

40 ANOS DO CÓDIGO PENAL 1982 - 2022

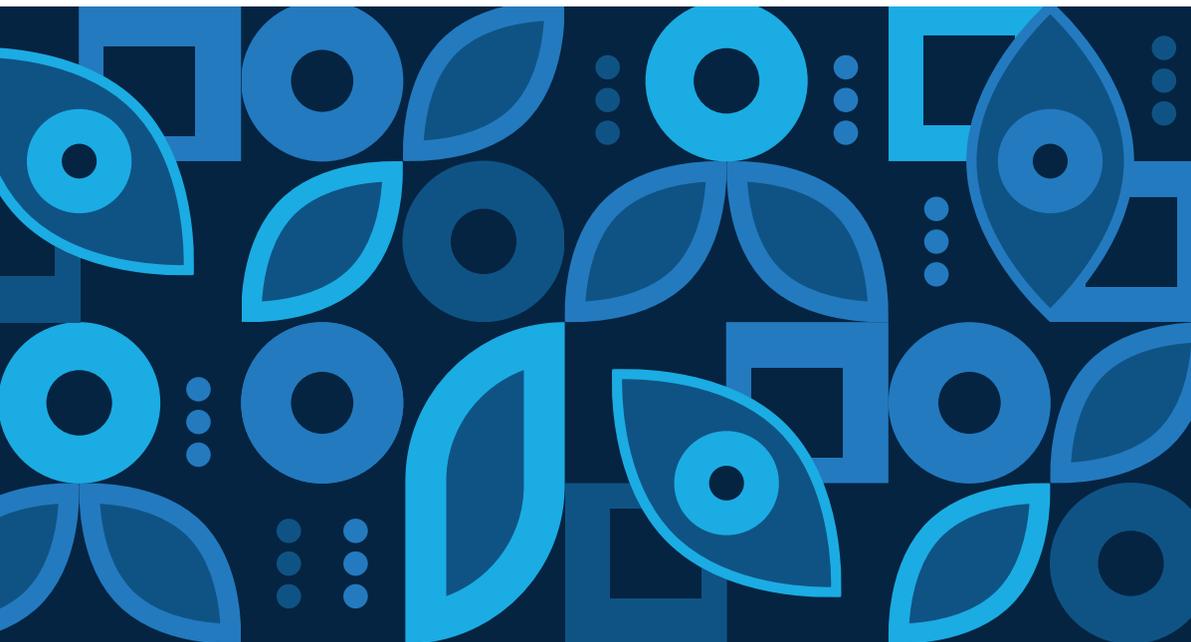
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CONGRESSO INTERNACIONAL

24 · 25 DE NOVEMBRO DE 2022

COORDENAÇÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES · SÓNIA FIDALGO · TIAGO DA COSTA ANDRADE



40 ANOS DO CÓDIGO PENAL 1982 · 2022

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CONGRESSO INTERNACIONAL

24 · 25 DE NOVEMBRO DE 2022

COORDENAÇÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES · SÓNIA FIDALGO · TIAGO DA COSTA ANDRADE

TÍTULO
40 ANOS DO CÓDIGO PENAL
1982 · 2022

COORDENAÇÃO
Anabela Miranda Rodrigues
Sónia Fidalgo
Tiago da Costa Andrade

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Ana Paula Silva

ISBN
978-972-9464-28-7 · Formtato Impresso
978-972-9464-29-4 · Fomato Eletrónico

DEPÓSITO LEGAL
xxxx

COIMBRA
FDUC
2024

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA.....	5
PROGRAMA.....	13
CONFERÊNCIA DE ABERTURA	15
Maria Lúcia Amaral · Provedora de Justiça	

PARTE I O CÓDIGO PENAL · PARTE GERAL

A TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1982 AOS OLHOS DE UM OBSERVADOR ESTRANGEIRO.....	23
Luís Greco · Humboldt-Universität zu Berlin	
A “IRREQUIETA” RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CÓDIGO PENAL: DECOMPONDO O PALIMPSESTO	53
Susana Aires de Sousa · Universidade de Coimbra	
A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA PENA – A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL.....	77
Anabela Miranda Rodrigues · Universidade de Coimbra	
APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS.....	127
Maria João Antunes · Universidade de Coimbra	
O CÓDIGO PENAL E AS PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO: O REGRESSO ÀS ORIGENS E A RENOVAÇÃO DA DISCUSSÃO EM TORNO DA NECESSIDADE DE UMA VERDADEIRA TEORIA GERAL DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO.....	139
Ana Pais · Universidade de Coimbra	

PARTE II
O CÓDIGO PENAL · PARTE ESPECIAL

LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO AFIRMATIVO EN LOS
DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA: ¿UNA REFORMA DE IDA Y VUELTA?.....163
Patricia Faraldo Cabana · Universidad de La Coruña

INTERRUPÇÃO VOLUNTARIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA
DO DIREITO PENAL DO BEM JURIDICO 199
Nuno Brandão · Universidade de Coimbra

O VELHO CRIME DE DEVASSA DA VIDA PRIVADA POSTO À
PROVA PELAS NOVAS FORMAS DE INDISCRIPÇÃO 213
Cláudia Cruz Santos · Universidade de Coimbra

O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES 243
Ana Rita Alfaiate · Universidade de Coimbra

A INCRIMINAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA: NOVA REFLEXÃO
SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE 263
Miguel João Costa · Universidade de Coimbra

O CRIME DE BURLA: ALGUNS DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA
APROVAÇÃO DO CODIGO PENAL (CRIPTOATIVOS, RELAÇÕES
ANONIMIZADAS, PESSOAS COLETIVAS E A PROTEÇÃO DOS
INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA) 291
Tiago da Costa Andrade · Universidade de Coimbra

LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALS MEDIANTE
EL DERECHO PENAL EN LA UE: LUCES Y SOMBRAS DE LA
PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE RECUPERACIÓN Y
DECOMISO DE ACTIVOS 339
Teresa Aguado-Correa · Universidad de Sevilla

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT : UN NOUVEAU
DEFI POUR LE DROIT PENAL FRANÇAIS?..... 387
Lorenza-Louise Lissa-Geay · Université Paris Nanterre

CRIMES CONTRA O AMBIENTE – EVOLUÇÃO NO
CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS 415
Sónia Fidalgo · Universidade de Coimbra

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO 433
Jorge Carlos Fonseca · Antigo Presidente da República de Cabo Verde

NOTA PRÉVIA

Em 23 de setembro de 1982 foi publicado, pelo Decreto-Lei n.º 400/82, um novo Código Penal, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1983. Deste modo, pôs-se fim à vigência do Código Penal de 1852, entretanto em grande medida alterado pela *Nova Reforma Penal de 1884*, daí resultando o Código Penal de 1886, pelo qual Portugal fundamentalmente se regeu até 1983.

A revisão operada em 1954, sendo Ministro da Justiça Cavaleiro de Ferreira, não tinha afastado a necessidade de uma nova codificação penal. Em 1961, o Ministro da Justiça ao tempo, Antunes Varela, encarregou Eduardo Correia de elaborar o respetivo projeto. Em 1963, o Professor da Universidade de Coimbra apresentou um Projeto da Parte Geral e, em 1966, um Projeto da Parte Especial. Apesar de apreciados por comissões designadas para o efeito – tendo sido mesmo o Projeto da Parte Geral convertido em Projeto Ministerial –, o regime político não acalentou os trabalhos de reforma, cuja paralisação só foi interrompida pela Câmara Corporativa que, em 1973, elaborou – sem consequências, uma vez que não se seguiu a discussão pela Assembleia Nacional – as *Bases da Reforma Penal*. Foi preciso esperar pela democratização do regime político,

em 1974, e pela Constituição da República Portuguesa, em 1976, para – exatamente nesse ano – se voltar aos trabalhos de reforma.

Desta longa gestação nasceu o Código Penal atualmente em vigor. Como se escreveu na exposição de motivos, em relação ao Projeto da Parte Geral, «pena foi que não tivesse sido mais rápida a aprovação desse projeto, pois muitas das suas disposições teriam um carácter altamente precursor – relativamente ao direito alemão e a outros projetos estrangeiros –, colocando-nos assim, como escrevia *Canat*, ‘a la pointe même du progrès’»; e, especificamente por referência à Parte Especial, assinalou-se que, «tanto pela sistematização seguida como pelo conteúdo da ilicitude concretamente tipicizada, 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 formas de vida que, relevando de particulares mundividências morais e culturais, não põem diretamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais.».

São os pilares político-criminais e dogmáticos do Código Penal que lhe permitiram permanecer no tempo. E que a revisão de que foi objeto, através do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, tivesse correspondido à necessidade de alterações com vista «a ajustá-lo melhor à realidade mutável do fenómeno criminal» e «aos seus próprios objetivos iniciais, salvaguardando-se toda a filosofia que presidiu à sua elaboração e que permite afirmá-lo como um código de raiz democrática inserido nos parâmetros de um Estado de direito». Nas palavras de Figueiredo Dias – que presidiu à Comissão Revisora do Código Penal, designada no final de 1988 pelo Ministro da Justiça –, o propósito «não era de nenhum modo o de preparar um novo Código Penal, que fosse produto de uma inflexão dos supostos dogmáticos e político-criminais fundamentais do diploma vigente».

Como *Obra* que perdura, o Código Penal de 1982 merece ser vivificado e confrontado na discussão científica.

Foi este o objetivo que assinalou o Congresso Internacional 40 Anos de Código Penal, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 24 e 25 de novembro de 2022. Reúnem-se, agora, em livro, textos que tiveram origem nas palestras então proferidas por académicos estrangeiros – Luís Greco, Patrícia Faraldo Cabana, Luigi Foffani, Teresa Aguado-Correa e Lorenza Lissa-Geay – e por todo¹ o grupo de docentes que, ao tempo, constituíam a Secção de Ciências Jurídico-Criminais – Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Pedro Caeiro, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, Miguel João Costa, Ana Rita Alfaiate, Ana Pais e Tiago da Costa Andrade.

A discussão dos temas da Parte Geral do Código foi iniciada com uma reflexão do Professor da *Humboldt-Universität zu Berlin*, Luís Greco, sobre a teoria do crime, com um artigo que intitulou «A teoria do delito no Código Penal Português de 1982 aos olhos de um observador estrangeiro». O texto do autor consubstancia uma reflexão sobre a teoria da infração penal subjacente ao Código, referindo-se especialmente às disposições contidas nos artigos 10.º a 39.º. Numa perspetiva dialética, analisa a Parte Geral do Código Penal, por vezes, elogiando as suas disposições e, noutras vezes, submetendo-as a oportunas e relevantes críticas dogmáticas. Da leitura do texto de Luís Greco resulta que o Código Penal Português é uma obra merecedora da mais elevada admiração e um motivo de orgulho para os cidadãos e juristas portugueses.

Tomando por referência o tema da responsabilidade criminal dos entes coletivos, Susana Aires de Sousa refaz o caminho das sucessivas alterações que o disposto no artigo 11.º do Código Penal sofreu, à luz dos vários regimes especiais contidos em legislação avulsa. Destacam-se, a respeito daquele dispositivo, as sucessivas

¹ Não pode estar presente, por motivos de força maior, Cristina Líbano Monteiro.

modificações atinentes ao conceito de agente coletivo para efeitos de responsabilidade criminal, ao catálogo de crimes, ao modelo de imputação do facto e às penas aplicáveis. Colocam-se em evidência as dificuldades em compatibilizar o regime geral, previsto no Código Penal, e os regimes específicos, relativos à responsabilidade por crimes tributários e por crimes económicos. Entre as justificações possíveis para a existência de diversos regimes legais de responsabilização do ente coletivo, Susana Aires de Sousa sugere o défice dogmático e político-criminal na fundamentação e compreensão do facto coletivo e das respetivas penas aplicáveis.

São três os textos relativos à matéria das consequências jurídicas do crime, Anabela Miranda Rodrigues trata o tema da determinação da medida concreta da pena, abordando a discricionariedade e a racionalidade do procedimento de decisão judicial nesta fase e considerando o difícil equilíbrio entre ambas. Como preocupação comum aos sistemas de *civil e common law*, os primeiros, respondem-lhe com a lei e a indicação de fatores de medida da pena, e os segundos, através de *Guidelines*, mais prescritivas ou mais flexíveis. Neste estudo, defende-se que é necessário o legislador ir além do disposto atualmente no Código Penal Português, mediante a consagração de um *tipo* ou de *tipos de medida da pena*, que confira(m) mais determinabilidade à decisão judicial. Preconiza-se que este é o melhor caminho para se prevenir uma racionalidade *outra*, algorítmica, obtida com recurso a instrumentos de Inteligência Artificial, cuja entrada no sistema de administração da justiça português é inevitável.

Maria João Antunes, por seu turno, no artigo relativo à questão da «aplicação a título principal das penas acessórias», explicita a insegurança e a confusão em matéria de penas acessórias, por contraposição ao que é seguro e claro. Propõe que estas penas possam ser aplicadas a título principal, por a opção ser vantajosa do ponto de vista preventivo-especial em relação a certo tipo de crimes, quando praticados por determinados agentes. A proposta considera a necessidade de defesa da ordem jurídica e da paz social e aponta a via de satisfazer o conteúdo mínimo da finalidade de prevenção geral positiva.

Finalmente, Ana Pais salienta o papel das penas de substituição na concretização da opção político-criminal que confere à privação de liberdade a natureza de *ultima ratio* e retoma a discussão em torno de uma teoria geral das penas de substituição. Define as premissas desta teorização e analisa três proposições fundamentais relativas ao regime jurídico destas penas, a saber, relativamente à determinação autónoma da sua medida concreta, ao desconto dos dias de privação de liberdade na medida das penas de substituição e às consequências do incumprimento destas penas.

O tratamento dos crimes em especial inicia-se com a abordagem de questões que, no âmbito dos crimes contra as pessoas, suscitam reflexão particularmente atenta e rigorosa no tempo atual, a interrogar as soluções do Código.

Neste contexto, o artigo da Catedrática da Universidade da Coruña, Patrícia Faraldo Cabana, é extremamente pertinente, ao analisar a reforma dos crimes sexuais ocorrida em Espanha em 2022, bem como a «contra-reforma» verificada em 2023, apenas seis meses após a entrada em vigor da lei anterior. Enquadrando este movimento de reforma e contra-reforma no debate político e social sobre a matéria, a professora espanhola valora negativamente as repercussões da «contra-reforma» no modelo do consentimento positivo («apenas sim é sim»), adotado pelo legislador em 2022.

O atual clima político-criminal justifica plenamente os três temas que se seguem.

Desde logo, o da interrupção voluntária da gravidez, tratado por Nuno Brandão, que traça, em linhas gerais, a evolução da intervenção penal nesta matéria, fazendo o percurso desde a fase em que a interrupção voluntária da gravidez não beneficiava de qualquer específica causa de justificação até ao momento atual, em que a ilicitude poderá ser excluída com fundamento em indicações de diversa ordem ou por opção da mulher. Nesta abordagem, ressalta como o autor cruza a sua análise com uma compreensão do direito penal à luz do paradigma do bem jurídico.

Depois, Cláudia Cruz Santos enfrenta «o velho crime de devassa da vida privada, posto à prova pelas novas formas de indiscrição»

e salienta que a divulgação não consentida de vídeos e fotografias contendo nudez ou atos sexuais, embora não constitua um problema novo, passou a causar danos particularmente graves às vítimas, maioritariamente mulheres, sobretudo quando praticada através da *internet*. Segundo a autora, esta realidade impõe a adoção de medidas preventivas e repressivas, estando na base das alterações às normas relativas aos crimes de devassa da vida privada previstas, em 2023, no Código Penal Português.

Por fim, Ana Rita Alfaiate debruça-se sobre o crime de violência doméstica. Segundo a autora, este exige, para efeitos de qualificação material, a violação de um dever de respeito entre quem vive uma relação especial de proximidade existencial, o que o torna um crime específico. Para Ana Rita Alfaiate, é isso que permite punir condutas que, por si só, não podem ser consideradas abrangidas pelos tipos legais tradicionais, mas que, pela relação de proximidade entre o agente e a vítima, comprometem a vida comum. Segundo a autora, a proximidade existencial exigida pelo tipo torna difícil compreender por que não se considera que integram «violência doméstica» agressões praticadas sobre crianças a cargo do agente que não são suas descendentes, nem com ele coabitam, ou agressões cometidas sobre adultos vulneráveis pelos seus familiares cuidadores, mas com quem não coabitam.

No âmbito dos crimes contra o Estado, a reflexão crítica empreendida por Miguel João Costa sobre o tipo legal de crime de desobediência integra-se no âmbito da utilização que se fez desta incriminação durante o estado de calamidade experienciado no passado recente. Depois de atentar na sua evolução desde o Código Penal de 1852, analisa o bem jurídico que ele visa proteger e trata da sua factualidade típica à luz dessa reflexão, concluindo existir uma assimetria – que analisa dogmaticamente – na interpretação das alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 348.º do Código Penal e do próprio prómio deste n.º 1. Miguel João Costa aprecia, em seguida, o respaldo constitucional desta incriminação, concluindo pela grande fragilidade da desobediência cominada por funcionário.

Já Tiago da Costa Andrade, no domínio dos crimes contra o património, elegeu o crime de burla como objeto de reflexão, avançando linhas de solução relativamente a desafios que são suscetíveis de se colocar à sua interpretação e aplicação. Desde logo, a emergência dos criptoativos, alvos de ataque à esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos. Depois, a crescente anonimização ou despessoalização no tráfico jurídico e nas relações interpessoais. De seguida, o ambiente e o contexto da prática de crimes de burla constituído pelas pessoas coletivas. Por fim, o quadro da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia, que põe em causa a prestabilidade do crime de burla, nomeadamente para efeitos de determinação da competência da Procuradoria Europeia.

No âmbito da atual política criminal da União Europeia de luta contra o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e a criminalidade organizada, Teresa Aguado-Correa parte da consideração de que a recuperação de ativos é uma ferramenta essencial. Nesta linha, a Professora de Sevilla oferece um estudo sobre a proposta de Diretiva relativa à recuperação e perda de ativos, aprovada pela Comissão Europeia em 25 de março de 2022. Depois de avaliar as razões por detrás do fracasso da atual política europeia de recuperação de ativos, a autora analisa várias disposições da proposta de Diretiva, desde as suas disposições gerais até à regulação do arresto e das modalidades de perda, destacando as novidades trazidas em face da Diretiva 2014/42/UE em vigor. Na conclusão, Teresa Aguado-Correa é especialmente crítica da posição adotada pela Comissão, que considera que vai demasiado longe na sua política de «tolerância zero em relação ao dinheiro ilícito» em detrimento da salvaguarda das garantias e direitos fundamentais das pessoas.

Os crimes ambientais contam-se entre aqueles que atualmente despertam particular preocupação no espectro dos crimes contra a vida em sociedade.

Neste contexto, avulta a importância da análise da recente *Loi Climat et résilience* – Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant

lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets – levada a efeito pela Professora da Universidade de Paris-Nanterre Lorenza-Louise Lissa-Geay, que salienta a complexidade que a caracteriza, relacionando as dificuldades na sua aplicação com o que considera ser o desenvolvimento insuficiente da teoria da infração penal em França. Apesar de, antes da aprovação da Lei, a doutrina ter destacado diversas insuficiências no direito penal francês do ambiente, uma leitura atenta do novo diploma revelará um resultado modesto quanto a melhoramentos que o legislador lhe introduziu.

Sónia Fidalgo, por seu turno, refaz o percurso dos crimes ambientais previstos no Código Penal Português, centrando as suas reflexões, fundamentalmente, no tipo legal de crime de poluição, previsto no artigo 279º. Fazendo uma análise da versão originária da norma, percorre depois as principais alterações resultantes das revisões do Código Penal em 2007, 2011 e 2015, não deixando de contextualizar a temática no âmbito europeu, por referência à Proposta de Diretiva relativa à proteção do ambiente através do direito penal que visa substituir a Diretiva 2008/99/CE.

Celebraram-se, em tempo, os 40 anos de vigência do Código Penal Português. Com a presente publicação, não se trata, apenas, de um exercício de memória. Trata-se de pretender acrescentar mais caminho ao caminho já feito de considerações político-criminais e abordagens dogmático-materiais e esperar que encontrem auditório.

Anabela Miranda Rodrigues

Sónia Fidalgo

Tiago da Costa Andrade

PROGRAMA



CONGRESSO INTERNACIONAL

24 . 25 novembro 2022

24 NOVEMBRO

14H00 - SESSÃO DE ABERTURA

Amílcar Falcão
Reitor da Universidade de Coimbra

Jónatas Machado
Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONFÉRENCIA DE ABERTURA
Marta Lúcia Amarel
Provedora de Justiça

O CÓDIGO PENAL - PARTE GERAL

15H00-16H00 - MESA 1

Moderador: Jorge de Figueiredo Dias

ASPECTOS NOTÁVEIS DA TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Luis Greco
Humboldt-Universität zu Berlin

A "IRREQUIETA" RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CÓDIGO PENAL: DECOMPODO O PALIMPSESTO

Susana Aires de Sousa
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CÓDIGO PENAL DE 1982 E O CONCURSO IDEAL

Cristina Libano Monteiro
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

16H00-16h30 - DEBATE

16h30-17h00 - PAUSA

17H00-18h00 - MESA 2

Moderador: José Narciso da Cunha Rodrigues

DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA:

A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL

Anabela Miranda Rodrigues
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS

Maria João Antunes
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Ana Pais
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

18h00-18h30 - DEBATE

ACESSO LIVRE
com inscrições em
www.fd.uc.pt/100e
Certificado: 10€

25 NOVEMBRO

O CÓDIGO PENAL - PARTE ESPECIAL

9H00-10H00 - MESA 3

Moderador: Manuel da Costa Andrade

LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA
Patricia Faraldo Cabana
Universidade da Coruña

A PROTEÇÃO DA LIBERDADE NOS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS: UMA VIDA BREVE
Pedro Caeiro
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO
Nuno Brandão
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

10H00-10H30 - DEBATE

10H30-11H00 - PAUSA

11H00-11H40 - MESA 4

Moderador: António Henriques Gaspar

O VELHO CRIME DE DEVASSA DA VIDA PRIVADA POSTO À PROVA PELAS NOVAS FORMAS DE INDISCRICÃO
Cláudia Cruz Santos
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO TIPO DE CRIME DE VIOLENCIA DOMÉSTICA
Ana Rita Alfaiaite
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

11h40-12h10 - DEBATE

ALMOÇO

14h30-15h50 - MESA 5

Moderador: José de Faria Costa

CRIMES DE CORRUPÇÃO

Luigi Foffani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - EM TEMPOS DE NORMALIDADE E EM TEMPOS DE CALAMIDADE
Miguel João Costa
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CRIME DE BURLA: ALGUNS DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA APROVAÇÃO DO CÓDIGO PENAL
Tiago da Costa Andrade
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES MEDIANTE EL DERECHO PENAL: LUCES Y SOMBRAS
Teresa Aguado-Correa
Universidad de Sevilla

15h50-16h20 - DEBATE

16h20-17h00 - PAUSA

17h00-17h40 - MESA 6

Moderador: Joaquim Sousa Ribeiro

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT: UN NOUVEAU DÉFI POUR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS?
Lorenza Lissa-Cesay
Université Paris Nanterre

CRIMES CONTRA O AMBIENTE - EVOLUÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS
Sónia Fidalgo
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

17h40-18h10 - DEBATE

18h30 SESSÃO DE ENCERRAMENTO

CONFÉRENCIA DE ENCERRAMENTO
Jorge Carlos Fonseca
Antigo Presidente da República de Cabo Verde

João Nuno Calvão da Silva
Vice-Reitor Relações Externas e Alumni

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

MARIA LÚCIA AMARAL (*)

Provedora de Justiça

Senhores Professores,
Senhores Estudantes,
Minhas Senhoras e Meus Senhores,

1. É com um genuíno sentimento de honra, mas também de responsabilidade, que me apresento hoje perante vós, neste início de congresso destinado a assinalar, em comemoração, os 40 anos do Código Penal.

Venho de fora. Venho de fora da dogmática jurídico-penal, que, como jurista dedicada sobretudo às matérias do direito público, aprendi a conhecer, mas face à qual sempre me sinto, creio que

* Por opção da autora, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

muito conscientemente, leiga. E venho também, pela minha condição presente, de fora da Universidade. Mas sei, como muitos dos nossos concidadãos sabem, que foi ao pensamento e ao labor da vossa Universidade, e em especial ao pensamento e ao labor da dogmática jurídico-penal que a vossa escola, a escola de Coimbra, desenvolveu, que se deve a obra cujos quarenta anos de vida agora comemoramos. Sem ela não teríamos assegurado, em setembro de 1982, a conclusão da tarefa que, nestes mesmos muros universitários, já se tinha iniciado quase duas décadas antes: a de garantir a continuidade do progresso do moderno direito penal português, substituindo o Código de 1886 por um outro, adaptado às exigências do Portugal do século XX. O meu sentimento de honra e de responsabilidade decorre pois, logo deste facto: encontro-me perante aqueles que representam, no fio de ligação entre diferentes gerações, o saber especializado que tornou possível a função que em 1982 se cumpriu.

Nada de estranhar neste facto: no facto de a qualidade e o êxito das obras legislativas só poder ser assegurado quando para a sua elaboração se conta com o saber de quem ao longo de anos – de muitos anos – especialmente se dedicou ao estudo e à reflexão aprofundada das coisas, longe do tumulto dos dias, das opiniões de momento e das impressões de superfície. Se assim é em relação a qualquer obra legislativa, por maioria de razão assim será em relação àquelas obras que, por serem atinentes à matéria penal, têm incidência directa e imediata na conformação de valores que tomamos por fundamentais.

Resta saber se hoje, na terceira década do século XXI, podemos continuar a confiar, em todas as matérias, mas sobretudo e muito particularmente nas matérias jurídico-penais, na persistência desta colaboração natural entre o saber e o poder, entre o impulso para a legislação e a reflexão de longo tempo que a pode sustentar. A pergunta, parece-me, não é ociosa. Formulo-a assim porque creio – espero que sem pretensão – que por detrás dela se encontram algumas das grandes inquietações do nosso tempo.

2. Neste ano de 2022 não celebramos apenas os quarenta anos do Código Penal. No passado dia 23 de setembro celebrámos também a aprovação da Constituição de 1822, a primeira do Portugal moderno. Suponho que vale a pena associar as duas efemérides por uma razão simples. O Direito Penal e o Direito Constitucional são irmãos gémeos descendentes da mesma matriz. É certo que apresentam rostos muito dissemelhantes. O Direito Constitucional é um sistema de normas maximamente abertas e o Penal, pela sua própria condição, um sistema de normas maximamente fechadas; mas ambos decorrem, como disse, da mesma matriz, e essa foi a enunciada nas declarações de direitos que resultaram das revoluções iluministas de finais do século XVIII. Entre nós, nas bases da Constituição de 1822, que dizia, no seu artigo 12.º, que “nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda a pena deve ser proporcional ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delincente. A confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barço e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura e todas as demais penas cruéis e infamantes ficam em consequência abolidas».

3. Não foi fácil, e sobretudo não foi fácil na turbulência do Portugal de oitocentos, garantir a sobrevivência deste modo de pensar e deste modo de prescrever. Mas a verdade é que é nele que encontramos, dois séculos depois, a ponta inicial dessa espécie de *fil rouge* que ainda hoje nos guia, e que nos conduz ao núcleo de valores fundamentais do qual descendem, em linha directa e em estreita ligação, tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Penal. Simplificando muito, poderemos dizer que esses valores são sobretudo dois. Um, atinente ao princípio de legitimidade do exercício de todo e qualquer poder. Em 1822 esse princípio enunciava-se assim: *a soberania reside essencialmente em a Nação e não pode ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos*. Não vos vou maçar com o que lhe poderá corresponder em formulação contemporânea. Proponho-vos apenas, e sempre continuando a simplificar, que assentemos nisto: o mundo moderno, que fez nascer

tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Penal, fundou-se no princípio segundo o qual legítimo é o poder – e só ele – que for sufragado por essa entidade abstracta à qual poderemos dar o nome grego de *demos*. E este é o primeiro dos dois grandes valores que nos orientam.

O segundo, no entanto, e para continuar com designações gregas, é o do *logos*. Significa isto o seguinte: por mais legítimo que seja o poder democraticamente instituído, ou por mais ampla que seja a maioria que o sufraga, há sempre limites que se impõem ao seu exercício e que decorrem do Direito. No núcleo central destes limites encontram-se os valores que orientam a (impropriamente chamada) *Constituição Penal*. Os limites constitucionais do direito penal são limites de proporção, de razão, de moderação, de equilíbrio, de reflexão e de argumentação. Chamemos-lhe por isso *logos*, a outra face do *demos*, e partamos da ideia segundo a qual é na combinação destas duas faces que reside o essencial do que ainda hoje nos identifica como comunidade política.

4. O problema, porém, é que o termo *logos* não significa só razão, saber, equilíbrio, moderação, argumentação. Também significa discurso, palavra, ou como diríamos hoje, *comunicação*.

Vivemos agora uma transformação profunda do espaço público que decorre precisamente de emergência de veículos novos de comunicação que, permitindo a instantaneidade da recepção do que se disse, dispensam ou tornam bem mais difícil o escrutínio do que é dito. A verificação da razoabilidade dos dizeres; o confronto entre eles e os argumentos que se lhe podem opor; a consciência da não equivalência entre todas as opiniões – entre a opinião de quem estudou e sabe a opinião de quem não sabe porque não estudou – tudo isto estremece ou é praticamente inviabilizado perante a explosão da comunicação instantânea. Chegaremos, estou convicta, a um ponto de reequilíbrio, quando toda a poeira provocada pela

revolução tecnológica assentar. Mas até lá não nos iludamos. Num universo assim, o poder político é quotidianamente pressionado para dar resposta rápida às pretensões que por estes novos veículos lhe chegam. Num universo assim, o equilíbrio, a moderação, a reflexão, o contributo de quem sabe e estudou, são relegados para segundo plano. Sempre que tal acontece no domínio do Direito, particularmente no domínio das matérias jurídico-penais, é o nosso compromisso com os valores fundamentais que nos guiam que é posto em causa. Quarenta anos depois da publicação do Código Penal, é esta, segundo creio, a preocupação primeira que não pode deixar de nos inquietar.

Muito obrigada.

PARTE I

O CÓDIGO PENAL – PARTE GERAL

A TEORIA DO DELITO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1982 AOS OLHOS DE UM OBSERVADOR ESTRANGEIRO

LUÍS GRECO

Professor Catedrático
na Faculdade de Direito da Universidade Humboldt · Berlim

Sumário: I. Introdução. II. Tipicidade. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. III. Antijuridicidade. 1. Legítima defesa. 2. Direito de necessidade. 3. Conflito de deveres. 4. Consentimento. 5. Consentimento presumido. IV. Culpa. 1. Capacidade de culpa. 2. Estado de necessidade desculpante. 3. Excesso de legítima defesa. 4. Erro sobre a ilicitude. V. Tentativa e Desistência. 1. Tentativa. 2. Desistência. VI. Autoria e Participação. 1. Autoria e participação. 2. Elementos pessoais. VII. Concurso de Delitos. VIII. Conclusão.

Summary: I. Introduction. II. Legality. 1. Objective imputation. 2. Subjective imputation. III. Unlawfulness. 1. Self-defence. 2. Necessity as justification. 3. Conflict of duties. 4.

Consent. 5. Presumed Consent. IV. Guilt. 1. Capability to be guilty. 2. Excusing emergency action. 3. Excessive self-defence. 4. Mistake of law. V. Attempt and Abandonment. 1. Attempt. 2. Abandonment. VI. Commission of Offence, Aiding and Abetting. 1. Commission of Offence, Aiding and Abetting. 2. Special personal characteristics. VII. Joinder of Offences. VIII. Conclusion.

Resumo: O presente artigo oferece um panorama crítico de traços notáveis do Código Penal Português. Leva-se a efeito uma reflexão sobre a teoria da infração penal subjacente ao Código por referência, em especial, às disposições contidas nos artigos 10º a 39º.

Abstract: This article provides a critical overview of the significant features of the Portuguese Penal Code. It discusses the theory of criminal offences that underlie the Code, with specific reference to the provisions contained in Articles 10 to 39.

Palavras-Chave: teoria do delito; Código Penal; tipicidade; anti-juridicidade; culpa.

Keywords: theory of crime; Criminal Code; legality; unlawfulness; guilt.

I. INTRODUÇÃO

Ter sido selecionado, como um dentre poucos estrangeiros, para participar do “Congresso Internacional 40 anos do Código Penal”, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2022, já foi uma distinção que muito me alegrou. Mas falar, diante e na Casa do Professor Jorge de Figueiredo Dias e de seus tantos alunos (entre os quais se encontram, notavelmente, também alunas), na Casa em que a teoria do delito subjacente ao Código de 1982 nasceu e cresceu, foi – e quem assistiu à minha exposição oral sabe que não exagero – nada menos do que emocionante. Enquanto eu me esforçava para dar início à minha fala, retornavam-me à cabeça imagens de minha infância científica, quando, ainda estudante de direito no Brasil, lia as “Questões fundamentais do direito

penal revisitadas”, uma coletânea de artigos de Figueiredo Dias que acabava de ser publicada no Brasil, justamente em 1999, e que eu me recordo até de haver comprado na livraria da própria Editora Revista dos Tribunais, na Rua da Assembleia, no Rio de Janeiro; ou imagens de minha leitura de “Liberdade - culpa - direito penal”, ou também de “O problema da consciência da ilicitude em direito penal”, que obtive já não sei mais bem como, mas que também li em torno da mesma época. Agora em Coimbra, cerca de vinte e cinco anos depois, eu não conseguia crer no que vivia; a meu lado, em carne e osso, estava sentado um de meus ídolos, que estava prestes a escutar-me. A única reação possível para alguém que, apesar de tanto tempo de Alemanha, já entendeu que jamais perderá o coração brasileiro, foi a emoção. Aproveitei o momento em que escrevo o presente artigo, quase um ano após a minha fala, para agradecer à minha querida amiga, Anabela Miranda Rodrigues, por ter-me dado a oportunidade de vivenciar essa experiência única – e por ter insistido, prorrogando pacientemente meus prazos, em que eu pudesse documentar a minha fala, participando da coletânea que o leitor agora tem em mãos.

Meu objetivo, nas poucas páginas que seguem, é refletir sobre a teoria do delito subjacente ao Código Penal Português. Cuidarei, assim, exclusivamente dos dispositivos constantes no Título II, Capítulo I do Livro I: Parte Geral do Código Penal Português, isto é, dos arts. 10º-39º do CP. Não tratarei de todos os dispositivos, mas procederei a uma seleção que terá também um quê de arbítrio. Seguirei não a ordem dos dispositivos do Código, e sim a da teoria do delito, tal qual ela se conhece e ensina tanto na Alemanha ou no Brasil, quanto, principalmente, em Portugal. Passarei em revista esses dispositivos, não para explicá-los, o que seria desnecessário, tampouco para criticá-los ou elogiá-los, o que seria prepotente, mas com a finalidade primária de dialogar com eles, de compartilhar com o público português aquilo que cada um deles evoca em um estudioso brasileiro-alemão (ou alemão-brasileiro?) que deles toma conhecimento. É claro que esse diálogo passará também por críticas e elogios; estou

seguro de que, contudo, esses não serão entendidos como expressão de prepotência, e sim de sinceros sentimentos de admiração pela e amizade com a ciência do direito penal portuguesa. Porque o CP de 1982 é o Código da ciência do direito penal portuguesa.

Assumirei uma *perspectiva declaradamente não-portuguesa*, e isso não apenas por razões atinentes à minha biografia e meu perfil científico, mas também porque, quero supor, é essa diferença de perspectiva o que eventualmente poderá tornar minhas reflexões de algum modo interessantes. Essa perspectiva, biografia ou perfil, também é a conveniente, se não justificção, pelo menos desculpa pelo já de antemão confessado desconhecimento tanto da história de cada dispositivo sobre o qual irei manifestar-me, quanto da rica e profunda literatura que se produziu a esse respeito. Como estrangeiro, gozo de um certo direito à superficialidade, que terei, fatalmente, de exercer, mesmo ou exatamente quando o ignore estar fazendo.

Por fim, algumas palavras sobre o *estilo* do presente trabalho. Esforçar-me-ei por escrever, ainda que no único português que domino, que é o brasileiro, seguindo a terminologia portuguesa.

II. TIPICIDADE

1. Tipo objetivo

Dou início às minhas considerações no plano do tipo objetivo. O art. 10.º, intitulado “comissão por ação e por omissão”, determina em seu número 1: “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.”

Observo, primeiramente, a expressa menção ao critério da *causalidade adequada*, o que já deixa claro que a tipicidade não se esgota

numa verificação denexo causal nos termos da teoria da equivalência, sem impedir que se enriqueça o tipo penal com considerações relativas a teorias que incorporaram a ideia de adequação e foram além dela, como principalmente a teoria da imputação objetiva.¹

O número também resolve, de forma elegante, a antiga discussão sobre a *tipicidade da omissão*,² esclarecendo que os tipos também compreendem “a omissão da ação”. É no número 2, contudo, que a punibilidade da omissão é determinada: “A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado”; prevê-se possibilidade de atenuação de pena (número 3). Destaco, aqui, a precisão de que o dever de evitar o resultado tem de ser *jurídico*, vale dizer, não meramente moral, e que ele tem por conteúdo uma evitação *pessoal*.³

Talvez esse último requisito, a verdadeira novidade portuguesa na matéria, soe óbvio, porque toda responsabilidade penal é pessoal. Parece-me, contudo, que se cuida de uma útil precisão, que recorda o aplicador do direito da necessidade de perguntar-se não apenas pela inatividade, como também pela medida em que a não-prática de uma determinada ação por aquela pessoa determinada teria o condão de contribuir para a evitação do resultado. O direito penal português impõe um salutar freio à naturalidade com que,

¹ Assim também a interpretação de DIAS, Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 12º cap. § 12: o CP teria adotado, “ao menos como critério básico da imputação objetiva, a teoria da adequação”; seguindo-o, NUNES, Duarte Rodrigues, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Gestlegal, 2021, p. 265; próximo ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, art. 10.º nm. 26.

² Cf., em detalhe, SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 46 s.

