas ligadas ao Sistema de Informações da República Portuguesa.

- 10 Cf. artigos 274.º, 279.º, 280.º e 281.º do Código Penal português.
- 11 Cf. artigo 160º do Código Penal português. A reforma de 2007, para além de unificar as várias modalidades de tráfico (para a exploração do trabalho, prostituição ou colheita de órgãos), passou a contemplar como criminosas condutas como a destruição de documentos das vítimas de tráfico e a utilização dolosa dos seus órgãos ou serviços.
- 12 No Código Penal português, a corrupção abrange as modalidades ativa e passiva e pode referir-se à prática de ato lícito ou ilícito (corrupção imprópria e própria), embora seja sancionada com penas diversas em todos esses casos. Progressivamente, a legislação avulsa estendeu a corrupção ao fenómeno desportivo (Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro) e ao comércio internacional e ao setor privado (Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, que teve por base os trabalhos da Unidade de Missão para a Reforma Penal).
- 13 O crime de tráfico de influência, previsto no artigo 335.º do Código Penal português, consiste em alguém solicitar ou aceitar vantagem patrimonial ou não patrimonial para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de entidade pública e pode referir-se, tal como a corrupção, a atos lícitos ou ilícitos. Foi introduzido pela reforma de 1998 e teve como fonte indireta o Código Penal francês de 1994.
- 14 O Decreto n.º 37/XII, Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 128/XII/1 de 27 de Fevereiro de 2012 (pág. 2-8), preconizava a punição de quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirisse, possuisse ou detivesse património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos. A punição só se concretizaria se pena mais grave não coubesse ao facto, numa relação explícita de subsidiariedade com outras incriminações, que provava que estaria em causa uma forma indireta de perseguir, sobretudo, a corrupção e o tráfico de influência. Porém, este regime não chegou a entrar em vigor porque o Tribunal Constitucional entendeu, num processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade desencadeado Presidente da República, que o crime seria inconstitucional, por violação do princípio da legalidade e por ausência de bem jurídico protegido (Acórdão n.º 179/2012, de 4 de Abril).

a englobar a violação de regras orçamentais¹⁵ e o uso de dinheiro público em fins públicos diversos do projetado¹⁶, enquadram-se nesta segunda orientação. E o mesmo sucederá, ainda, em relação à criminalidade económica e financeira mais grave, ao tráfico de drogas e de armas, à pirataria e ao terrorismo, que podem destruir os próprios fundamentos do Estado de direito. A existência de “narco-Estados”, de Estados que não conseguem controlar a moderna pirataria marítima ou de Estados que acolhem e protegem organizações terroristas ilustra bem esta realidade.

A terceira orientação levou à intervenção do Direito Penal na área de condutas que apenas põem em causa remotamente a segurança dos bens jurídicos. O incremento de crimes de perigo e de violação de dever, em detrimento dos chamados crimes de dano exprime esta orientação. Os crimes de perigo atingiram uma enorme importância logo após a Segunda Guerra Mundial, por causa da complexidade atingida nos domínios dos transportes e da produção e comercialização de bens. A comercialização de produtos alimentares e farmacêuticos e a circulação rodoviária¹⁷ são apenas alguns dos domínios em que o legislador criou crimes de perigo. Porém, se a criação de crimes de perigo concreto dolosos se justifica em várias áreas, incluindo o próprio âmbito dos crimes contra a vida, em que se enquadram a exposição e o abandono¹⁸, a tipificação de crimes de perigo abstrato só deve ser admitida a título excecional, como sucederá, para dar um exemplo claro, no caso da libertação de substâncias

15 Cf. artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho. Esta foi a primeira lei aprovada em Portugal sobre responsabilidade de titulares de cargos políticos. Já foi objeto de cinco alterações, tendo a última sido introduzida pela Lei n.º 4/2011, de 16 de Fevereiro.