³ Sobre esses dois elementos, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 38º cap. § 16.

em determinados países – penso, por óbvio, no Brasil⁴ –, se afirma uma responsabilidade omissiva, só porque alguém “nada fez”, sem grande preocupação em identificar se o dever tinha por objeto uma ação do próprio omitente que teria alguma eficácia no sentido de evitar o resultado.⁵

De outro lado, creio salutar que o legislador português tenha se contentado com uma *fórmula genérica*, renunciado ao, como o revela o direito comparado, malfadado esforço de tipificar as fontes dos deveres de agir.⁶

2. Tipo subjetivo

É no plano do dolo, mais concretamente, da regulação do erro – porque da *definição de dolo* (art. 14.º), que reproduz, em princípio, a doutrina dominante (ainda que não necessariamente preferível⁷), não quero aqui cuidar –, que o CP português oferece uma

⁴ Faço referência apenas à ação penal movida pelo Ministério Público de Minas Gerais, datada de 21 de janeiro de 2020, contra boa parte dos altos funcionários da empresa Vale do Rio Doce S/A após o desastre de que resultou a destruição da cidade de Brumadinho, facilmente encontrável pelos mecanismos de busca na internet (acessei-a em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/D8D56A-32F76E0F_denunciavaletuvsud.pdf).

⁵ Ficando, por agora, em aberto o que significa essa eficácia; a respeito apenas GRECO, Luís, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁶ No sentido da compatibilidade daquela técnica legislativa com o imperativo constitucional de determinação dos tipos penais ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 5ª Ed., Munique: C. H. Beck, 2020, § 5 nm. 77b; assem também DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 37º cap. § 29; diversamente, criticando ao CP um “défice sério de legalidade”, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, art. 10.º nm. 45, com ulteriores referências, monograficamente, LEITE, André Lamas, *As “posições de garantia” na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 309 s., 434 s.

⁷ Cf. apenas GRECO, Luís, “Dolo sem vontade”, Augusto Silva Dias *et al.* (org), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 s.

das suas mais características inovações. Em seu art. 16.º, que regula o “erro sobre as circunstâncias do facto”, dispõe-se, no número 1, que “o erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo”. É notável observar que o legislador, já ao determinar que o *erro sobre “elementos ... de direito de um tipo de crime”* exclui o dolo, abandonou definitivamente qualquer recordação da antiga distinção entre *error facti* e *error juris*. Esse esclarecimento não me parece obsoleto, e sim bem-vindo, porque em Portugal já se tornam de antemão inadmissíveis posições como as que recentemente vem crescendo na Alemanha, no sentido de que todo erro de direito seria irrelevante para o dolo.⁸ Ainda assim, é na continuação desse número, na menção de que o mesmo efeito derivará também do erro “*sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto*”, que o legislador português foi mais audacioso. Não é preciso ser um grande conhecedor do penalismo português para identificar aqui o pensamento de Figueiredo Dias.⁹ O presente artigo não é a ocasião mais apropriada para discutir em profundidade esse pensamento; relevo apenas que ele é, em boa parte, coincidente com algumas tendências modernas no sentido de uma suavização da chamada teoria da culpabilidade, que extirpou do dolo a consciência da ilicitude, o que, especialmente em contextos em que o carácter ilícito do fato não é manifesto, pode conduzir a soluções bastante duras. É no sentido dessa suavização que também eu me ma-

⁸ Referências e crítica em ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 12 nm. 121j.

⁹ DIAS, Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 392 s., 400, que, em seu prefácio, observa com satisfação que “as teses aqui defendidas ... só encontraram consagração plena e expressa na lei penal portuguesa”.

nifestei mais recentemente, recepcionando manifestações de Roxin.¹⁰

O número 2 do mesmo artigo contém duas regras: ele dispõe que o dolo será excluído também em hipótese de “erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente”. O fato de o StGB não conter um dispositivo regulando o *erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação*, o chamado erro de tipo permissivo, deu origem a um talvez fascinante mas, ao mesmo tempo, exaustivo debate,¹¹ ali onde, a rigor, não deveria haver espaço para dúvida. Isso que fica especialmente claro nos erros que tenham por objeto o consentimento: o regime do erro, isto é, a afirmação ou não do dolo nos casos em que o agente, erroneamente, crê que a vítima está de acordo com a sua atuação, não pode ficar a depender da disputada classificação do consentimento como excludente de tipicidade ou antijuridicidade.

Já a segunda regra contida no mesmo dispositivo, a respeito do *erro sobre os elementos subjetivos de uma causa de desculpa*, causa-me, confesso, certa estranheza. Sei que ela também se fundamenta no pensamento de Figueiredo Dias.¹² Eu perguntaria se essa regra faz sentido também em um modelo independente das premissas mais criticadas desse pensamento,¹³ e nutro, quanto a isso, sérias dúvidas, uma vez que esse erro não tem por objeto uma situação em

¹⁰ ROXIN, Claus, “Über Tatbestands- und Verbotsirrtum”, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 375 s. (388 s.); ROXIN, Claus, “Immer wieder: Tatbestands- und Verbotsirrtum”, Frank Saliger et al. (Hrsg.) *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2017, p. 1023 s.; ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 12 nm. 104 s.

¹¹ Em detalhe ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 14 nm. 52 s.

¹² DIAS, Figueiredo, *O problema*, p. 457 s., 461 s.

¹³ Especialmente em um modelo que parte das premissas delineadas por LEITE, Alaor, *Notstand und Strafe. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 183 s.

que, se verdadeira fosse, o agente teria atuado em conformidade com o direito, e sim uma situação em que ele sabe que seu comportamento é antijurídico e, portanto, viola um direito da vítima (se vítima houver).

II. ANTIJURIDICIDADE

1. Legítima defesa

O dispositivo sobre a legítima defesa (“Art. 32.º - Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.”) prima, na breveza e elegância de sua formulação, por não oferecer qualquer espaço para tendências, não apenas tradicionalistas, como recentes no sentido de relativizar esse direito recorrendo principalmente a considerações de proporcionalidade.¹⁴ O CP, segundo vejo, afastou-se aqui mesmo da tradição portuguesa, que conhecia um requisito da “necessidade racional do meio empregado”,¹⁵ de forma que se tornam compreensíveis os

¹⁴ Sobre a controvérsia doutrinária protagonizada por Taipa de Carvalho e Fernanda Palma, com referências, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 15º cap., § 3; para as manifestações mais recentes dos dois autores no sentido de uma exigência de certa proporcionalidade, a cujas importantes monografias não tive acesso enquanto finalizava o presente estudo, cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral, Volume II – Teoria Geral do Crime*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, § 698, 700 e s. (com base no disposto no DL n.º 457/99); PALMA, Maria Fernanda, *Direito penal: parte geral: teoria da infração como teoria da decisão penal*, 4ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2019, p. 291 s. Cf. minha discussão do tema em GRECO, Luís, “Notwehr und Proportionalität”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 165, Nº. 12, 2018, p. 665 s.; mais sucintamente ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 15 nm. 47 s.

¹⁵ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume II, Coimbra: Almedina, 1971, p. 50, 58 s.

esforços encetados por parte da doutrina portuguesa no sentido de recuperar esse requisito ou alguma proporcionalidade. Pergunto-me, mesmo, se há real espaço no CP português para recepcionar as chamadas restrições ético-sociais à legítima defesa.¹⁶

2. Direito de necessidade

A regulação do estado de necessidade justificante impressiona já pela denominação de que se vale. Ela é decididamente dualista:¹⁷ conhece um “direito de necessidade”, no art. 34.º, e um “estado de necessidade desculpante”, no art. 35.º. No presente apartado, interessa-me apenas o primeiro, e limitar-me-ei a destacar alguns pontos que a, meu sentir, sobressaem. No *caput* do artigo, em que se descreve a situação de necessidade, fala-se de um “perigo atual que ameace *interesses* juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”, o que gera em mim a dúvida se o CP português admite um estado de necessidade em favor de bens coletivos. Parece-me que ele tem, sim, de ser admitido;¹⁸ é pouco natural, contudo, entender a sociedade, a coletividade, como um “terceiro”. A alínea a) enumera, como o primeiro em sua lista de requisitos, que *não tenha “sido voluntariamente criada* pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o *interesse de terceiro*”, o que resolve de forma plausível os difíceis e pouco estudados problemas relativos à incidência de restrições pessoais também em situações em que o agente

¹⁶ Posicionando-as no conceito de “necessidade”, contudo, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 15º cap. § 28 s.

¹⁷ No sentido dessa teoria já CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 82 s.

¹⁸ Assim, com base no CP, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 16º cap., § 6; para a minha opinião, GRECO, Luís, “Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134, 2022, p. 1 s. (85 s.).

atua em favor de terceiro. A alínea b), que contém o requisito da “*sensível superioridade* do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado”, recepciona a teoria da ponderação de interesses e, ao fazer uso do termo “sensível” em lugar de “substancial” ou “essencial” (*wesentlich*), mostra a sua simpatia pela versão mais consequente dessa teoria, defendida, principalmente, por Lenckner¹⁹ e Roxin,²⁰ que se contenta com uma superioridade clara, inequívoca.²¹ O Código revela, também aqui, a sua tendência a resolver legislativamente debates doutrinários antes que eles possam ganhar fôlego em Portugal. O mais notável, contudo, parece-me ser a alínea c), que exige, por fim, que seja “*razoável impor ao lesado o sacrifício* do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”. Essa recordação de que a vítima tem de ter uma voz no plano da exclusão da antijuridicidade, que as causas de justificação geram deveres de suportar que precisam, por sua vez, ser legitimados diante de seus destinatários, isto é, das vítimas, tem, como venho defendido, de ser reconhecida como o ponto arquimédico da teoria das causas de justificação.²² Parece-me, também, salutar que o CP português tenha separado essa consideração da ponderação, ainda que a doutrina, por vezes, não leve essa sistematização tão a sério.²³ É também por isso que o Projeto Alternativo de Parte Geral

¹⁹ LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965, p. 150 e s.

²⁰ ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 16 nm. 90.

²¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 16º cap., § 26.

²² ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 14 nm. 44c, fazendo referência também a um importante estudo de Hörnle; observo certa proximidade em relação à posição de PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal*, p. 336 s., enquanto (e apenas enquanto) a autora enxerga nesse dispositivo um limite comum à legítima defesa e ao estado de necessidade.

²³ Veja-se, por ex., DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 16º cap., § 16, que reduz a alínea a mais um dos muitos por ele enumerados critérios de ponderação – a mesma técnica expositiva de que se vale Roxin (cf. ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 16 nm. 46 s.).

do Código Penal brasileiro, de que sou coautor, seguiu, na sua proposta de uma regulação diferenciadora do estado de necessidade, o exemplo português, excluindo a justificação se “não era razoável impor ao lesado o sacrifício de seu bem”.²⁴

3. Conflito de deveres

O Código contém, segundo vejo, pioneira regra sobre a causa de justificação do chamado conflito de deveres (“Art. 36.º, 1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.”), cuja necessidade se faz sentir a partir do momento em que se adote uma teoria diferenciadora do estado de necessidade, segundo a qual a justificação fica a depender de que o interesse salvo seja de alguma forma superior ao sacrificado.²⁵ É interessante observar que o dispositivo reconduz a difícil figura da obediência devida ao mesmo modelo da colisão de deveres.

4. Consentimento

Noto também a pormenorizada regulamentação do consentimento, que tantos outros códigos sequer conhecem, no art. 38.º. O CP português decidiu várias controvérsias doutrinárias ainda

²⁴ GRECO, Luís / HORTA, Frederico / LEITE, Alar / TEIXEIRA, Adriano / QUANDT, Gustavo, *Parte Geral do Código Penal. Uma proposta alternativa para debate*, versão revisada e ampliada, São Paulo, 2017, p. 31, 34.

²⁵ Sobre as relações entre conflito de deveres e estado de necessidade, em detalhe, CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *Vida contra vida. Conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 28 s.

não de todo pacificadas, e o fez em um sentido que, no mínimo, o aproxima de um paternalismo ou mesmo de um moralismo. Refiro-me principalmente à previsão do respeito aos *bons costumes* como exigência geral de validade do consentimento (número 1: “Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.”). Enxergo sérias dificuldades em dar sentido a essa cláusula já no contexto do qual ela provavelmente foi extraída, que é o delito de lesões corporais,²⁶ dificuldades que se potenciam se esse limite for levado a outros tipos, como principalmente ao delito de dano.²⁷ Creio que o art. 38.º é uma manifestação de um certo perfeccionismo regulatório que é uma das notas do CP português (cf., ademais, a minha conclusão, abaixo, VII.).

Aqui, o perfeccionismo descambou em certo excesso, que se expressa, em primeiro lugar, na presença de regras dificilmente adequadas, a exemplo da *idade mínima de 14*, e desde 2007, *16 anos* para consentir, exigida no número 3 (“O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos ...” – redação dada pela revisão do CP ocorrida em 2007²⁸), o que torna bastante difícil explicar por que crianças podem participar de competições de artes marciais; ou da exigência de *vontade “esclarecida”* (número 3: “2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido ...”), o que faz sentido em algumas

²⁶ Cf. ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 13 nm. 38 s.

²⁷ Vejam-se as extensas considerações, não apenas sobre o dano, em ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 550 s.

²⁸ Tomo essa informação de DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 17º cap., § 20.

lesões corporais, como as derivadas de intervenções médicas,²⁹ mas de forma alguma em outras situações: imagine-se que uma pessoa concorde em levar um bofetão, sem ser informada de que o bofeteador acaba de sagrar-se campeão de “slapfighting”.

O excesso se manifesta, em segundo lugar, com regras que enunciam o que, em princípio, já deveria ser de conhecimento geral, a exemplo do número 4, que contém, materialmente, um dispositivo sobre a tentativa inidônea: “Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.” Essa regra ainda gera desconfortável atrito com o disposto no art. 23.º, que a doutrina portuguesa parece ter resolvido de forma pragmática, simplesmente optando pela a rigor nada óbvia, ainda assim materialmente correta conclusão de que o número 4 não é *lex specialis* em relação a esse dispositivo.

5. Consentimento presumido

Destaco, ademais, a regulação do consentimento presumido pelo art. 39.º, cujos requisitos são sintetizados com admirável elegância e precisão no número 2 (“Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”).

²⁹ Não por acaso, o único exemplo mencionado em DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 17º cap., § 22, e em NUNES, Duarte Rodrigues, *Curso*, p. 437 s.

III. CULPA

1. Capacidade de culpa

Outro dispositivo notável, em que a marca de Figueiredo Dias é manifesta, é o art. 20.º, que cuida da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica; e isso menos pelo número 1, que, afora o uso do termo “*anomalia psíquica*”, ainda é bastante convencional (“É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.”), como principalmente pelo número 2, isto é, pela regra sobre a *imputabilidade sensivelmente diminuída*. Contrariando o que seria de esperar, isto é, que a imputabilidade diminuída tivesse como consequência uma pena diminuída, o CP permite, diante de determinados pressupostos, que ela tenha por consequência uma total exclusão da pena: “Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.” Com isso, o CP segue a concepção figueirediana de que a “imputabilidade dita ‘diminuída’” seria “antes, verdadeiramente, ... imputabilidade ‘duvidosa’”.³⁰ A exigência de incensurabilidade da anomalia é outra marca figueirediana. A exclusão de pena, é claro, não elimina a pos-

³⁰ DIAS, Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 197; mais extensamente, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 21º cap. § 45 s.

sibilidade de impor medida de segurança.³¹ Como, no regime do CP português, só se impõe medida de segurança ao inimputável,³² talvez se encontre aqui, na abertura de uma via para impor a outra sanção, o sentido prático desse dispositivo.

O número 4 (“a imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto”) acolhe expressamente a possibilidade de uma *actio libera in causa*, o que, se não era estritamente necessário de uma perspectiva dogmática pura,³³ é definitivamente salutar da perspectiva da segurança jurídica. O termo “intenção”, contudo, pelo menos insinua que só se possa cogitar de *actio libera in causa* em situação de dolo direto de primeiro grau – máxime porque é essa a palavra com que o CP define essa primeira forma de dolo, no art. 14.º I.³⁴ Não vejo essa interpretação como cogente, entretanto; parece-me que o termo “intenção” pode, sim, compreender o dolo eventual, ainda que a necessidade de dar dois sentidos diversos a um mesmo termo dentro de uma mesma lei seja algo a que o legislador não nos deveria forçar.

2. Estado de necessidade desculpante

Coerente com a sua opção pela teoria diferenciadora do estado de necessidade, o CP regula o estado de necessidade desculpante em seu art. 35.º: “Age sem culpa quem praticar um facto ilícito

³¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 21º cap. § 51; em detalhe ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 365 s.

³² Cf. já a Introdução ao CP, item II. 3.

³³ Sobre a construção dogmática da a.l.i.c. com base no chamado modelo de tipo ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 20 nm. 59 s., especialmente nota 250.

³⁴ Restringindo-a ao dolo direito de segundo grau, contudo, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 21º cap. § 59.

to adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.” O CP optou por uma via um tanto, talvez mesmo excessivamente,³⁵ generosa, em no mínimo três sentidos: ao reconhecer a *honra* como um dos bens passíveis de salvamento; ao prever, de forma irrestrita, a possibilidade de exculpação em *salvamento de terceiro, sem necessidade de relação de parentesco ou proximidade*; e ao permitir, no número 2, até mesmo uma dispensa de pena em caso de perigo para outros bens que não os mencionados (“Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.”). Se essa generosa regulação torna, por um lado, desnecessária a sofisticada discussão alemã sobre o chamado estado de necessidade exculpante supralegal,³⁶ por outro, ela sobrecarrega a cláusula de exigibilidade, da qual acaba, ao final, por depender a exculpação.

3. Excesso de legítima defesa

O dispositivo sobre o excesso de legítima defesa, regulado no art. 33.º, é de interesse por uma série de características. Primeiramente, ele permite que todo excesso conduza a uma *especial atenuação de pena* (número 1: “Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada.”). Uma exclusão de pena, contudo, fica a depender não

³⁵ Assim também CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal II*, § 905, 906 s. em relação aos dois primeiros fatores que o texto releva.

³⁶ A respeito, em detalhe, ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 22 nm. 142 s.

apenas de determinados *afetos astênicos* (como o faz, sabidamente, a Alemanha), mas também da *não-censurabilidade* desses afetos³⁷ (“O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.”). O legislador português, com isso, se antecipa a alguns problemas que só mais recentemente têm sido descobertos pela doutrina de língua alemã:³⁸ suponha-se que alguém se excede por medo, mas esse medo, por sua vez, deriva de racismo. O StGB terá muita dificuldade em negar uma exculpação, ao passo que o CP português pode fazê-lo recorrendo à cláusula da censurabilidade.

4. Erro sobre a ilicitude

Como não poderia deixar de ser, o dispositivo que regula o erro sobre a ilicitude também se vale do critério figueirediano da *censurabilidade*:³⁹ “1 - Age sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. 2 - Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respetivo, a qual pode ser especialmente atenuada.” Aqui, não há qualquer dúvida quanto à superioridade do termo em comparação com a alternativa alemã da evitabilidade (§ 17 StGB), que insinua certo rigorismo;⁴⁰ seria interessante perguntar se a redação do CP português teve ou não por consequência um relaxamento

³⁷ Cf. já DIAS, Figueiredo, *Liberdade*, p. 207 s.; vejam-se as propostas de interpretação em CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal II*, § 895 s.; em detalhe sobre a figura MOURA, Bruno de Oliveira, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

³⁸ Penso, principalmente, no recente estudo de DIAS, Leandro, “Asthenische und sthenische Affekte beim Notwehrzess (§ 33 StGB)”, HILGENDORF *et al.* (co-ords.), *Festschrift für Jan Joerden*, Berlim: Duncker & Humblot, 2023, p. 351 s.

³⁹ Cf. DIAS, Figueiredo, *O problema*, p. 305 s.; *Liberdade*, p. 205 s.

⁴⁰ Criticamente em relação a esse termo já ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht I*, § 21 nm. 39.

do tradicional rigorismo jurisprudencial (não apenas alemão – no Brasil, praticamente desconheço decisões que apliquem a figura) para com o tratamento da matéria. A diminuição de pena é, como na Alemanha, mas diversamente do Brasil, *facultativa*.

IV. TENTATIVA E DESISTÊNCIA

1. Tentativa

A regulamentação da tentativa começa com uma regra, à primeira vista (e, como veremos, apenas à primeira vista), redundante, porque parece dizer o óbvio: que os *atos preparatórios*, em princípio, são impunes (Art. 21.º: “Atos preparatórios. Os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário.”). O interessante é o que se encontra no art. 22.º, menos pela sua definição geral de tentativa, constante do número 1 (“Há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.”), quanto pela sua *definição de atos de execução*, constante do número 2 (“São atos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.”) Parecem-me cabíveis algumas observações.

Ainda que a fórmula do “ato de execução” faça clara alusão à clássica teoria formal-objetiva, que entendia que a tentativa começa com o início do ato de matar ou de subtrair etc., não me parece que essa identificação seja cogente. O CP deixou claro que tampouco assim o enxerga, recepcionando, no número 2 alínea c), considerações que dizem respeito àquilo que se convém chamar de teoria individual-objetiva. Minhas dificuldades dizem, contudo, respeito às

alíneas a) e b), inspiradas, respectivamente, na teoria formal-objetiva e na teoria do perigo. Tomadas em sua literalidade, elas chegarão a hipóteses em que se *antecipará sobremaneira o início da tentativa*.⁴¹ Haverá já tentativa de roubo (art. 210.º CP), se o agente, que pretende constranger a vítima a que lhe entregue o dinheiro apenas pela noite, envia, pela manhã, uma mensagem para a vítima, dizendo: “à noite virei buscar meu dinheiro, espero que você o tenha em mãos, porque virei acompanhado de meus dois amigos Smith e Wesson”? A alínea a) indicaria uma resposta positiva, afinal, há preenchimento de um elemento constitutivo de um tipo de crime (“ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física”). Pense-se, também, na realização de uma elementar típica qualificadora: a doutrina, segundo vejo, concorda quanto à insuficiência dessa circunstância para fundamentar tentativa,⁴² apesar de que, nesses casos, está inequivocamente presente o que exige a alínea a). Também a bomba que o agente tem em mãos e que ele só pretende usar em determinada ocasião, quando o político fizer a sua aparição pública, é já desde o início idónea a produzir o resultado típico morte; parece estranho, contudo, falar em tentativa já quando o autor detiver a posse da bomba animado da decisão de cometer o delito, a despeito do que determina a alínea b).⁴³ Talvez a única maneira de solucionar essas dificuldades provocadas, outra vez, pelo perfeccionismo legislativo é a de reativar o art. 21.º, conferindo-lhe a razão de existir de que, à primeira vista, ele carece. De que forma, concretamente, não tenho como precisar, uma vez que, tradicionalmente, o conceito de ato preparatório é obtido por exclusão, de forma logicamente secundária –

⁴¹ Discussão do problema também em DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 28º cap. § 25 s.

⁴² Cf. apenas ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, art. 22.º nm. 7, com ulteriores referências.

⁴³ Outros exemplos em DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 28º cap. § 28.

ato preparatório é aquilo que não é ato de execução – enquanto essa proposta implicaria inverter a lógica tradicional. Talvez se pudesse afirmar que atos temporal-especialmente distantes do resultado (ou do bem jurídico?, numa perspectiva materializadora de algum afim ao espírito do CP português, cf. abaixo, 2.), ainda que realizadores de um elemento constitutivo de um tipo ou idôneos para produzir o resultado, seriam materialmente atos preparatórios, de forma que a sua subsunção sob o art. 22.º acabaria superada pela *lex specialis* que seria, aqui, o art. 21.º⁴⁴

2. Desistência

O art. 24.º regula a desistência não apenas da tentativa (acabada ou inacabada), como também de uma *situação de consumação*,⁴⁵ aquela em que o tipo penal se consuma antecipadamente, existindo um segundo resultado, nele não previsto, cuja ocorrência o autor impede: “1 - A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime.” Ocorrem-me, principalmente, situações como a da pessoa que, nas dependências de uma loja, esconde um objeto dentro de seu casaco, com a intenção de dele apropriar-se; segundo a concepção dominante, ao menos na Alemanha, há um furto consumado⁴⁶ – o

⁴⁴ Observo certa proximidade em relação ao defendido por DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 28º cap., § 31; cf. também ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário*, art. 22.º nm. 6.

⁴⁵ A respeito apenas DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 29º cap. § 29 s.

⁴⁶ Para exaustivas referências, cf. apenas BOSCH, in SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 30ª Ed., Munique: C. H. Beck, 2019, § 242 nm. 39; isso já foi bastante contestado, cf. unicamente MAYER, Hellmuth, “Zum Begriff der Wegnahme”, *Juristen Zeitung*, 17. Jahrg., Nr. 20, 1962, p. 617 s.

que significa que, se o autor se arrepender antes de sair da loja e devolver o objeto ao local em que se encontrava, cuidar-se-á de mera reparação de dano, que em nada altera em relação à punibilidade de seu comportamento. O CP português oferece uma elegante solução a casos dessa natureza: ele não tem dificuldade em excluir a punibilidade, manifestando uma preferência por uma perspectiva mais material, referida a bens jurídicos, do que formal, referida à redação dos tipos.

Pergunto-me, contudo, se o dispositivo não vai longe demais, ao poluir a dogmática da tentativa e da desistência, cujo mais natural ponto de referência é o conceito formal de consumação, por meio da figura do resultado “não compreendido no tipo de crime.” Afinal, cuida-se de uma figura um tanto críptica: se esse resultado não está compreendido no tipo, isto é, na lei, onde ele estará? No caso do furto, ele se encontra, pelo menos, no tipo subjetivo, na intenção de “apropriação”; e nos outros casos, contudo, que não tiverem essa estrutura de delitos cortados de dois atos? O CP pode acabar, assim, por dar à doutrina e à jurisprudência amplas faculdades para, redefinindo o bem jurídico, excluir punibilidades mesmo em casos de delitos univocamente consumados. Se se afirmar – e não há qualquer impedimento a que isso seja feito – que o bem jurídico do homicídio a pedido da vítima (art. 134.º CP) não é a vida da vítima, mas a manutenção de um clima social em que as pessoas vulneráveis não se sintam coagidas a deixarem-se matar, tornar-se-á impune realizar o que está descrito no mencionado dispositivo, desde que esse segundo resultado não ocorra ou o autor (número 2) se esforce seriamente nesse sentido.

Parece-me que a única maneira de domar o original dispositivo é restringir seu alcance a tipos penais que, a exemplo do furto, contenham, já em sua redação, mas fora do tipo objetivo, um resultado.

V. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

O regime da autoria e participação é também notável, desde o início, pela adoção de uma perspectiva decididamente diferenciadora, outra vez com alguns traços originais.

1. Autoria e participação

O art. 26.º, que define a autoria (“É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.”), não apenas define as três clássicas e internacionalmente reconhecidas formas de autoria – autoria direta, mediata e coautoria. Ele também define a *coautoria* de forma detalhada, resolvendo, como é de seu feitio, o impasse doutrinário a respeito da *necessidade de contribuição na fase executiva* em favor da posição mais restritiva, vinculada ao nome de Roxin, que também eu considero correta.⁴⁷

O mais interessante, contudo, é a quarta forma de autoria (ou, na elegante redação do CP, a quarta hipótese em que alguém é “punível como autor”, o que não tem, necessariamente, de significar que se cuide substancialmente de autoria, podendo tratar-se de mera equiparação): o do *instigador*. O CP português optou por resolver a tensão, presente no StGB, existente em declarar que alguém é mero partícipe, mas recebe a pena do autor, elevando o

⁴⁷ Cf. apenas ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª Ed., Berlim: De Gruyter, 2019, p. 307 s., 326 s.; SCHÜNEMANN, Bernd / GRECO, Luís, *in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13ª Ed., Berlim: De Gruyter, 2020, § 25 nm. 203 s.

instigador a autor.⁴⁸ O que causa alguma estranheza a meus olhos (alemães?) é que essa forma de autoria permanece submetida a uma exigência de acessoriedade (“desde que haja execução ou começo de execução”), ainda que não muito rigorosa (não se fala em antijuridicidade ou em dolo, nem do instigador, nem do instigado). Com isso, ganha força a tese, não excluída, como visto, pela redação do CP, de que se cuida de mera equiparação à autoria, quase que de uma autoria por ficção jurídica, uma vez que as hipóteses de autoria são justamente aquelas em que a realização do tipo pode ser afirmada sem recurso a qualquer ideia de acessoriedade.⁴⁹

O dispositivo sobre a *cumplicidade* (art. 27.º) é mais convencional (“1 - É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 - É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada.”). Relevo apenas a exigência de dolo tanto no autor, quanto no cúmplice, e a previsão de atenuação obrigatória de pena.

2. Elementos pessoais

Os difíceis problemas relativos às qualidades especiais foram resolvidos, de forma bastante pragmática, no art. 28.º, intitulado “Ilicitude na comparticipação”: “1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes

⁴⁸ Cf. em detalhe DIAS, Figueiredo, “Täterschaftliche Anstiftung – Zur Vereinbarkeit des Konzepts mit der Lehre von der Tatherrschaft”, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 633 s.

⁴⁹ Para uma réplica a essas considerações, insistindo em que se cuida de verdadeira autoria, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 31.º cap., § 63 s.; cf. também o estudo mencionado na nota anterior.

a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora. 2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse.”

A verdade é que um comentário sobre a redação dessa norma dependeria de que eu dispusesse ao menos das linhas mestras de uma teoria a respeito da matéria. Por ora, prefiro ser mais comedido, e apenas observar que o CP, aqui, resistiu à tentação perfeccionista, optando por uma regra flexível, com *duas cláusulas salvadoras* – o “exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”, ao final do número 1, e o número 2 – o que sacrificará, é verdade, a segurança jurídica, contudo, garantindo que não se cometam injustiças em casos concretos.

VI. CONCURSO DE DELITOS

Por último, algumas palavras sobre o regime do concurso de delitos. A regra básica é a do art. 30.º, número 1, que declara: “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.” Se, no geral, o CP optou por introduzir diferenciações e precisões, aqui ele teve a coragem – seguindo, segundo vejo, a melhor tradição coimbricense de Eduardo Correia⁵⁰ – da simplificação, e abandonou, sem desprendimento, distinções de que outros países não conseguem

⁵⁰ CORREIA, Eduardo, *A teoria do concurso em direito criminal: Unidade e pluralidade de infracções*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 74 s. e passim; *Direito Criminal II*, p. 216 s.

libertar-se e que tantos problemas geram. Principalmente, nada de concurso formal / ideal ou materia / real, e sim apenas “*número de crimes*”. Minha preferência por esse sistema, que também foi manifestada na proposta de Parte Geral para o Brasil de que fui coautor,⁵¹ baseia-se nas já há gerações repetidas, mas não menos corretas objeções de que o critério da quantidade de ações, em que se baseia a concepção alternativa, é uma contingência que pouco diz sobre o real merecimento de pena do agente.

Confesso a minha surpresa quando, após ler o número 1, descobri, nos números 2 e 3, regras sobre o *crime continuado* (“2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. 3 - O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais.”). Sempre entendi essa figura como uma construção mais ou menos *ad hoc* destinada a mitigar a severidade do concurso material ou real, indispensável especialmente em sistemas que se valham de um princípio da acumulação material de penas; tal não é o caso, contudo, em Portugal.⁵²

VII. CONCLUSÃO

Concluo com duas reflexões, como que fazendo um esforço de síntese das dispersas observações acima feitas.

⁵¹ GRECO, Luís / HORTA, Frederico / LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano / QUANDT, Gustavo, *Parte Geral*, p. 83 s.

⁵² No sistema português, parece que resta uma consideração de economia processual, cf. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 43º cap. § 39.

1. A primeira diz respeito à questão do *nível apropriado de densidade regulativa em um código penal*. O CP português, como se pôde ver, é bem mais denso do que o StGB: ele contém definições de dolo e de culpa, regras sobre o erro de tipo permissivo, previsões de causas de justificação como o consentimento (real e presumido) e a colisão de deveres. O CP português também se posiciona em relação a vários debates doutrinários, resolvendo-os claramente em determinado sentido (coautoria apenas em fase de execução; preponderância sensível, isto é, unívoca, no direito de necessidade; bons costumes como limite geral ao consentimento). Alguns detalhes acabam por gerar novas dificuldades – vimos algumas no âmbito do consentimento (vontade esclarecida? idade mínima de 16 anos?) e na definição do início da execução. Por fim, o CP português se compromete com teorias originais portuguesas, seja na regulação do erro em suas várias formas, seja no tratamento da semi-imputabilidade e da instigação, seja na importância dada ao critério da censurabilidade.

A objeção clássica que se dirige a uma alta densidade normativa é a de que, com isso, acabar-se-ia por petrificar a evolução doutrinária e jurisprudencial. Penso, contudo, que se e em que medida isso é verdadeiramente um problema, cada país tem de decidir por si, também ponderando que, do outro lado, encontram-se os importantes valores da segurança jurídica e da uniformidade da aplicação do direito, que bem possivelmente poderão ser entendidos como mais urgentes do que possibilitar a evolução doutrinária e jurisprudencial. Enquanto jurista, confesso preferir trabalhar com um código que me ofereça mais liberdade para refletir, que não me vincule no sentido de teorias com que não concordo (como a uma cláusula geral de bons costumes), mas enquanto cidadão, parece-me, sem dúvida, preferível um código que contenha regras claras, de forma a impedir que cada juiz o maneje segundo o seu próprio sentir.

2. As críticas cabíveis, assim, dirigem-se menos à alta densidade regulativa, do que aos pontos em que ela degenerou naquilo que

identifiquei como perfeccionismo dogmático (como no art 38.º, 4) ou nos pontos em que houve alguns defeitos de técnica. Parece-me, entretanto, que, se levarmos a conta a quantidade não apenas de novas regras, como principalmente de novas ideias que o CP português contém, esses defeitos se revelam como mínimos, em nada alterando o juízo de que o CP português é uma *obra merecedora da mais alta admiração*.

O CP português sintetiza, de forma elegante e precisa, a profunda reflexão de várias gerações de cientistas do mais alto nível, não apenas portugueses, sobre a chamada teoria do delito. Sinto real alegria por poder ler, no original, esse monumento do melhor penalismo contemporâneo, que merece cuidadoso estudo por todos os cultores de nossa ciência, principalmente por quem estiver cogitando de aventurar-se como legislador. Os colegas e amigos portugueses, não apenas os de Coimbra, têm mais do que razão para orgulhar-se desse filho, que acaba de completar, em plena juventude e vigor, seus primeiros 40 anos.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição de República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral, Volume II – Teoria Geral do Crime*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume II, Coimbra: Almedina, 1971.
- CORREIA, Eduardo, *A teoria do concurso em direito criminal: Unidade e pluralidade de infracções*, Coimbra: Almedina, 1996.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da, *Vida contra vida. Conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

- DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Täterschaftliche Anstiftung – Zur Vereinbarkeit des Konzepts mit der Lehre von der Tatherrschaft”, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 633-650.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- DIAS, Leandro, “Asthenische und sthenische Affekte beim Notwehrexzess (§ 33 StGB)”, HILGENDORF *et al.* (coords.), *Festschrift für Jan Joerden*, Berlin: Duncker & Humblot, 2023.
- GRECO, Luís, “Dolo sem vontade”, Augusto Silva Dias *et al.* (org), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903.
- GRECO, Luís, “Notwehr und Proportionalität”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 165, Nº. 12, 2018, pp. 665-683.
- GRECO, Luís, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- GRECO, Luís, “Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134, 2022, pp. 1-96.
- GRECO, Luís / HORTA, Frederico / LEITE, Alaor / TEIXEIRA, Adriano / QUANDT, Gustavo, *Parte Geral do Código Penal. Uma proposta alternativa para debate*, versão Revisada e ampliada, São Paulo, 2017.
- LEITE, Alaor, *Notstand und Strafe. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- LEITE, André Lamas, *As “posições de garantia” na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965.
- MAYER, Hellmuth, “Zum Begriff der Wegnahme”, *Juristen Zeitung*, 17. Jahrg., Nr. 20, 1962, pp. 617-623.
- MOURA, Bruno de Oliveira, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- NUNES, Duarte Rodrigues, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Gestlegal, 2021.
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito penal: parte geral: teoria da infração como teoria da decisão penal*, 4ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2019.

- ROXIN, Claus, “Über Tatbestands- und Verbotsirrtum”, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 375-390.
- ROXIN, Claus, “Immer wieder: Tatbestands- und Verbotsirrtum”, Frank Saliger et al. (Hrsg.) *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 2017, pp. 1023 s.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10^a Ed., Berlin: De Gruyter, 2019.
- ROXIN, Claus / GRECO, Luíís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 5^a Ed., Munich: C. H. Beck, 2020.
- SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 30^a Ed., Munich: C. H. Beck, 2019.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, Bernd / GRECO, Luíís, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13^a Ed., Berlin: De Gruyter, 2020.

A “IRREQUIETA” RESPONSABILIDADE DO ENTE COLETIVO NO CÓDIGO PENAL: DECOMPONDO O PALIMPSESTO^(*)

SUSANA AIRES DE SOUSA

Professora Associada
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. “As responsabilidades” criminais do agente coletivo no ordenamento jurídico português. 3. A inquietude do conceito de pessoa coletiva. 4. A inquietude do catálogo de crimes. 5. A inquietude do modelo de imputação. 6. A inquietude das penas aplicáveis ao ente coletivo. 7. Nota conclusiva.

Summary: 1. Introduction. 2. Criminal “liabilities” of a collective agent in the Portuguese legal system. 3. The restlessness of the definition of legal person. 4. The restlessness of the catalogue of crimes. 5. The restlessness of the imputation model. 6. The restlessness of the applicable penalties to the legal person. 7. Conclusion.

(*) Este texto corresponde, com adicionais desenvolvimentos e algumas alterações essencialmente formais, à comunicação oral apresentada no âmbito do *Colóquio Internacional comemorativo dos 40 anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Resumo: Neste estudo, percorrem-se as diversas alterações legais do artigo 11.º do Código Penal, tendo por referência o tema da responsabilidade criminal dos entes coletivos. Ao longo do percurso destacam-se, entre as sucessivas modificações sofridas por aquele artigo, o conceito de agente coletivo para efeitos de responsabilidade criminal, o catálogo de crimes, o modelo de imputação do facto e as penas aplicáveis. Coloca-se ainda em evidência as dificuldades em compatibilizar o regime geral, previsto no Código, e os regimes específicos, relativos à responsabilidade por crimes tributários e por crimes económicos. Entre as justificações possíveis, sugere-se o déficit dogmático e político-criminal na fundamentação e compreensão do facto coletivo e das respetivas penas aplicáveis.