16 Cf. artigo 14.º da Lei n.º 34/87.

17 A condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, prevista no artigo 292º do Código Penal, corresponde a um crime de perigo abstrato – presume-se, inilidivelmente, que quem conduz, por exemplo, com uma taxa de alcoolemia igual ou superior a 1,2g/l cria um perigo. Por outro lado, o artigo 291.º prevê um crime de perigo concreto de condução de veículo, em que se requer a comprovação processual casuística de um perigo para a vida, integridade física ou bens patrimoniais de valor elevado. Por outro lado, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, reintroduziu o crime de perigo abstrato de condução sem título legal, que fora suprimida pelo Código Penal de 1995. Sobre as várias classes de crimes de perigo, em pormenor, cf. Rui Pereira, *O dolo de perigo*, Lex, Lisboa, 1995, p. 26 e ss.

18 Sendo concebido pelo Código Penal português de 1852/1886 como crime contra a identidade civil (de recém nascidos que eram colocados anonimamente na roda da misericórdia, a que também se chamava roda dos enjeitados), o crime de exposição ou abandono é agora concebido, desde 1982, como crime de perigo concreto contra a vida (não apenas de crianças, mas de quaisquer pessoas (ver artigo 138.º do Código Penal).

radioativas¹⁹. Por seu lado, os crimes de violação de dever não podem ser entendidos como meras desobediências, carecendo de um conteúdo material, sob pena de inconstitucionalidade, por ausência de bem jurídico protegido e violação do princípio da necessidade da pena.

De todo o modo, as duas vertentes em que faz sentido falar de um conceito material de crime - critérios determinantes da dignidade e carência de tutela penal dos bens jurídicos e requisitos referentes à estrutura dos próprios comportamentos que podem servir de base à imputação penal - têm estado em mutação acelerada nos últimos anos. Essa mudança revela tendências na configuração do Direito Penal que podem pôr em causa os princípios tradicionais da legalidade, da culpa e da necessidade da pena. Por outras palavras, é obrigatório perguntar se as novas incriminações (e agravações) são legítimas à luz do Estado de direito democrático ou se até podem contribuir, porventura, para assegurar novas e relevantes funções a esse Estado.

2 - Em breves palavras, a expressão “conceito material de crime” é enformada pela ideia de que existem, num Estado de direito democrático, limites constitucionais à eleição de certas condutas como crimes que ultrapassam a vontade de maiorias conjunturais e do poder político²⁰. O Direito Penal tem uma legitimidade aferida pela proteção dos bens jurídicos essenciais, constitutivos da razão de ser do próprio Estado - as condições essenciais de liberdade -, na medida em que as suas sanções são, em si mesmas, graves restrições da liberdade ou de outros direitos fundamentais. O Direito Penal só pode tirar liberdade (aos agentes de crimes), precisamente para criar liberdade (para todas as potenciais vítimas).

Esta ideia concretiza-se numa legitimação da pena pela estrita necessidade de proteger direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, à luz do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que também consagra os princípios da adequação e da proporcionalidade. Numa ótica de Direito Constitucional comparado, podem invocar-se, em geral, os princípios da necessidade da pena, da intervenção mínima do Direito Penal, da subsidiariedade ou *ultima ratio* da intervenção punitiva, da adequação da punição ou da proporcionalidade entre o crime e a pena, como critérios de controlo da seleção de condutas como criminosas.

Todavia, o conteúdo preciso desse mandamento constitucional restritivo é mais difícil de concretizar quando se confronta com novos direitos e com dimensões inovadoras de direitos que não eram anteriormente conhecidas ou tinham sido desvalorizadas. É o que acontece, por exemplo, com os crimes de

19 Cf. artigo 272.º, n.º 1, alínea d), do Código Penal. Nesta linha restritiva, veja-se o meu “Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem”, *Direito do Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 431.

20 Cf., desenvolvidamente, sobre o conceito material de crime, a minha monografia *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 114 e ss. e também *Direito Penal – Parte Geral*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994, p. 27 e ss.

pornografia infantil e abuso sexual de menores ou, num âmbito muito diferente, com os crimes de corrupção e tráfico de influência, que não assumiam, até há alguns anos, o protagonismo que hoje lhes é atribuído pela política criminal na generalidade dos Estados.

A expansão do Direito Penal para esses domínios inovadores, abrangendo novas condutas, suscita a interrogação sobre se a relação entre a definição de objetivos e valores sociais e o papel do poder punitivo do Estado se baseia em conceções políticas passageiras e conjunturais ou terá de ir procurar as suas raízes a um nível mais profundo, nas condições de funcionamento da sociedade. Alguns exemplos extraídos da experiência portuguesa podem ilustrar este dilema que se coloca na fundamentação das decisões legislativas, no âmbito da política criminal.

O primeiro exemplo diz respeito ao âmbito da incriminação do lenocínio, em relação ao qual se discutiu, perante o Tribunal Constitucional, se a integração no âmbito da previsão legal de condutas de facilitação ou aproveitamento económico da prostituição, como o arrendamento de uma casa, violaria o princípio da necessidade da pena. Argumentou a defesa, no decurso de um processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, que as pessoas que se prostituem o podem fazer por sua livre decisão, exercendo uma verdadeira atividade económica. Colocou-se, assim, a questão de saber se deveria exigir-se à acusação a prova concreta da exploração das pessoas prostituídas por aquelas que lucram com a sua atividade.

Porém, a resposta do Tribunal Constitucional teve em consideração estudos empíricos que demonstram à sociedade que, na generalidade dos casos, as pessoas se prostituem em Portugal por razões de carência social e não por opção económica. Assim, a exigência de prova da exploração como condição da tipicidade facilitaria a atividade económica em redor de pessoas prostituídas, consolidaria o circuito da exploração e fomentaria a prática da prostituição. Por conseguinte, o Tribunal julgou não inconstitucional o lenocínio com essa dimensão abrangente, admitindo apenas a possibilidade de contraprova, a cargo da defesa, da inexistência de uma relação de aproveitamento ou exploração das vítimas pelos arguidos²¹.

Pelo contrário, num caso mais recente, a propósito da consagração de uma nova incriminação do “enriquecimento ilícito” pelo Parlamento, o Tribunal Constitucional entendeu, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade e a pedido do Presidente da República, que um crime que abrangesse a posse injustificada de bens seria inconstitucional, por violação do princípio da legalidade e por ausência de bem jurídico protegido²². A meu ver, estava em causa, mais rigorosamente, a falta de descrição do facto pela norma incriminadora, que

21 Cf. Acórdão n.º 144/2004, de 10 de Março (de que fui relatora).

22 Cf. Acórdão n.º 179/2012, de 4 de Abril.

apenas se referia a uma situação objetiva - a um estado de coisas -, abstraindo da conduta que lhe deu origem, o que contraria a ideia de um Direito Penal do facto e transfere para a defesa o “ônus da prova” que, no processo penal, deve recair sobre a acusação.

É claro que o objetivo político, inteiramente louvável, seria prevenir a corrupção e facilitar a investigação criminal, dadas as conhecidas dificuldades de prova quando existe um acordo e um “pacto de silêncio” entre o corruptor e o corrompido. Contudo, as dúvidas sobre a eficácia da incriminação (não há evidência empírica de que a medida permitisse, na realidade, corrigir desvios sociais²³) e, sobretudo, a possibilidade de gerar situações de abuso poderiam atrair as boas intenções subjacentes à medida. Mas pode alcançar-se um resultado idêntico, preservando a Constituição, através da criação de normas incriminadoras que obriguem à declaração de rendimentos com explicitação da respetiva proveniência, centrando-se então o juízo de ilicitude penal nos atos e omissões que violem tais deveres²⁴.

Em suma, o recurso ao instrumento teórico do conceito material de crime está ao serviço da fiscalização da constitucionalidade das normas incriminadoras e conduz-nos a uma lógica de controlo das reformas penais quando pretendem inovar por razões meramente políticas ou até ideológicas na definição de crimes. Se o conceito formal de crime, que o identifica, simplesmente, como conduta prevista e punível ao abrigo de lei prévia, expressa e precisa, está associado ao princípio da legalidade e se opõe à discricionariedade do julgador, o conceito material de crime tem um cunho restritivo, impedindo o legislador de criar crimes arbitrariamente.