Abstract: This study looks at the various legal changes to Article 11 of the Portuguese Criminal Code, with reference to the issue of the criminal liability of legal entities. Among the successive changes made to this Article, we highlight the concept of collective agent for the purposes of criminal liability, the catalogue of crimes, the model of imputation of the crime and the applicable penalties. The present text also highlights the difficulties in reconciling the general legal framework laid down in the Code with the specific frameworks relating to liability for tax and economic crimes. Among the possible justifications are the dogmatic and the criminal policy deficit in the explanation and understanding of the collective action and the respective applicable penalties.

Palavras-Chave: responsabilidade penal das pessoas coletivas; catálogo de crimes; imputação; pena.

Keywords: corporate criminal liability; catalogue of crimes; imputation; penalty.

1. Nota introdutória

Em Portugal, o ente coletivo pode ser agente de um crime. A controvérsia doutrinal em torno dos obstáculos dogmáticos em fazer responder um ente abstrato e coletivo pela prática de ilícitos criminais seria abruptamente ultrapassada pela decisão político-criminal de incluir na lei aquele tipo de responsabilidade, num primeiro momento para crimes económicos, informáticos e fiscais, em diplomas dos anos 80 e 90 do século XX. O legislador português antecipava-se assim ao debate doutrinal¹ em torno do problema da compatibilização, no plano da teoria do crime e da pena, da responsabilidade criminal do ente coletivo com as categorias e fundamentos de um direito penal assente na vontade de uma pessoa humana em realizar, controlar ou dominar um acontecimento criminoso.

Esta decisão legislativa seria secundada pelo Tribunal Constitucional desde logo por via dos acórdãos 213/95 e 302/95, que, pronunciando-se sobre a questão de saber se é constitucionalmente legítima a imputação de responsabilidade criminal às pessoas coletivas e equiparadas, admitem esta responsabilidade em “ordem à proteção de bens jurídicos socialmente relevantes” e afirmam “não existir norma ou princípio constitucional que impeça o legislador de, neste domínio das infracções contra a economia e contra a saúde, prever a *responsabilidade criminal das pessoas colectivas* (e equiparadas)”².

¹ Muito embora um debate doutrinal alargado estivesse por fazer, o tema da responsabilidade criminal das pessoas coletivas era já tratado na literatura portuguesa, cabendo destacar a monografia de SOUSA, João Castro e, *As Pessoas Coletivas em Face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra Editora, 1985, ou o artigo fundamental de COSTA, José de Faria, “Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 1992.

² Também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime*, 3.^a Ed., Gestlegal, 2019, p. 349.

Não obstante o escasso enquadramento legal substantivo (sobre a imputação do facto à pessoa coletiva e sobre as penas que lhe eram aplicadas), bem como a inexistência de normas processuais sobre o arguido ente coletivo, os tribunais portugueses foram julgando os entes coletivos, sobressaindo entre as decisões judiciais as condenações por crimes fiscais³.

Contudo, a evolução legislativa nesta matéria e, de modo particular, a introdução da responsabilidade criminal do ente coletivo no direito penal clássico, em 2007, por via da revisão do artigo 11.º do Código Penal, renovaria a discussão dogmática em torno de uma responsabilidade dita moderna da pessoa jurídica, centrada sobre a questão da imputação objetiva e subjetiva do facto criminoso a uma organização coletiva⁴.

A introdução desta responsabilidade coletiva no Código Penal, ainda que evidenciando dilemas dogmáticos fundamentais no plano do facto e da pena da pessoa coletiva, criaria outros problemas, designadamente quanto à compatibilização dos regimes legais – o

³ Uma análise do número de condenações de entes coletivos em processos-crime na fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, entre os anos de 2007 a 2019, revela o aumento sequencial do número de condenações até 2012 (815, em 2007, para 2784 no ano de 2012). Interessante, contudo, notar que a partir de 2012 o número total de condenações de entes coletivos tem vindo, sucessivamente, em cada ano, a diminuir, situando-se, em 2019, em 1646. Sublinhe-se ainda que, em todos estes anos (de 2007 a 2019), a grande fatia de condenações coube sempre, de longe, aos crimes fiscais e aos crimes contra a segurança social (respetivamente, em cada um daqueles anos, por ordem crescente de 2007 a 2019: 682; 1329; 1093; 1487; 2066; 2561; 2497; 1957; 2307; 1928; 1795; 1545; 1429).

⁴ A controvérsia em torno da responsabilidade criminal do ente coletivo continua acesa e aberta entre aqueles que reclamam pela sua necessidade e os que evidenciam a sua ineficácia. Sobre o tema, veja-se o vol. 47, número 4 (Summer 2022), do *Journal of Corporation Law*, todo ele dedicado à responsabilidade criminal do ente coletivo, disponível em <https://jcl.law.uiowa.edu/issue-archive/journal-corporation-law-volume-47-number-4>.

novo e o antigo – na medida das suas diferenças. As assimetrias dos regimes legais não seriam corrigidas, mas antes ampliadas, quer pelas sucessivas alterações ao artigo 11.º do Código, quer pelo alargamento desta responsabilidade do ente coletivo pela legislação extravagante. Com efeito, *se e como* o agente coletivo responde depende, agora e desde logo, do facto cometido, da natureza da pessoa jurídica que o cometa e, sobretudo, do diploma que o tipifique. É assim em virtude de, no ordenamento jurídico português, coexistirem, como resultado direto das sucessivas intervenções do legislador nesta matéria, vários e diversos regimes legais de responsabilização do ente coletivo, no Código Penal e em legislação extravagante.

Feita esta nota de contextualização, as reflexões que se seguem desenvolvem-se por referência ao regime previsto no Código Penal e desenvolver-se-ão em quatro momentos que justificam a adjetivação, em título, desta responsabilidade como “irrequieta” ou “inquieta”: a inquietude do conceito de pessoa coletiva, a inquietude do catálogo de crimes, a inquietude do modelo de imputação e a inquietude das penas aplicáveis ao ente coletivo.

2. “As responsabilidades” criminais do agente coletivo no ordenamento jurídico português

Na sua versão originária, o artigo 11.º do Código Penal restringia a responsabilidade criminal às pessoas singulares, admitindo, contudo, através de uma ressalva⁵, a previsão daquele tipo de responsabilidade em legislação especial⁶.

⁵ Com uma epígrafe em si mesma ilustrativa – “Carácter pessoal da responsabilidade” –, dispunha o artigo 11.º que “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”.

⁶ Interrompia-se assim a opção político-criminal do anterior código penal

Desde essa versão até à versão atual, o artigo 11.º foi modificado seis vezes, destacando-se evidentemente a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que introduziu, naquele preceito, a responsabilidade criminal dos entes coletivos. A limitação da responsabilidade criminal às pessoas singulares passava para o número 1, ao qual se seguiam, depois de 2007, os números 2 a 11 que dispõem sobre os entes coletivos sujeitos a responsabilidade, o catálogo de crimes, o modelo de imputação e os seus pressupostos, a conexão entre a responsabilidade das pessoas singulares e do ente coletivo, entre outros aspetos.

Se o ano de 2007 foi um marco na afirmação da responsabilidade criminal dos entes coletivos, é importante notar que o ordenamento jurídico português desde há muito – há mais de três décadas – admite formas de responsabilização criminal de organizações coletivas. Importa referir a este propósito, pela sua relevância e por ter sido um marco histórico nesta matéria, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 janeiro, que prevê o *Regime Jurídico dos Crimes contra a Saúde Pública e a Economia*.

Com efeito, há um tempo, anterior ao Decreto-Lei n.º 28/84, em que o ordenamento jurídico português conhecia uma responsabilidade do ente coletivo puramente pontual, a propósito de uma ou outra incriminação, com uma finalidade puramente punitiva e de natureza objetiva. Assim, as primeiras experiências legislativas de responsabilização criminal das empresas consistiam em previsões muito específicas que assentavam na mera eficácia preventiva e de intimidação conseguida à custa da sanção criminal. Não se

português, de 1886, que no seu artigo 28.º previa que a responsabilidade criminal recaía única e individualmente nos agentes de crimes ou de contravenções. Sobre esta evolução, ANTUNES, Maria João, “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal”, *DPEE*, vol. III, 2009, p. 457. Também BRANDÃO, Nuno / JESUS, Solange de, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, *EGUZKILORE*, n.º 28, 2014, p. 125.

previa qualquer modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, bastando-se a punição com a sua realização⁷.

O diploma de 1984 consagra, pela primeira vez, no seu artigo 3.º, um modelo de imputação do facto ao ente coletivo, assente na *atuação de um terceiro* – o seu representante – que atua *em nome e no interesse* coletivo. Por conseguinte, prevê-se um *modelo vicarial* ou de *heterorresponsabilidade*. A preocupação em enquadrar os termos em que a pessoa coletiva responde criminalmente é expressa ainda no n.º 2 daquele mesmo artigo, ao excluir-se a responsabilidade quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. Também no plano da sanção, o legislador estabeleceu, no artigo 7.º, como penas principais aplicáveis às pessoas coletivas e equiparadas a admoestação, a multa e a dissolução do ente coletivo.

⁷ Das primeiras experiências legislativas estavam ausentes quaisquer preocupações dogmáticas ou sequer apostadas em criar um verdadeiro sistema de responsabilidade penal dos entes coletivos assente, designadamente, no princípio da culpa. Não se previa qualquer modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, bastando-se a punição com a sua realização. A título exemplificativo pode referir-se a antiga lei de imprensa, prevista no Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de fevereiro, cujo artigo 29.º, n.º 1, previa a responsabilidade das “empresas jornalísticas, editoriais e noticiosas” em cujas publicações ou notícias se cometessem crimes. Um outro exemplo é-nos dado pelo direito eleitoral, na Lei n.º 14/79, de 16 de maio (Lei Eleitoral para a Assembleia da República), que punia com multa criminal as empresas proprietárias de estação de rádio que não cumprissem os direitos de antena legalmente estabelecidos (artigo 132.º) e os partidos políticos que aceitassem “contribuições de valor pecuniário destinadas à campanha eleitoral provenientes de empresas nacionais ou de pessoas singulares ou coletivas não nacionais” (artigo 144.º e 76.º). Em causa estava uma responsabilidade objetiva sancionatória que não perduraria pela sua incompatibilidade com os princípios do direito penal, designadamente o princípio da culpa. Desenvolvidamente, BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008, p. 250 s. Também SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2023, p. 113 s.

Foi por isso uma norma com manifesta e decisiva importância, funcionando como uma espécie de padrão normativo em outros domínios do direito penal secundário que viriam a admitir a responsabilidade criminal da pessoa coletiva. Como exemplos, podem apontar-se a criminalidade informática, compreendida na Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, em vigor até 2009, ano em que viria a ser revogada pela atual Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro⁸), e a criminalidade fiscal⁹, no âmbito da qual, como já se referiu, o instituto da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ganharia máxima relevância na prática jurisprudencial. Todavia, o Decreto-Lei n.º 28/84 não serviu de modelo ao regime que seria introduzido no Código Penal, que se afastava, em alguns pontos, daquele artigo 3.º, designadamente quanto aos pressupostos de imputação do facto ao ente coletivo e no que diz respeito às penas aplicáveis.

Não sendo o regime do artigo 11.º idêntico ao do Decreto-Lei n.º 28/84, realça-se aqui uma primeira perplexidade: os entes coletivos respondem de forma distinta consoante o facto típico praticado. Deste modo, o agente coletivo do crime de *Fraude na obtenção de subsídios* ou do crime de *Fraude Fiscal* é tratado de forma distinta do agente coletivo responsável por um crime de *Burla*.

Progressivamente, a responsabilidade criminal das pessoas coletivas estender-se-ia para além do direito penal económico. Como

⁸ O artigo 9.º da Lei do Cibercrime continua a prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e entes equiparados. Todavia, de modo diferente à Lei n.º 109/91, não se prevê qualquer regime específico, antes se remetendo a responsabilização das pessoas coletivas para o regime geral previsto, desde 2007, no Código Penal.

⁹ Primeiro no Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de outubro, e no Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de janeiro; depois, a partir de 2001, no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho.

exemplo de diplomas onde hoje se prevê este instituto podem apontar-se, entre outros, a *Lei de Combate ao Terrorismo* (artigo 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto); o *Regime Jurídico das Armas e Munições* (artigo 95.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro); a *Legislação de Combate à Droga* (artigo 33.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro); a *Lei da Procriação Medicamente Assistida* (artigo 43.º-A da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho); *O Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros no Território Nacional* (artigo 182.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007, de 24 de julho), o *Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos* (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2007, de 31 de julho), *A Lei que simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa* (Lei n.º 37/2011, de 22 de junho) e o *Regime Jurídico da Exploração e Prática das Apostas Desportivas* (Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril).

Na maioria dos diplomas enunciados, o modelo de responsabilização do ente coletivo remete para o regime geral. Mas não em todos. É tempo da segunda perplexidade decorrente de, mesmo depois de se criar, em 2007, um regime geral de responsabilidade criminal das pessoas coletivas no Código Penal, o legislador o desconsiderar, continuando a prever regimes de responsabilidade diferenciados em leis extravagantes, posteriores ao Código Penal. Servem de exemplo a Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, bem como o Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril, que, nos seus artigos 36.º e 20.º, respetivamente, preveem um regime de responsabilidade criminal do ente coletivo com pressupostos distintos quer do artigo 11.º do Código Penal, quer do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro. A falta de uniformidade não só não tem sido corrigida, como tem vindo a ser ampliada pelo legislador por via destes regimes “*ad hoc*”.

Importa, contudo, regressar, no âmbito deste texto, ao regime previsto no Código Penal e às suas sucessivas alterações legais. Estas considerações, longe de esgotarem esta problemática, desenvolver-se-ão, como se referiu, em torno de quatro pontos: o *conceito de pessoa coletiva*, o *catálogo de crimes*, o *modelo de imputação do facto à pessoa coletiva* e as *penas* que lhe são aplicáveis.

3. A inquietude do conceito de pessoa coletiva

Nem todas as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas pelos factos típicos previstos no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal. O legislador de imediato exclui a responsabilidade do Estado, das pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de direito público e das organizações internacionais de direito público¹⁰.

Também neste ponto o artigo 11.º foi objeto de alterações. Na versão originária de 2007, o n.º 3 do artigo 11.º (revogado em 2015 pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril) concedia um alcance maior a esta ressalva, alargando o leque de pessoas coletivas que beneficiavam desta exclusão de responsabilidade. O legislador excluía do regime de responsabilidade todas as pessoas coletivas públicas, entendendo-se como tal, nos termos daquele n.º 3, “as entidades públicas empresariais (*alínea a*)); as entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade (*alínea b*)); e demais pessoas coletivas que exercessem prerrogativas de poder público (*alínea c*)”.

O regime então previsto¹¹, assente numa ampla definição de pessoa coletiva pública (nela abrangendo de forma expressa pessoas de direito privado) ao permitir a exclusão da responsabilidade criminal com base exclusivamente na forma jurídica adotada ou na mera prerrogativa (abstrata) de exercício de poderes públicos, constituía uma ofensa insuportável ao princípio da igualdade¹².

¹⁰ Sobre os argumentos contrários e favoráveis a uma responsabilização penal do Estado e das pessoas coletivas públicas veja-se SERRA, Teresa / SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos nos 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2010, p. 68 s.

¹¹ Desenvolvidamente, SOUSA, Susana Aires de, “Societas publicas (non) delinquere potest”, acessível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

¹² Uma ampla e fundada crítica ao regime anterior pode ver-se em SERRA, Teresa / SÁNCHEZ, Pedro Fernández (nota 10), p. 65 s.

Em 2015, o legislador alterou o artigo 11.º, revogando a definição de pessoa coletiva pública e aproximando a lei portuguesa das regras europeias e internacionais que fazem assentar o critério de exclusão de responsabilidade no exercício de poderes de soberania por parte do Estado ou de outros entes públicos. Adotou-se assim como critério de exclusão da responsabilidade o concreto exercício (em cada ato) de prerrogativas de poder público. Neste mesmo sentido se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 13 de junho de 2018, entendendo que a exclusão da responsabilidade prevista no artigo 11.º, n.º 2, não se basta com a forma jurídica ou o fim que em abstrato a pessoa jurídica prossiga na sua atividade, mas antes há de atender ao concreto ato realizado pela pessoa coletiva, pressupondo-se “que ela tenha atuado no exercício de prerrogativas de poder público (*ius imperi*)”¹³.

Contudo, permanece sem explicação a divergência entre o regime previsto no Código e os regimes específicos, previstos no Decreto-Lei n.º 28/84 e no RGIT. Nestes diplomas não existe qualquer referência expressa a este regime excecional do Estado, das organizações de direito internacional público e das pessoas coletivas que atuem no exercício de prerrogativas de poder público.

E, com isto, e para além da disparidade de regimes, permanece também a questão central que consiste em determinar o fundamento de exclusão da alçada penal do Estado e das pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público¹⁴. Há naturalmente argumentos favoráveis a esta exclusão: seria paradoxal que entidades criadas para a realização do “bem comum” fossem qualificáveis como agentes de crimes; por outro lado, sublinha-se também a sua

¹³ Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ Desenvolvidamente, sobre esta questão, com referências bibliográficas adicionais, SOUSA, Susana Aires de, “Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública”, *Diálogos com Coutinho de Abreu*, Almedina, 2020, p. 927-946.

incapacidade para cumprir a pena, *v. g.*, multa, uma vez que sendo sustentadas por receitas públicas, seriam, em última instância, os contribuintes a suportar o encargo da pena pecuniária; mais, seria o titular do *ius puniendi* – o Estado – em última instância a aplicar a si mesmo, ou às pessoas coletivas que o concretizam, uma sanção¹⁵.

Contudo, sobra, quanto a nós, a questão de saber se estes argumentos procedem quanto a todas as pessoas coletivas públicas ou devem restringir-se essencialmente ao Estado pela sua incapacidade de delinquir. Da nossa perspetiva, o obstáculo maior que se coloca à responsabilização criminal das pessoas coletivas de direito público e das empresas públicas não reside na sua capacidade de delinquir, hoje claramente admitida pelo artigo 11.º, n.º 2, depois das modificações introduzidas em 2015. Mas antes na possibilidade de estes entes coletivos públicos poderem ser, de forma eficaz, destinatários de uma sanção criminal, baseada numa ideia de pessoalidade e de cumprimento pelo condenado. Isto é, por outras palavras, sobram reservas sobre a eficácia das penas legalmente previstas para os entes coletivos *públicos*. Dúvidas que se fundamentam na circunstância de o Código Penal restringir as sanções principais aplicáveis aos entes coletivos – e com isso também aos entes públicos – à pena de multa e à dissolução.

4. A inquietude do catálogo de crimes

O catálogo de crimes previsto no n.º 2 do artigo 11.º mostra-se tremendamente inquieto, tendo sido modificado e alargado sucessivamente ao longo do tempo. Mesmo na sua versão primeira, de 2007, o catálogo de crimes não coincidiu exatamente com o elenco descrito na Proposta de Lei n.º 98/X, que esteve na base da

¹⁵ Mais desenvolvidamente MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais*, Coimbra Editora, 2006, p. 74 s. Também SERRA, Teresa / SÁNCHEZ, Pedro Fernández (nota 10), p. 68 s.

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. As diferenças traduziram-se em acrescentar alguns crimes (por exemplo, os crimes de burla, uma vez que algo incompreensivelmente se incluíam no catálogo os crimes de *Burla informática e nas comunicações* - artigo 221.º - e de *Burla relativa a trabalho ou emprego* - artigo 222.º - mas ficavam excluídas todas as outras modalidades de burla, incluindo o tipo matricial).

Em 2007, o catálogo era este: *Maus tratos* (artigo 152.º-A); *Violação das regras de segurança* (artigo 152.º-B); *Escravidão* (artigo 159.º); *Tráfico de pessoas* (artigo 160.º); alguns crimes de natureza sexual (artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e artigos 168.º, 169.º, e 171.º a 176.º); crimes de *Burla* (artigos 217.º a 222.º); *Discriminação racial, religiosa ou sexual* (artigo 240.º); *Falsificação ou contrafação de documento* (artigo 256.º); *Falsificação de notação técnica* (artigo 258.º); *Crimes de falsificação de moeda e alguns crimes de perigo comum* (artigos 262.º a 283.º e 285.º); *Associação criminosa* (artigo 299.º); *Tráfico de influência* (artigo 335.º); *Desobediência* (artigo 348.º); *Violação de imposições, proibições ou interdições* (artigo 353.º) *Suborno* (artigo 363.º); *Favorecimento pessoal* (artigo 367.º); *Branqueamento* (artigo 368.º-A) e *Corrupção* (artigos 372.º a 374.º).

Desde 2007 o legislador tem vindo a visitar este catálogo, essencialmente no sentido de o ampliar. Contudo, a intervenção legislativa tem sido, por vezes, do ponto de vista técnico, algo descuidada. Com efeito, ao catálogo originário foram adicionados os crimes de *Peculato* (artigo 375.º) e *Peculato de uso* (artigo 376.º), pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril; por sua vez, o crime de *Tráfico de órgãos humanos* (artigo 144.º-B) foi aditado pela Lei n.º 102/2019, de 6 de setembro, mas seria “apagado” do catálogo, posteriormente, pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto. Contudo, o artigo 144.º-B (e o crime de *Tráfico de órgãos humanos* nele tipificado) viria novamente a ser reintroduzido pela Lei n.º 79/2021, de 24 de novembro. Em 2020 (pela Lei n.º 40/2020) foram ainda adicionados ao catálogo os crimes de *Aliciamento de menores para fins sexuais* (artigo 176.º-A) e de *Organização de viagens para fins de*

turismo sexual de menores (artigo 176.º-B) que, no entanto, desapareceram daquela lista na versão dada ao artigo 11.º, n.º 2, pela Lei n.º 79/2021, de 24 novembro. A Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, publicada cerca de um mês depois, viria a corrigir estes lapsos, reintroduzindo os artigos desaparecidos e incluindo novos crimes no catálogo: *Dano*, *Dano qualificado*, *Dano com violência*, *Usurpação de coisa imóvel*, *Alteração de marcos* (artigos 212.º a 216.º), *Usura* (artigo 225.º), *Falsidade de depoimento ou declaração* (artigo 359.º) e *Participação económica em negócio* (artigo 227.º).

A técnica legislativa escolhida pelo legislador português para delimitar o catálogo de crimes, através da enunciação dos números dos artigos ou de uma secção ou conjunto de artigos, potencia dúvidas quando novos tipos legais venham a ser incluídos na parte especial, designadamente quando tais crimes se situam em intervalos de artigos já inscritos no elenco, obrigando a uma necessária “republicação” do n.º 2 do artigo 11.º como forma de cumprimento do princípio da legalidade criminal.

Em jeito de nota, acrescenta-se ainda que o catálogo de crimes enunciado no n.º 2 do artigo 11.º tem merecido a crítica de alguma doutrina: quer pela ausência de um critério racional que permita compreender a escolha de alguns crimes, quer pela não inclusão de outros delitos, apesar dos sucessivos alargamentos do catálogo, designadamente tipos fundamentais como os tipos legais de *Homicídio* e de *Ofensas à integridade física*¹⁶.

¹⁶ Como sublinha Teresa Serra, em artigo no jornal Expresso de 29 de setembro de 2007, na Holanda, primeiro país da Europa continental a prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, condenava-se em 1987 um hospital “por homicídio negligente depois de um paciente ter morrido durante uma operação em virtude da utilização de equipamento de anestesia ultrapassado, numa decisão que constituiu o primeiro caso de condenação de uma pessoa coletiva por homicídio” naquele país. Também BRITO, Teresa Quintela, considera a ausência do crime de homicídio daquele catálogo como “gritante e inexplicável”, cf. “Responsabilidade

5. A inquietude do modelo de imputação

No direito penal português, a opção legal em matéria de imputação do facto à pessoa coletiva foi, desde sempre, pelo modelo de hétéro-responsabilidade, como se referiu no início¹⁷. A imputação do facto é mediatamente dirigida à pessoa coletiva através da conduta de certas pessoas físicas que atuam em nome e no interesse coletivo. O círculo de pessoas singulares que vincula, com a sua conduta, a pessoa coletiva pode variar (sendo mais amplo ou mais restrito), mas sem que dessa atuação se prescindia. Tradicionalmente, o nosso ordenamento jurídico reconhecia essa faculdade aos “órgãos e representantes da pessoa coletiva” que atuem em seu nome e no seu interesse. Este é o modelo seguido no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, para os *crimes contra a economia e contra a saúde pública*¹⁸; é também

criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *RPCC*, 20, 2010, p. 44. Também, em crítica à escolha dos crimes que integram o catálogo, SILVA, Germano Marques da “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro”, *Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 71. Ainda, SOUSA, Susana Aires de (nota 7), p. 118.

¹⁷ Sobre a imputação do facto à pessoa coletiva e a dificuldade dos modelos, na literatura portuguesa, com adicionais referências, RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico. Uma Política Criminal na era da Compliance*, Almedina, 2.ª Ed., 2020, p. 108 s.; SOUSA, Susana Aires de (nota 7), p. 102 s.

¹⁸ Artigo 3.º - Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas

1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior.

assim para os crimes tributários de acordo com o artigo 7.º do *Regime Geral das Infrações Tributárias*¹⁹.

Porém, correspondendo à tendência sentida em tempos mais recentes, muito por influência das disposições de direito comunitário e internacional, tem-se ampliado, também em Portugal, o *círculo de pessoas singulares* que podem sustentar a imputação do facto à pessoa coletiva. Exemplo desta tendência é o n.º 2 do artigo 11.º, logo na versão de 2007, que alargou o círculo de pessoas singulares que vinculam a pessoa coletiva àqueles que nela ocupam uma *posição de liderança*.

Esclarece-se, no n.º 4 do artigo 11.º, o que deve entender-se por posição de liderança: na sua versão original, cabiam neste conceito os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. O legislador de 2021, por via da Lei n.º 94/2021, acrescentou uma parte final a este preceito, nele incluindo aqueles que exercem “o controlo da atividade da pessoa coletiva” – e que a podem vincular criminalmente, através da sua atuação – os membros não executivos do órgão de

¹⁹ Artigo 7.º - Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas

1 - As pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade das pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade criminal das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

4 - A responsabilidade contra-ordenacional das entidades referidas no n.º 1 exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

5 - Se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

administração, bem como os membros do órgão de fiscalização. Este alargamento conceptual da *posição de liderança* àqueles que não têm poder executivo no contexto societário, sempre exigirá, em nosso modo de ver, que, na sua atuação, a pessoa singular viole os seus deveres funcionais; de outro modo incorrer-se-á no risco de se importar para o Código Penal um modelo vicarial afastado de qualquer ideia de culpa, pessoal ou coletiva²⁰.

Não obstante o sucessivo alargamento do círculo daqueles que podem vincular criminalmente o ente coletivo, seguro é que, em ambas as alíneas do n.º 2 do artigo 11.º, do Código Penal se exige, para fazer responder a pessoa coletiva, uma violação de deveres por parte de alguém — invariavelmente uma pessoa física — que tem na empresa o poder-dever de controlar a empresa ou um dos seus sectores, valendo também aí um *modelo de hétero-responsabilidade*.

O Código Penal exige ainda que o crime se realize *no interesse* da pessoa coletiva. Em causa está um elemento intencional que deve verificar-se na pessoa física que realiza o facto criminal, em conformidade com um modelo de hétero-responsabilidade. Antes das modificações introduzidas pela Lei n.º 94/2021 entendia-se que esta exigência ligava a *motivação* da pessoa física aos *fins* para que foi constituída a pessoa coletiva. O parâmetro para aferir do interesse retirava-se do objeto social e das finalidades em vista dos quais foi constituída a sociedade. Por esta razão se dizia que a realização do facto “no interesse da pessoa coletiva” não se confundia com algo que seja “do interesse da pessoa coletiva”. Na base da motivação da pessoa física estaria não um benefício próprio ou alheio à sociedade, mas antes uma intenção de beneficiar ilicitamente o ente coletivo nas finalidades que fundaram a sua constituição.

²⁰ Sobre modelos de culpa da pessoa coletiva, com adicionais referências, SOUSA, Susana Aires de (nota 7), p. 104 s.

A Lei n.º 94/2021 modificou este requisito ao admitir-se que a atuação da pessoa física possa ser no *interesse direto ou indireto* da pessoa coletiva. Torna-se difícil concretizar o sentido desta alteração legal, até por não haver nenhuma referência a esta modificação nos trabalhos preparatórios. Sobra a pergunta: o que quis o legislador dizer com *interesse direto ou indireto*? Sempre se acrescentará que uma exigência semelhante – a de que o crime seja cometido em nome ou por conta da pessoa coletiva e em seu *benefício direto ou indireto* – consta de outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do artigo 31 bis do Código Penal espanhol, também modificado, nesta última parte (*benefício direto ou indireto*) pela LO 1/2015, uma vez que, na redação anterior, se determinava (apenas) que o delito fosse cometido *em proveito* da pessoa jurídica. A doutrina espanhola tem referido o elemento literal “benefício” a um benefício patrimonial, ainda que concedendo que tal benefício possa ser indireto ou mediato. Como exemplo aponta-se “uma mera vantagem competitiva, que a médio ou longo prazo se concretiza num benefício patrimonial”²¹ .

6. A inquietude das penas aplicáveis ao ente coletivo

No que se refere às penas aplicáveis ao ente coletivo, o legislador de 2007, divergindo também aqui dos regimes específicos de responsabilidade criminal da pessoa coletiva para os crimes económicos e fiscais, seguiu, nos artigos 90.º-A e ss. do Código Penal, a mesma estrutura tripartida prevista para a responsabilidade individual: penas principais (artigo 90.º-A), penas de substituição da pena de multa (artigos 90.º-C a 90.º-E) e penas acessórias (artigos 90.º-G a 90.º-M).

²¹ Cf. ROSAL BLASCO, Bernardo del, *Derecho Penal de Sociedades Mercantiles*, Thomson Reuters, 2022, p. 89.

A Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, trouxe também diversas novidades nesta matéria, ligadas essencialmente à relevância que agora se dá aos programas de cumprimento normativo no plano sancionatório. Com efeito, preveem-se diversas consequências jurídicas positivas, no plano sancionatório, ligadas à implementação destes programas, favorecendo indubitavelmente a sua implementação. A adoção e implementação destes programas em momento anterior à prática do crime (*compliance ex ante*) constitui, nos termos do artigo 90.º-A, n.º 4, uma causa especial de atenuação da pena. Já a implementação do programa após a prática do crime (*compliance ex post*) e até a data de audiência de julgamento pode ser considerada pelo tribunal na determinação dos dias de multa, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 90.º-B.

O dever de adotar um programa de cumprimento pode ainda ser uma consequência jurídica da condenação criminal da pessoa coletiva, agora integrado em penas já existentes. Mas aqui, reconhecendo-se ao cumprimento normativo uma dupla natureza. A sua adoção pode ser uma *injunção*, ordenada pelo tribunal como pena acessória, de acordo com o disposto no artigo 90.º-G, n.º 1, alínea *b*), determinada com o objetivo de prevenir crimes da mesma natureza ou diminuir significativamente o risco da sua ocorrência. O programa de cumprimento normativo pode ainda ser relevante no contexto da pena de substituição de vigilância judiciária, relativamente à condenação em multa inferior a 600 dias (artigo 90.º-E, n.ºs 1 e 2). Neste caso, pode o tribunal nomear o acompanhamento da pessoa coletiva por um representante judicial de modo a que este monitorize a adoção ou implementação do programa de cumprimento normativo. A não implementação determinará a revogação da pena de substituição.

A Lei n.º 94 /2021 introduziu um novo número 2 no artigo 90.º-A que parece alargar as penas acessórias previstas no Código Penal à legislação especial. Nas palavras do legislador, pelos crimes previstos em legislação especial podem ser aplicadas às pessoas coletivas e entidades equiparadas as penas acessórias que aí se elencam.

Se esta extensão se revela simples nos casos em que a legislação especial remeta a responsabilidade das pessoas coletivas para o regime geral, maiores dúvidas se colocarão relativamente aos regimes específicos, previstos em legislação especial, para os crimes económicos e contra a saúde pública e para os crimes fiscais.

É assim, desde logo, em virtude de o regime das penas das pessoas coletivas previsto no Código Penal diferir do previsto nos regimes específicos. Entre as várias diferenças sobressai a distinta natureza das penas. Por exemplo, a amplitude dada no Código Penal às penas de substituição, não se verifica nos regimes específicos. Na verdade, algumas das penas de substituição que o Código Penal prevê para as pessoas coletivas eram já conhecidas, mas sob outra forma, pelos diplomas anteriores que admitiam essa responsabilidade. É o caso da *admoestação*, tida no Código como pena de substituição (artigo 90.º-C), mas prevista no âmbito dos delitos económicos (artigo 7.º, alínea *a*), do Decreto de Lei n.º 28/84) como pena principal. Um segundo exemplo desta disparidade é protagonizado pela pena de *dissolução*, consagrada no código como pena principal, mas prevista no RGIT como uma das penas acessórias aplicáveis aos crimes tributários (artigo 16.º, alínea *h*)). Ou, num derradeiro exemplo da falta de harmonização ao nível das sanções, a *caução de boa conduta*, prevista no regime geral como pena de substituição, mas tida como sanção acessória no âmbito dos crimes económicos, com a inevitável consequência de acompanhar (e não de substituir) a pena principal. Ao que se acrescenta a circunstância de algumas penas previstas no Código Penal não constarem das penas elencadas nos regimes específicos. É o caso da pena acessória de injunção, ausente do catálogo de sanções dos crimes tributários, e, no contexto da qual, se concede particular relevância aos programas de cumprimento normativo.

Estes exemplos são, a nosso ver, suficientes não só para demonstrar a falta de coerência existente entre o regime geral previsto no Código Penal e os regimes específicos do direito penal secundário, mas também para mostrar a dificuldade em aplicar as novidades

introduzidas pela Lei n.º 94/2021, designadamente em matéria de cumprimento normativo no contexto dos crimes tributários e dos crimes contra a economia e saúde pública, dotados, no plano sancionatório, de uma estrutura e de uma racionalidade próprias.

7. Nota conclusiva

Um esforço de maior harmonização no tratamento dogmático e legislativo, tanto do facto como das penas aplicáveis ao ente coletivo, mas em geral de todo o regime da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, está ainda por fazer. Para além da evidente vantagem formal daí decorrente, são também inegáveis de um ponto de vista substantivo os seus benefícios: na verdade, não se compreende que, por exemplo, pela prática de um crime previsto no regime geral, a multa possa ser substituída por uma caução de boa conduta, mas a prática de um crime económico possa ser sancionada com multa e cumulativamente com a sanção acessória de caução de boa conduta, em claro prejuízo de um princípio basilar de igualdade na aplicação das sanções penais.

É tempo de terminar, dando nota de uma reivindicação antiga de *Figueiredo Dias*, formulada logo em 1984. Nas palavras do autor, “fica de pé o problema mais difícil e importante: o da definição da capacidade das coletividades para sofrerem penas e medidas de segurança e das especificidades de que deve revestir-se. Limitar-me-ei a chamar a atenção para o necessário esforço de imaginação e criatividade na elaboração de um largo catálogo de sanções que compensem a inaplicabilidade da prisão”²². Um esforço, dir-se-ia, também a nível dogmático por um regime geral de responsabilidade criminal dos entes coletivos e, em particular, “do catálogo de sanções aplicáveis”.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *IDPEE* (publicado originariamente na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 16 (1983-84), p. 263 s., e Ano 17 (1984-1985), p. 7 s.), Vol. I, 1998, p. 69 s.

Bibliografia

- ANTUNES, Maria João, “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal”, *DPEE*, vol. III, 2009, p. 457-459.
- BRANDÃO, Nuno / JESUS, Solange de, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, *EGUZZILORE* n.º 28, 2014.
- BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008.
- BRITO, Teresa Quintela, “Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *RPCC*, 20, 2010.
- COSTA, José de Faria, “Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime*, Gestlegal, 3.ª Ed., 2019.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *IDPEE* (publicado originariamente na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 16 (1983-1984), p. 263 s., e Ano 17 (1984-1985), p. 7 s.), Vol. I., 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo / SOUSA, Susana Aires de, “Autoria e cumplicidade da empresa no século XXI: algumas reflexões”, *Livro em Homenagem ao Senhor Professor Augusto Silva Dias*, AAFDL, 2022.
- MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais*, Coimbra Editora, 2006.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico. Uma Política Criminal na era da Compliance*, Almedina, 2ª Ed., 2020.
- ROSAL BLASCO, Bernardo del, *Derecho Penal de Sociedades Mercantiles*, Thomson Reuters, 2022.
- SERRA, Teresa / SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2010.
- SILVA, Germano Marques da, “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro”, *Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ*, n.º 8, 2008.

SOUSA, João Castro e, *As Pessoas Coletivas em Face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social*, Coimbra Editora, 1985.

SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2023.

SOUSA, Susana Aires de, “*Societas publicas (non) delinquere potest*”, acessível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

SOUSA, Susana Aires de, “Sobre a responsabilidade criminal da empresa pública”, *Diálogos com Coutinho de Abreu*, Almedina, 2020.

A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA PENA – A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Professora Catedrática da Universidade de Coimbra
Adjunct Professor, Faculty of Law, University of Macau

Sumário: 1. Introdução. 2. Aproximações ao problema da determinação da medida concreta da pena: significado e função. 2.1. Sistemas de *civil law*. 2.2. Sistemas de *common law*. 2.2.1. *Sentencing Guidelines* norte-americanas. 2.2.2. *Sentencing Guidelines* britânicas. 2.2.3. Avaliação do sistema de *Guidelines*. 3. A revolução digital na aplicação da lei penal – significado. 3.1. A justiça penal preditiva. 3.2. A legalidade penal digital e o novo determinismo. 3.2.1. Pelo lado do delincente. 3.2.2. Pelo lado do juiz. 4. Uma proposta de racionalização da determinação da pena: um tipo (ou tipos) de medida da pena. 5. A concluir.

Summary: 1. Introduction. 2. Approaches to the problem of sentencing: meaning and function. 2.1. Civil law systems. 2.2. Common law systems. 2.2.1. US Sentencing Guidelines. 2.2.2. UK Sentencing Guidelines. 2.2.3. Evaluation of the Guidelines system. 3. The digital revolution in criminal law

enforcement – meaning. 3.1. Predictive criminal justice. 3.2. Digital penal legality and the new determinism. 3.2.1. On the offender’s side. 3.2.2. On the judge’s side. 4. A proposal to rationalize sentencing: a type (or types) of penalty measure. 5. To conclude.