Na verdade, o conceito material de crime constitui uma expressão dos princípios constitucionais de Direito Penal²⁵, agrupando, pois, as características que uma conduta tem de possuir, em nome desses princípios, para poder ser qualificada como criminosa. Assim, a incriminação tem de ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (princípio da necessidade²⁶), a

23 Um exemplo extremo de desfasamento entre a política criminal e os dados empíricos foi-me revelado por Kazushige Asada, Professor da Universidade de Osaka, que criticou, já há 30 anos, quando era bolseiro em Munique, um programa político que pretendia aumentar as penas no Japão, apesar de se registar uma diminuição da criminalidade.

24 O Projeto de Lei n.º 76/XII (Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 33/XII/1, de 22 de Setembro de 2011, pp. 47-52), apresentado pelo Partido Socialista na Assembleia da República, preconizava uma solução deste tipo, mas foi rejeitado pelas restantes forças políticas.

25 Sobre os princípios constitucionais de Direito Penal, cf. Sousa e Brito, “A lei Penal na Constituição – artigos 29.º, n.º 1, 2, 3 e 4; 167º, alínea e)”, Estudos sobre a Constituição, 2º vol., Lisboa, 1978, p. 197 e ss.

26 Princípio consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (princípio da culpa²⁷) e a criminalização, sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (princípio da legalidade²⁸).

3 – A função de controlo atribuída ao conceito material de crime exerce-se, em primeiro lugar, através de uma exigência de compatibilidade, congruência ou concordância prática entre o fim de proteção das normas penais e os direitos e valores constitucionais, ou seja, a ordem axiológica constitucional, que se infere, nomeadamente, do regime dos direitos fundamentais – por exemplo, da sua ordenação formal, da sua força jurídica, da sua inclusão em reserva de lei da Assembleia da República e da possibilidade de suspensão em estado de sítio ou estado de emergência²⁹. Está em causa, neste plano, aquilo a que se tem chamado “dignidade punitiva” da conduta.

A questão da dignidade punitiva da conduta coloca-se numa dupla dimensão – negativa e positiva. Negativamente, a incriminação não pode ser, ela própria, um modo de coartar um direito fundamental, como, por exemplo, a liberdade de consciência ou de expressão, através de uma previsão que atinja os limites imanentes desse direito. Pela positiva, a incriminação tem de se dirigir à proteção de bens jurídicos essenciais, respeitantes às condições de liberdade da pessoa e de funcionamento do Estado de direito democrático, que legitimam o exercício do poder punitivo do Estado.

Em segundo lugar, uma nova incriminação tem de ser necessária, proporcional e adequada ao fim que visa obter e à proteção dos bens jurídicos que a justificam. Desta exigência extraem-se três corolários: é necessária, pelo menos, uma probabilidade elevada de que se produza o efeito de proteção do bem jurídico; não devem estar disponíveis meios menos gravosos do que as penas públicas para assegurar essa proteção; e não deve haver efeitos colaterais que neutralizem ou contrariem as vantagens da incriminação.

A aprovação de uma lei que despenalizou a interrupção voluntária da gravidez, na sequência de um referendo³⁰, ilustra bem o significado destas

27 Princípio que se infere da essencial dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade – artigos 1.º e 27.º, n.º 1, da Constituição. Sobre a existência de um sentido geral da desculpa, cf a minha monografia *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 141 e ss.

28 O princípio da legalidade concretiza-se, formalmente, na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República - artigo 165º, n.º 1, alínea c), da Constituição -, mas requer, em sentido material, um consenso em torno da previsão de crimes – Cf., sobre a necessidade desse consenso, Günter Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Carl Heymans Verlag, Colónia – Berlim – Bona – Munique, 4ª ed., 2000, p. 38.

29 Embora a Constituição não apresente uma escala formal, estes regimes revelam a importância relativa dos direitos fundamentais.

30 Trata-se da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril. Tal como prescreve a Constituição (artigo 115.º, n.º

condições. Na realidade, para além de se debater, nesse caso, o valor da vida intra-uterina em confronto com a liberdade da mulher grávida, foi dado realce, na discussão pública, à ineficácia da incriminação, à preferência por medidas positivas de proteção da maternidade e aos efeitos perversos da proibição, designadamente no âmbito dos direitos das mulheres e da saúde pública.

Igualmente expressivo do debate sobre a questão da dignidade punitiva é o caso do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Este facto, que era classificado como crime – embora punido com penas muito menos severas que o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas –, passou a ser configurado como contra-ordenação em 2000³¹. Esta alteração da natureza do ilícito deveu-se a um conjunto de considerações: uma visão liberal recusa a punição, afirmando que se trata de um fazer mal a si próprio e que nem o suicídio (tentado) é punível; e também se afirma que a punição (e, sobretudo, a aplicação de penas de prisão) é ineficaz ou até contraproducente nesse caso³².

Assim, a lei portuguesa continua a cominar penas severas para o tráfico, que atingem, nas hipóteses mais graves, o limite máximo geral de 25 anos de prisão (para fundadores e dirigentes das organizações dedicadas ao tráfico)³³. Aliás, o tráfico foi, ainda antes do terrorismo, o campo de ensaio das soluções mais repressivas, próprias de um “Direito Penal de primeira velocidade”³⁴, tais como a punição de atos preparatórios e de associações criminosas ou a

8), a pergunta do referendo foi submetida à fiscalização prévia da constitucionalidade. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15 de Novembro (de que fui relatora), concluiu pela compatibilidade com a Constituição de uma resposta positiva à pergunta formulada no referendo: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”

31 Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

32 Cf., nesta perspetiva, Rui Pereira, “O consumo e o tráfico de drogas na lei penal portuguesa”, Revista do Ministério Público, ano 17.º, n.º 65 (Janeiro/Março 1966), p. 59 e ss. Era diverso o caminho proposto por Figueiredo Dias, que defendeu a distinção entre drogas de “baixo potencial” e de “potencial elevado”, propondo a descriminalização da própria venda das primeiras — cf. “Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas”, Scientia Iuridica n.ºs 250/2 (1994), p. 199 e ss.

33 Cf. artigo 28.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, republicado pela Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio.

34 A expressão é de Silva Sánchez – A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais (trad. de Oliveira Rocha), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 144 e ss., e constitui uma alternativa crítica à controversa expressão “Direito Penal do inimigo” de Günther Jakobs – “Das selbsterständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart”, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende (org. Eser e Hassemer), 2000, pp. 47-57.

consagração dos institutos processuais do “arrependido” e das ações encobertas³⁵. Mas, em simultâneo, a lei portuguesa estabelece apenas sanções administrativas (pecuniárias e não pecuniárias) para o consumo, que continua a ser um facto ilícito mas deixou de ter natureza penal, com a finalidade primordial de impelir os toxicodependentes ao tratamento voluntário³⁶.

O caso do consumo de droga é, na verdade, ilustrativo de situações em que se digladiam concepções divergentes e praticamente opostas de política criminal. Encarada de início com ceticismo pelos órgãos de polícia criminal e pelos círculos políticos mais conservadores, a medida é hoje aceite consensualmente, não havendo qualquer perspectiva de que possa ser revogada. O receio de que o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas aumentasse devido à descriminalização não se confirmou, tal como têm constatado várias organizações internacionais³⁷.

De todo o modo, a dignidade punitiva requer sempre uma demonstração empírica, a partir do funcionamento da sociedade, da necessidade da incriminação para resolver um problema de desproteção de direitos ou bens essenciais. Com a referência das reformas penais a um sólido conceito material de crime, pode estabelecer-se um *topos* argumentativo em que todas as partes interessadas ou envolvidas no processo legislativo possam confluir, evitando-se uma politização excessiva do Direito Penal e exigindo-se sempre um processo argumentativo que demonstre a pertinência de qualquer nova incriminação.