Resumo: O tratamento do problema da determinação da medida concreta da pena passa por abordar a discricionariedade e a racionalidade do procedimento de decisão judicial nesta fase, considerando o difícil equilíbrio entre ambas. Esta é uma preocupação comum aos sistemas de *civil e common law*. Os primeiros, respondem-lhe com a lei e a indicação de fatores de medida da pena; os segundos, através de *Guidelines*, mais prescritivas ou mais flexíveis. Neste estudo, defende-se que é necessário o legislador ir além do disposto atualmente no nosso Código Penal, mediante a consagração de um *tipo* ou de *tipos de medida da pena*, que confira(m) mais determinabilidade à decisão judicial. Assim melhor nos precavendo de uma racionalidade *outra*, algorítmica, obtida com recurso a instrumentos de IA, cuja entrada no nosso sistema de administração da justiça é inevitável.

Abstract: Sentencing involves considering the discretion and rationality of the judicial decision procedure at this stage and considering the difficult balance between both. This is a concern both in civil and common law systems. The first respond with the law and the indication of sentencing factors; the latter, through more prescriptive or more flexible Guidelines. In this study, it is argued that it is necessary for the legislator to go beyond the provisions currently in Portuguese Penal Code, through the consecration of a sentencing legal type(s), which confers more determinability and predictability to the judicial decision. Thus better guarding us against a different rationality, an algorithmic one, obtained using AI instruments, whose entry into our system of administration of justice is inevitable.

Palavras-chave: medida da pena; discricionariedade; racionalidade; previsibilidade; tipo(s) de medida da pena.

Keywords: sentencing; discretion; rationality; predictability; legal type(s) of sentencing.

1. Introdução

O problema da determinação da medida concreta da pena prende-se com a temática da racionalização desta fase do procedimento de decisão judicial e passa por considerar a discricionariedade que os juízes podem/devem ter neste domínio. A linha é ténue entre demasiada, com a consequência inevitável de disparidades indesejáveis entre as penas aplicadas, e a ausência de qualquer discricionariedade, que leva a decisões injustas. Existe um equilíbrio difícil entre oferecer mais ou menos discricionariedade e alcançar menor ou maior racionalização no momento de determinar a pena. Isto é uma preocupação comum aos sistemas romano-germânicos e de *common law*. Em qualquer dos casos, busca-se a racionalidade e pode falar-se em objetivos comuns – transparência no processo de tomada das decisões sobre as penas a aplicar em concreto, coerência, proporcionalidade e previsibilidade das próprias decisões sobre a sua medida, tendo em vista promover a confiança do público na justiça da punição. É a partir daqui que, nos sistemas romano-germânicos, é à lei que cabe indicar os critérios e, com mais ou menos detalhe, circunstâncias ou fatores de medida da pena – um modelo, no dizer curioso do britânico *Julian Roberts*, de *guidance by words*¹- e, nos sistemas de direito comum, nos deparamos com *sentencing guidelines* e a existência de *sentencing commissions*.

Nesta aproximação ao problema, pretendo analisar a que razões respondem uma e outra forma de abordar a questão, quais os principais desenvolvimentos na matéria em ambos os sistemas e

¹ Assim, ROBERTS, Julian, «Structured Sentencing: Sentencing Guidelines in Common Law Jurisdictions», *Paper for the Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano*, Gottingen, 2017, p. 2.

evidenciar como a racionalização procurada é o melhor antídoto em face de uma racionalização *outra*, algorítmica, e obtida com recurso a instrumentos de Inteligência Artificial (IA), cuja entrada no nosso sistema de administração da justiça é inevitável. Nesta linha, proponho, entre nós, a construção, pelo legislador, de um *tipo* ou de *tipos de medida da pena*, capaz(es) de fornecer uma mais sólida base ao processo de tomada de decisão do juiz, neste âmbito, para o tornar mais racional.

2. Aproximações ao problema da determinação da medida concreta da pena: significado e função

Embora em ambos os sistemas jurídicos, continental e de *common law*, possamos dizer que se busca a *racionalização* do processo de tomada de decisão sobre a medida da pena, as vias para alcançar este objetivo têm sido diferentes.

2.1. Sistemas de *civil law*

O exemplo do caminho seguido pelos sistemas continentais pode encontrar-se, entre nós e no *modelo* teórico que, desde cedo, se procurou elaborar.

A evolução do direito português² mostra que, com o Código Penal de 1982, foi dado um passo decisivo no sentido da racionalização do procedimento de determinação da medida concreta da pena, quando o legislador consagrou os critérios gerais da culpa e

² Sobre a evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial do tema da determinação da medida da pena, entre nós, cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Editora, 1995 (reimpressão 2014), pp. 107 s. e 489 s.

da prevenção para o efeito (Artigo 72º, n.º 1³), complementados pela indicação de circunstâncias – ou fatores – que concretizam aqueles critérios (Artigo 72º, n.º 2, do mesmo artigo⁴). Nesta base, procurou subtrair-se a decisão sobre a medida da pena ao arbítrio e à *arte* do julgador. O processo de *juridificação* que assim se almejava permitiria um controlo da discricionariedade jurisdicional, suscetível de apreciação em via de recurso pelos tribunais superiores. Embora não se deixasse de reconhecer que aos poderes de controlo escapava a quantificação exata da pena, a verdade é que, a partir de um dispositivo legal, pretendia alcançar-se a coerência na determinação da medida da pena.

Com efeito, a evolução do direito português a este respeito tem um marco assinalável no Código Penal de 1982. Pretendia pôr-se fim às dificuldades surgidas com a Reforma de 1954 e com a norma que dispunha sobre a matéria (Artigo 84º), que, ao indicar o critério da «culpabilidade» como o critério a ter em conta pelo juiz na determinação da medida da pena, acrescentou um segmento disruptivo: «independentemente do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes». A dar azo, assim, a um entendimento no

³ «A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes.» (Código Penal 1982).

⁴ «Na determinação da pena, o tribunal atenderá a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados na preparação do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A gravidade da falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.» (Código Penal de 1982).

sentido de que seria com o recurso às circunstâncias, agravantes e atenuantes, que o juiz fixaria o *quantum* final da pena, num momento «posterior» àquele em que determinaria o *quantum* «provisório» – deve interrogar-se – da pena da «culpabilidade», atendendo aos *elementos* – ou, dever-se-á dizer, «circunstâncias»? – indicados também pelo legislador de forma taxativa: a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos do crime e a personalidade do delincente. E, ainda, a não cercear uma ideia de que, sempre que faltassem as circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena devia ser aplicada no «ponto médio» da moldura penal abstrata. Talvez – cabe cogitar – a refletir uma tendência para não encontrar em circunstâncias de medida da pena, no modo como hoje (Artigo 71º, n.º 2⁵) e desde 1982 são elencados no Código – de forma exemplificativa, a relevarem simultaneamente pela via da culpa e/ou da prevenção e sem qualquer indicação sobre o seu funcionamento agravante ou atenuante –, o préstimo bastante para, por si só, ainda que lidas à luz dos critérios de medida da pena indicados pelo legislador – «A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.» (Artigo 71º,

⁵ «Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.» (Código Penal de 1982, revisão de 1995).

n.º 1⁶) –, *orientarem* o juiz na determinação da medida concreta da pena e, assim, para racionalizar, como é devido, o procedimento de decisão sobre ela.

Deve dizer-se, em abono da revisão operada em 1995, que o legislador procurou dar, nessa altura, mais um contributo para a racionalização deste procedimento. Fê-lo, contudo – e apenas –, ao introduzir no Código um dispositivo relativo às finalidades das penas (Artigo 40º, n.º 1) – cuja aplicação visa «a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade» –, a que acrescentou a proibição de «em caso algum» a pena poder «ultrapassar a medida da culpa» (n.º 2, do mesmo artigo). A este respeito, foi a elaboração da doutrina que deu forma a um *modelo* de medida da pena⁷. Entendendo que algumas questões fundamentais do processo de determinação da medida concreta da pena – que relação existe entre culpa e prevenção, por um lado e, pelo que se refere às necessidades de prevenção, qual a relação entre prevenção geral e especial, por outro – têm implícita a resolução na composição que oferece o legislador sobre a ordenação das finalidades da punição e vinculam os juízes à sua observância, concebeu um modelo que, numa interpretação com aceitação expressiva,⁸ deriva da conjugação das disposições do Código Penal já referidas (Artigos 40º, n.ºs 1 e 2 e 71º, n.º1). E que passa por determinar a medida final da pena – que tem na culpa do agente expressa no facto praticado o pressuposto e limite da sua medida concreta – no âmbito de uma moldura da pena preventiva geral encontrada pelo juiz

⁶ Código Penal de 1982, revisão de 1995.

⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias, 1993 (reimpressão, Coimbra Editora, 2005), p. 213 s; e MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 489 s.

⁸ Com detalhe sobre a discussão em torno do modelo de prevenção de determinação da medida da pena, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), *loc. ult.cit.*

para o caso *sub judice*, em função das exigências concretamente identificadas no agente de prevenção especial, de socialização ou de mera advertência.

Na revisão do Código em 1995, assim como em qualquer outra que se lhe seguiu, permaneceu, todavia, intocado – apenas retocado – o disposto relativo à determinação da medida da pena. No dizer de *Lackner*⁹, perante norma similar do direito alemão, encerrando uma formulação que «tudo cobre e só obscurece a problemática». Não irei tão longe, mas adianto, desde já, que entendo – como procurarei evidenciar – que é tempo de o legislador, em diálogo com a doutrina e a jurisprudência, cumprir o papel que indiscutivelmente lhe cabe de dar mais um passo no sentido da racionalização do procedimento de determinação da medida concreta da pena.

2.2. Sistemas de *common law*

Por seu turno, importa ter presente que também a utilização de *sentencing guidelines* se coloca num cenário de necessidade de limitação da discricionariedade judicial¹⁰. Elas têm um significado e uma função normativos. Há, por isso, boas razões para dirigir a nossa atenção para um sistema de *sentencing* assim ancorado. Do meu ponto de vista, é sobretudo nesta sua face de dar orientações aos juízes no *procedimento* de tomada de decisão sobre a medida da

⁹ LACKNER, Karl, «§13 StGB – eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, edited by Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp and Ernst A. Wolff, Berlin, Boston: De Gruyter, 1973, p. 117 s. (p. 126).

¹⁰ Cf. ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon, «Chapter 3, Sentencing Guidelines Outside the United States», *Handbook on Sentencing Policies and Practices in the 21st Century*, Edited By Cassia Spohn, Pamela K. Lattimore, Pauline Brennan, John R. Hepburn, Pub. Location New York, Imprint Routledge, eBook Published 3 July 2019 (p.1s.); e ROBERTS, Julian (nota 1), p. 1 s.

pena que o contributo das *sentencing guidelines* pode ser mais útil para os sistemas de justiça continentais.

Torna-se necessário olhá-las mais de perto.

2.2.1. *Sentencing Guidelines* norte-americanas

As *Sentencing Guidelines* norte-americanas (*US Sentencing Guidelines*) registaram, nas últimas décadas, uma evolução¹¹, quer a nível federal quer estadual, no sentido de restringirem a discricionariedade judicial e, dessa forma, promoverem a racionalização do procedimento de tomada de decisão sobre a punição. Foi em 1984 que a *Sentencing Reform Act (SRA)* criou a *United States Sentencing Commission* que, com esse intuito, desenvolveu o sistema de *Sentencing Guidelines*. A *Sentencing Commission* foi instituída como uma entidade independente do poder judicial, atribuindo-se-lhe a função de desenvolver as orientações (*guidelines*) a serem seguidas pelos juízes na determinação da pena, no caso de condenações por crimes federais, e, para além disso, a de monitorizar em permanência a aplicação das *Guidelines*, tendo em vista, designadamente, apresentar propostas de alteração ao Congresso. Este órgão pretendia que as *Guidelines* fossem o resultado de «um processo deliberativo e dinâmico», incorporando as finalidades das penas previstas

¹¹ No que se segue, cf. BREYER, Charles R. / CUSHWA, Patricia K. / WROBLEWSKI, Jonathan J., *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2021*, *passim*; HESSICK, Carissa Byrne / BERMAN, Douglas, «Towards a Theory of Mitigation», *Boston University Law Review*, Vol. 96, 2016, p.161s; HAMILTON, Melissa, «Back to the Future: The Influence of Criminal History on Risk Assessments», *Berkeley Journal of Criminal Law*, Issue 20:1, Spring 2015, p. 75 s.; *id.*, «Sentencing Disparities», *British Journal of American Legal Studies*, 6(2), 2017, p. 177 s.; NATHAN, Geoffrey, What are the Federal Sentencing Guidelines Chart, 2021, *passim*; CHRISTIN, Angèle, «Chapter 9. Predictive Algorithms and Criminal Sentencing», *The Decisionist Imagination. Sovereignty, Social Science and Democracy in the 20th Century*, Edited by Daniel Bessner and Nicolas Guillhot, October 2018, pp. 272-294.

na *SRA* (18 U.S.C. § 3553(a))¹². Apesar de a importância que se pretendia para as *Guidelines* residir, essencialmente, neste último aspeto, ela foi fragmentada pelo facto de a *SRA* não adotar uma orientação político-criminal definida e, em vez disso, indicar todas as finalidades tradicionalmente consideradas para as penas (18 U.S.C. § 3553(a)(2)¹³): «a aplicação de uma pena justa pelo crime cometido»; «alcançar o efeito de prevenção geral adequado»; «proteção da comunidade em relação à prática de futuros crimes pelo condenado»; «propiciar ao condenado o tratamento mais eficaz».

Ora, é sabido como é a partir de uma indicação clara do legislador sobre as finalidades das penas – sobre «quais» e «como» devem ser consideradas – que se define o modelo a seguir na sua articulação e, a partir daí, que circunstâncias ou fatores valorar e qual o seu efeito, agravante *ou* atenuante, para efeitos de medida da pena¹⁴. Com efeito, torna-se claro, designadamente, que é à luz de uma específica finalidade de pena que uma circunstância ou fator adquire relevância e valor agravante *ou* atenuante. Como é evidente, circunstâncias ou fatores que, de uma perspectiva retribucionista, podem ser vistos como atenuantes, do lado utilitarista podem indicar um agravamento da pena, e vice-versa. A crítica subjacente a uma ausência de definição clara sobre as finalidades da pena e a forma de as articular radica no facto de que, nesse caso, usar de discricionariedade para escolher tratar uma circunstância ou fator

¹² Cf. BREYER, Charles R. / CUSHWA, Patricia K. / WROBLEWSKI, Jonathan J. (nota 11), Ch.1 Pt A, 2.

¹³ Cf. HESSICK, Carissa BYRNE / BERMAN, Douglas (nota 11), p. 170.

¹⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (nota 7), p. 215, *acentuando que «o processo de medida da pena é (e só pode ser) um puro derivado da posição tomada pelo ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da aplicação das penas»* (em itálico e a negrito no original); e MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 611 s., desenvolvendo esta máxima pelo que diz respeito à identificação dos fatores de medida da pena.

como agravante ou atenuante pode significar o primeiro passo para a arbitrariedade judicial na determinação da pena¹⁵.

Pelo que se refere ao sistema norte-americano, e apesar deste aspeto que se vem de sublinhar e de as *Guidelines* federais terem deixado de ser vinculativas a partir de 2005 (Case *United States v. Booker*)¹⁶, tal não significou que foi devolvido ao poder judicial a ampla discricionariedade que existia antes da existência daquelas orientações. Com efeito, no caso de as *Guidelines* serem «presumivelmente vinculativas»¹⁷, como é o caso das *Grid-Based Guidelines* adotadas em vários estados norte-americanos (e.g. Minnesota, Pensilvânia ou Oregon), elas fornecem tabelas para uma série de cálculos (as *Sentencing Tables*). Cada tabela indica, na «grade» das *Guidelines*, uma *moldura de pena* (*sentencing range*), estreita, para os vários crimes, que, por sua vez, resulta da interceção dos dois critérios tomados em consideração na tabela: a gravidade do crime cometido e o passado criminal do agente. Este é o tipo de grade bi-dimensional mais conhecida do modelo de *Guidelines* norte-americano¹⁸. Uma vez determinado, para o caso concreto, o *nível* da gravidade do crime e a *categoria* do passado criminal – para o que o juiz teve em conta as circunstâncias ou fatores agravantes que considerou relevantes e que ponderou com as circunstâncias ou fatores atenuantes que, por seu turno, também entendeu fazer relevar – e, desta forma, a moldura de pena indicada na grade, o juiz deve (*must*) aplicar uma pena concreta *determinada* dentro dessa moldura de pena. Todavia, as *Guidelines* são vistas como «relativa-

¹⁵ E, a partir daí, designadamente para a incoerência e falta de previsibilidade das decisões sobre a medida da pena.

¹⁶ Cf. HESSICK, Carissa Byrne / BERMAN, Douglas (nota 11), p. 173 e s.

¹⁷ ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon (nota 10), p. 23; ROBERTS, Julian (nota 1), p. 2.

¹⁸ ROBERTS, Julian (nota 1), p. 2; e ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon (nota 10), p. 1.

mente restritivas» da discricionariedade na determinação da pena, na medida em que os juízes podem aplicar o que é designado como uma «*departure sentence*», isto é, uma pena, de maior ou menor gravidade, que fica *fora* das molduras «oficiais» das grades das *Guidelines*, apesar de *incitados* – devem apresentar razões «substanciais e convincentes» (*substantial and compelling reasons*) para justificar uma *departure sentence* – a aplicar penas determinadas no âmbito das referidas grades¹⁹.

2.2.2. Sentencing Guidelines britânicas

As *Guidelines* norte-americanas são mais prescritivas do que as *Offence-Specific Guidelines* existentes na Inglaterra, País de Gales e Escócia, adotadas, na sequência da aprovação da *Coroners and Justice Act 2009* (*CoroJA 2009*), para cada tipo de crime (por exemplo, *assault*, crimes relacionados com estupefacientes ou outros), que permitem uma discricionariedade considerável.²⁰

É importante lembrar que foi a *Criminal Justice Act 2003* (*CrimJA 2003*) que, pela primeira vez, identificou, a nível legal, as finalidades das penas, como sendo o castigo (*punishment*), a diminuição do crime, a reabilitação dos condenados, a defesa da comunidade e a reparação das vítimas.²¹ Todavia, tal como vimos acontecer com a

¹⁹ ROBERTS, Julian (nota1), p. 2; e HAMILTON, Melissa (nota 11, 2017), p. 182 s.

²⁰ Cf. Secção 120 *CoroJA 2009*. Assinale-se que as *guidelines*, para além de se destinarem a um particular tipo de crime ou a um grupo de tipos de crime, podem dizer respeito a todos os crimes, por exemplo, pelo que se refere à redução de pena em caso de *guilty plea*.

²¹ Secção 142 (1) da *CrimJA 2003*: «*Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing a) the punishment of offenders, b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence), c) the reform and rehabilitation of offenders, d) the protection of the public, and e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences.*»

SRA norte-americana, também com a *CrimJA 2003* inglesa o legislador não se abalçou a indicar a articulação entre elas a dever ser seguida pelos juízes – limitando-se a apontar, na decisão judicial, para uma postura que fica a dever ao que a doutrina define como uma abordagem «*pick-and-mix sentencing*»²², embora sem deixar de erigir a gravidade do crime, determinada em função da culpa do agente e do dano, como critério fundamental (*touchstone*²³) da *sentencing*.²⁴ Esta mesma lei também instituiu o *Sentencing Guidelines Council (SGC 2003)*, cuja função era fornecer orientações vinculativas neste domínio, substituindo o regime estabelecido na *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*. Mas foi com a *CoroJA 2009* que se acelerou o desenvolvimento de *Guidelines* – que, na sua forma embrionária, resultaram do impulso autorregulatório dos juízes ingleses²⁵ -, introduzindo-se uma série de alterações no âmbito das orientações sobre a determinação das penas. Esta lei²⁶

²² Assim, ASHWORT, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 76 e s. O Autor sublinha como era diferente o caso com a *Criminal Justice Act 1991*, onde se verificava uma clara opção do legislador por uma teoria retributiva (*desert*), que poderia ser afastada, em alguns casos, para dar lugar à neutralização do condenado (*incapacitation*).

²³ ASHWORT, A. (nota 22), p. 78 (referindo-se a um «princípio da proporcionalidade»).

²⁴ Cf. Secção 143 (1) da *CrimJA 2003*: «*In considering the seriousness of any offence, the court must consider the offender's culpability in committing the offence and any harm which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused.*».

²⁵ Foram a arbitrariedade e as disparidades na determinação da pena – definida como um exercício de *guessing* – que levaram os juízes ingleses a adotar, em 1901, as primeiras *Sentencing Guidelines*. Cf. ROBERTS, Julian / ASHWORTH, A., «The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015», *Crime and Justice*, 2016, 000-000.

²⁶ Cf. ROBERTS, Julian, «Sentencing Guidelines in England and Wales: a review of recent developments», *Julian Roberts reports on the formation of the new Sentencing Council*, CJM no.82 December 2010, p. 41 s.

criou um novo órgão com poderes reguladores – o *Sentencing Council for England and Wales (Council)* – para substituir o *SGC 2003* e o *Sentencing Advisory Panel (Panel)*, que tinha sido criado em 1998 com a *Crime and Disorder Act 1998*,²⁷ e impôs uma ampla gama de deveres ao *Council* – tais como, «retirar conclusões sobre os fatores que têm influência nas penas aplicadas ou o efeito das *Guidelines* na coerência da determinação das penas ou na confiança das pessoas na administração da justiça penal» -, para além da tarefa óbvia de produzir *Guidelines*²⁸. A criação do *SGC 2003* correspondera, na altura, a uma intenção de emancipação das *Guidelines* do monopólio dos juízes – já que era um órgão autónomo, ainda que de composição judiciária maioritária, que absorveu a competência que até então cabia exclusivamente aos juízes de adotarem a versão consolidada de uma *Guideline* sob proposta do *Panel* -, representando a *CoroJA 2009* e a criação do *Council* como único órgão titular do poder de redigir *Guidelines* mais um passo – ainda que cuidadoso, uma vez que este órgão manteve a composição judiciária predominante²⁹ – nesse sentido. Com a ainda relativamente recente entra-

²⁷ Secção 81, *Crime and Disorder Act 1998*. O *Sentencing Advisory Panel* foi criado como um órgão *ad hoc* independente, quer do poder legislativo, quer judiciário, a que foi atribuída a competência para redigir *Guidelines* – o que deixava de ser uma competência exclusiva dos próprios juízes. De qualquer modo, estes mantinham a última palavra sobre as *Guidelines*: com efeito, envolvendo o procedimento de criação de uma *guideline* duas entidades – o tribunal supremo inglês e o *Sentencing Advisory Panel* -, este último tinha apenas a competência para elaborar e fazer uma proposta de *guideline* ao tribunal, que podia recusá-la ou aceitá-la e aprová-la ou modificá-la.

²⁸ Cf. Secção 120, *CJA 2009*.

²⁹ O *Council* é composto por oito juízes e seis membros não provenientes do judiciário. Vendo esta opção legislativa como corporizando a vontade de tranquilizar os juízes em face do risco de lhes de lhes retirar um poder com peso «histórico», ASHWORTH, A, «Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council», *Criminal Law Review*, 2010, p. 389 s. (p. 392-393).

da em vigor, em 1 de dezembro de 2020, da *Sentencing Act 2020* (2020 Act), evidencia-se, sobretudo, a tentativa de consolidar num *Código sobre a Determinação da Pena* (*Sentencing Code*) toda a produção reguladora neste domínio, referindo-se a Parte 4 do Código ao que neste estudo nos interessa imediatamente, isto é, à discricionariedade do tribunal na determinação da pena. De resto, as Partes do Código seguem uma estrutura sequencial que indica o *procedimento* de determinação da pena, não tendo a 2020 Act modificado na substância a legislação respeitante à matéria, sendo seu objetivo principal responder à complexidade da regulação e facilitar o acesso a ela. De acordo com o previsto, a determinação da pena deve, pois, seguir um procedimento segundo nove passos, sendo os dois primeiros os mais importantes da perspetiva aqui tida em conta³⁰.

Assim³¹, cada *Guideline* estabelece uma moldura penal para o crime em causa (*offence range*), consistindo o primeiro passo do juiz para encontrar a medida concreta da pena em determinar, no âmbito da *offence range*, a gravidade do crime, que resulta da interseção do nível de culpa com a categoria do dano e se exprime numa *category range*. Para este efeito, o juiz deve tomar em consideração *exclusivamente* as circunstâncias agravantes e atenuantes que cons-

³⁰ Cf. ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon (nota 10), p. 16s; e COPPOLA, Fabio, «Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di 'valorizzazione' dal confronto con il Sentencing System inglese», *Archivio Penale*, Fascicolo n.3 – Settembre-Dicembre, 2018, p. 1 s. (p. 15 s).

³¹ Cabe referir, para um enquadramento do regime jurídico punitivo britânico e melhor compreensão do sistema das *Guidelines*, que as fontes da *Sentencing* são a lei (*statute*), o precedente (*judicial decision*) e as *Sentencing Guidelines*. Interessa, na economia deste estudo, relevar que é a lei que define o catálogo das penas, entre as quais se encontram a multa (*fine*) e a prisão (*imprisonment*), nas modalidades indeterminada ou determinada. Pelo que se refere a este último caso, a lei apenas indica, para a generalidade dos crimes, o limite máximo da pena de prisão, estando o juiz vinculado a este limite máximo legal na determinação da pena concreta.

tam da lista da *Guideline*. A natureza taxativa das circunstâncias é apontada como um dos aspetos mais restritivos da discricionariedade judicial das *Guidelines* em sede de determinação da culpa e do dano. Estas circunstâncias são descritas nas *Guidelines* como «os principais elementos factuais» relativos ao crime cometido. O seu relevo reflete-se no facto de que a determinação da *category range* é o passo com a maior influência na gravidade da pena. Pense-se, por exemplo, na *Guideline* para o *assault* que implica ofensa(s) corpora(l)is: se o juiz opta pela categoria mais baixa, corresponde ao caso uma pena não privativa de liberdade; mas se opta pela categoria imediatamente acima, já lhe cabe uma pena, cujo limite máximo é de 51 semanas de prisão. As *Guidelines* também indicam – é o segundo passo –, dentro da *category range*, o *starting point*, ou seja, a pena-base de que o juiz deve partir para determinar a pena final, que será encontrada seguindo os restantes passos previstos na *Guideline*. O passo «dois», entretanto, implica tomar em consideração outras circunstâncias, relativas ao crime cometido e ao agente, agravantes e atenuantes, agora já não indicadas taxativamente. As circunstâncias agravantes podem incluir – se quisermos utilizar de novo o exemplo do *assault* – o facto de o cometimento do crime ocorrer quando o agente prestou uma caução (*bail*) ou está no período de gozo de uma «licença de saída», ou, ainda, se encontra sob o efeito de estupefacientes ou em circunstâncias que significam abuso de uma posição de confiança; já as circunstâncias apontadas pela *Guideline* que diminuem a gravidade do crime e que podem resultar na aplicação de uma pena menos grave dizem respeito à não existência de condenações anteriores e ao facto de o crime ser um acontecimento ocasional e isolado na vida do agente. Uma série de circunstâncias muito diversas referidos ao agente é indicada como atenuante, tais como, ser primário, o remorso manifestado ou o «bom carácter e/ou o comportamento exemplar».

A *flexibilidade* é assinalada como uma das principais características das *Guidelines*. Desde logo, evidenciada na determinação da *category range*, no caso de o *Council* não se achar em condições de

pré-determinar todas as circunstâncias de medida da pena relevantes. Caso em que é a própria *Guideline* a derrogar a taxatividade destas circunstâncias e a remeter o juiz para a consideração, no caso concreto, de outras circunstâncias e a conferir, assim, neste primeiro passo do processo, valor exemplificativo ao elenco contido na *Guideline*. Depois, o *dever* imposto ao juiz é o de determinar a pena concreta dentro da *offence range* e não na mais restrita *category range*, estando apenas obrigado a fundamentar a medida da pena no caso de esta ficar, «no interesse da justiça», fora dos limites da *offence range*. É o que resulta³² das normas conjugadas da *Secção 125 da CoroJA 2009*³³: (1) *b*) o *dever* de o tribunal seguir a *Sentencing Guideline* relevante no caso – «every court ... must follow» – é flexibilizado pelo que é disposto a seguir: «unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so»³⁴; e (3) *b*) «(...) nada nesta *Secção* impõe ao tribunal um *dever* (...) de aplicar uma pena concreta no âmbito da *category range*»³⁵. De qualquer modo, é relevante ter presente que a consagração deste dispositivo resulta de um processo levado a efeito de alteração da *Secção 172 (1) da CrimJA 2003*, no sentido de uma maior vinculação da atuação judicial de determinação da medida da pena às *Guidelines*.

³² Cf. ROBERTS, Julian (nota 26), p. 42.

³³ É a norma contida no artigo 59, do *Sentencing Code*, com algumas modificações (não relevantes para o que está em apreço).

³⁴ *Secção 125 (1)*: «Every court (a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case, and (b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.»

³⁵ *Secção 125 (3)*: «The duty imposed on a court by subsection (1) (a) to follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case includes (...) (b) ...; but nothing in this section imposes on the court a separate duty, in a case within paragraph (b), to impose a sentence which is within the category range.»

Com efeito³⁶, à luz do que neste dispositivo se previa, o juiz devia simplesmente «tomar em consideração» («*must have regard to*») a *Guideline* relevante para o caso – o que significava que o juiz tinha liberdade para não seguir a *range* (moldura) prevista na *Guideline* e, além disso, para não fundamentar a sua decisão, quer estivesse em causa não respeitar a *offence range* ou a *category range*, em face da redação pouco clara da Secção 174 (2)³⁷. De resto, foi perante um entendimento que considerava *adequado* a fundamentação das decisões nestes casos que a própria jurisprudência se orientou no sentido de fundamentar as decisões que não respeitassem as *category ranges*. Até se chegar à formulação hoje em vigor constante da Secção 125 da *CoroJA 2009*, o caminho foi feito sempre em direcção àquele objetivo de maior vinculação das decisões de medida da pena às *Guidelines*, mas procurando, ao mesmo tempo, assegurar-lhes uma margem de discricionariedade, de modo a preservar, já na fase judicial da determinação da pena, a sua individualização. A preocupação com este equilíbrio está bem presente logo no trabalho produzido pelo *Sentencing Commission Working Group* (2008), que propôs substituir a fórmula «*must have regard to*» pela mais estrita de «*must apply*» – e, assim, maior vinculação do juiz às *Guidelines* –, a que acrescia, no entanto, uma cláusula geral derogatória, nos casos em que o juiz lograsse a convicção de que seria «contrário aos interesses da justiça» seguir as indicações da *guideline*; depois, manifesta-se no primeiro projeto de lei apresentada ao Parlamento (*Coroners and Justice Bill 2009*), que adotou a fórmula mais suave de limitação da discricionariedade judicial – «*must follow*», em vez de «*must apply*» –, mas que obrigou à fundamentação das decisões

³⁶ Cf. COPPOLA, Fabio, *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2022, p. 145 s. (p. 147 s.).

³⁷ A secção 174 (2), da *CrimJA 2003* faz referência a *qualquer «particular range»*.

nos casos de aplicação de pena diversa (*departure*) das que cabem nas *category ranges*; e finalmente tem expressão na redação em vigor – onde se manteve, como se viu, a força vinculativa da fórmula «*must follow*», reorientando o objeto a que o juiz deve obediência, quando circunscreve o dever de fundamentação às decisões sobre a medida da pena que ficam fora da ampla *offence range*.

2.2.3. Avaliação do sistema de *Guidelines*

No contexto da ordem de considerações que se vem fazendo, vale a pena acompanhar a avaliação que a reforma introduzida na Grã-Bretanha pela *CoroJA 2009* tem merecido do ponto de vista da racionalização da fase de *sentencing* – fala aqui *Ashworth* de uma reforma «lamentavelmente frouxa» (*pitifully loose*)³⁸, em contraponto com *Roberts*, que vê no esforço de formação sobre as *Guidelines* um aspeto de forte impacto racionalizador, independentemente do grau de cumprimento e fundamentação exigidos³⁹.

Por minha parte, assinalo a relevância primária, com efeito limitador da discricionariedade, das circunstâncias a ter em conta no primeiro passo na determinação da gravidade do facto. Ressalto, ainda, que a racionalização pretendida se liga fundamentalmente à uniformidade metodológica das decisões, discricionárias, de medi-

³⁸ ASHWORTH, A, (nota 29), p. 395.

³⁹ ROBERTS, Julian, «Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales», *British Journal of Criminology*, 2011 (2011a), p. 997s (p. 1011). A este respeito, cf., também, ROBERTS, Julian, «Chapter one – Punishing, more or less. Exploring aggravation and mitigation at sentencing», *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, Edited by Julian V. Roberts, Cambridge University Press, Online publication date: September 2011, p.1s (p. 7). ROBERTS, Julian / LORETTA, J. Stalans / INDERMUR, David / HOUGH, Mike, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries. Studies in Crime and Public Policy*, Oxford University Press, 2002, p. 93 s.

da da pena. A chave das *Guidelines*⁴⁰ está na criação de um *procedimento* a ser seguido na decisão sobre a medida da pena, cuja justiça radica mais na *fairness processual* do que na própria substância da decisão sobre ela.

Acompanha-se, assim, *Roberts*,⁴¹ quando assinala que as *Guidelines* podem ser vistas como «um algoritmo a ser seguido» pelos juízes. Elas refletem um procedimento de racionalização da determinação da medida concreta da pena, cuja preocupação se faz sentir, quer nos sistemas de *common law* quer continentais – também em sede nacional –, e, não só na fase de aplicação da lei como a nível legal. A exigência aqui presente de racionalização decorre da necessidade de promover o sentimento de confiança dos cidadãos na justiça em geral e na justiça penal em particular, minada, em parte, pela falta de previsibilidade e disparidades indesejáveis das decisões sobre as penas e a sua medida. A questão pode entender-se num contexto, mais amplo, de (crise de) legalidade penal.⁴² E, ainda, perante o alargamento da margem de discricionariedade da atividade judicial nos sistemas continentais, que se avizinhou da função mais criativa do *common law*, que, historicamente conhecendo uma ampla discricionariedade no âmbito da medida da pena, empreendeu um caminho para a sua limitação, através de *orientações*. Isto tem a ver com o protagonismo dos juízes, fazendo avultar a discricionariedade das suas decisões, longe do poder judicial nulo para que apontava *Montesquieu*. Também no nosso espaço continental de justiça, os juízes vão cada vez mais para além de intérpretes da lei e transformam-se em mediadores de interesses sociais, especificamente, populares e políticos. O que acontece, por seu turno, em face de modelos normativos marcados pela densidade de sentidos,

⁴⁰ Apontam neste sentido, ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon (nota 10), p. 14 s.

⁴¹ ROBERTS, Julian (nota 39, 2011a), p. 1011.

⁴² COPPOLA, Fabio (nota 30), p. 13 s.

em que a função jurisdicional amplia notavelmente os seus limites, não raras vezes atravessada por fortes tensões mediáticas, que se projetam com intensidade perturbadora nas suas decisões.

Além disso. Afigura-se urgente que o legislador tome essa tarefa em mãos. Ao apoiar mediante a *lei*, com mais determinabilidade, o processo de tomada de decisão do juiz sobre a medida da pena para o tornar mais racional, melhor nos podemos precaver de uma racionalização *outra*, algorítmica, que se vise obter com a entrada – inevitável, admite-se – nos nossos sistemas jurídicos de *civil law* de instrumentos de avaliação do risco, mais ou menos sofisticados, nesta fase específica da decisão judicial. Com efeito, a utilização destes instrumentos é já uma realidade nos sistemas de direito comum.⁴³ Com a algoritmização do procedimento de tomada de decisões na fase de *sentencing* e com a decisão a transferir-se do juiz humano para artefactos cada vez mais inteligentes criados por empresas privadas, que prometem objetividade nos resultados *versus* a discricionariedade da decisão do juiz, é o tempo de o legislador, legitimado para tal, criar, para juízes *humanos*, um «algoritmo a ser seguido» na tomada de decisões sobre a medida concreta da pena, que se quer que continue a ser um procedimento humano.

3. A revolução digital na aplicação da lei penal – significado

Importa, na economia destas considerações, apreciar o significado da utilização de instrumentos preditivos de IA na discricionariedade, necessária, da decisão de medida da pena.

⁴³ Sobre o tema, cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «A questão da pena e a decisão do juiz – entre a dogmática e o algoritmo», *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Coord: Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2020a), p. 219 s.

3.1. A justiça penal preditiva

É relevante lembrar que a revolução digital, com os seus instrumentos algorítmicos, facilitou a existência de uma justiça penal preditiva e conferiu-lhe uma *nova* previsibilidade.⁴⁴

Para perceber o que está em causa e desvendar, em parte, a razão por que na Europa continental é ainda rara a utilização de instrumentos preditivos em comparação com os sistemas de *common law*, vale a pena começar por olhar para os EUA e para o modelo de justiça penal aqui posto em prática, refletido nas finalidades da punição e na preocupação com a disparidade das penas aplicadas. Como é sabido, a reabilitação foi posta em causa, sobretudo, por uma lógica de eficácia na aplicação das penas, o que, combinado com aquela preocupação, apela muito mais à *matematização* da punição. E a utilização de instrumentos atuariais e, mais recentemente

⁴⁴ No direito penal, são muitos os domínios em que se exigem juízos sobre o futuro na base de acontecimentos passados – por exemplo, sobre a perigosidade quanto ao risco de cometimento de crimes futuros por parte de um condenado para efeitos de escolha da espécie de pena a aplicar-lhe -, sendo que, hoje em dia, dispõem-se de instrumentos algorítmicos que podem ser utilizados na tomada de decisões que envolvem esses juízos, o que catapultou a discussão para a diferença entre *previsibilidade* e *predição* desses juízos. A questão da *justiça preditiva* acompanha a discussão sobre ela, sendo que a sua definição difere sensivelmente consoante os atores em causa do sistema de justiça. Chega a referir-se como um conceito vazio de sentido e afirma-se que não há nada a prever, lembrando que não só dois juízes diferentes podem tomar duas decisões diferentes num mesmo caso, como também um só e mesmo juiz pode adotar decisões divergentes em casos que apresentam as mesmas características. Para uma aproximação a uma definição ampla de justiça preditiva, MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «Inteligência Artificial no Direito Penal – a Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização», *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, COORD. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Almedina, 2020, p. 11 s (p. 17 s e 24 s); *vide*, também, AMISANO, Maristella, «Prevedere – e non predire – attraverso gli algoritmi e le loro insidie», *Archivio Penale*, n.2, 2022, p. 1 s (p. 7, sugerindo uma distinção interessante entre «previsão do homem» e «predição do algoritmo»).

te, de tecnologias digitais, servem, numa parte muito relevante, uma cultura de controlo. Os novos cientistas de dados estarão a satisfazer, de outro modo, a mesma (necessidade de) racionalização a que respondeu, na segunda metade do século passado, a cibernética ou a teoria dos jogos, a análise de custos benefícios em relação ao crime ou a justiça penal baseada na incapacitação seletiva e na prevenção geral intimidatória – a regra *three strikes and you are out* é um bom exemplo do que se quer significar. As próprias *Sentencing Guidelines* em que se apoiam os sistemas anglo-americanos – cabe alertar, no contexto das presentes considerações –, não sendo tecnicamente instrumentos preditivos, apresentam similitudes com eles. Não se deve esquecer que a racionalidade que pretendem introduzir no processo de tomada de decisão sobre a medida da pena pode servir vários objetivos político-criminais. Cabe, por isso, ter presente que (também) a sua utilização pode servir uma racionalidade de controlo.

Depois, importa compreender que o que está em causa se relaciona com o tipo de processo penal – a forma de *realizar* a justiça penal, se se preferir dizer deste modo. Do lado americano, as fases de *sentencing* assumiram, no processo, uma importância crescente – para o que contribuiu, também, um sistema baseado cada vez mais na *guilty plea* e na *plea bargaining*, com *efeito burocratizante* na discussão do caso propriamente dito –, em comparação com os sistemas de justiça europeia continental, onde continua a manter destaque a fase de julgamento e de discussão da *questão da culpa*, com intensa intervenção humana e, assim, menos possibilidade de introduzir instrumentos de cálculo. Em última análise, amplifica o *gap* na utilização de instrumentos preditivos nos sistemas de *common law* e romano-germânicos o facto de a jurisprudência ser, ali, *horizontal*, levando-se o mais longe possível, nos EUA, designadamente, o princípio do «tratamento igual dos casos semelhantes»; e, nos sistemas continentais, ser *vertical*, apoiando-se no controlo exercido pelos tribunais superiores sobre a fundamentação das decisões dos tribunais inferiores.

Cabe, por sobretudo isto, ter presente que o relevo que assume a previsibilidade e, por aqui, a aplicação de IA à justiça penal nos sis-

temas de *common* e *civil law* é diferente, sendo que é reconhecida-mente menor o seu impacto na justiça penal dos sistemas romano-germânicos. Há vários aspetos fortemente enraizados nos sistemas europeus de *civil law* que lhe retiram espaço e enfraquecem esta característica de previsibilidade, como os atinentes à estrutura da carreira judiciária, com repercussões sobre o recrutamento de magistrados e os diferentes modelos de formação, a conferir ao poder judiciário características específicas de autonomia e independência, e a existência de um corpo de juízes anónimos, com competências (mais) técnico-jurídicas (do que políticas) a servirem de base ao seu processo de decisão em função do caso concreto *sub judice*. E em que o precedente, por contraposição ao sistema de *common law*, lhes é de menor valor a orientar a tomada de decisões. Já a regra *stare decisis* nestes sistemas apela à previsibilidade, a conformar-lhes a natureza, e favorece a utilização de instrumentos preditivos a limitar a discricionariedade judicial na tomada de decisões.

Neste cenário, não surpreende, no mundo anglo-saxónico, a implantação exponencial das tecnologias preditivas no procedimento de tomada de decisões nos tribunais – aliás, nas várias fases do processo judicial e não apenas na de *sentencing*. Assim, é sabido⁴⁵ como a partir dos anos oitenta, estes passaram a recorrer crescentemente a *abordagens baseadas em risco* (*evidence-based approaches*), que implicaram o uso de instrumentos de avaliação de risco, no caso, de técnicas atuariais que faziam previsões de resultados na justiça criminal – mais comumente, de risco de reincidência ou de não comparecimento em tribunal quando aplicada uma caução (*bail*). A primeira vaga de instrumentos de avaliação de risco baseou-se em fatores de risco estáticos ou predeterminados, como o históri-

⁴⁵ Cf. BRAYNE, Sarah / CHRISTIN, Angèle, «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, Oxford, 2021, p. 608 s. (p. 610 s.).

co de abuso de substâncias ilícitas ou a idade do cometimento do primeiro delito. Depois, a análise de risco evolui e passou a ter em conta fatores dinâmicos, como idade ou *status* de emprego (segunda vaga). Já os instrumentos mais recentes de avaliação de riscos (terceira vaga) são especificamente descritos como algorítmicos e de IA, no sentido de que dependem de uma recolha de dados «omnívora» e de modelos de *máquinas que aprendem* (*machine learning*) para identificar padrões relevantes (*relevant patterns*), tornando-se opacos (*black boxed*) quanto ao processo. Estes instrumentos são explicitamente concebidos para racionalizar a tomada de decisões e reduzir a discricionariedade judicial, fornecendo um conjunto claro de orientações (*guidelines*), pontuações e recomendações aos juízes (designadamente, mas não só) na fase de *sentencing*.

3.2. A legalidade penal digital e o novo determinismo

A caracterizar a nova justiça é conveniente salientar que o digital introduz, na análise de *Garapon e Lassègue*,⁴⁶ uma «ruptura radical com o direito», inaugurando uma nova semiogénese do direito que deixa de passar pela linguagem. Introduz, mais precisamente, uma *outra legalidade*, que procede de uma linguagem autónoma que depende muito pouco do direito – a «legalidade digital», no cruzamento da legalidade jurídica com a legalidade científica e tecnológica. E que demonstra, além disso, uma elevada eficácia, beneficiando de uma autoridade que entra em concorrência frontal com a legalidade e a autoridade e eficácia do direito tal como

⁴⁶ A este respeito, é fundamental a obra de GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean, *Justice Digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, 2018, *passim* (p. 169 s.); *vide*, também, GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean, «Autour de *justice digitale*: rencontre avec Antoine Garapon et Jean Lassègue», *Société de législation comparée «Tribonien»*, 2018/2, n.º 2, p. 84-89 (<https://www.cairn.info/revue-tribonien-2018-2-page-84.htm>).

o conhecemos. O que está em causa vai muito para além do que poderia considerar-se como mais um movimento de «*law and ...*», no caso sendo *law and mathematics*, e de o direito encontrar o seu critério de validade no exterior de si mesmo. É neste sentido que o digital traz a rutura – constrói um terceiro externo-interno: interno, porque a *Legaltech* não pretende extrair qualquer informação substancial de fora do direito; externo, porque se trata de um terceiro algébrico e não mais simbólico. A lei, então, que perde o monopólio da expressão da vontade soberana, deve ser transposta para programas. Ela tem, naturalmente, uma versão escrita numa linguagem jurídica; mas tem de ser codificada, transcrita para a linguagem digital para ser efetiva. Ela é ilegível, embora sendo operativa. É a ideia de *legal by design*.

Destaca-se⁴⁷ como a passagem da escrita alfabética para uma escrita *digital* projeta o discurso de uma decisão judicial «para fora do direito», produzindo uma alteração do seu sentido e colocando-a no domínio de uma «mitologia geral» de inteligência *artificial*. Os programas informáticos não são da mesma ordem que a construção coletiva (humana) do sentido. É o pensamento que, com a sua reflexividade e originalidade, lhe confere a especificidade *humana*. O sentido humano é plurivocal e vale tanto para a linguagem como para as condutas simbólicas (por exemplo, vestir-se de uma determinada forma em um certo contexto). Nada disto vale para o tratamento informático, num sistema de *inputs* e *outputs*, exatamente porque a informação supõe que o sentido está definido antes e mantém-se fixo e determinado durante a interação. É evidente que o tratamento da informação compensa de alguma maneira esta fixidez e determinação de sentido, através da colocação

⁴⁷ Vide, para o que se segue, GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018) p. 219 s.; e LASSÈGUE, Jean, «L'Intelligence Artificielle, Technologie de la Vision Numérique du Monde», *Les Cahiers de la Justice*, 2019/2, n.º 2, p. 208 s.

em memória de todos os sentidos já encontrados. Mas... o facto de se armazenar na íntegra um dicionário de português, por exemplo, nada nos diz como vai evoluir o sentido das palavras no futuro, o que nenhum dicionário pode conter! É a diferença entre um torneio de Go, em que uma máquina bateu, em 2016, o grande mestre sul-coreano *Lee Se-dol*, e um sistema aberto como é a linguagem natural, em que, diferentemente do jogo, a ideia de regra estrita não é pertinente. É assim que o tratamento de dados se afasta deliberadamente do raciocínio jurídico, desencadeando a passagem «da causalidade jurídica para a correlação prática». Fala-se de uma *nova* normatividade preditiva que, diferentemente da normatividade jurídica, não estabelece ligações entre proposições através da escrita alfabética, mas através de uma «pura correlação matemática» que não se funda no que as pessoas *vivem* na interação social em que participam. O simples tratamento digital de dados codificados desapoia a «nova norma» das duas dimensões, «social e hermenêutica», que caracterizam a norma jurídica e lhe conferem tantos conteúdos quantos os diversos tipos de ligações que a escrita alfabética permite. Com a nova norma, a decisão judicial procede da massa de dados a favor de uma solução e não do sentido da norma jurídica, obtido com a sua seleção, hierarquização e integração no direito. Neste contexto, alerta-se para o «imobilismo»⁴⁸ do ordenamento jurídico. Lembra-se – nas palavras de *Garapon e Lassègue*⁴⁹ – que o sentido da decisão judicial resulta «quer do próprio texto da decisão, quer do seu tratamento pela instituição para o erigir em jurisprudência» e refere-se como é exatamente esta relação que «é desvendada pelos *Big Data*»: agora, «*quantitas non auctoritas facit legit*»: é a massa das correlações – e não o raciocínio jurídico

⁴⁸ Assim, AMISANO, Maristella (nota 44), p. 17 s. Esta ideia é desenvolvida por nós, *infra*, sob 3.2.2. (quando se refere o «conformismo» das decisões judiciais).

⁴⁹ GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018), p. 226.

ou a *auctoritas* dos princípios – que *faz* a decisão. Cada caso alimenta um imenso banco de dados que permite uma previsão cada vez mais fiável da atuação da instituição e uma antecipação cada vez mais fina das decisões.

Esta rutura radical que o digital introduz no direito faz despontar um novo determinismo, cujos efeitos se fazem sentir, quer pelo lado do delincente, quer pelo lado do juiz.

3.2.1. Pelo lado do delincente

Um aspeto pode equacionar-se como «o desaparecimento da lei» tal como a conhecemos⁵⁰. A escrita alfabética da lei operava uma mediação essencial e indispensável à realização de duas qualidades essenciais do direito: a sua generalidade e a igualdade face a todos. A revolução simbólica do digital alterou o equilíbrio desta relação entre o indivíduo e (o direito através d) a lei geral e abstrata e igual para todos. Reconhece-se⁵¹ que o conceito de previsibilidade tem um significado especial no âmbito da moderna conceção de legalidade. A teoria da previsibilidade das normas penais parte de uma teoria liberal da lei penal e encontrou um farol na famosa crítica de *Bentham* aos juízes ingleses. A lei penal deve ser prévia, clara e certa para que as pessoas possam saber as consequências dos seus atos e autodeterminar-se de acordo com ela. Mas é preciso perguntar se esta função da lei é a mesma que é prometida, designadamente, pelos novos instrumentos de *mining* e análise de todas as decisões de uma jurisdição, procurando padrões de correspon-

⁵⁰ Assim, e no que que se segue, GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018), p. 245 s.; também, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 44), p. 46 s.

⁵¹ Cf. QUATTROCOLO, Serena, «An introduction to AI and criminal justice in Europe», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol.5, n.º 03 – set./dez. 2019, p. 1541.

dência entre decisões e (modo de ser de) juízes, ou com a utilização de instrumentos de avaliação do risco. Desta forma, para além de se assinalar, como já se referiu, a alteração que implica a revolução digital da própria conceção de direito e uma «transformação interna da normatividade» e como o conhecimento preditivo é não só performativo como conservador⁵², importa agora destacar como a justiça digital, paradoxalmente, acaba por conferir um maior peso ao passado em detrimento do futuro e corre o risco de bloquear qualquer tentativa de mudança do indivíduo. O delinquente – que está então adstrito a um futuro que depende de um cálculo sobre as suas possibilidades futuras determinadas em função de características do seu passado identificadas e avaliadas por instrumentos de IA e que pode ter de passar um longo período na prisão em virtude de um mau *scoring* – perdeu a liberdade, aberta pela lei, de mobilização das suas capacidades internas de que ninguém conhece antecipadamente as potencialidades. O seu futuro está comprometido numa nova relação entre ele e os *big data*, que produz o oxímoro de uma lei *individual*. A capacidade de resposta do delinquente é supérflua, já que a solução para o seu comportamento futuro é encontrada numa previsão determinista saída de um cálculo. Esta é a sua lei, no sentido de que é a lei que vale – só – para ele. Longe da lei kantiana ou rousseauiana e do sujeito autónomo que se dá a si mesmo a sua lei, *ele é, ele mesmo, a sua lei*⁵³.

Da mesma forma que ficou comprometido o modo como os

⁵² Remete-se para AMISANO, Maristella (nota 44), p. 17 s. (v. nota 48, supra); também, neste sentido, GIALUZ, Mitja, «Quando la Giustizia Penale encontra l'Intelligenza Artificiale: Luci e Ombre dei *Risk assessment Tools* tra Stati Uniti ed Europa», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 21.

⁵³ Assim, GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018), p. 259: o sujeito «secreta ele próprio a sua lei, pelo seu comportamento e pelo seu modo de vida. (...). Esta lei não foi coletivamente decidida (...), está inscrita no seu comportamento individual».

indivíduos são interpelados pela norma – deixaram de ser chamados para explorar as suas próprias capacidades e passaram a ficar «colados» a uma categoria pré-constituída -, também a norma jurídica perdeu, erradicada pela revolução digital, a plasticidade que lhe permite reelaborar-se pela interpretação – esse ir e vir entre a norma e o facto que cria a norma na sua aplicação. «A lei tornou-se muda»⁵⁴. É aqui que se inscreve, ainda, a orientação seguida nos Estados Unidos no âmbito da justiça penal no sentido de uma *evidence based sentencing*, em que a punição deve desligar-se da gravidade do facto para passar a ser proporcionada ao risco que o indivíduo representa para a sociedade. Esta prática de uma «condenação baseada em dados», vai contra séculos de doutrina penal que se reclama de um *direito penal do facto*. O direito penal esforça-se por distinguir o facto praticado e censurável das motivações pessoais e do comportamento geral, anterior e posterior ao facto, do indivíduo, tomando-as em consideração na medida em que são suscetíveis de o esclarecer e apreender na sua totalidade. Mas isto significa tomar em conta a pessoa por detrás do facto, numa certa medida ainda também para lhe aplicar uma punição adequada, mas não o regresso a um direito penal de preconceitos e pré-juízos, que surge disfarçado pelo digital. Agora, é o perfil algorítmico – aquilo que o agente é algorítmicamente – que faz desaparecer o facto praticado e a interpretação é erradicada e substituída pelo determinismo. Uma dimensão que a justiça preditiva não pode tomar em consideração é a do *contexto tal como foi vivido* pelo delinquente que comete um crime, por oposição ao *contexto tal como os big data o pode formalizar*. Perspetiva-se o comportamento humano no enquadramento preditivo de um computador e de acordo com uma nova normatividade algorítmica – feita de padrões -, que pesa, não apenas a

⁵⁴ GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018), p. 255.

favor da renúncia à interpretação do julgar, como, além disso, da progressiva desvalorização do momento do julgamento, que persiste em permanecer caro aos sistemas de *civil law*.

3.2.2. *Pelo lado do juiz*

Este cenário algorítmico convida, então, a repensar as condições do exercício da função judicial com autonomia, mesmo quando se entenda, como é o caso – de acordo com um modelo colaborativo entre capacidades humanas e sistemas autónomos e de IA –, que a decisão judicial não se torna totalmente automática e o algoritmo funciona como um *co-bot*, em vez de um *robot*.⁵⁵ Tendo em conta a tendência humana para confiar nos resultados de um procedimento automatizado, a submissão do juiz à máquina e a devolução da decisão sobre a punição ao algoritmo são riscos que não devem

⁵⁵ Assim, no sentido de que o algoritmo se limitaria a sugerir ao juiz resultados no domínio punitivo, de acordo com as variáveis por este indicadas, sem nunca o substituir totalmente na sua valoração discricionária, SOURDIN, T., «Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making», *University of New South Wales Law Journal*, n.º 4/2018, p. 1114 s. (p. 1130); também HALL, M.J. / CALABRO, D. / SOURDIN, T. / STRANIERI, «Supporting Discretionary Decision-Making with Information Technology: A Case Study in the Criminal Sentencing Jurisdiction», *University of Ottawa Technology Journal*, n.1/2005, p. 1 s., defendendo que o algoritmo «auxilia» o juiz na consideração dos fatores a ter em conta para a determinação da pena; e AMISANO, Maristella (nota 44), p. 19s. Neste contexto, importa ainda não deixar de referir que, no ordenamento jurídico português – Lei nº 59/2019, de 8 de agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, que transpõe a Diretiva 2016/680, de 27 de abril de 2016 –, são proibidas as decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, «que produzam efeitos adversos na esfera jurídica do titular dos dados ou que o afetem de forma significativa, exceto quando autorizadas por lei, desde que seja previsto o direito de o titular dos dados obter a intervenção humana dos responsável pelo tratamento» (Artigo 11º, n.º 1).

ser ignorados. Trata-se do fenómeno conhecido por *enviesamento automático* (*automation bias*), que ocorre quando um decisor humano não toma em conta ou não procura informação contrária, em face de uma solução gerada por um computador⁵⁶. Há já uma elaboração teórica sobre este problema, que mostra como, uma vez oferecida por um instrumento *high-tech* um resultado, é extremamente oneroso para o humano refutar aquele resultado e tomá-lo apenas como uma «recomendação». Normalmente, a pessoa que tem de decidir valora de uma forma mais positiva do que neutral a recomendação automática, apesar de estar alertada para que pode ser incorreta, imprecisa ou incompleta.

Esta forma de «pressão» sobre o juiz é nova, não tanto ou não só na medida em que equivale, sob forma digital, à consciência coletiva – da instituição judiciária – presente na consciência do juiz quando decide o caso particular, mas enquanto funciona como um controlo de natureza diferente do hierárquico – que tem no recurso para os tribunais superiores a sua expressão -, exercido diretamente sobre o medo de fazer ou ser diferente do juiz. Esta espécie de «normatividade secundária que se substitui à norma de direito» e em que se transforma a justiça preditiva impele ao conformismo. Esta pressão, que não é assumida pelo juiz, arrisca-se a distrair o juiz da sua própria experiência profissional e a impedi-lo de fazer valer a interpretação na decisão. O que mais teme este novo juiz é estar isolado, ser designado como a «ovelha tresmalhada» do sistema, desviar-se do «padrão» dado pela máquina. A «nova» pressão evoca o poder performativo do digital, enquanto «siste-

⁵⁶ Cf. CUMMINGS, M.L., «Automation bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems», <https://arc.aiaa.org>, 2012, p. 2; e FREMMAN, K., «Algorithmic injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in state v. Loomis», *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol.18, Issue 5, 2016, p. 75-106 (<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol18/iss5/3>).

ma de recomendações» que exerce nos juízes uma influência de cunho *especial*, apesar de não pretender fornecer-lhes «a» solução, como já se adiantou. Pode ser, ainda, «horizontal», «dissimulada» ou «espontânea», «inconsciente», enquanto lhes indica «o que cem colegas seus decidiriam em casos semelhantes». Esta pressão sobre os juízes coloca a justiça como *fairness* em contraponto com uma justiça como *fitness*⁵⁷.

A jurisprudência é um sistema de sabedoria coletiva *autocorrectiva*. A lição contida na publicação da opinião dissidente colhida do *common law* incentiva a argumentação jurídica e ilustra bem como um julgamento é um raciocínio coletivo, com uma dinâmica que impede o juiz de se deixar formatar⁵⁸.

A questão vai para além da opacidade do algoritmo e das soluções que podem ser pensadas para se obter uma *explicação* de uma tomada de decisão, em que a *explainable AI* trabalha intensamente. E prende-se com o que os instrumentos digitais significam na conceptualização da determinação da pena – será oportuno reforçar que eles transformam de forma radical e fecham o direito à discricionariedade necessária da decisão judicial na medida da pena.⁵⁹ A este aspeto, ligado à fundamentação das decisões judiciais, voltarei adiante.

⁵⁷ Assim, GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean (nota 46, 2018), p. 316, que referem como a «nova» pressão sobre os juízes é reveladora de uma reorganização mais geral do controlo, que logra menos a forma de uma normalização direta e autoritária dos comportamentos e mais de uma pressão sobre o alinhamento das decisões e como este controlo é bem conhecido, em geral, da sociedade contemporânea, expressando-se pela lógica do binómio inclusão/exclusão, parte/pária (pp. 282 e 283).

⁵⁸ Cf., a este propósito, a solução do Código de Processo Penal Português (Artigos 367º, n.º 1 e 372º, n.º 2). Sobre a questão, cf. GARAPON, Antoine, *Interview, Dalloz Actualité, Le quotidien du droit. Édition du 13 Juillet 2022*, <https://www.daloz-actualite.fr/printmail/interview/antoine-garapon-numerique-est-un-remede-lenteur-de-justice>

⁵⁹ MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 43), p. 219 s.; *id.*, «Justiça Penal e Inteligência Artificial – uma justiça *fitness*?», AAVV, Tirant lo Blanch, 2023, em curso de publicação.

4. Uma proposta de racionalização da determinação da pena: um tipo (ou tipos) de medida da pena

Há um consenso sobre a necessidade de conferir maior racionalidade ao procedimento de determinação da medida concreta da pena, refletindo o grau de gravidade dos diferentes crimes e as necessidades de prevenção geral e especial e capaz de promover a coerência, a proporcionalidade e a previsibilidade das decisões tomadas a este respeito pelos juízes. E de que já fez eco, em 1992, o Comité de Ministros do Conselho da Europa⁶⁰, através da recomendação⁶¹ da utilização – tendo por pano de fundo o princípio da independência do poder judicial e no âmbito do respeito pelos princípios constitucionais e tradições jurídicas dos Estados Parte – de duas técnicas para melhorar a coerência na determinação das penas – as *sentencing orientations* e os *starting points*⁶². No caso das

⁶⁰ O Conselho da Europa, na sequência do 8º *Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa*, realizado em Estrasburgo, em 1987, sobre o tema «Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções», aprovou, em reunião do Comité de Ministros, de 19 de setembro de 1992, a Recomendação n.º R (92) 17, relativa à coerência na aplicação das penas.

⁶¹ Cf. Recomendação n.º R (92) 17, *cit.*, *Appendix*, B, 3., a., b., c. e d. Cf., ainda, Recomendação, sexto parágrafo.

⁶² No caso das *sentencing orientations*, trata-se de níveis de medidas da pena para diferentes variantes de um crime, em função da presença ou da ausência de diversos fatores agravantes ou atenuantes, deixando aos tribunais a liberdade de partirem das orientações; quanto aos *starting points*, está em causa a indicação, para diferentes variantes de um crime, de uma medida de pena, que poderá ser aumentada ou diminuída pelo juiz, de acordo com a consideração de fatores agravantes e atenuantes. Em qualquer caso, sublinha-se, não se trata de defender um *guideline system*, «do género daquele que existe em algumas jurisdições dos Estados Unidos da América» (Conselho da Europa, «Consistency in Sentencing Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum», *Criminal Law Forum* 4, n.º 2 (1993), p. 355 s.; p. 370). E prossegue-se (*ibidem*): o que se propõe é «o desenvolvimento de outras técnicas

sentencing orientations, trata-se de níveis de medidas da pena para diferentes variantes de um crime, em função da presença ou da ausência de diversos fatores agravantes ou atenuantes, deixando aos tribunais a liberdade de partirem das orientações; quanto aos *starting points*, está em causa a indicação, para diferentes variantes de um crime, de uma medida de pena, que poderá ser aumentada ou diminuída pelo juiz, de acordo com a consideração de fatores agravantes e atenuantes. Em qualquer caso, sublinha-se, não se trata de defender um *guideline system*, «do género daquele que existe em algumas jurisdições dos Estados Unidos da América». ⁶³ E prossegue-se: ⁶⁴ o que se propõe é «o desenvolvimento de outras técnicas mais consentâneas com as tradições jurídicas europeias. *A coerência na abordagem* é o objetivo, mais do que a coerência aritmética dos resultados» (itálico nosso).

De certa forma, exprime-se, assim, o reconhecimento de que não resolve os problemas práticos que o processo de determinação da pena suscita uma teorização sobre a questão centrada no(s) modelo(s) a que deve obedecer. É a partir daqui que tem início, para o juiz, a determinação da medida concreta da pena. Dito de outro modo: a questão da determinação da medida da pena é uma questão eminentemente prática. Cabe ao magistrado judicial a concretização do substrato da medida da pena ou «facto para efeito de medida da pena» ⁶⁵, para o qual vão relevar, pela via da culpa e da prevenção, fatores de medida da pena. E, assim, quer num caso quer noutra, fatores atinentes ao facto e ao agente, que,

mais consentâneas com as tradições jurídicas europeias. *A coerência na abordagem* é o objetivo, mais do que a coerência aritmética dos resultados».

⁶³ Conselho da Europa (CE), 1993, p. 370.

⁶⁴ *Id, ibidem*.

⁶⁵ Assim, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 580 s. (cf., especialmente, p. 646; nota 126 (p. 646) e p. 657 e nota 165).

de um ponto de vista dogmático – colocados, decisivamente, ao nível da doutrina da medida da pena como fatores que contêm diretamente com a teoria das consequências jurídicas do crime -, relevam ao nível da «punição» e integram a «punição» e a «infração»⁶⁶; e que, de um ponto de vista prático, devem ser valorados e ponderados para, a partir daí, se retirarem as indicações capazes de determinar a *quantidade* de pena adequada ao caso concreto. O «facto» que está em causa apreciar «para efeito (de determinação) da medida da pena» é *outro* – diferente do facto praticado -, cujo sentido e alcance/delimitação se origina ao nível da pena e no momento da decisão judicial sobre ela.

A este propósito, importa começar por salientar um primeiro feixe de aspetos, que se prende com a identificação que o juiz deve levar a efeito dos fatores de medida da pena que relevam no caso concreto.

Desde logo, deve sublinhar-se que, no âmbito de um direito penal preventivo, há outros fundamentos da punição – no sentido de fatores a ter em conta na concreta determinação da pena – para além dos da culpa, justificados à luz das exigências de prevenção geral e especial. Depois, não esquecer que, diferentemente do que é o caso com o juízo de culpa – que impõe a consideração de fatores que se referem unicamente ao facto cometido e, assim, a circunstâncias que apenas têm a ver com a gravidade do ilícito típico cometido pelo agente e com a culpa que manifesta na sua prática⁶⁷ -, a avaliação das necessidades preventivas a satisfazer com a aplicação da pena concreta implica a valoração de circunstâncias alheias ao facto, isto é, atípicas ou extratípicas atinentes à pessoa do agente e à comunidade em geral. Sendo certo que, deste ponto de vista (pre-

⁶⁶ Assim colocando, decisivamente, do meu ponto de vista, os fatores de medida da pena ao nível da doutrina da medida da pena como fatores que contêm diretamente com a teoria das consequências jurídicas do crime.

⁶⁷ MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 658 s.

ventivo), é um juízo de proporcionalidade⁶⁸ entre a gravidade da lesão dos direitos do agente (com a aplicação da pena) e a (medida d) as necessidades preventivas entre si articuladas – a utilidade da pena para a prevenção – que define a pena concreta a aplicar.

Depois – segundo aspeto -, importa assumir que, sendo agora este o momento em que o juiz deve proceder às verdadeiras operações de quantificação da pena, é aqui que as exigências ínsitas no princípio da legalidade da pena e de subordinação da sua aplicação à lei têm levantado mais dificuldades a um progresso no sentido da racionalização do processo de determinação da medida concreta da pena. A racionalidade «normativa» tem aqui limites que vêm sendo apontados pela doutrina e experimentados pela jurisprudência. Referem-se⁶⁹ as inelimináveis componentes e variáveis subjetivas que caracterizam este último e decisivo momento, que constituem o principal argumento daqueles que, conservando uma atitude de essencial ceticismo quanto aos esforços de dogmatização da atividade de determinação judicial da pena, insistem em sublinhar-lhe o carácter francamente intuitivo. É difícil vincular o processo de tomada da decisão judicial sobre a grandeza numérica da pena a qualquer critério normativo que o submeta a uma única e correta correspondência entre a gravidade do crime cometido – do ponto de vista da culpa do agente pelo facto ilícito praticado e das necessidades preventivas – e a sua expressão aritmética. Este é o momento em que o juiz está sozinho – em solidão com a sua subjetividade -,

⁶⁸ Sobre o papel do princípio da proporcionalidade (e também da culpa) na determinação da medida concreta da pena, cf. FRISCH, Wolfgang, «Schulgrundsatz und Verhältnissmassigkeitgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (NStZ), Heft 5, 2013, p. 249 s. (p. 252 s.). *Vide*, também, COPPOLA, Fabio (nota 30), p. 13, que gráfica e expressivamente se refere à «busca da propor(ra)cionalidade perdida».

⁶⁹ Assim, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 585 s. (e também p. 81 s.); *id.*, (nota 59).

sem quaisquer «orientações» que o auxiliem na tarefa de quantificar as circunstâncias concretas que devem entrar – que entram – na valoração do crime cometido por aquele agente e encontrar – *descobrir* – a pena correta.

Aqui chegados, adivinha-se o relevo da questão da racionalização da medida da pena nos nossos sistemas jurídicos continentais, designadamente no nosso, e a necessidade de que o legislador se empenhe mais afincadamente na consecução deste objetivo. Nem surpreenderá porque considero tão importante a inspiração que se pode colher das *guidelines* para o nosso direito continental, na sua face de conterem orientações para os juízes no procedimento de tomada de decisão sobre a medida da pena bem mais precisas do que a mera indicação de fatores exemplificativos e, ademais, ambivalentes, a funcionarem quer pela via da culpa quer da prevenção, em sentido quer agravante quer atenuante. E em que o juiz, conseqüentemente, se acolhe mais ao modelo *teórico* do que ao modelo legal de determinação da pena. É isto que tem dado azo à denúncia do caráter isotérico das reflexões teóricas sobre a determinação da pena, isoladas da *praxis*. É assim que, entre defender a impossibilidade de juridificação do procedimento e a pura automatização, julgo que pode situar-se uma discricionariedade judicial que aponta para uma *self-restraint* do juiz que deve encontrar arrimo, como já sustentei, no facto para efeito de medida da pena. A ser construído pelo legislador, acrescento agora, como um *tipo* ou *tipos de medida da pena*, respetivamente, para um conjunto de crimes ou para cada crime.

A proposta que se apresenta é a de criação, pelo legislador, de tipo(s) de medida da pena, que indica(m) um sistema de fatores relativos à medida da culpa, que atribuem uma quantidade justa e *adequada* de pena a um determinado grau de culpa, e um sistema de fatores relativos a exigências preventivas, que definem uma pena *proporcional* à sua satisfação. A racionalização da determinação da medida da pena pressuporia, assim, a consideração pelo juiz de uma série de fatores, de raiz empírica, *indicados pelo legislador em tipos de medida da pena*, que concretiza(m), para um crime ou

uma categoria de crimes, os critérios jurídicos genéricos da culpa e da prevenção previstos no Artigo 71º, n.º 1, do Código Penal, coadjuvando-o no procedimento de adequação das molduras penais abstratas ao caso concreto. Fatores que – ênfase – se referem a circunstâncias unicamente relativas ao facto cometido e, assim, a circunstâncias que apenas têm a ver com a gravidade do ilícito típico cometido pelo agente e com a culpa que manifesta na sua prática; e fatores relativos a circunstâncias alheias ao facto, isto é, atípicas ou extra-típicas, atinentes à pessoa do agente e à comunidade em geral. A fundamentação *material* da decisão que assim se lograria tornaria transparente o *procedimento* seguido de valoração dos fatores – no primeiro passo, de valoração de fatores relativos ao facto cometido para a identificação da *moldura concreta da pena*, em função da gravidade da culpa e do dano produzido. Esta moldura de pena, que é uma moldura da culpa e nunca poderia ser derogada *apenas* no seu limite máximo, abriria o caminho – segundo passo do procedimento -, mediante a valoração de fatores adicionais (extra-típicos), para encontrar a *pena final proporcional* à satisfação das exigências preventivas. A *utilidade* da determinação daquela moldura concreta de gravidade do facto (moldura concreta de culpa) reside na possibilidade que permite de *auto-controlo* (e também de hétero-controlo) *do juiz* na tarefa de determinação da pena final preventiva *em confronto* com a pena da culpa. Uma questão a merecer ulterior reflexão consiste em saber se a lista destes fatores seria total ou parcialmente taxativa ou lhe deve corresponder a indicação da relevância agravante e/ou atenuante para efeitos de culpa e/ou de prevenção.

Com isto, não se ilude a questão que é a de, numa tomada de decisão judicial, quando se trata de decidir sobre a punição, estar em causa um procedimento em busca de uma decisão que é a melhor decisão para o caso – em termos *dworkianos*, correta: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas sim o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles ofere-

cem em relação ao direito de uma comunidade política.⁷⁰ O que se pretende destacar é que à função judicial está ligada a dimensão de compreensão do caso concreto e das características da pessoa a ser julgada e punida, que é o elemento que assegura a prudência da decisão e favorece a sua aceitação pelos destinatários e pela comunidade. E, neste sentido, a discricionariedade⁷¹ é inerente ao exercício da função, em qualquer processo de decisão que envolva determinar a culpa e punir quem cometeu um facto criminoso.

Não está em causa, aqui, entrar em detalhes, mas justifica-se lembrar⁷² que na relação entre ambiente e esquemas de ação, estes alimentam-se do ambiente que os transforma, sem que esta transformação seja integralmente descritível em regras fixadas antecipadamente – o que está em causa é observar do exterior a forma que toma a interação entre esquema de ação e ambiente, para tentar determinar o efeito de adaptação que essa interação mantém com o objetivo visado pelo esquema de ação. É aqui que surge a interpretação como uma exigência permanente, porque o que se considera como objetivo releva de um acoplamento de que não se conhece antecipadamente a forma, que não está fixada definitivamente em uma regra. E que pode afirmar-se, também ao nível da decisão judicial, que ela não prescinde da interpretação.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 127 s.

⁷¹ Neste sentido, especificamente para a função judicial de determinação da medida da pena, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 2), p. 79 s. (especialmente, p. 93 e 94); *id.*, «Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149º, n.º 4021, Março-Abril, 2020 (2020b), p. 258 s.; *id.*, (nota 41), p. 219 s. (especialmente, p. 238).

⁷² Remete-se, aqui, para o estudo de LASSÈGUE, Jean (nota 47), p. 213 s.; *vide*, também, MIRANDA RODRIGUES, Anabela (nota 59).

Isto tem a ver com o que *António Damásio* nos ensinou no *Erro de Descartes* e com o Caso *Eliot*⁷³ ou o filósofo e cientista *M. Brady*, no seu *Emotional Insight: the Epistemic Role of Emotional Experience*⁷⁴: as emoções, que têm raízes no *self* físico do ser humano, são uma componente essencial do raciocínio e da decisão. Sem emoções, uma pessoa pode raciocinar, mas não pode decidir. As emoções motivam-nos a encontrar razões, que, elas próprias, *não são* razões; mas são reflexivas: quando refletimos, as emoções podem alargar a perspetiva do agente, corrigir preconceitos e refinar o julgamento. Isto é *essencial para a decisão*, também judicial. Por seu turno, os destinatários estão mais dispostos a aceitar uma decisão se pensam que é *fair*. Por vezes, uma decisão tem de ser adaptada às partes por forma a permitir-lhes partilhar o seu próprio conteúdo.

Outro aspeto tem a ver com o processo de decisão do juiz. Não precisamos de ir ao realismo jurídico nem ao seu renomado intérprete – o juiz norte-americano *Jerome Frank*, que dizia que a decisão judicial não é previsível, porque é o resultado de uma intuição e não de um raciocínio e que o juiz chega a uma decisão antes de a tentar motivar -, nem relembrar a sua fórmula caricatural – a justiça «*is what the judge ate for breakfast*» -, hoje desmistificada em vários estudos⁷⁵. Há investigações conduzidas no âmbito das neu-

⁷³ DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*, 1994.

⁷⁴ BRADY, M., *Emotional Insight: The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁷⁵ Cf. DANZIGERA, Shai / LEVAVB, Jonathan / AVNAIM-PESSOA, Liora, «Extraneous factors in judicial decisions», Edited by Daniel Kahneman, Princeton University, Princeton, NJ, and approved February 25, 2011 (www.pnas.org/legi/doi/10.1073/pnas.1018033108), cujo estudo mostra que o processo de decisão humano em geral, e também o dos juízes, não é imune à influência de fatores externos irrelevantes: «the likelihood of a favorable ruling is greater at the very beginning of the work day or after a food break than later in the sequence of cases. (...) the likelihood of a ruling in favor of a prisoner spikes at the beginning of each session—the

rociências que provam a relação neuronal entre uma experiência de um comportamento injusto e o desejo de infligir uma punição⁷⁶. *A Ilusão de Ponzo* é suficiente para nos manter alerta perante a hipótese de arbitrariedade da decisão judicial e para nos conduzir na tentativa de perceber como é que é possível melhorar o processo de raciocínio humano. Que, entretanto, não se deixa aprisionar nas teorizações de cognitivistas ou em raciocínios dedutivos: ali, quando os sistemas intuitivos não são devidamente articulados com os sistemas analíticos; aqui, porque quando o juiz decide – *judgement in law* –, a dedução não pode ser tão rigorosa como a regra descrita na disposição, porque a efetiva aplicação da regra ao caso depende da interpretação da disposição. *Aristóteles* referiu-se já ao «silogismo imperfeito» – o que requer a adição de vários objetos, necessários, mas que não foram assumidos nas premissas. Um exemplo do que está em causa é o da ponderação entre direitos ou liberdades, que depende das particulares circunstâncias do caso que não podem ser reduzidas a uma dedução perfeita.