4 - Mas há um outro patamar que tem de ser integrado num modelo de legitimação do Direito Penal a partir do conceito material de crime. Esse outro nível diz respeito à estrutura do comportamento tomada como base da imputação e, designadamente, à sua apetência causal. Os comportamentos que não exprimam sequer a possibilidade de um dano, que não têm uma relação causal ou de risco com a lesão do bem jurídico e são insuscetíveis de produzir efeitos danosos podem constituir o substrato de uma atribuição de responsabilidade penal?

É sabido que a necessidade de prevenir a lesão de bens jurídicos impõe a criação de um ambiente de segurança que previna as ofensas numa fase precoce, antecipando a tutela penal. É o que acontece, em geral, nos crimes de perigo e, sobretudo, em crimes de perigo abstrato, nos quais se presume de forma

35 Artigos 22º, 28º e 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93 e 2º, alínea j), da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

36 Aos consumidores toxicodependentes não são aplicáveis sanções pecuniárias, nos termos do n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

37 Cf., por exemplo, o estudo *Revolução Tranquila: Políticas de Descriminalização para as Drogas em Prática pelo Mundo*, da autoria de Ari Rosmanin e Niamh Eastwood, divulgado pela Fundação Open Society, de George Soros.

tendencialmente inilidível³⁸ o perigo, a partir da descrição da conduta típica. A condução sob o efeito do álcool ou sem o título de habilitação legal, por exemplo, inserem-se neste âmbito. Porém, é ainda uma ação, na sua exterioridade objetiva, a base da responsabilidade nestes casos.

O problema de uma eventual falta de base da incriminação começa a existir quando estilos de vida ou comportamentos sem apetência para lesar bens jurídicos são configurados como crimes. Tem de existir uma estrutura comportamental objetiva mínima, com alguma referência causal à lesão de bens jurídicos, para que as pessoas possam direcionar o seu comportamento no sentido de evitar essa lesão. Só assim a norma incriminadora poderá cumprir a sua função preventiva de determinação das condutas. O Direito Penal não pode intervir *in dubio contra libertatem*, convertendo em regra o que não pode passar de uma excecional antecipação da tutela, sempre justificada no plano empírico.

A seleção de novas condutas a serem incriminadas é, assim, um aspeto em que se joga um conceito material de crime, na ponderação dos limites constitucionais que condicionam a legitimidade de uma intervenção penal, em função do equilíbrio entre a segurança e a liberdade. Liberdade e segurança são, de resto, configuradas como direitos fundamentais na mesma norma da Constituição da República Portuguesa³⁹, como expressão de uma relação de interdependência funcional, que desafia o legislador a um constante balanceamento que promova a concordância prática entre os dois direitos.

No caso já referido do crime de enriquecimento ilícito, que foi considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ou ainda no caso da incriminação da aceitação de ofertas por funcionário, introduzida recentemente na lei penal

38 Hans-Heinrich Jescheck refere a possibilidade de mitigar a natureza inilidível destas presunções, através de uma “cláusula de exigência mínima”, que admitiria a prova de que numa situação concreta seria absolutamente impossível criar o perigo – cf. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 4.^a ed., 1988, p. 238.

39 Esta conjunção significa que há entre os dois direitos uma relação de interdependência – nenhum pode existir isoladamente –, embora o peso relativo de cada um dependa das necessidades de segurança e das aspirações de liberdade de cada época histórica. Note-se que já a primeira Constituição portuguesa, a Constituição liberal de 1822, estipulava, logo no artigo 1.º, que “A Constituição Política da Nação Portuguesa deve manter a liberdade, segurança e propriedade de todo o cidadão”. Logo a seguir, este tríptico liberal era densificado, esclarecendo-se, no artigo 3.º, que “A segurança consiste na proteção que o Governo deve dar a todos para poderem conservar os seus direitos pessoais”. Cf. Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 5.^a ed., 2004, Livraria Petrony. Gomes Canotilho e Vital Moreira, entendem, nesta linha, que a segurança é uma garantia do exercício dos restantes direitos – ver *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 4.^a ed., 2007, artigos 1.º a 107.º, pp. 478-9.

portuguesa⁴⁰, existe uma estrutura de ação sem direção lesiva suficientemente delineada. Por isso, podem ser facilmente integrados no âmbito desses tipos de crimes comportamentos irrelevantes e sem conexão com a efetiva violação de deveres na Administração Pública.