Entende-se, então, que eu diga que a racionalidade que se exprime na decisão judicial quanto à medida concreta de uma pena convoca a discricionariedade; ou, como se aceita além-manha, deve contar com uma margem de flexibilidade. Porque, agora numa formulação mais chegada às nossas preocupações punitivas, a relação do juiz com o facto, o condenado e a situação é uma relação *existencial*.⁷⁷ E que, do mesmo passo, saliente a necessidade

probability of a favorable ruling steadily declines from ≈ 0.65 to nearly zero and jumps back up to ≈ 0.65 after a break for a meal. (...) from the perspective of the prisoner, there is a clear advantage to appearing at the beginning of the session (i.e., either at the beginning of the day or immediately following the break).»

⁷⁶ Cf. SEYMOUR, Bem / SINGER, Tania / DOLAN, Ray, «The neurobiology of punishment», *Nature Reviews- Neuroscience*, Volume 8, April 2007, *passim* (p. 301 s.).

⁷⁷ Apela-se, agora, a STRECK, Lénio L., *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 6ª Edição, 2017, *passim*;

de estruturar a discricionariedade ou a flexibilidade através de um procedimento que, em maior ou menor medida definido na lei ou em *guidelines*, impõe ao juiz o método para atingir a decisão final.

O problema da discricionariedade prende-se com o *método*. É por isso que o «algoritmo legal» é tão importante. Indicar em tipo(s) de medida da pena os fatores e qual a sua relevância para encontrar a pena concreta a aplicar será um contributo fundamental para alcançar a vinculação desejável do juiz à lei e para que, como seu efeito, se alcance a racionalidade possível desse processo de decisão.

5. A concluir

Não se pode recusar uma componente intuitiva nos processos de tomada de decisões, que lhes confere uma dimensão humana, posta em destaque de forma ímpar em *Noise: A Flaw in Human Judgment*⁷⁸. Isto é o que se quer significar quando se diz que «uma decisão é ‘uma questão de julgamento’». O problema reside em que, por vezes, o *ruído* (*the noise*) – a possibilidade de variabilidade dos julgamentos – está acima do que se poderia considerar razoável – e, portanto, aceitável.⁷⁹ É por isso que é tentadora a chave/van-

cf., também, STRECK, Lénio L. / BERNST, Luisa G. / GOMES, Jefferson de Carvalho, «Inteligência Artificial: Mesmos Problemas, mas na Versão Hi-Tech/Artificial Intelligence: Same Problems, but un Hi-Tech Version», *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, ago./dez, 2021, vol. 13, n.º 25, p. 333 s. (p. 338). Sobre a relação humana com o mundo externo, que não permite a nossa apreensão deste através simplesmente do cálculo e exige «sentido físico», LASSÈGUE, Jean (nota 47), p. 211 s.

⁷⁸ A referência é a KAHNEMAN, Daniel / SIBONY, Olivier / SUNSTEIN, Cass R., *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark – Hachette Book Group, 2021. Cf. também KAHNEMAN, Daniel / ROSENFELD, Andrew M. / GANDHI, Linnea / BLASER, Tom, «Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making», *Harvard Business Review*, October 2016, p. 10 s.

⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel / ROSENFELD, Andrew M. / GANDHI, Linnea / BLASER,

tagem oferecida pelos algoritmos – as predições e as decisões que geram são (ou podem ser) livres de ruído.

Nas decisões judiciais e, em particular, nas decisões sobre a medida das penas que temos em vista neste estudo, a discricionariedade está entre duas colunas de Hércules⁸⁰: a rígida aplicação de disposições legais muito estritas – molduras penais demasiado estreitas, por exemplo – ou a arbitrariedade dos juízos decisórios subjetivos. Seria ingênuo acreditar que é possível imunizar totalmente esse procedimento decisional de impulsos intuitivos. Qualquer reforma no domínio da determinação da pena tem de se confrontar com a vulnerabilidade da discricionariedade a variáveis irracionais e, ao mesmo tempo, evitar a tentação de pretender bani-las totalmente da decisão. A bondade de uma disciplina legal reside, exatamente, na sua capacidade para conter dentro de limites toleráveis o subjetivismo.

A lição contida nas *sentencing guidelines* mostra-nos que entre os ditames normativos gerais e as decisões nos casos concretos deve existir um mínimo denominador comum, que consiste na uniformidade do método – ao aplicar a norma na formulação do seu juízo, a decisão daquele juiz, embora na sua irrepetibilidade quanto ao resultado, foi tomada na base do mesmo método com que é tomada qualquer outra decisão de qualquer outro juiz. No ordenamento britânico, designadamente, a história das *guidelines* reflete a evolução da discricionariedade concedida aos juízes na *sentencing*, no sentido de a estruturar e conformar a parâmetros de previsibi-

Tom (nota 78): «Research has confirmed that in many tasks, experts' decisions are highly variable: (...) sentencing criminals (...), and more. The unavoidable conclusion is that professionals often make decisions that deviate significantly from those of their peers, from their own prior decisions, and from rules that they themselves claim to follow» (p. 11).

⁸⁰ A imagem é de COPPOLA, Fabio (nota 36), p. 85.

lidade e transparência. Numa via peculiar em relação ao precursor modelo americano, elas apresentam-se como um instrumento que procura aproveitar a ampla margem punitiva concedida por lei aos juízes para criar um procedimento uniforme a seguir *step by step* em vista da determinação da medida concreta da pena. Deste modo, as *guidelines* buscam estruturar a discricionariedade, prevendo, como vimos, para os diferentes tipos de crimes molduras limitadas de penas (*offence ranges*) correspondentes a outros tantos níveis de gravidade do crime (*category ranges*). No espaço de tais molduras já estreitadas de penas, indicam, depois, ao juiz um ponto ideal de partida (*starting points*) e o procedimento lógico que este deve seguir para elevar ou baixar a pena assim identificada, em ordem a encontrar a pena final concreta a aplicar ao condenado.

Hoje já se pode dizer que a utilização das *guidelines* não revolucionou a fase de *sentencing* na Grã-Bretanha. Mas elas têm desempenhado uma função muito relevante na sua racionalização, logrando afastar da prática punitiva os excessos de subjetivismo decisional. Um dos resultados mais apreciáveis da utilização de *guidelines* são os ganhos em termos de previsibilidade e transparência de resultados – «como» e «que» penas são aplicadas. Além disso, o estabelecimento de um modelo de medida da pena assim estruturado, cujos passos são refeitos na fundamentação das decisões, tem o mérito de permitir ao juiz clarificar, primeiro para si próprio, e depois em relação ao condenado e à comunidade, os motivos da sua decisão sobre o *quantum* da pena. O método de decisão do juiz reverbera na fundamentação, refletindo-se na sua racionalização.

Não é de estranhar, assim, que o meu discurso se dirija, em primeiro lugar ao legislador, a quem se pede que indique com maior determinabilidade o método a seguir na valoração dos fatores de medida da pena tendo em vista uma decisão mais racional sobre a punição. Conta-se já com uma orientação legal preciosa quanto às finalidades das penas e ao modo de articulação entre elas. Inspirado, agora, no contributo das *sentencing guidelines* a propósito do método, é uma exigência que avance na determinação de tipo(s)

de medida da pena – este é desafio hoje. Para que na determinação judicial da medida da pena possa reduzir-se – não eliminar-se – o resíduo irracional da pena. E para ser com menos constrangimento – para uma penalista – que tem de confessar-se que a medida final exata de pena aplicada por um juiz a uma pessoa condenada não tem fundamentação possível.

Todo o esforço de racionalização da medida da pena que venha a fazer-se, incluindo o eventual recurso a mais ou menos evoluídos instrumentos de Inteligência Artificial, não ilude o facto de que é nesta fase da intervenção judicial que se apuram todas as infinitas gradações dos vários momentos em que se analisa o crime. Mas o procedimento para a alcançar pode ser tornado mais racional.

O que não é só responsabilidade do juiz – é, também, uma responsabilidade urgente do legislador. Com esta tarefa cumprida, estaremos, sem dúvida, mais próximo de fornecer ao juiz uma base legal de suporte à racionalização pretendida para o procedimento de decisão sobre a medida da pena e mais preparados para enfrentar a algoritmização que terá inevitavelmente de se aceitar, mais cedo do que tarde, na determinação da pena, também nos nossos sistemas continentais de direito. E assim, para preservar, como é devido, a discricionariedade (mais) vinculada à lei deste julgamento final do juiz sobre que pena aplicar a um condenado.

Referências

I – Bibliografia

- AMISANO, Maristella, «Prevedere – e non predire – attraverso gli algoritmi e le loro insidie», *Archivio Penale*, n.2, 2022, p. 1 s.
- ASHWORTH, A, «Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council», *Criminal Law Review*, 2010, p. 389 s.
- ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010.
- BRADY, M., *Emotional Insight: The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

- BRAYNE, Sarah / CHRISTIN, Angèle, «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, Oxford, 2021, p. 608 s.
- BREYER, Charles R. / CUSHWA, Patricia K. / WROBLEWSKI, Jonathan J., *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2021*.
- CHRISTIN, Angèle, «Chapter 9. Predictive Algorithms and Criminal Sentencing», *The Decisionist Imagination. Sovereignty, Social Science and Democracy in the 20th Century*, Edited by Daniel Bessner and Nicolas Guilhot, October 2018, p. 272 s.
- COPPOLA, Fabio, «Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di 'valorizzazione' dal confronto com il Sentencing System inglese», *Archivio Penale*, Fascicolo n.3 – Settembre-Dicembre, 2018, p. 1 s.
- COPPOLA, Fabio, *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2022.
- CUMMINGS, M.L., «Automation bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems», <https://arc.aiaa.org>, 2012.
- DANZIGERA, Shai / LEVAVB, Jonathan / AVNAIM-PESOA, Liora, « Extraneous factors in judicial decisions», Edited by Daniel Kahneman, Princeton University, Princeton, NJ, and approved February 25, 2011 (www.pnas.org/egi/doi/10.1073/pnas.1018033108)
- DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias, 1993 (reimpressão, Coimbra Editora, 2005).
- FREEMAN, K., «Algorithmic injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in state v. Loomis», *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol.18, Issue 5, 2016, p. 75-106 (<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol18/iss5/3>).
- FRISCH, Wolfgang, «Schulgrundsatz und Verhältnismassigkeitgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht, (NSiZ)*, Heft 5, 2013, p. 249 s.
- GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean, *Justice Digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, 2018.
- GARAPON, Antoine, *Interview, Dalloz Actualité, Le quotidien du droit. Édition du 13 Juillet 2022*, <https://www.daloz-actualite.fr/printmail/interview/antoine-garapon-numerique-est-un-remede-lenteur-de-justice>.

- GARAPON, Antoine / LASSÈGUE, Jean, «Autour de *justice digitale*: rencontre avec Antoine Garapon et Jean Lassègue», *Société de législation comparée «Tribonien»*, 2018/2, n.º 2, p. 84-89 (<https://www.cairn.info/revue-tribonien-2018-2-page-84.htm>).
- GIALUZ, Mitja, «Quando la Giustizia Penale encontra l'Intelligenza Artificiale: Luci e Ombre dei *Risk assessment Tools* tra Stati Uniti ed Europa», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p.1 s.
- HALL, M.J. / CALABRO, D. / SOURDIN, T. / STRANIERI, «Supporting Discretionary Decision-Making with Information Technology: A Case Study in the Criminal Sentencing Jurisdiction», *University of Ottawa Technology Journal*, n.1/2005, p. 1 s.
- HAMILTON, Melissa, «Back to the Future: The Influence of Criminal History on Risk Assessments», *Berkeley Journal of Criminal Law*, Issue 20:1, Spring 2015, p. 75 s.
- HAMILTON, Melissa, «Sentencing Disparities», *British Journal of American Legal Studies*, 6(2), 2017, p. 177 s.
- HESSICK, Carissa Byrne / BERMAN, Douglas, «Towards a Theory of Mitigation», *Boston University Law Review*, Vol. 96, 2016, p. 161 s.
- KAHNEMAN, Daniel / SIBONY, Olivier / SUNSTEIN, Cass R., *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark – Hachette Book Group, 2021.
- KAHNEMAN, Daniel / ROSENFELD, Andrew M. / GANDHI, Linnea / BLASER, Tom, «Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making», *Harvard Business Review*, October 2016, p. 10 s.
- LACKNER, Karl, «§13 StGB – eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, edited by Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp and Ernst A. Wolff, Berlin, Boston: De Gruyter, 1973, p. 117 s.
- LASSÈGUE, Jean, «L'Intelligence Artificielle, Technologie de la Vision Numérique du Monde», *Les Cahiers de la Justice*, 2019/2, n.º 2, p. 208 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Editora, 1995 (reimpressão 2014).
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «Inteligência Artificial no Direito Penal – a Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização», *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Coord. Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2020, p. 11 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «A questão da pena e a decisão do juiz – entre a dogmática e o algoritmo», *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Coord: Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2020a), p. 219 s.

- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149º, n.º 4021, Março-Abril, 2020b), p. 258 s.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, «Justiça Penal e Inteligência Artificial – uma justiça *fitness?*», AAVV, Tirant lo Blanch, 2023, em curso de publicação.
- NATHAN, Geoffrey, *What are the Federal Sentencing Guidelines Chart*, 2021.
- QUATTROCOLO, Serena, «An introduction to AI and criminal justice in Europe», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol.5, n.º 03 – set./dez. 2019, p. 1541.
- ROBERTS, Julian, «Sentencing Guidelines in England and Wales: a review of recent developments», *Julian Roberts reports on the formation of the new Sentencing Council*, CJM no.82 December 2010, p. 41 s.
- ROBERTS, Julian, «Chapter one – Punishing, more or less. Exploring aggravation and mitigation at sentencing», *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, Edited by Julian V. Roberts, Cambridge University Press, Online publication date: September 2011, p. 1 s.
- ROBERTS, Julian, «Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales», *British Journal of Criminology*, 2011 (2011a), p. 997 s.
- ROBERTS, Julian / ASHWOTH, A., «The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015», *Crime and Justice*, 2016, 000-000.
- ROBERTS, Julian, «Structured Sentencing: Sentencing Guidelines in Common Law Jurisdictions», *Paper for the Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano*, Gottingen 2017, p. 2.
- ROBERTS, Julian / HARRIS, Lyndon, «Chapter 3, Sentencing Guidelines Outside the United States», *Handbook on Sentencing Policies and Practices in the 21st Century*, Edited By Cassia Spohn, Pamela K. Lattimore, Pauline Brennan, John R. Hepburn, Pub. Location New York, Imprint Routledge, eBook Published 3 July 2019.
- ROBERTS, Julian / LORETTA, J. Stalans / INDERMUR, David / HOUGH, Mike, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries. Studies in Crime and Public Policy*, Oxford University Press, 2002.
- SEYMOUR, Bem / SINGER, Tania / DOLAN, Ray, «The neurobiology of punishment», *Nature Reviews- Neuroscience*, Volume 8, April 2007, p. 301 s.
- SOURDIN, T., «Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making», *University of New South Wales Law Journal*, n.º 4/2018, p. 1114 s.

STRECK, Lénio L., *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 6ª Edição, 2017.

STRECK, Lénio L. / BERNST, Luisa G. / GOMES, Jefferson de Carvalho, «Inteligência Artificial: Mesmos Problemas, mas na Versão Hi-Tech/Artificial Intelligence: Same Problems, but un Hi-Tech Version», *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, ago./dez, 2021, vol. 13, n.º 25, p. 333 s.

II – Documentos

8º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, «Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções», Estrasburgo, 1987.

Recomendação nº R (92) 17, relativa à coerência na aplicação das penas, Comité de Ministros, de 19 de setembro de 1992, Conselho da Europa.

«Consistency in Sentencing Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum», Conselho da Europa, *Criminal Law Forum* 4, nº 2 (1993), p. 355 s.

III – Outros

Sentencing Reform Act (SRA) 1984

Crime and Disorder Act 1998

Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000.

Criminal Justice Act 2003 (CrimJA 2003)

Coroners and Justice Act 2009 (CoroJA 2009)

Sentencing Act 2020 (2020 Act)

APLICAÇÃO A TÍTULO PRINCIPAL DE PENAS ACESSÓRIAS

MARIA JOÃO ANTUNES

Professora Catedrática
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução. 2. Observações críticas. 3. Penas acessórias aplicáveis a título principal.

Summary: 1. Introduction. 2. Critical remarks. 3. Ancillary penalties applied as main penalties.

Resumo: Explicita-se a insegurança e a confusão que continua a reinar em matéria de penas acessórias, por contraposição ao que é seguro e claro. Propõe-se que estas penas possam ser aplicadas a título principal, por a opção ser vantajosa do ponto de vista preventivo-especial em relação a certo tipo de crimes, quando praticados por determinados agentes. A proposta considera a necessidade de defesa da ordem jurídica e da paz social e aponta a via de satisfazer o conteúdo mínimo da finalidade de prevenção geral positiva.

Abstract: The uncertainty and confusion that continue to reign in the area of ancillary penalties, as opposed to what is certain and evident, is specified. It is proposed that these penalties could

be applied as main penalties, since this option is advantageous from an individual preventive point of view for certain types of offences when committed by certain perpetrators. The proposal considers the need to defend the legal order and social peace and points the way to fulfil the minimum content of the objective of positive general prevention.

Palavras-chave: pena acessória; estigmatização; efeitos automáticos; prevenção especial; prevenção geral positiva.

Keywords: ancillary penalties; stigmatisation; automatic effects; individual prevention; positive general prevention.

1. Em 1982, na primavera que anunciava uma revisão constitucional significativa em matéria penal e a entrada em vigor, no ano seguinte, de um novo Código Penal, Figueiredo Dias enunciou, a propósito dos *novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, a proposição político-criminal segundo a qual *tanto a vertente social como a vertente liberal da ideia do Estado de Direito material conduzem a que a pena constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante*¹. Uma e outra vertente conduzem, nomeadamente, a que a pena de prisão seja única e simples.

Ainda em 1982, já no outono, foi aditado ao artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa um novo n.º 4, nos termos do qual *nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos*. Logo depois, em janeiro de 1983, no capítulo da parte geral dedicado às penas acessórias, o novo Código Penal, cujo *Projeto* havia inspirado os constituintes, entrou em vigor e consagrou, por seu turno, o princípio geral de que *nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos* – artigo 65.º – e estabeleceu que à prática de certos crimes

¹ Cf. “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, p. 33.

pode ainda corresponder, por força da lei, a incapacidade eleitoral ativa e passiva, para ser jurado ou, ainda, para exercer o poder paternal, a tutela, a curatela ou a administração de bens – artigo 69.º, n.º 2.

2. Quarenta anos depois e vinte e sete anos volvidos sobre a Revisão do Código Penal de 1995, que incidiu sobre esta matéria, continua atual a observação feita por Figueiredo Dias em 1993 de que *reina uma insegurança e uma confusão – não meramente terminológicas! – quase inextricáveis* quanto ao que devemos entender por penas acessórias, efeitos das penas, efeitos dos crimes, efeitos inerentes ao sentido da condenação e certas medidas de segurança não privativas da liberdade²⁻³.

2.1. É de afirmar, de forma segura e clara, que no direito português vigente há penas acessórias que se caracterizam como tal, por referência ao conteúdo do ilícito típico; por se ligarem, necessariamente, à culpa do agente, que é seu pressuposto e limite; por se justificarem de um ponto preventivo, em face da insuficiência da pena principal ou de substituição para satisfazer as necessidades da punição; e por serem determinadas concretamente em função dos critérios gerais de determinação da medida da pena previstos no artigo 71.º do Código Penal, a partir de uma moldura que estabelece os seus limites (mínimo e máximo) de duração.

Ao abrigo do n.º 2 do artigo 65.º do Código Penal, a lei pode fazer corresponder a certos crimes determinados efeitos, prevendo penas acessórias cuja aplicação é ainda por referência ao conteúdo do ilícito respetivo e à censura do facto praticado, penas que constituem

² Cf. *Direito Penal Português. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Æquitas / Editorial Notícias, 1993, p. 93 s.

³ Para uma visão geral das penas acessórias no contexto europeu, RODRIGUES, Anabela Miranda / ANTUNES, Maria João / FIDALGO, Sónia / PINTO, Inês Horta / ISHIY, Karla Tayumi, *Non-custodial sanctions and measures in the member states of the European Union: comparative report*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, p. 18.

a forma atual de os efeitos do crime poderem ter relevo, sem qualquer quebra da proibição constitucional da sua automaticidade⁴. O Tribunal Constitucional tem entendido, reiteradamente, que o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição proíbe indistintamente os efeitos automáticos da condenação em pena e da condenação pela prática de determinado crime⁵. Por outro lado, a lei pode prever efeitos da pena – efeitos não automáticos – estritamente por referência à natureza da pena determinada, efeitos esses que não assumem a natureza de verdadeiras penas, por lhes faltar o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios das penas acessórias⁶.

É também de forma segura e clara que podemos afirmar que, no direito português, as medidas de segurança não privativas da liberdade aplicáveis juntamente com uma pena são estranhas aos efeitos do crime. Em relação às sanções previstas nos artigos 100.º, 101.º e 102.º do Código Penal é assinalada ao facto ilícito penal a função político-criminal de “facto desencadeador” ou de “facto pressuposto” da sua aplicação, no sentido específico de reforçar o prognóstico da perigosidade criminal do agente. Atento o pressuposto material da aplicação das medidas de segurança, há que prevenir restrições excessivas ou injustificadas de direitos fundamentais, exigindo que a perigosidade criminal do agente já se tenha

⁴ No sentido de os efeitos do crime só poderem relevar através do mecanismo das penas acessórias, CAEIRO, Pedro, “Qualificação da sanção de inibição da faculdade de conduzir prevista no artigo 61.º, n.º 2, al. d), do Código da Estrada (anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1992)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1993, p. 566.

⁵ Cf., entre outros, Acórdãos n.ºs 91/84, 282/86, 284/89, 522/95, 327/99, 76/00, 405/01, 562/03, 368/2008 e 376/2018. Estes e os demais citados estão disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁶ Para a distinção feita entre efeitos do crime e efeitos da pena, DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 2), pp. 93 s. e 157 s.

concretizado anteriormente na prática de um facto ilícito típico⁷.

Ao darem relevo aos efeitos do crime, as penas acessórias visam censurar o agente, muito especialmente, pelo circunstancialismo que envolve o crime cometido, circunstancialismo esse que justifica, por exemplo e segundo o artigo 66.º do Código Penal, a proibição do exercício de determinada função de algum modo relacionada com a prática do crime, residindo na necessária ligação entre o cometimento do crime e o exercício de determinada função o fundamento legitimador autónomo da aplicação de uma pena juntamente com outra. Ao passo que as medidas de segurança visam reagir à perigosidade criminal do agente manifestada no facto ilícito típico praticado, perigosidade essa que justifica, por exemplo e de acordo com o artigo 100.º do Código Penal, a interdição de determinada atividade, constituindo o fundado receio de que o agente possa vir a praticar outros factos da mesma espécie o fundamento legitimador autónomo da aplicação de uma medida de segurança não privativa da liberdade juntamente com uma pena⁸. Enquanto que as penas sancionam o crime, as medidas de segurança sancionam a perigosidade criminal do agente, comprovada na prática anterior de um crime ou de um facto ilícito típico.

2.2. *A insegurança e a confusão* ainda reinantes⁹ resultarão, entre outras razões: da jurisprudência constitucional que se tem afastado do parâmetro constitucional contido no artigo 30.º, n.º 4, e apre-

⁷ Sobre isto, ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 66 s. e 452 s.

⁸ Para esta contraposição, CAEIRO, Pedro (nota 4), p. 566 s.

⁹ Sobre isto, ANTUNES, Maria João, “Penas acessórias e aplicação a título principal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022, pp. 73 s. e 77 s., e *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2022, pp. 16 s., 44 s. e 87.

cia as normas à luz das disposições constitucionais que consagram o direito fundamental que é concretamente restringido por efeito de uma condenação penal¹⁰; de haver efeitos inerentes ao sentido da condenação entre as penas acessórias e os efeitos das penas, de que é exemplo a suspensão do exercício de função prevista no artigo 67.º do Código Penal; de haver disposições de natureza estritamente processual entre as penas acessórias e os efeitos das penas, de que é exemplo a declaração de indignidade sucessória consagrada no artigo 69.º-A do Código Penal¹¹; de haver efeitos da condenação penal que o legislador denomina “pena acessória” que, em bom rigor, o não são, de que é exemplo a pena acessória de expulsão de cidadão estrangeiro, estatuída no artigo 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho¹²; de haver penas acessórias sem limites de duração pré-definidos, de que são exemplo a pena de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, prevista no artigo 152.º, n.º 4, do Código Penal e as penas pela prática de crimes contra animais de companhia, omissas quanto ao limite mínimo, estabelecidas no artigo 388.º-A do Código Penal; de haver condenação em pena acessória ainda que o agente seja dispensado da pena principal, de que constituem exemplos a proibição do exercício de função, consagrada no artigo 66.º do Código Penal e a proibição do exercício de qualquer cargo político, estatuída no artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho; de haver penas

¹⁰ Cf., entre outros, o Acórdão n.º 376/2018.

¹¹ Sobre este artigo, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *As reações criminais no direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022, p. 288 s.

¹² Criticamente sobre o regime legal passado e presente da pena acessória de expulsão, BELEZA, Teresa Pizarro, “Hostilidades (Sobre a pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional)”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 146 e s., e SANTOS, Cláudia, “Todos os presos são estrangeiros? (algumas especificidades do encarceramento de estrangeiros em Portugal)”, Anotação, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018, p. 502 s.

acessórias que estão assistematicamente consagradas na parte geral do Código Penal, de que são exemplo as estabelecidas nos artigos 69.º-B e 69.º-C; de haver penas acessórias cujos limites de duração são manifestamente excessivos e amplos, de que são exemplo, mais uma vez, as previstas nos artigos 69.º-B e 69.º-C; de haver penas acessórias às quais o legislador penal associa a sua automaticidade, de que são exemplo a proibição de conduzir veículos com motor, estatuída no artigo 69.º do Código Penal¹³, bem como a proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual, a proibição de confiança de menores e a inibição de responsabilidades parentais, previstas nos, já mencionados, artigos 69.º-B, n.ºs 2 e 3, e 69.º-C, n.ºs 2 e 3¹⁴; e de se duvidar da natureza de pena acessória de sanções assim classificadas como, por exemplo, a da inibição do exercício de responsabilidades parentais prevista nos artigos 69.º-C, n.º 3, e 152.º, n.º 6 do Código Penal¹⁵.

2.3. Quarenta anos depois da afirmação da intenção político-criminal de fazer da pena *um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante*, é de concluir pela subsistência da cultura da *estigmatização*, também por parte da Administração central.

É disso expressão muito clara, mostrando que não basta alterar as normas penais, a *Nota Informativa* da Direção-Geral da Admi-

¹³ Cf., porém, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 53/2011, 256/2016 e 742/2021, no sentido da não inconstitucionalidade da norma que preveja a automaticidade. No mesmo sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 11), p. 285.

¹⁴ Sobre estas penas acessórias, criticamente, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 11), p. 294 s.

¹⁵ FERREIRA, Maria Elisabete, “Da natureza jurídica da inibição do exercício das responsabilidades parentais prevista nos artigos 69º-C e 152º do Código Penal: breves reflexões”, *Prof. Doutor Augusto Silva Dias* In Memoriam, Volume I, Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 669 s. e 673 s., entende que estamos perante uma medida de segurança. Sobre isto, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 11), p. 307 s.

nistração Escolar, de 18 de janeiro de 2019, sobre “Aferição de idoneidade no acesso e no exercício de funções docentes e não docentes. Registos criminais”¹⁶. O documento fala por si, na parte em que dispõe sobre os procedimentos a desencadear, quando do certificado de registo criminal que os docentes e não docentes estão legalmente obrigados a apresentar constem condenações por crimes de violência doméstica, de maus tratos e contra a liberdade e autodeterminação sexual e decisões que apliquem penas acessórias, nos termos dos artigos 69.º-B, n.º 1, 69.º-C e 152.º do Código Penal, ou medidas de segurança que interditem a atividade.

Segundo o documento, os Diretores “devem presumir que o trabalhador condenado não possui a idoneidade exigida para o exercício de funções, designadamente por ausência de requisitos psíquicos contantes do n.º 4 do artigo 22.º do ECD, na sua redação atual e alínea d), do n.º 1, do artigo 17.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (LTFP)”; “solicitar de imediato a avaliação desses requisitos, nos termos previstos do n.º 1 do artigo 23.º do ECD, na sua redação atual e n.º 1 do artigo 26.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, suspender o trabalhador e comunicar à DGAE, à DGEstE e à IGEC”¹⁷; “instaurar processo disciplinar, em articulação com a DGEstE e a IGEC pelos factos compreendidos no objeto da condenação judicial”; e suspender o vínculo de emprego público, nos termos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º da LTFP, “até ao momento em que os procedimentos de verificação dos requisitos

¹⁶ A Nota Informativa está disponível em NOTA INFORMATIVA (aemc.pt) e pretende dar execução à Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, na redação dada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

¹⁷ ECD – *Estatuto da Carreira Docente*; DGAE – Direção-Geral da Administração Escolar; DGEstE – Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares; IGEC – Inspeção-Geral da Educação e Ciência.

psíquicos se concluíam e sendo previsível que a tramitação dos mesmos se prolonguem por mais de um mês”, não sendo devidas quaisquer remunerações, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 277.º da LTFP.

Além das reservas motivadas pela própria lei, nomeadamente por abranger os crimes de violência doméstica e de maus tratos, esta *Nota Informativa* questiona-nos, entre o mais, quanto à presunção de falta de idoneidade exigida para o exercício de funções, ao enquadramento da matéria na *ausência de requisitos psíquicos*, à *instauração de um processo disciplinar* pelos factos compreendidos no objeto da condenação judicial e à *suspensão* do vínculo de emprego público. Questiona-nos, afinal, por fazer tábua rasa de um mandamento há muitas décadas orientador da política criminal portuguesa.

3. A automaticidade das penas acessórias, censurável do ponto da vista da Constituição e da lei, bem como à luz da proposição político-criminal a que aludimos, não deixa, porém, de nos interrogar sobre as vantagens da aplicação a título principal de penas acessórias relativamente a crimes como os de condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º do Código Penal), de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (artigo 292.º do Código Penal), contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores (artigo 171.º e ss. do Código Penal), de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal), cometidos no exercício de funções públicas (artigo 372.º e ss. do Código Penal) e da responsabilidade de titulares de cargos políticos (artigo 7.º e ss. da Lei n.º 34/87).

No direito vigente, a pena acessória aplica-se juntamente com a pena principal ou de substituição, em função de exigências preventivas, limitadas pela culpa do agente, que ainda subsistam depois de ter sido concretamente determinada a pena a que se junta. É o que resulta, muito claramente, das penas acessórias que têm como pressuposto a natureza e a gravidade da pena a que se juntam – 3 anos de pena de prisão no caso da proibição do exercício de função,

prevista no artigo 66.º – e de normas como a constante do n.º 3 do artigo 78.º do Código Penal que apela expressamente ao critério da *necessidade* de aplicação da sanção.

Em relação a certo tipo de crimes – nomeadamente aos já referidos – justificar-se-á, porém, que os agentes ou determinados agentes sejam punidos, *cumulativamente*, com uma pena principal ou de substituição e uma pena acessória. Nisto consistiria a referida aplicação a título principal de uma pena acessória, que constaria expressamente do tipo legal de crime.

Com efeito, relativamente a certo tipo de crimes, quando praticados por determinados agentes, pode fazer sentido passar a prever expressamente a aplicação *cumulativa* de uma pena principal (de prisão ou de multa) e de uma pena acessória para a punição de determinados comportamentos. Pode fazer todo o sentido, por exemplo, prever que o titular de cargo político que pratique crime de corrupção seja punido com pena de prisão de X a Y e pena de proibição do exercício de qualquer cargo político por um período de 2 a 8 anos (o que está hoje previsto no artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal); prever que determinado agente da prática de um crime contra a autodeterminação sexual de menor seja punido com pena de prisão de W a X e pena de proibição de confiança de menores por um período de Y a Z.

Em nosso entendimento, em casos como estes, as penas aplicadas *cumulativamente* ao agente da prática do crime corresponderiam às mais adequadas do ponto de vista das finalidades preventivas da punição. Tratar-se-ia de uma aplicação das penas acessórias a *título principal*, por estarem expressamente previstas para o sancionamento dos tipos de crime em causa e poderem ser fixadas pelo juiz na sentença independentemente da pena principal ou de substituição aplicadas, isto é, independentemente da determinação prévia da pena principal ou de substituição e da sua natureza e gravidade.

As exigências preventivas da punição seriam então ponderadas de forma simultânea na determinação da pena principal e acessória, com a vantagem de possibilitar a determinação de penas de prisão mais curtas, o que alargaria a possibilidade de substituir a pena priva-

tiva da liberdade e permitiria não diferir excessivamente no tempo a execução da pena acessória¹⁸. Com a vantagem, ainda, de não serem oponíveis à proposta as críticas que devem ser feitas ao entendimento de que são legítimas penas acessórias automáticas¹⁹, por em relação a um tal entendimento subsistir sempre a crítica de que a punição poderá ser desproporcionada, na falta de um qualquer juízo autónomo quanto à *necessidade* da aplicação da pena acessória, à luz das finalidades que o artigo 40.º, n.º 1, aponta às penas e, em bom rigor, à luz do que dispõe o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Tal como a configuramos, a pena principal tenderia a coincidir com o necessário do ponto de vista da defesa da ordem jurídica e da paz social (com o conteúdo mínimo da prevenção geral positiva) e tenderia, por isso, a corresponder ao limite mínimo da moldura da prevenção geral, determinada dentro da moldura legal de acordo com os critérios de determinação da pena estabelecidos no artigo 71.º do Código Penal, segundo o modelo da prevenção. As exigências subsistentes de prevenção especial, essas, seriam satisfeitas por via da aplicação da pena acessória²⁰. Pelo seu conteúdo, na sua ligação ao conteúdo do ilícito típico, as penas acessórias aplicadas a título principal teriam a vantagem de garantir de forma mais efetiva a reintegração do agente na sociedade.

Dir-se-á contra o acabado de expor que a aplicação a título principal de penas acessórias dilui a finalidade de proteção de bens jurídicos a que o artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal dá primazia. Dilui-la-á, mas ganhar-se-á um homem, como diria Eduardo Correia, a quem hoje prestamos a homenagem que lhe é devida²¹.

¹⁸ Cf., por exemplo, o disposto no artigo 66.º, n.º 4, do Código Penal.

¹⁹ Cf. *supra* nota 12.

²⁰ Sobre o que está aqui pressuposto, cf. ANTUNES, Maria João (nota 7), pp. 21 e s. e 53 e ss., e bibliografia aí referida.

²¹ Inspirámo-nos no que o Autor diz na obra *Direito Criminal I*, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p. 66.

Bibliografia

- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ANTUNES, Maria João, “Penas acessórias e aplicação a título principal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022.
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2022.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “Hostilidades (Sobre a pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional)”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAEIRO, Pedro, “Qualificação da sanção de inibição da faculdade de conduzir prevista no artigo 61.º, n.º 2, al. d), do Código da Estrada (anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1992)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1993.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1971.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *As reações criminais no direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Æquitas / Editorial Notícias, 1993.
- FERREIRA, Maria Elisabete, “Da natureza jurídica da inibição do exercício das responsabilidades parentais prevista nos artigos 69º-C e 152º do Código Penal: breves reflexões”, *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, Volume I, Lisboa: AAFDL, 2022.
- RODRIGUES, Anabela Miranda / ANTUNES, Maria João / FIDALGO, Sónia / PINTO, Inês Horta / ISHIY, Karla Tayumi, *Non-custodial sanctions and measures in the member states of the European Union: comparative report*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022.
- SANTOS, Cláudia, “Todos os presos são estrangeiros? (algumas especificidades do encarceramento de estrangeiros em Portugal)”, Anotação, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018.

O CÓDIGO PENAL E AS PENAS
ALTERNATIVAS À PRISÃO:
O REGRESSO ÀS ORIGENS E A
RENOVAÇÃO DA DISCUSSÃO EM
TORNO DA NECESSIDADE DE UMA
VERDADEIRA TEORIA GERAL DAS
PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

ANA PAIS^(*)

Assistente Convidada
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

^(*) Por opção da autora, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. O texto corresponde à comunicação oral apresentada no âmbito do *Congresso Internacional Comemorativo dos 40 anos do Código Penal*, realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Sumário: 1. O Código Penal de 1982 e o movimento de luta contra a pena de prisão. 2. A privação de liberdade como *ultima ratio* e os mecanismos legais que concretizam tal opção político-criminal no ordenamento jurídico português. 3. A substituição da pena de prisão: razões históricas e fundamento constitucional. 4. Aproximação a um conceito de pena de substituição. 5. A delimitação de uma verdadeira *teoria geral das penas de substituição*. 6. Reflexão final.

Summary: 1. The Portuguese 1982 Criminal Code and the fight against prison sentences. 2. Deprivation of freedom as *ultima ratio* and the legal means to achieve it. 3. Alternatives to imprisonment: historical and constitutional reasons. 4. The concept of substitutive criminal sanctions. 5. Defining a *general theory for substitutive criminal sanctions*. 6. Conclusion.

Resumo: O Código Penal de 1982 constituiu um marco histórico decisivo na luta contra a pena de prisão, sendo vários os mecanismos legais, quer no plano da determinação da pena, quer no plano da sua execução, que concretizam ainda hoje a opção político-criminal de que a privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*. Salienta-se o papel essencial desempenhado pelas penas de substituição e procura-se retomar a discussão em torno de uma *teoria geral das penas de substituição*, através da definição de premissas e de três proposições fundamentais relativas ao respectivo regime jurídico, a respeito da determinação autónoma da medida concreta da pena de substituição, do desconto dos dias de privação de liberdade na medida da pena de substituição e das consequências do incumprimento da pena de substituição.

Abstract: The Portuguese 1982 Criminal Code was an historic mark in the criminal policy movement to fight against prison sentences. There are several legal mechanisms, concerning both determination of the penalty and its execution, that reveal the purpose of envisaging deprivation of freedom as *ultima ratio*. The text underlines the main role played by substitution criminal penalties (alternatives to imprisonment) and resumes the discussion upon a *general theory for substitutive criminal sanctions* by defining the main assumptions and also some propositions about its legal regime, concerning three issues: determination of the amount of the substitution penalty, discount of imprisonment days and consequences of not serving non-custodial sentences.

Palavras-chave: pena de prisão; *ultima ratio*; penas de substituição; determinação da pena; desconto; revogação.

Keywords: penalty of imprisonment; *ultima ratio*; substitution criminal penalties / alternatives to imprisonment; determination of the penalty; discount; revocation.

1. O Código Penal de 1982 constituiu um marco histórico decisivo na luta contra a pena de prisão, dando cumprimento ao ideário do movimento de reforma do direito penal português desenvolvido nas décadas precedentes e que teve como ponto alto o Projecto da Parte Geral, de 1963, elaborado por Eduardo Correia. Este Projecto foi decisivo para direccionar a discussão acerca da danosidade da pena de prisão para o domínio da média criminalidade, pois que, até então, eram sobretudo alvo de crítica as penas curtas de prisão. Isto permitiu abrir caminho a que o Código Penal, em 1982, viesse, por um lado, admitir a substituição da pena de prisão de média duração (à data, toda a pena de prisão inferior a 3 anos), reservando-se, por princípio, a aplicação efectiva da prisão para os casos de criminalidade grave, e, por outro lado, consagrar o princípio que preside à operação de escolha da pena (hoje vigente no artigo 70.º e reconfigurado com a reforma do Código Penal de 1995) da preferência pelas sanções não privativas da liberdade em detrimento das detentivas, sempre que possam satisfazer de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Trata-se de um “princípio constitucional orientador do programa político-criminal em matéria de consequências jurídicas do crime, em decorrência da exigência de necessidade / subsidiariedade da intervenção penal e de proporcionalidade das sanções penais que se extrai do artigo 18.º, n.º 2, da CRP”¹.

¹ ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 18.

A descrença na pena de prisão fundava-se na ideia da sua imprestabilidade para garantir, na maioria dos casos, a ressocialização do condenado, podendo até ter um efeito criminógeno “expondo-o ao contágio criminal, habituando-o à vida prisional e estigmatizando-o com o labéu de «ter estado na prisão». Para já não falar nas graves consequências advindas do grande número de condenados em tais penas que, superlotando os estabelecimentos prisionais, impedem um efectivo melhoramento das condições de cumprimento da pena no período da sua execução”².

Estas preocupações mantêm-se plenamente actuais, não obstante as derivas securitárias que tendem a reclamar mais direito penal e maior pena, as sucessivas propostas legislativas que preconizam o agravamento das molduras penais em alguns domínios da criminalidade (nomeadamente da pena de prisão) ou mesmo algumas alterações pontuais ao Código Penal, como a que conduziu à eliminação da pena de multa como alternativa à prisão em matéria de crimes contra a autodeterminação sexual³ (com a Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto). Não é menos certo, porém, que estas tendências convivem com um sistema punitivo que, apesar de tudo, se mantém fiel à matriz de 1982: fez desaparecer a pena de multa complementar⁴ com a reforma de 1995 (DL n.º 48/1995, de 15 de Março); consagrou o alargamento do leque de penas de substituição e da sua aplicabilidade até ao limite dos 5 anos com a reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro); aboliu as penas de substituição detentivas com as alterações introduzidas em 2017 (com a Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto).

² RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Número Especial*, 1984, p. 30.

³ Nomeadamente nos artigos 172.º, n.º 3, 173.º, 174.º e 176.º, n.º 5, do CP.

⁴ E que constituía, socorrendo-nos das palavras de ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 35, uma “solução político-criminal indefensável”.

É, aliás, um sistema punitivo em que, segundo o Panorama da Justiça Penal de 2020⁵ divulgado pela Direcção-Geral da Política de Justiça, no universo das condenações em primeira instância, só 9,1% dos arguidos julgados foram condenados em pena de prisão efectiva.

2. Na verdade, são vários os mecanismos legais previstos no Código Penal, quer no plano da determinação da pena, quer no plano da sua execução, que concretizam actualmente a opção político-criminal de que a privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*.

Começando pelo plano da execução da sanção, são de destacar as formas de execução da pena de prisão permitidas hoje em dia pelo Código Penal com aquele mesmo desiderato, quais sejam o regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, aplicável quando em causa esteja pena de prisão não superior a dois anos (seja pena efectiva aplicada na sentença, seja a pena resultante do incumprimento da pena de substituição), e a liberdade condicional, abrangendo-se aqui igualmente o regime da adaptação à liberdade condicional, também com recurso a vigilância electrónica, que permite antecipar o momento da libertação do condenado.

No plano da determinação da pena, surge em primeira linha a pena de multa enquanto pena principal, sendo a questão da sua eficácia político-criminal o maior desafio que o julgador enfrenta e que se revela fundamental na afirmação de uma verdadeira alternativa à prisão. No já referido Panorama da Justiça Penal de 2020⁶, os dados fornecidos indicam que a aplicação da pena de multa atingiu 59,6% das condenações em primeira instância, ainda que não se

⁵ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

⁶ Disponível para consulta em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Penal.aspx.

faça referência à distinção entre a pena de multa principal e pena de multa de substituição. Apesar disso, é um dado significativo que a referida percentagem se situe perto dos 60%.

Ainda ao nível da determinação da pena, a inovadora proposta de Maria João Antunes no domínio da aplicação das penas acessórias também concorre no sentido de alargar as hipóteses de substituição da prisão na medida em que a aplicação de penas acessórias a título principal favorece “*a determinação de penas de prisão efetivas mais curtas ou até mesmo a substituição da pena de prisão por pena não privativa da liberdade*”⁷.

Com efeito, é com o regime das penas de substituição que o legislador dá cumprimento, de forma directa e mais evidente, ao propósito político-criminal de evitar a privação de liberdade. Anabela Miranda Rodrigues, na senda de Eduardo Correia, invoca um conceito histórico, para além do conceito dogmático, de penas de substituição, caracterizando-as como sendo “todas as penas a cuja origem histórica está ligado um significado de reacção contra a prisão”⁸.

3. O actual Código Penal não foi diploma pioneiro na consagração de uma ideia de substituição da pena. Sem embargo, ainda que já o Código Penal de 1852 se referisse à substituição de penas e que o acolhimento do pensamento correcionalista tivesse conduzido à previsão legal de medidas de substituição da prisão correcional, é incontornável que o tema das penas de substituição teve o seu ponto de viragem com a publicação do Código Penal de 1982, que aqui celebramos. Logo no seu Preâmbulo, anunciava o legislador que “no momento actual, não pode o Código deixar de

⁷ ANTUNES, Maria João, “Penas acessórias e aplicação a título principal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taípa de Carvalho*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2022, p. 83.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda (nota 4), p. 33.

utilizar a prisão. Mas fá-lo com a clara consciência de que ela é um mal que deve reduzir-se ao mínimo necessário”⁹; e ainda que “[se] aceita a existência da pena de prisão como pena principal para os casos mais graves, mas o diploma afirma claramente que o recurso às penas privativas de liberdade só será legítimo quando, face às circunstâncias do caso, se não mostrarem adequadas as reacções penais não detentivas”¹⁰.

Na verdade, às referidas razões históricas¹¹ deve somar-se o fundamento constitucional, que se alicerça no conteúdo *geral* do princípio definido no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição¹² (comportando quer a dimensão da subsidiariedade da intervenção penal, quer a dimensão da proporcionalidade das sanções penais), mas vai além dele, porque se prende também com as *específicas* exigências de proporcionalidade que se erigem quando em causa está o direito fundamental à liberdade, decorrentes do disposto no artigo 27.º da Constituição. Neste sentido, como bem nota Maria João Antunes, “a esse movimento [de luta contra a pena privativa de liberdade] foi-se juntando também a constitucionalização dos direitos fundamentais, na passagem de um *Estado legislativo de direito* para um *Estado constitucional*, com a consequência de a pena de prisão ter passado a ser vista como restrição do direito fundamental à liber-

⁹ Ponto 9 do Preâmbulo do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro.

¹⁰ Ponto 7 do Preâmbulo do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro.

¹¹ Sobre a origem e razões de surgimento das penas de substituição, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crimes*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 325 s.; RODRIGUES, Anabela Miranda (nota 4), p. 15 s.; LEITE, André Lamas, “Subsídios para a história das penas de substituição no ordenamento jurídico português”, *Revista do Ministério Público*, abril – junho 2019, p. 51 s.

¹² Sobre este princípio, cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2 (1992), p. 173 s.

dade e passar a estar sujeita, por isso mesmo, à exigência de ser aplicada somente quando for necessária, o que equivale a dizer que passou a estar legitimada apenas quando outras soluções menos restritivas se mostrem não adequadas e suficientes do ponto de vista das finalidades da punição.”¹³

4. A partir do exposto se alcança que o conceito de pena de substituição, de um ponto de vista histórico, mas também de uma perspectiva jurídico-constitucional, está incindivelmente ligado ao direito fundamental à liberdade. Faz, por isso, cada vez mais sentido defender que as penas de substituição devam ser apenas aquelas que são aplicadas, na sentença condenatória, em vez da pena principal de prisão concretamente determinada e que assumem carácter não privativo da liberdade¹⁴. O que, no fundo, vale por dizer que só as penas de substituição em sentido próprio são verdadeiras penas de substituição.

Aliás, bem vistas as coisas, não havendo fundamento histórico, nem de ordem jurídico-constitucional, não se compreende sequer que haja alguma outra válida razão para que subsista no Código Penal a previsão da admoestação enquanto pena de substituição. Relembramos que no contexto actual, a admoestação é a única pena de substituição da pena de multa principal, podendo ser aplicada quando a medida desta pena não ultrapassar 240 dias. Já dizia Figueiredo Dias que se tratava de uma pena “com carácter puramente simbólico”¹⁵, que se apresentava como *questionável* no direito penal de adultos e *dispensável* na generalidade dos casos por estar “comprimida entre as verdadeiras penas de substituição, por um lado, e

¹³ ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 37 e 38.

¹⁴ Ideia que saiu reforçada com a abolição, em 2017, pelo legislador penal, das penas de substituição privativas da liberdade (Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto).

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 13), p. 385.

a dispensa de pena, por outro”¹⁶. Com efeito, os pressupostos exigidos pelos artigos 60.º e 74.º do CP só diferem parcialmente e os casos não abrangidos pela dispensa de pena (aqueles em que a pena de multa seja superior a 120 dias sem ultrapassar 240 dias ou que não apresentem ilicitude e culpa diminutas) não justificam também por si só a necessidade de uma pena de substituição da multa. Além disso, a admoestação apresenta a enorme desvantagem de ser “cumprida” pelo tribunal, a quem se pede que profira uma solene censura oral, ao jeito de um obsoleto que casa mal com o papel dos tribunais criminais no Estado constitucional contemporâneo. Ainda assim, Figueiredo Dias admitia que a admoestação pudesse subsistir como pena de substituição de multas de pequena gravidade¹⁷, como é o caso do que hoje sucede em virtude do preceituado no artigo 60.º do CP. Cremos que nem nestes casos se justificará a sua previsão, não só pelas relevantes razões acabadas de referir ou até pela sua escassa aplicação, mas ainda porque o instituto não comunga do substrato material das demais penas de substituição e introduz, por isso, uma brecha injustificada no conceito de pena de substituição, entendida enquanto verdadeira pena que se aplica em vez da pena de prisão.

5. Tomando como ponto de partida que as penas de substituição são verdadeiras penas e que gozam de autonomia, faria todo o sentido a delimitação de uma verdadeira *teoria geral das penas de substituição* no âmbito do direito nacional, conforme preconizado por Figueiredo Dias¹⁸.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 388.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 389.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 329 s.

Não vemos que constitua óbice à delimitação de uma tal teoria¹⁹ o facto de cada uma das penas de substituição ter o seu próprio campo de aplicação e os seus pressupostos. Relevante será definir como premissas fundamentais: (1) que as penas de substituição são verdadeiras penas e (2) que gozam de autonomia face à pena principal, apesar de pressuporem a prévia determinação desta.

São verdadeiras penas e não formas de cumprimento diversificado da pena principal porque partilham dos mesmos desígnios da pena que visam substituir, embora se proponham atingi-los de forma distinta. Neste sentido, constituem um sucedâneo da prisão porque permitem cumprir as mesmas finalidades (preventivas), ainda que as não satisfaçam da mesma forma. Por isso, devem ser determinadas autonomamente dentro de uma moldura também autónoma definida pelo legislador²⁰.

Gozam de autonomia face à pena substituída porque a pena principal constitui tão só o seu referente, quer para a decisão do julgador de escolher uma ou outra pena de substituição, quer porque deverá ser a pena principal executada em caso de incumprimento da pena de substituição. A relação umbilical pena substituída / pena de substituição será relevante apenas até ao momento

¹⁹ Opondo-se a uma teoria geral das penas de substituição, pelo menos enquanto “puro conceito técnico-jurídico”, cf. LEITE, André Lamas, “As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos”, *RPCC* 30 (2020), pp. 343 e 344. Cf. ainda, sobre o tema, LEITE, André Lamas, “Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição?»”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, p. 581 s.

²⁰ Sobre o modelo de determinação da medida concreta da pena, também convocado na tarefa de determinação da medida da pena de substituição, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2019, p. 78 s.; RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade, Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 545 s.; e, da mesma Autora, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, *RPCC* 12 (2002), p. 147 s.; e ainda ANTUNES, Maria João (nota 3), pp. 54 s. e 96 s.

da escolha da pena de substituição, pela necessidade de o julgador partir da medida concreta da pena principal para decidir a pena de substituição escolhida. A partir desse momento, deixará de relevar a pena substituída. Sendo a pena de substituição aplicada em vez daquela, só relevará novamente a pena substituída se, já em sede de execução da pena de substituição, se verificar o incumprimento desta, o que, em todo o caso, se espera que não aconteça.

6. Havendo sintonia na definição destas premissas, cremos que a mencionada *teoria geral das penas de substituição* será viável se for possível convergir em alguns aspectos essenciais atinentes ao respectivo regime jurídico, que sintetizaremos em três proposições essenciais.

A primeira diz respeito à determinação autónoma da medida concreta da pena de substituição. Sendo esta uma questão relativamente à qual não se tem verificado estabilidade no regime jurídico do Código Penal, a verdade é que actualmente só no caso da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (cf. art. 58.º, n.º 3, do CP) se verifica uma excepção à regra da determinação autónoma que vale para as demais penas de substituição, nomeadamente a pena de multa, a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e a pena de suspensão da execução da pena de prisão.

No entanto, não se diga que é forçoso que a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade seja determinada segundo uma fórmula de correspondência entre os dias de prisão a substituir e as horas de trabalho a prestar porquanto só desde a revisão de 2007 se prevê tal solução. Aliás, acompanhamos Maria João Antunes²¹ na defesa da ideia de que o preceito do n.º 3 do artigo 58.º do CP introduz uma quebra na autonomia das penas de substituição e pode conduzir a um indesejável desvio do sistema na medida em que se corre o risco de a determinação da medida da pena principal ser feita já em função da duração que o julgador pretende que tenha a pena

²¹ ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 98.

de substituição. Ou seja, se a determinação for autónoma, também mais rigorosa será a determinação da própria pena principal.

Com efeito, a questão da determinação relaciona-se indelevelmente com a premissa da autonomia das penas de substituição. Têm de ser autonomamente determinadas porque só assim se pode garantir que a pena não privativa da liberdade possa vir a satisfazer tão bem como a pena principal as exigências preventivas do caso. Só permitindo que a pena de substituição seja determinada em medida eventualmente diferente (mais gravosa, quiçá, dada a sua natureza não privativa da liberdade) da pena que visa substituir é que se pode conceder ao julgador a margem de apreciação necessária para que o seu *quantum* acautele devidamente as necessidades de prevenção que o caso reclama.

Em segundo lugar, impõe-se sublinhar a questão do desconto dos dias de privação de liberdade (por detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação) na pena de substituição. As razões de justiça material que constituem a *ratio* do instituto do desconto associadas às premissas expressas anteriormente apontam no sentido de ter de ser efectuado o desconto das medidas processuais privativas da liberdade na pena de substituição a cumprir pelo condenado.

O desconto é um caso especial de determinação da pena e deve ser realizado pelo juiz na sentença condenatória, a final, incidindo sobre a pena que vai ser cumprida pelo agente e transformando o seu *quantum*²². Se a pena que vai ser cumprida é uma pena de substituição, nessa pena terá de ser descontado o tempo de privação de liberdade anteriormente sofrido à ordem daquele processo ou de processo diferente²³. É de elementar justiça que assim seja, sob pena de tratar diferentemente o agente que é condenado em

²² *Idem, ibidem*, p. 299.

²³ Como se admite, desde 2007, no artigo 80.º, n.º 1, do CP.

pena principal e beneficia do desconto, assim como aquele que vê revogada a pena de substituição e que também beneficiará do desconto, e o condenado em pena de substituição que a cumpra escrupulosamente.

E mais: não se diga que não há fundamento jurídico para aplicar o instituto pelo facto de a lei não prever expressamente esta possibilidade, desde logo no artigo 80.º do CP. Estando em causa uma lacuna do legislador (que também se regista relativamente à medida de segurança de internamento), a aplicação do instituto às penas de substituição faz-se por apelo à analogia *in bonam partem*, devendo, em concreto, ser operado o desconto que for considerado adequado segundo o critério da equitatividade²⁴.

O facto de a lei se referir expressamente ao desconto das medidas processuais no *cumprimento da pena de prisão* (artigo 80.º, n.º 1, do CP) não constitui também óbice a que tal desconto se faça na pena de substituição. O que o legislador quer evitar com a referência ao *cumprimento* é que venha a ser realizada uma operação de escolha da pena, que, antes do desconto, não era de todo possível (por se tratar de pena superior a 5 anos de prisão), e que se tornaria possível apenas por efeito do desconto operado na pena principal²⁵. De facto, a instrumentalização do instituto do desconto nessas si-

²⁴ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 13), p. 300 e 301. Cf. também ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 82, concretizando da seguinte forma em relação a cada uma das penas de substituição: “se a pena for a de suspensão da execução da pena de prisão, far-se-á o desconto que parecer equitativo, em face do disposto no n.º 5 do artigo 50.º do CP; se a pena for a de proibição do exercício de profissão, função ou atividade, públicas ou privadas, far-se-á o desconto que parecer equitativo, perante o que dispõe o n.º 1 do artigo 46.º do CP; se a pena for a de multa dever-se-á seguir o que a lei dispõe para a multa principal; se a pena for a de prestação de trabalho a favor da comunidade, far-se-á o desconto por inteiro, dado o estabelecido no n.º 3 do artigo 58.º do CP”.

²⁵ Cf., a este propósito, ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 82.

tuações teria o resultado perverso de subverter o critério legal de que só se substituem penas de prisão de curta e média duração²⁶.

Outro dos argumentos apontados contra situa-se no plano da consequência que poderá advir da aplicação do instituto às penas de substituição: o desconto na pena de substituição pode implicar que não haja qualquer pena para cumprir e, nesse caso, a pena de substituição não cumpre o seu efeito de ameaça. Não nos parece que este seja um argumento decisivo. Desde logo porque a proposta de um *desconto que pareça equitativo* supõe um juízo por parte do julgador, lançando mão do critério legal do n.º 2 do artigo 81.º do CP (já acolhido pelo legislador para os casos de desconto de uma pena noutra pena de diferente natureza), o que permite ao tribunal avaliar as exigências preventivas do caso e “reservar” sempre algum tempo de cumprimento da pena de substituição se (e apenas quando) aquelas exigências o justificarem. De todo o modo, mesmo que depois do desconto nenhuma pena restasse para cumprir, esse é o preço a pagar pela própria previsão do instituto, assumindo-se, com Figueiredo Dias, a prevalência das considerações de justiça sobre as exigências da prevenção²⁷.

A terceira proposição essencial reporta-se às consequências do incumprimento da pena de substituição. Sendo a pena de substituição aplicada em vez da pena principal, ela representa uma tentativa de o sistema punitivo evitar a aplicação efectiva da privação de liberdade. Cumpre, assim, uma função de substituição enquanto advertência, assume um “conteúdo afitivo potencial”²⁸, por outras palavras, está-lhe subjacente uma ideia de ameaça²⁹ ou, pelo me-

²⁶ Neste sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *As reacções criminais no direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022, § 309, p. 170.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 13), p. 298.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 388.

²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 28), p. 221.

nos, um “efeito intimidativo” possível³⁰. Aliás, a ideia de ameaça resulta também do próprio texto legislativo a respeito da pena de suspensão da execução da pena de prisão, dado o apelo da parte final do n.º 1 do artigo 50.º do CP à “simples censura do facto” e à “ameaça de prisão” como contendo um sentido punitivo próprio³¹. Assim sendo, pela natureza das coisas, a consequência do incumprimento da pena de substituição será o cumprimento da pena principal determinada na sentença.

Não ignoramos que as alterações ao Código Penal ocorridas em 2007 vieram pôr em causa a possibilidade de afirmar uma regra uniforme no sentido do cumprimento da pena principal por inteiro, em virtude da previsão, nos artigos 46.º, n.º 5 e 6, e 59.º, n.º 4, do CP, de um regime legal que, nos casos de incumprimento das penas de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e de prestação de trabalho a favor da comunidade, manda operar o desconto na pena principal do *tempo de proibição já cumprido* ou dos *dias de trabalho já prestados*. Não concordamos, todavia, com a existência deste regime diferenciado que, como refere Maria João Antunes³², só fazia sentido para as penas de substituição detentivas, que já não existem³³.

Do ponto de vista do fundamento, cremos ainda que a convocação dos imperativos de justiça material em que se funda o ins-

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 13), p. 339.

³¹ Sobre esta pena de substituição em especial, suas origens e *ratio*, sublinhando o potencial do efeito de ameaça sobretudo em relação a delinquentes primários, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *RLJ* 124.º (1991-1992), p. 65 s.

³² ANTUNES, Maria João (nota 3), p. 99.

³³ No caso das penas de substituição em sentido impróprio, faria sentido que o incumprimento conduzisse ao cumprimento da pena de prisão principal apenas pelo tempo remanescente precisamente porque tais penas tinham carácter privativo da liberdade, ou seja, o mesmo carácter da pena que visavam substituir.

tituto do desconto não tem cabimento nas situações de cumprimento parcial da pena de substituição. Veja-se que está em causa uma pena aplicada em vez de outra e não uma forma de execução da pena principal. A consequência para o incumprimento, conhecida do agente logo no momento da condenação, em virtude da função de advertência que cumpre a pena de substituição, deve ser o cumprimento integral da pena principal, nomeadamente nos casos em que se verifique um incumprimento culposo, por motivo imputável ao condenado: seja motivado pelo não pagamento (no caso da pena de multa, nos termos do n.º 2 do artigo 45.º do CP³⁴), pela violação da proibição (no caso da proibição do exercício de profissão, função ou actividade, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º do CP), pela infracção grosseira ou repetida dos deveres ou regras de conduta impostos ou do plano de reinserção social (no caso da suspensão da execução da pena de prisão, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 56.º do CP), pela colocação intencional em condições de não poder trabalhar, recusa sem justa causa a prestar trabalho ou infracção grosseira dos deveres decorrentes da pena a que foi condenado (no caso da prestação de trabalho a favor da comunidade, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 59.º do CP); seja motivado pelo cometimento de um crime pelo qual o agente venha a ser condenado e revelar que as finalidades da pena de substituição não puderam por meio dela ser alcançadas (em consonância com o disposto nos artigos 46.º, n.º 3, b), 56.º, n.º 1, b), e 59.º, n.º 2, c), do CP). De facto, não pode olvidar-se que a determinação da pena de substituição deverá

³⁴ Acentuando que o pagamento parcial da pena de multa de substituição implica o cumprimento integral da pena de prisão aplicada na sentença, assim como a necessidade de determinação autónoma da pena de multa de substituição, cf. FIDALGO, Sónia, “Pena de multa de substituição. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Julho de 2009”, *RPCC* 20 (2010), p. 149 s.

ser feita em função das necessidades preventivas do caso concreto e que o respectivo incumprimento culposo será revelador de que tais necessidades não foram satisfeitas. Torna-se, assim, necessário aplicar uma pena, a pena principal, que possa definitivamente assegurar a satisfação daquelas exigências.

Partindo agora de uma perspectiva dogmática, também se nos afigura que defender o desconto da pena de substituição parcialmente cumprida na pena substituída equivale a diluir os contornos da diferenciação entre as penas de substituição e as formas (ou incidentes) de execução da pena de prisão. No caso destas últimas, estão em causa actualmente institutos tais como o regime de permanência na habitação e a liberdade condicional, cuja revogação obviamente determina apenas a execução da parte da pena de prisão ainda não cumprida, conforme preceituado nos artigos 44.º, n.º 3, e 64.º, n.º 2, do CP. Ou seja, supõe o legislador nestas disposições a contabilização, como tempo de cumprimento da pena de prisão, do tempo que o condenado esteve privado da liberdade no seu domicílio ou o tempo que esteve em liberdade condicional. Contrariamente, o tempo de cumprimento da pena de substituição não pode equivaler a tempo de cumprimento da pena principal porque a natureza das penas é diferente, sendo uma aplicada em vez da outra e em medida distinta, o que impossibilita um juízo de correspondência valorativa.

Não acolhemos igualmente o raciocínio daqueles que, em abono do desconto, apelam a um imperativo de não violação do princípio *ne bis in idem*³⁵. O conteúdo deste princípio, consagra-

³⁵ Defendendo esta tese, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 28), pp. 224 e 242; muito recentemente, da mesma Autora, com especial destaque e desenvolvimento desta ideia, “*Ne bis in idem*: poderá a duplicação de sacrifícios ser constitucional? Breve reflexão acerca da (in)aplicabilidade do instituto do desconto no caso de revogação das penas de substituição e da liberdade condicional”, *Estudos*

do no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, convoca a proibição do duplo julgamento e não da dupla penalização³⁶. Certamente que não cabe no âmbito do princípio a proibição da duplicação de sanções no sentido pretendido pelos defensores daquele argumento, ou seja, no sentido de não poderem ser aplicadas ao condenado mais do que uma pena. O que caberá no âmbito da proibição do duplo julgamento inerente àquele princípio constitucional objectivo será, como bem referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, a “aplicação *renovada* de sanções jurídico-penais pela prática do «mesmo crime»” (itálico nosso)³⁷. Ora, neste caso, não é disso que se trata, por não existir uma aplicação renovada de sanções, não podendo sequer falar-se aqui numa verdadeira duplicação de penas: não há duas penas a ser cumpridas pelo mesmo agente pela prática dos mesmos factos; o que há é uma pena aplicada em vez de outra que, por sua vez, ao não ser cumprida pelo condenado, acarreta como consequência a necessidade de executar a pena primeiramente determinada e substituída.

Do nosso ponto de vista, também não colhe o argumento de que, ocorrendo o incumprimento num momento final da execução da pena de substituição, a não aplicação do desconto torna injusto o cumprimento integral da pena principal³⁸. Na verdade, há mecanismos legais que permitem ao juiz fazer a adequada ponderação destas situações.

No caso da pena de multa de substituição, para além da elasticidade que caracteriza a sua execução (com a possibilidade de pa-

em Homenagem ao Conselheiro Presidente Doutor Costa Andrade, Volume II, Coimbra: Almedina, 2023, p. 191 s.

³⁶ Assim, CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 497.

³⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (nota 28), § 453, pp. 241 e 242 e § 485 s., p. 253 s.

gamento em prestações, com prazo diferido ou mesmo em trabalho³⁹), há ainda que considerar a solução preconizada no n.º 3 do artigo 49.º do CP⁴⁰ que evita a revogação sempre que o motivo do não pagamento não é imputável ao condenado, devendo portanto o tribunal apurar em concreto as razões subjacentes ao incumprimento e suspender a execução da pena principal subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro.

Também no caso das demais penas de substituição, a revogação não tem de ser automática. Relativamente à pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, determina o legislador a sua revogação quando a proibição for violada (artigo 46.º, n.º 3, a), do CP), o que supõe obviamente o apuramento de que, após a condenação, ocorreu uma violação deliberada, nunca acidental ou involuntária, tornando-se irrelevante se ocorreu em momento inicial ou final da execução de tal pena. A mesma consequência sobrevém se o condenado cometer crime pelo qual venha a ser condenado e *revelar que as finalidades da pena não puderam por meio dela ser alcançadas* (artigo 46.º, n.º 3, b), do CP), o que reclama uma adequada ponderação judicial das exigências do caso, incompatível com a ideia de revogação automática. Quanto à prestação de trabalho a favor da comunidade, a revogação prevista no n.º 2 do artigo 59.º do CP supõe também, em qualquer das três situações que prevê, uma avaliação prévia por parte do tribunal, seja porque tem de apurar se o condenado se colocou em condições de não

³⁹ Sobre a possibilidade de a pena de multa de substituição ser executada através da prestação de dias de trabalho, cf. ANTUNES, Maria João, “Execução da pena de multa de substituição através da prestação de dias de trabalho. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2016 de 18-2-2016 (Recurso extraordinário de fixação de jurisprudência)”, *RPCC* 26 (2016), p. 501 s.

⁴⁰ Aplicável à pena de multa de substituição *ex vi* artigo 45.º, n.º 2, 2.ª parte, do CP.

poder trabalhar de forma *intencional*, seja porque tem de verificar se a recusa a prestar trabalho é *sem justa causa* ou se a infracção dos deveres é *grosseira*, seja porque, à semelhança do que já se disse para a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, o cometimento de um outro crime *revela que as finalidades da pena não puderam por meio dela ser alcançadas*.

Por fim, o regime mais completo a este propósito é o que vale para a suspensão da execução da pena de prisão, previsto nos artigos 55.º e 56.º do CP e no artigo 495.º do CPP. Prevê-se que o tribunal seja chamado a ponderar a circunstância que motivou o incumprimento e a decidir a consequência devida, que poderá passar por uma solene advertência ou por medidas mais intensas (como a exigência de garantias de cumprimento, a imposição de novos deveres ou regras de conduta ou de exigências acrescidas no plano de reinserção, ou a prorrogação do período de cumprimento da pena de substituição), antes de determinar a revogação, que se apresenta assim como uma consequência meramente eventual, de *ultima ratio* e nunca imediata. Além disso, também prevê o legislador, no artigo 492.º do CPP, a possibilidade de modificação dos deveres, regras de conduta e outras obrigações fundada em circunstâncias de natureza superveniente devidamente comprovadas no processo e após audição do condenado, o que também confere flexibilidade ao regime de execução desta pena de substituição.

Idealmente, como corolário de uma teoria geral das penas de substituição, deveria poder aplicar-se a todas um regime idêntico ao que o legislador já prevê para a suspensão de execução da pena de prisão, tornando assim inequívoco que, em caso de incumprimento culposo da pena de substituição, nunca haveria lugar a uma revogação automática ou imediata desta. Por outras palavras, só deveria aplicar-se a revogação da pena de substituição no caso de o tribunal concluir que o incumprimento punha em causa a prossecução das finalidades preventivas por via daquela pena, e, só nesse caso, seria executada a pena principal de prisão aplicada na sentença, sem desconto do tempo de pena de substituição cumprido.

7. Em jeito de conclusão, sublinhamos a necessidade de reconhecer as penas de substituição como verdadeiras penas que gozam de autonomia face à pena (principal) que visam substituir, o que deverá necessariamente acarretar efeitos ao nível da sua determinação (a imperatividade de uma determinação autónoma, de acordo com os critérios gerais de determinação da pena, a partir de uma moldura própria, independente da moldura prevista para a pena principal), aplicação (a realização do desconto equitativo quando anteriormente tenham sido cumpridas por parte do agente medidas processuais privativas da liberdade) e execução (o cumprimento da pena principal determinada na sentença sempre que, após ponderação judicial, se conclua que o incumprimento culposo da pena de substituição põe irremediavelmente em causa a satisfação das finalidades preventivas).

Enfim, a renovação da discussão em torno de uma teoria geral das penas de substituição obrigaria a alterações legislativas no Código Penal que pudessem dar cumprimento às proposições expostas, mas que, estamos em crer, cumpririam a matriz originária de um Código que nasceu com a marca da democracia e com a marca da liberdade.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa, “A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC* 2 (1992), p. 173 s.
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2ª Edição, 2022.
- ANTUNES, Maria João, “Penas acessórias e aplicação a título principal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2022, p. 71 s.
- ANTUNES, Maria João, “Execução da pena de multa de substituição através da prestação de dias de trabalho. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2016 de 18-2-2016 (Recurso extraordinário de fixação de jurisprudência)”, *RPCC* 26 (2016), p. 501 s.
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*Ne bis in idem*: poderá a duplicação de sacrifícios ser constitucional? Breve reflexão acerca da (in) aplicabilidade do instituto do desconto no caso de revogação das penas de substituição e da liberdade condicional”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Doutor Costa Andrade*, Volume II, Coimbra: Almedina, 2023, p. 191 s.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *As reacções criminais no direito português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2019.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crimes*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *RLJ* 124.º (1991-1992), p. 65 s.
- FIDALGO, Sónia, “Pena de multa de substituição. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Julho de 2009”, *RPCC* 20 (2010), p. 149 s.
- LEITE, André Lamas, “As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos”, *RPCC* 30 (2020), p. 319 s.
- LEITE, André Lamas, “Subsídios para a história das penas de substituição no ordenamento jurídico português”, *Revista do Ministério Público*, abril – junho 2019, p. 51 s.
- LEITE, André Lamas, “Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição?»”, *ROA*, 2018, p. 581 s.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, *RPCC* 12 (2002), p. 147 s.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Número Especial*, 1984, p. 21 s.

PARTE II

O CÓDIGO PENAL – PARTE ESPECIAL

LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO AFIRMATIVO EN LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA: ¿UNA REFORMA DE IDA Y VUELTA?

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña, España
Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Australia

Índice: I. Introducción. II. El consentimiento afirmativo en la Ley Orgánica 10/2022. III. Las ventajas (y desventajas) del consentimiento afirmativo. IV. Un paso atrás: la contrar-reforma de 2023. V. Conclusión.

Table of contents: I. Introduction. II. Affirmative consent in Organic Law 10/2022. III. The advantages (and disadvantages) of affirmative consent. IV. A step backwards: the counter-reform of 2023. V. Conclusion.

Sumario: Tras un gran debate político y social, la reforma de los delitos sexuales llevada a cabo en España en 2022 introdujo como novedad sustancial una definición operativa del consentimiento en los términos del llamado consentimiento afirmativo (“solo sí es sí”). Apenas medio año después de

su entrada en vigor, se ha aprobado una contrarreforma en 2023 que, sin tocar esa definición, supone un duro cuestionamiento del modelo adoptado. En este trabajo se explican tanto los términos del debate como el significado de la contrarreforma en relación con el modelo del consentimiento afirmativo.

Summary: After a lively political and social debate, the reform of sexual offences carried out in Spain in 2022 introduced as a substantial novelty an operative definition of consent in terms of the so-called affirmative consent ('only yes is yes'). Barely half a year after its entry into force, a counter-reform has been approved in 2023 which, without touching this definition, entails a harsh questioning of the model adopted. This paper explains both the terms of the debate and the significance of the counter-reform for the affirmative consent model.

Palabras clave: consentimiento afirmativo; delitos sexuales; reforma legal; violación; feminismo.

Keywords: affirmative consent; sex crimes; rape; law reform; feminism.

I. Introducción

El consentimiento es el elemento que marca la diferencia entre el sexo sin relevancia penal y los delitos contra la libertad sexual en el Derecho Penal español. Su ausencia ya se reconocía como un elemento necesario del delito de violación en los códigos penales del siglo XIX¹, que aludían como medios típicos a la fuerza o violencia, la intimidación, la privación de sentido o de razón (posteriormente

¹ Al respecto, me permito la remisión a FARALDO CABANA, Patricia, "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles", Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 31-69.

te, el abuso de la enajenación de la víctima) y la minoría de edad. Se partía de que la violencia, fuerza o intimidación se empleaban para vencer la voluntad opuesta de la víctima que, obviamente, no consentía, mientras que en los casos de privación de sentido o de razón la víctima no estaba en situación de consentir o era incapaz de hacerlo. Tratándose de menor de doce años, el consentimiento que eventualmente hubiera prestado era inválido por mandato de la ley. En el Código Penal español de 1995, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la ausencia de consentimiento se integraba expresamente en la definición del delito de abuso sexual, que se cometía “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento” (artículo 181 CP, derogado), y de forma tácita en la del delito de agresión sexual, que se cometía “con violencia o intimidación” (artículo 178 CP, derogado) y, se sobreentendía, sin consentimiento. Con esa regulación, en España era necesaria, pero no suficiente, la ausencia de consentimiento para que se pudiera hablar de violación, pues se requería que además de la penetración concurriera violencia o intimidación. De acuerdo con lo expuesto, se calificaban como abusos sexuales y se castigaban con una pena inferior a la que correspondía imponer por agresión sexual, violación si concurría penetración, los casos de víctimas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias o sobre personas incapaces de resistirse, sea por incapacidad física (por ejemplo, borrachos, tetrapléjicos, personas en coma) o psicológica (como sucede cuando se produce un bloqueo emocional). También se consideraban abusos sexuales, aunque no se mencionaran expresamente en la ley, los ataques sorpresivos, que no dan tiempo a la víctima a manifestar el sentido de su voluntad, así como los casos en que la expresa y no es respetada por el autor.

En ello no se diferenciaba mucho el Ordenamiento jurídico español del de otros países de nuestro entorno, como se desprende

de la panorámica que ofreció Amnistía Internacional en 2018². Sin embargo, a nivel comparado esta situación empezó a cambiar ya a finales del siglo XX. Una oleada de reformas legislativas ha recorrido Europa con el declarado objetivo de convertir la ausencia de consentimiento en el único eje sobre el que giren los delitos sexuales, abandonando la tradicional definición de la violación sobre la base de la concurrencia de violencia, fuerza, intimidación o resistencia³. La exigencia del empleo de medios violentos o intimidatorios por parte del autor, o la de resistencia por parte de la

² Sobre la definición tradicional de la violación como la imposición del acto sexual con violencia, fuerza o intimidación, y su significado para la protección de las mujeres, vid., entre otros, ESTRICH, Susan, *Real Rape*, Harvard: Harvard University Press, 1987, pp. 27-40.