5 – No quadro que tracei, o Direito Penal aspira a desempenhar uma função de relevo na proteção de direitos fundamentais. Essa função não pode ser cumprida gerando, em si mesma, uma compressão drástica dos espaços de liberdade ou reduzindo desnecessariamente direitos fundamentais, como tem sustentado a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito do Conselho da Europa (a chamada “Comissão de Veneza”), em vários pareceres⁴¹. No entanto, isso não impede um alargamento da tutela penal de direitos já consagrados ou a intervenção penal relativamente a novos direitos, dignos e carentes dessa tutela.

A acentuação da proteção de vítimas indefesas no âmbito de relações familiares ou laborais e o reforço da defesa das crianças e adolescentes no desenvolvimento da sua liberdade sexual, por exemplo, justificam-se plenamente. Nessas áreas, é preciso contrariar a tradição e o conformismo, que têm conduzido a uma negação dramática da autonomia pessoal, e estender ou aprofundar a tutela penal. Nesses casos, a intervenção penal não tem um efeito meramente simbólico, assumindo uma função preventiva e promocional dos direitos.

Nos casos da violência doméstica e da pornografia infantil, por exemplo, a tutela penal assegura, para além da prevenção direta exercida sobre os potenciais agentes de crimes, uma prevenção indireta, que se traduz no alerta social gerador do reconhecimento do desvalor e da intolerância para com essas condutas. Esse efeito limita, obviamente, o espaço de decisão e atuação dos agentes.

Ao pôr termo à cumplicidade da sociedade com a violência privada no seio de espaços tradicionalmente inacessíveis, transformando, desde logo, em

40 A Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, introduziu no Código Penal o crime de recebimento indevido de vantagem por funcionário, que abrange o pedido, o recebimento, a promessa e a entrega de vantagem patrimonial ou não patrimonial a funcionário. Este novo crime distingue-se da corrupção porque não está em causa a prática de ato pelo funcionário. Apesar de o artigo 373.º, n.º 3, prescrever que se excluem as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, há o perigo de meros atos de cortesia e liberalidade virem a ser considerados criminosos.

41 Veja-se, por exemplo, o parecer sobre a (in)compatibilidade com os “standards” dos direitos humanos universais do artigo 193 – 1 do Código Penal da Bielorrússia, respeitante a associações políticas não registadas, que foi adotado pela Comissão de Veneza na sua 88ª Sessão Plenária (14-15 de Outubro de 2011) e teve por base um relatório de Herdis Thorgeirsdottir e Pieter van Dijk. Estava em causa a criminalização de protestos dos membros dessas associações, que não tinham sido registadas nos termos previstos num decreto presidencial de 1999. A Comissão de Veneza considerou a incriminação ilegítima, por entender que é uma forma de criminalizar protestos sociais.

crimes públicos factos que eram configurados como crimes semipúblicos⁴², a intervenção penal gera ainda outro efeito – intensifica o conflito moral no interior dos potenciais infratores imputáveis. Desse modo, ficam fragilizados os mecanismos, reconhecidos pela Criminologia, de neutralização da capacidade de motivação pelas normas e de legitimação individual do agente em face dos costumes sociais.

Na área da atividade política e administrativa, também se pode promover um alargamento da tutela penal para consolidar o Estado de direito democrático, repondo os níveis de confiança nas instituições públicas, na sua imparcialidade, na transparência das suas decisões e na equidade social. Mas um tal aprofundamento de direitos fundamentais não pode ser confundido com a instrumentalização ilegítima do Direito Penal para obter resultados noutras esferas, nomeadamente na esfera política. Essa perversão pode, na verdade, ser o efeito contraproducente de uma procura da legalidade e da imparcialidade na Administração Pública, levada a cabo de forma excessivamente ideológica e sem fundamentação empírica.

42 Foi a Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio, que transformou o crime de maus tratos familiares em crimes públicos, deixando de exigir queixa.