³ Se han producido reformas en esta línea, entre otros países, en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Escocia, Finlandia, Inglaterra y País de Gales y Suecia. Vid. sobre Alemania HÖRNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, *German Law Journal*, 18, 2017, pp. 1309-1330; sobre Dinamarca, VESTERGAARD, Jørn, “The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 8(2), 2020, pp. 5-32; sobre Escocia, COWAN, Sharon, “All change or business as usual? Reforming the law of rape in Scotland”, McGlynn, Clare y Munro, Vanessa, E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2010, pp. 154-168; en relación con Finlandia, sobre el proyecto, ya aprobado, puede consultarse ALAATTINOGLU, Daniela, et al., “Rape in Finnish criminal law and process – A discussion on, and beyond, consent”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 8(2), 2020, pp. 33-53; acerca de Inglaterra y País de Gales, MCGLYNN, Clare, “From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape”, McGlynn, Clare y Munro, Vanessa, E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2010, pp. 139-153; sobre Suecia, NILSSON, Gabriella, “Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse”, Bruvik Heinskou, Marie, Skilbrei, May-Len y Stefansen, K. (eds.), *Rape in the Nordic countries: Continuity and change*, London and New York: Routledge, 2020, pp. 101-119. Hay proyectos en marcha en otros países.

víctima, se consideran rechazables por partir de una concepción de la sexualidad femenina en términos del valor de la mujer en el mercado matrimonial⁴ y por considerar prioritario evitar falsas acusaciones de violación⁵ - que, según se decía tradicionalmente, son muy fáciles de formular y muy difíciles de refutar -, en lugar del preocupantemente bajo nivel de denuncia existente. Al prescindir de la violencia, fuerza o intimidación, y de la manifestación de resistencia de la víctima, es suficiente que la víctima dé a conocer su falta de consentimiento de alguna manera reconocible para el autor, que se hace merecedor de pena cuando no respeta la negativa de la víctima. Esta posición se recoge sintéticamente en el aforismo “no es no”.

Los movimientos feministas han promovido las reformas legales que ponen el consentimiento en el centro de la definición de la violación, prescindiendo de las referencias a la violencia, intimidación o resistencia. Lo han hecho porque las consideran un cambio progresista⁶ que favorece la protección de las mujeres e, indirecta-

⁴ De lo que es prueba la agravación de algunos códigos penales históricos cuando la víctima era mujer casada (con otro), la impunidad (legal o de facto) de la violación dentro del matrimonio, o su atenuación, la eficacia del matrimonio entre autor y víctima como causa de levantamiento o de atenuación de la pena, la obligación de dotar a la víctima si el autor no se casaba con ella, la posibilidad de que denunciaran el delito no solo la víctima, sino también sus padres, hermanos, abuelos, tutor o curador, etc.

⁵ Preocupación que se observa ya tempranamente. De ahí que se exigiera la presencia de signos de lucha que corroboraran el relato de la víctima y se considerara razonable la exención marital. Cfr. HALE, Matthew, *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown. Volume 2*, London: E. and R. Nutt and R. Gosling editors, 1736, p. 635. Al respecto, vid. RUMNEY, Philip N. S., “False allegations of rape”, *The Cambridge Law Journal*, 65(1), 2006, p. 128.

⁶ Ya SCHULHOFER, Stephen, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard: Harvard University Press, 1998, p. 254; HENDERSON, Lynne, “Getting to Know: Honoring Women in Law and in Fact”, *Texas Journal of Women & the Law*, 2, 1993, p. 64; ESTRICH, Susan (nota 2), p. 103.

mente, también de algunos grupos marginados por la moral sexual dominante⁷. Pero no es fácil determinar qué es el consentimiento, un concepto que se puede llenar de muy distinto contenido⁸, como demuestra la doctrina internacional y comparada que ha explorado extensamente la definición de la violación como penetración sexual no consentida⁹. Además, prescindir simplemente de la referencia

⁷ Al situar el consentimiento como el marcador que distingue las relaciones sexuales atípicas, se sienta también un precedente difícil de ignorar a la hora de plantearse la criminalización de ciertos comportamientos sexuales consentidos, pero rechazados por la moral religiosa, como el sexo anal o las relaciones homosexuales. De ahí que el modelo consensual también haya recibido apoyo por parte de los movimientos de defensa de los derechos de las personas homosexuales y otras minorías sexuales.

⁸ Como advierte COWAN, Sharon, “Freedom and capacity to make a choice: A feminist analysis of consent in the criminal law of rape”, Munro, Vanessa E. y Stychin, Carl (eds.), *Sexuality and the Law: Feminist Engagements*, London: Routledge, 2007, p. 53.

⁹ Vid., entre muchos otros que se podrían citar aquí, POWER, Helen, “Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), 2003, pp. 379-404; RUMNEY, Philip N. S., y MORGAN-TAYLOR, Martin, “The Construction of Sexual Consent in Male Rape and Sexual Assault”, Reynolds, Paul y Cowling, Mark (eds.), *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 141-170; MUNRO, Vanessa E., “Concerning Consent: Standards of Permissibility in Sexual Relations”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(2), 2005, pp. 335-352; MUNRO, Vanessa E., “Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy”, *Akron Law Review*, 41(4), 2008, pp. 923-956; COWAN, Sharon, “Choosing Freely: Theoretically Reframing the Concept of Consent”, Hunter, Rosemary y Cowan, Sharon (eds.), *Choice and Consent: Feminist Engagements with Law and Subjectivity*, London: Routledge, 2007, pp. 91-106; BUCHHANDLER-RAPHAEL, Michael, “The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power”, *Michigan Journal of Gender and Law*, 18(1), 2011, pp. 147-228; DEMPSEY, Michelle M., “Victimless Consent and the Volenti Maxim: How Consent Works”, *Criminal Law and Philosophy*, 7(1), 2013, pp. 11-27; GRUBER, Aya, “Not Affirmative Consent”, *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2017, pp. 683-707; PALMER, Tanya V., “Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and Freedom to Negotiate”, Reed, Alan, et al. (eds.), *Consent: domestic and comparative perspectives*,

a la violencia o intimidación y centrarse en exigir que se respete la voluntad opuesta de la víctima, manifestada externamente (“no es no”), puede no ser suficiente para lograr una mayor protección de las mujeres. Y es que, aun suponiendo un avance respecto de la regulación anterior, el modelo del consentimiento negativo ha sido objeto de críticas, porque ha resultado en la desprotección de aquellas mujeres que, aun estando conscientes, son incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarla en el juicio. Por ello, en los últimos años se ha propuesto dar un paso más y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento (“no es no”), sino la de su concurrencia (“solo sí es sí”), de forma que el autor se haga merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su aquiescencia. E incluso se va más allá, pues en los últimos años se propone por un sector doctrinal un paradigma comunicativo que, partiendo del consentimiento afirmativo, pretende que se preste más atención a las circunstancias concurrentes que pueden limitar la libertad y autonomía de las mujeres, de forma que incluso un sí expreso pueda ser interpretado en algunos casos como una negativa. Apunta en esta línea el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul), que obliga a las partes a centrar la definición de los delitos sexuales en torno al consentimiento, al definirlos como actos sexuales no consentidos, y exige que este se preste “voluntariamente como manifestación del

London-New York: Routledge, 2017, pp. 9-24; SCHULHOFER, Stephen J., “Consent: What It Means and Why It’s Time to Require It”, *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2017, pp. 665-681; DOWDS, Eithne, “Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force”, *The Modern Law Review*, 83(1), 2020, pp. 35-63; DOWDS, Eithne, “Redefining consent: rape law reform, reasonable belief, and communicative responsibility”, *Journal of Law and Society*, 49(4), 2022, pp. 824-847.

libre arbitrio de la persona considerado *en el contexto de las condiciones circundantes*¹⁰.

Pues bien, el legislador español ha acogido el modelo de consentimiento afirmativo, con una formulación que admite su interpretación en términos comunicativos. En efecto, la ya citada Ley Orgánica 10/2022, además de tratar otros muchos aspectos, penales y no penales, que no pueden ser objeto de este estudio, dio un giro a la forma de entender los delitos sexuales al introducir una regulación del consentimiento. Para poder entender la relevancia de este cambio, en el apartado 2 se explica con detalle el nuevo texto legal. En el apartado 3 se exponen las ventajas del modelo del consentimiento afirmativo, pero también algunas de las críticas que se le han hecho. En esta parte del estudio se ha utilizado casi exclusivamente literatura anglo-americana. El objetivo es contribuir a la discusión sobre la definición de la violación que se está

¹⁰ Art. 36: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;

b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

produciendo en estos momentos tanto en España¹¹ y Portugal¹² como en varios países de Latinoamérica mediante la toma en consideración del debate sobre consentimiento, autonomía y violación que, desde finales del siglo XX, ha agitado las aguas de nuestro entorno socio-cultural. En el apartado 4 se explica la sorprendente contrarreforma llevada a cabo en España a través de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Como veremos, esta norma supone el parcial desmantelamiento del modelo del consentimiento afirmativo apenas transcurrido medio año desde su entrada en vigor. El apartado 5 termina con unas conclusiones. Para ejemplificar los cambios, me centraré en el delito de agresiones sexuales agravadas

¹¹ Sobre la que ya me he pronunciado en FARALDO CABANA, Patricia, “Razones para la reforma del delito de violación”, Barona Vilar, Silvia (dir.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 177-204. Vid. también ACALE SÁNCHEZ, María, “El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales”, González Cussac, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 35-58; de la misma autora, “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, Año 3, 5, 2021, pp. 467-485.

¹² Al respecto, entre otros, BELEZA, Tereza Pizarro, “‘Consent – It’s as Simple as Tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, Cunha, Maria da Conceição (coord.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 15-26; CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, 3, 2019, pp. 631-679; CORREIA, Liliana Cristina Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação”, *Julgar*, Dezembro 2020, pp. 1-28.

por la penetración, esto es, en la violación. Además, hablaré de la mujer adulta como víctima y del hombre como autor. Al hacerlo no desconozco ni pretendo ocultar que la violación es un delito que se comete también contra hombres y niños de ambos sexos, sino resaltar que afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que, de manera incluso todavía más desproporcionada, es cometido casi exclusivamente por hombres.

II. El consentimiento afirmativo en la Ley Orgánica 10/2022

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de protección integral de la libertad sexual se alejó de la presunción subyacente a la regulación anterior de que las mujeres existen en un estado de disponibilidad para la actividad sexual, a menos que digan “no” y hasta que lo digan, y exigió que hubiera alguna manifestación externa de su consentimiento. Tras su entrada en vigor, el artículo 178.1 CP señala que “será castigado..., como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. La reforma no solo impuso a quienes inician el acto de contenido sexual la obligación de mostrar la debida preocupación por el bienestar y los intereses de quien es objeto de sus atenciones. También impuso al juzgador la necesidad de prestar atención a la comunicación entre las partes, abordando los factores situacionales que a menudo merman la capacidad de las personas para expresar su voluntad o su falta de voluntad. En este sentido, la referencia a las “circunstancias” del consentimiento pretendió abandonar la simplista dicotomía entre consentimiento / no consentimiento de la normativa anterior. Además, la reforma aclaró la nueva definición de consentimiento mediante la inclusión de una serie de presunciones refutables de falta de consentimiento en el artículo 178.2 CP. En ella

se incluyen los casos de empleo de violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando los actos se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad¹³. Según se desprende de esta regulación, cuando la acusación pruebe uno o más de los supuestos establecidos en el artículo 178.2 CP, se presumirá que la víctima no dio su consentimiento y que el acusado sabía que la víctima no había dado su consentimiento. No obstante, la defensa puede presentar pruebas para refutar los argumentos de la acusación. Una vez traspasado el umbral de la intimididad física tras un acto externo de voluntad positiva, la nueva definición de consentimiento no exige un flujo constante de expresiones afirmativas a medida que la actividad sexual se desarrolla y adopta nuevas formas.

Por otro lado, como complemento necesario del cambio del estándar normativo sobre el consentimiento, la Ley Orgánica 10/2022 abandonó la distinción entre “agresión sexual” y “abuso sexual” que existía en el Código Penal español¹⁴. Ambos delitos

¹³ La lista de presunciones no menciona los casos en que el sujeto emplea fraude o engaño (como el “stealthing”, quitarse subrepticamente el preservativo durante una relación sexual consentida precisamente porque se lleva preservativo), a pesar de que estos supuestos están siendo intensamente debatidos en la doctrina, con una jurisprudencia titubeante. Vid. GILI PASCUAL, Antoni, “Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, 135, 2021, pp. 85-134.

¹⁴ La calificación de todas las formas de agresión sexual como “agresión sexual”, “violación” en caso de actos con penetración, fue una de las reivindicaciones que se formularon en las manifestaciones contra las dos primeras sentencias del caso de la Manada, al grito de “¡no es abuso, es violación!”. Sobre la influencia de este caso en la reforma, vid. FARALDO CABANA, Patricia, “The Wolf Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain”, *German Law Journal*, 22(5), 2021, pp. 847-859. Los manifestantes criticaron duramente la legislación española por no reconocer

incluían actos sexuales con y sin penetración. La diferencia entre ambos era únicamente la presencia de violencia o intimidación. En España se reconocía legalmente una agresión como violación, también llamada agresión sexual agravada, solo cuando la penetración oral, anal o vaginal no consentida con el pene, un miembro corporal o un objeto se lograba mediante violencia o intimidación. Si no concurría violencia ni intimidación, ni consentimiento, el delito era el de abuso sexual agravado, castigado con penas menores. En oposición a esto, la Ley Orgánica 10/2022 definió todo sexo no consentido como agresión sexual. La violación era sim-

legalmente una agresión sexual como violación a menos que se empleara violencia o intimidación, argumentando que el abanico de violencia sexual etiquetado como violación era demasiado reducido, lo que suponía castigar menos los delitos sexuales meramente no consentidos. Aunque en la normativa penal española no existía el requisito de resistencia, normalmente el silencio o las protestas verbales no eran suficientes para una condena por violación. Solo la resistencia física solía serlo. Por otra parte, demostrar que la relación sexual se había producido mientras la denunciante estaba intimidada era un obstáculo difícil de superar para la acusación, al igual que cuando la víctima no oponía resistencia o no mostraba de ninguna otra forma su falta de consentimiento. La doctrina española, sin embargo, defendía mayoritariamente que tal diferenciación entre abuso sexual y agresión sexual ponía debidamente de relieve la diferente escala de gravedad en función de la afectación de la autonomía sexual de la víctima, pues no sería lo mismo ser forzada mediante violencia o amenazas que mantener relaciones sexuales no consentidas. Vid. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Solo sí es sí”, *Diario del Derecho*, 21-4-2020. La distinción era considerada como “un signo de civilización y de eficacia”, en palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Las huellas de “La Manada””, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, p. 19. Para una opinión distinta, vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del “modelo del consentimiento””, Muñoz Sánchez, Juan et al. (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político-criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1435 ss.

plemente un subconjunto que incluía la penetración del cuerpo sin consentimiento. Debido a que los delitos de abuso sexual, sin violencia ni intimidación, se fusionaron en la nueva ley con los de agresión sexual, más graves, los rangos de penas para ambos también se combinaron, por lo que, con carácter general, aumentaron los límites máximos de las penas para los abusos, pero se redujeron los límites mínimos (y, en algún caso, también los máximos) de las agresiones sexuales¹⁵.

III. Las ventajas (y desventajas) del consentimiento afirmativo

La superación del modelo decimonónico, tradicional, de violación basado en el empleo de violencia, fuerza o intimidación supone otorgar todo el protagonismo a la ausencia de consentimiento, reconfigurando la violación como un delito que se comete sin consentimiento de la víctima. En el modelo consensual negativo, esto significa que para que la violación sea punible es necesario que la víctima manifieste su oposición, verbalmente o de cualquier otra forma reconocible para el autor, y que este no la respete, lo que se expresa a través del aforismo “no es no”. No se necesita más que eso, esto es, no se precisa ni que el autor ejerza violencia o intimide a la víctima ni que esta oponga resistencia física una vez expresada su negativa.

Ahora bien, es necesario subrayar que la construcción de la violación en torno a la manifestación de la negativa obliga a la víctima

¹⁵ Por ejemplo, la penetración no consentida (llamada abuso sexual agravado, no violación) se castigaba antes con pena de prisión de 4 a 10 años, la penetración con violencia o intimidación (llamada violación) con pena de prisión de 6 a 12 años; en la reforma, el nuevo delito de penetración no consentida, es decir, violación, que incluye los supuestos de violencia o intimidación más otros, se castiga con pena de prisión de 4 a 12 años.

a decir que no o a expresar su voluntad contraria al acto sexual de alguna otra forma. Ello supone cargar a la víctima con la responsabilidad de lo sucedido cuando no es capaz de expresar su negativa, sea porque queda psicológicamente bloqueada por el shock o el miedo¹⁶, sea porque es incapaz de hacerlo, de resistir o de huir debido al estado etílico en el que se encuentra, el consumo de drogas o medicamentos o cualquier otra circunstancia limitante. En estos casos, no pocos tribunales han interpretado esa incapacidad para manifestar su negativa como consentimiento, cuando en realidad es sometimiento y sumisión, como también lo es cuando las circunstancias que rodean el consentimiento eventualmente prestado son tales que impiden hablar de una voluntad libre. Incluso cuando la víctima es capaz de expresar su negativa, tampoco han faltado casos en que ese “no” ha sido ignorado o trivializado por el autor o por el titular del órgano judicial, que comparte los prejuicios sexistas existentes en la sociedad, como cuando se dice que las mujeres dicen que no cuando quieren decir sí¹⁷, o cuando se atribuye a los hombres un desmedido apetito sexual, que les lleva a tomar la iniciativa y a insistir incluso tras un rechazo inicial, y

¹⁶ La parálisis involuntaria en situaciones de peligro ha sido ampliamente documentada y es objeto de estudio desde los años 70. Cfr. SUAREZ, Susan D., y GALLUP, Gordon G., “Tonic Immobility as a Response to Rape in Humans. A Theoretical Note”, *The Psychological Record*, 29, 1979, pp. 315-320. Más recientemente, vid. MÖLLER, Anna, SÖNDERGAARD, Hans Peter y HELSTRÖM, Lotti, “Tonic immobility during sexual assault”, *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 96(8), 2017, pp. 932-938; KALAF, Juliana, et al., “Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma - A population based study”, *Journal of Affective Disorders*, 215, 2017, pp. 71-76.

¹⁷ Cfr. MUEHLENHARD, Charlene L. y RODGERS, Carie S., “Token Resistance to Sex: New Perspectives on an Old Stereotype”, *Psychology of Women Quarterly*, 22(3), 1998, pp. 443-463, que resaltan que la gran mayoría de las personas que dicen que “no” en realidad quieren decir justamente eso. Este estereotipo puede ocasionar errores en la interpretación de la negativa.

se supone que las mujeres no lo tienen, por lo que se muestran remisas o reticentes¹⁸.

Por estos motivos, entre otros, se ha dado un paso más allá de este modelo consensual, pasando del “no es no” al “solo sí es sí”. Estos dos modelos consensuales se distinguen por cómo delimitan el consentimiento o su ausencia y, por tanto, también por cómo determinan el acceso al cuerpo femenino: si el modelo del consentimiento negativo parte de la disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no¹⁹, el consentimiento afirmativo parte del supuesto contrario, la indisponibilidad por principio salvo que la mujer manifieste su asentimiento²⁰, de forma que el silencio, la sumisión, el sometimiento o la pasividad no cuenten como expresión del consentimiento.

De esta forma, como indica Ramon Ribas²¹, la fórmula del consentimiento afirmativo incorpora, en el fondo, una obviedad: solo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por las partes; no necesariamente deseada, pero sí, al menos, aceptada como manifestación de una decisión libre. Pero esto, que parece obvio, es preciso subrayarlo, pues en la práctica existe un

¹⁸ Vid. al respecto, entre otros, HUMPHREYS, Terry, “Understanding sexual consent: An empirical investigation of the normative script for young heterosexual adults”, Reynolds, Paul y Cowling, Mark (eds.), *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 209-225; WIEDERMAN, Michael W., “The Gendered Nature of Sexual Scripts”, *The Family Journal*, 13(4), 2005, pp. 497-498.

¹⁹ Ya DRIPPS, Donald A., “Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent”, *Columbia Law Review*, 92(7), 1992, pp. 1780-1806; ESTRICH, Susan (nota 2), p. 103.

²⁰ Cfr. SCHULHOFER, Stephen (nota 9), 2017, p. 670; el mismo autor (nota 6), 1998, p. 271; el mismo autor, “The Feminist Challenge in Criminal Law”, *The University of the Pacific Law Review*, 143, 1997, p. 2181.

²¹ En RAMON RIBAS, Eduardo, y FARALDO CABANA, Patricia, ““Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, 2020, p. 36.

muy extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. Lo que importa del consentimiento afirmativo es que no es posible seguir ignorando si, en realidad, una persona consiente o no en participar en una actividad sexual. Debe haber signos inequívocos que expresen con claridad la voluntad de la persona, que esta consiente participar en la actividad sexual. No hay silencio si, pese a no haber palabras, las acciones, expresiones o gestos evidencian que no hay voluntad de participar: apartar las manos del otro, subirse la ropa interior que le han bajado, llorar, intentar tapar la propia desnudez. Hay verdadero silencio cuando faltan todos ellos, y, entonces, el silencio tiene un sentido. Debe interpretarse como una negativa. No es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial que, en todo caso, sería revocable en cualquier momento. De hecho, el modelo del consentimiento afirmativo refleja de forma más apropiada que el del “no es no” la forma en que, en la práctica, se expresa la aceptación de una relación sexual: a través de la participación activa, con los intervinientes dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un único acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada²². Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito negocial, el consentimiento sexual no puede presuponer un acto cuyos parámetros son claros e inmutables. Otras actividades, como una compraventa, un contrato de trabajo o una donación, adoptan una forma muy específica cuya variabilidad puede ser controlada por la parte interesada, pero el acto sexual adopta múltiples formas imposibles de predecir en el

²² En esta línea, vid. PINEAU, Lois, “Date Rape: A Feminist Analysis”, *Law and Philosophy*, 8(2), 1989, p. 231; TADROS, VICTOR, “Rape without consent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(3), 2006, pp. 515-543; BERES, Melanie, “Rethinking the Concept of Consent for Anti-Sexual Violence Activism and Education”, *Feminism and Psychology*, 24(3), 2014, pp. 382-383.

momento de prestar el consentimiento. No solo el consentimiento prestado para una práctica no implica que otras también sean aceptadas, sino que puede ser retirado o reducido en su alcance en cualquier momento. No basta, pues, con centrarse en momentos fijos de consentimiento o resistencia para determinar si una mujer acepta o no participar en la relación sexual. Al enfatizar el diálogo recíproco, el consentimiento afirmativo anima a las partes a expresar lo que quieren y a prestar atención a lo que quiere su pareja. La comunicación expresa y su ausencia se convierten en los elementos centrales de la definición de la violación y de la violencia sexual²³. El modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social. Se produce un cambio de paradigma: el silencio, el sometimiento, la sumisión y la inexpresividad no deben entenderse como consentimiento, sino, justamente, como su ausencia.

El consentimiento afirmativo ha recibido una entusiasta acogida por buena parte del movimiento feminista²⁴. No sin críticas. Se objeta, por ejemplo, que la centralidad del consentimiento en los delitos sexuales implica una relación en cierto modo asimétrica entre las partes. El consentimiento supone que una de las partes hace una sugerencia o una solicitud, y la otra tiene dos opciones: aceptarla o rechazarla²⁵. En el contexto sexual, implica que el sexo

²³ PINEAU, Lois (nota 22), p. 231; COWAN, Sharon (nota 9); LITTLE, Nicholas J., "From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law", *Vanderbilt Law Review*, 58(4), 2005, pp. 1321-1364; MACAULAY MILLAR, Thomas, "Toward a Performance Model of Sex", Friedman, Jaclyn y Valenti, Jessica (eds.), *Yes Means Yes!: Visions of Female Sexual Power and a World Without Rape*, Berkeley: Seal Press, 2008, pp. 29-41.

²⁴ En esta línea, entre otros, SCHULHOFER, Stephen (nota 9), 2017; MACAULAY MILLAR, Thomas (nota 23), pp. 39-40; ANDERSON, Michelle J., "Negotiating Sex", *Southern California Law Review*, 78(6), 2005, pp. 1401-1438.

²⁵ Como indica VEATCH, Robert M., "Abandoning Informed Consent", *The*

consiste en que una persona (la activa, por definición el hombre) le hace algo a otra (la pasiva, la mujer), que se deja hacer²⁶. En este ámbito de la sexualidad, “el verbo consentir aparece como un verbo “femenino”, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino”²⁷. Pero las partes no se encuentran en la misma posición. Por un lado, porque las consecuencias de que no se respete la voluntad de cada una de ellas son muy distintas: si no se respeta la negativa femenina se la fuerza a mantener relaciones sexuales que no quiere, mientras que si no se accede a la solicitud masculina el hombre tendrá que buscar otra pareja. Por otro, porque los roles de género determinados social y culturalmente determinan quién es la persona apropiada para proponer (el hombre) y quién la que debe poner límites (la mujer)²⁸. Frente a esa comprensión asimétrica de las relaciones sexuales, cabe apuntar que un entendimiento del consentimiento afirmativo en clave comunicativa, como el que se adoptó en la reforma de 2022, permite superar esa crítica, por dos motivos. Por un lado, porque, si bien ciertamente conlleva de forma natural que en el proceso haya que preguntar por la actitud de la víctima, centra la atención en el autor: en lugar de preguntar a la víctima si consintió o no, hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja llegando a un acuerdo sobre lo

Hastings Center Report, 25(2), 1995, p. 5, al hilo del consentimiento informado en el ámbito médico.

²⁶ Entre otros, vid. ANDERSON, Michelle J. (nota 24), 2005, p. 1408; TADROS, Victor, “No Consent: A Historical Critique of the Actus Reus of Rape”, *Edinburgh Law Review*, 3(3), 1999, p. 317.

²⁷ PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolínztlí, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, 78(4), 2016, p. 742.

²⁸ Como ya apuntara Gavey, Nicola, *Just Sex? The Cultural Scaffolding of Rape*, Abingdon: Routledge, 2005.

que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía²⁹. Cuando no ha habido comunicación alguna, sino solo silencio, hay que presumir que el sexo no es consentido³⁰, correspondiendo al acusado la carga de la prueba de que sí lo fue, aun a pesar de que el sexo probablemente haya sido muy insatisfactorio para la otra parte³¹. El modelo del consentimiento afirmativo convierte en responsabilidad de cada una de las partes asegurarse de que la otra ha manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto sexual. Por otro lado, la importancia de ese análisis de las circunstancias en que se presta el consentimiento, esto es, el contexto de las condiciones circundantes, pone de manifiesto que no basta con un acto aislado y descontextualizado de manifestación del consentimiento. La coerción sexual, el engaño, la minoría de edad, el estado de embriaguez, la desigualdad económica, la diferente posición social, la dinámica relacional... son factores que pueden cuestionar la validez del consentimiento³². Se impone un cierto nivel de diligencia a la hora de determinar la disponibilidad sexual de la pareja. El efecto educativo de este cambio hacia un modelo de consentimiento afirmativo es de gran importancia, dado que numerosos estudios apuntan a

²⁹ Cfr. ANDERSON, Michelle (nota 24), p. 1423.

³⁰ Cfr. REMICK, Leni A., "Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape", *The University of the Pacific Law Review*, 141(3), 1993, p. 1129.

³¹ Como indica PINEAU, Lois (nota 22), p. 233.

³² Cfr. ARCHARD, David, *Sexual Consent*, Boulder: Westview Press, 1998, p. 34; DOWDS, Eithne (nota 9), 2022; PALMER, Tanya (nota 9), 2017, p. 19; MUNRO, Vanessa E., "From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape", McGlynn, Clare y Munro, Vanessa E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2010, pp. 26-27.

que entre hombres y mujeres hay frecuentes malentendidos en lo que se refiere a la percepción de la disponibilidad sexual de un miembro del otro sexo³³, con sesgos de género que llevan a que los hombres, más que las mujeres, perciban como señales de disponibilidad sexual que las mujeres beban alcohol en compañía masculina, acepten sus invitaciones, lleven ropa provocativa, vayan a la propia vivienda con un hombre, acepten ir a la de él, flirteen o participen en ciertas prácticas sexuales³⁴, incluso aunque manifiesten verbalmente y de forma enérgica su negativa al acto sexual³⁵. La exigencia de que concurra el mutuo acuerdo entre las partes, de forma clara, patente, especificada, cumple, de esta manera, una doble función preventivo-general. Como indica Ramon Ribas³⁶, el fin del Derecho penal - existe consenso al respecto - no es, simplemente, castigar, sancionar hechos que se consideran gravemente injustos, sino,

³³ Cfr. ANDERSON, Michelle (nota 24), pp. 1417-1420. Sin embargo, otros autores han encontrado evidencias de que cuando las mujeres dicen que no al sexo lo hacen de forma consistente con otras normas conversacionales relativas al rechazo, en general, y que los hombres indican ser conscientes de que esa negativa es un rechazo. Cfr. BERES, Melanie (nota 22), p. 377; O'BYRNE, Rachael, HANSEN, Susan, y RAPLEY, Mark, "If a girl doesn't say 'no'...": Young men, rape and claims of 'insufficient knowledge', *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 18(3), 2008, pp. 168-193.

³⁴ Varios estudios sugieren que los hombres tienden a interpretar estas situaciones como una señal de disponibilidad sexual. Vid. GRAHAM, Kathryn, et al., "'Blurred Lines?'" Sexual Aggression and Barroom Culture", *Alcoholism, clinical and experimental research*, 38(5), 2014, pp. 1416-1424; FARRIS, Coreen, et al., "Sexual Coercion and the Misperception of Sexual Intent", *Clinical Psychology Review*, 28(1), 2008, pp. 48-66; HENNINGSEN, David Dryden, "Flirting with Meaning: An Examination of Miscommunication in Flirting Interactions", *Sex Roles*, 50, 2004, pp. 487-488.

³⁵ DECKER, John F., y BARONI, Peter G., "'No' Still Means 'Yes': The Failure of the 'Non-Consent' Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 101(4), 2011, p. 1082; LITTLE, Nicholas J. (nota 23).

³⁶ En RAMON RIBAS, Eduardo, y FARALDO CABANA, Patricia (nota 21), pp. 36-37.

sobre todo, prevenir que tales hechos se cometan, pues suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico relevante. Y lo hace desde dos perspectivas que se complementan:

- en primer lugar, el efecto preventivo de carácter negativo o intimidatorio se produce dirigiéndose a toda la ciudadanía, comunicándole que, si se mantienen relaciones sexuales sin mediar acuerdo con la pareja, cometen un delito y deberán ser castigados.
- En segundo lugar, el efecto preventivo de carácter positivo se produce al proclamar que un determinado bien, la libertad sexual, tiene un alto valor y, por ello, es merecedor de tutela penal. La destinataria del anuncio legal ahora es, una vez más, toda la ciudadanía, incluyendo los potenciales delincuentes, a quienes se informa de aquel reconocimiento; pero también ellas, las personas y, muy especialmente, las mujeres, que sean, pese a todo, objeto de atentados sexuales. Deben saber identificar cuándo son partícipes libres en un comportamiento sexual y cuándo son víctimas; poner nombre a lo que desean hacer, pero también a lo que padecen.

No se trata, por tanto, solo, ni principalmente, de no dejar margen a la impunidad de determinados actos, sino de despertar la conciencia social de que el ejercicio de la sexualidad debe ser libre. No es tolerable despreciar la voluntad de las personas, actuar con indiferencia hacia dicha voluntad o ignorarla deliberadamente, pues, de este modo, la persona deja de ser tratada como tal, con respeto por su dignidad y su libertad, y se convierte en víctima de otro. El anuncio legal debe ser manifiesto: no se pretende solo convencer intimidando, asustando, sino, asimismo, y muy especialmente, concienciando, dando a conocer lo que está mal y lo que está bien, fomentando la dignidad, la libertad, la igualdad.

La principal virtud del modelo del consentimiento afirmativo es situar en el centro del debate judicial lo que verdaderamente importa: no si hubo violencia o intimidación, ni un acto aislado de consentimiento, sino si hubo voluntad libre durante todo el acto,

atendidas las circunstancias concurrentes. La comunicación sexual debe ser el centro de atención, y su ausencia el elemento nuclear de los delitos sexuales. En el juicio, la atención no debe requerirla, ni solo ni, primeramente, la actitud de la víctima: no interesa determinar solo si consintió o no, sino si ambos participaron en la relación como expresión de su libre voluntad, valorada en el contexto de las circunstancias concurrentes.

IV. Un paso atrás: la contrarreforma de 2023

La aprobación de la Ley Orgánica 10/2022 fue considerada por los movimientos feministas una victoria tras muchos años de lucha: las feministas españolas podían reivindicar cambios fundamentales en la regulación penal de los delitos sexuales, incluida la codificación de un marco sólido para el consentimiento afirmativo. Ahora bien, ya durante la tramitación, la idea de que hubiera que obtener un “sí” antes de mantener relaciones sexuales fue ridiculizada por ciertos sectores de la prensa y las redes sociales. También fue rechazada por órganos de representación de jueces y magistrados³⁷, mientras que abogados y penalistas la descartaron por considerarla una reforma inane sin relevancia práctica³⁸, sobre la base de dos argumentos contrarios: el primero, que la conducta no verbal, como

³⁷ Así, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 25 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>, pp. 136-137.

³⁸ En esta línea, entre otros, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, “El consentimiento sexual como eje de la Reforma Penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 65, 2022, pp. 113-134; VALMAÑA OCHAITA, Silvia, “La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal”, *La Ley Penal*, 159, noviembre de 2022.

la pasividad o el silencio absolutos, debía entenderse como un “acto externo” que demostraba el consentimiento, como ya ocurría en la práctica con la regulación anterior; el segundo, que en la jurisprudencia ya se estaba consolidando antes de la reforma la idea que el silencio no era un signo de consentimiento, con lo que el cambio no era necesario. La mera existencia de estas discrepantes opiniones ya justifica, en mi opinión, que se introdujera mayor claridad en la regulación legal. En cualquier caso, en este debate jugó un papel relevante la fuerte oposición de un destacado sector de la doctrina penal, que denunciaba que la reforma coartaba indebidamente la libertad sexual (masculina)³⁹. Según ellos, el cambio de modelo da lugar en la práctica a mensajes confusos relativos a qué conductas son consentidas y cuáles no, ampliando el concepto de violación a actos consentidos, que, aunque aparentemente ofensivos, no se corresponden con la concepción común de lo que constituye una violación, el delito sexual más grave. Parecían especialmente preocupados por la criminalización de lo que describían como un comportamiento sexual masculino normativo: mantener relaciones sexuales mientras la esposa duerme o considerarlas consentidas dando por sentado que ella dice “sí” solo porque no dice “no” o no se opone de ninguna forma. Se mostraron contrarios a imponer penas a quienes no saben manejar adecuadamente la ambigüedad, afirmando que exigir que el hombre tome medidas proactivas para determinar si la otra parte está dando su consentimiento, en ausencia de cualquier signo expreso en este sentido, no solo es pedir demasiado, sino que además supone adoptar un enfoque poco realista sobre cómo se producen ciertas actividades sexuales legalmente no problemáticas, convirtiendo el comportamiento de amplias

³⁹ Así, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (nota 14), GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (nota 14) o ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley*, 10007, 2022, pp. 1–17.

frangas de la población en objeto de criminalización en un intento de cambiar la cultura. De hecho, la presunción subyacente en la reforma de que la ley puede producir un cambio social en la línea de consentimiento afirmativo, que implique una comunicación y una negociación sexual claras, fue rechazada por distópica, con el argumento de que el poder punitivo del Estado no debería utilizarse para acabar con la ambigüedad sexual⁴⁰.

La contrarreforma que lleva a cabo la Ley Orgánica 4/2023 no es consecuencia directa de estas críticas⁴¹, y de hecho no toca di-

⁴⁰ En la línea de quienes, a nivel internacional, proponen que el Derecho penal acepte las normas sociales tal y como están, sin pretender cambiar el consenso existente sobre ciertos comportamientos o actitudes. BRYDEN, David, “Redefining Rape”, *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), 2000, pp. 405-406.

⁴¹ El desencadenante político fue la aplicación retroactiva de las nuevas penas más favorables al reo, que produjo un goteo de excarcelaciones y reducciones de condena seguido al detalle por la prensa, con un discurso muy punitivista y a la vez centrado en la desazón de las víctimas ante lo que estaba ocurriendo. Los medios de comunicación destacaron la reducción de condenas y la excarcelación de delincuentes sexuales como el resultado de una ley errónea, mal concebida y peor redactada, cuyas lagunas fueron aprovechadas por los condenados para su beneficio, ante el estupor de las víctimas. En periódicos y populares programas de radio y televisión, la reforma de 2022 fue identificada como un producto basura, una ley chapucera que ponía en peligro y decepcionaba a las víctimas. La poco afortunada defensa de la ley por parte del Ministerio de Igualdad, tras descalificar inicialmente las primeras noticias como “propaganda sexista”, consistió en culpar de las inesperadas consecuencias a “jueces sexistas” que aplicaban la ley de forma errónea, argumentando que necesitaban más formación para superar prejuicios de género arraigados. Ante las feroces críticas de la oposición y el enfado de las autoridades judiciales por estos comentarios, y a la vista de elecciones municipales en mayo de 2023, el principal socio del gobierno de coalición de izquierdas que había promovido la reforma de 2022, el PSOE, exigió a su socio de coalición, UP, que controlaba el Ministerio de Igualdad, una nueva reforma. Los desacuerdos entre ambos socios llevaron a que el PSOE presentara en solitario en febrero de 2023 una proposición de ley. Esta proposición acabó siendo aprobada en abril de 2023 con los votos favorables del PSOE y el principal partido de la oposición, el PP.

rectamente el consentimiento. Lo que hace es reintroducir sendos subtipos agravados tanto del tipo básico de agresión sexual como del tipo agravado por la penetración cuando la conducta se comete empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad⁴², y en el camino elevar considerablemente las penas. La exposición de motivos justifica los cambios sobre la base del Derecho comparado, por un lado, de la necesidad de coordinar la regulación de los delitos sexuales contra personas adultas con la de menores de edad, por otro, y de la mayor antijuridicidad de la conducta en esos casos, que debe ser atendida con un aumento de las penas: “Al igual que ocurre en otros ordenamientos penales europeos y en la vigente regulación de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años de edad en nuestro Código Penal, se deben establecer unas penas distintas y más graves para las agresiones sexuales a mayores de esa edad cuando se realizan con violencia o intimidación o sobre una víctima con la voluntad anulada, lo que encierra una gravedad equiparable al empleo de violencia o intimidación. En estos casos, no estamos ante meras circunstancias agravantes que rodean el delito, sino ante elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuridicidad, lo que precisa de una respuesta normativa diferenciada. Por ello, se castigan con unas penas más graves y se excluyen del tipo atenuado del artículo 178.4 del Código Penal”

⁴² De acuerdo con la nueva redacción del art. 178.3 CP, “Si la agresión [del tipo básico, esto es, un acto de contenido sexual sin consentimiento] se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión”. Por su parte, el art. 179.2 CP dispone ahora que “Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior [esto es, actos consistentes en penetración] se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años”.

(apartado I). De hecho, en la contrarreforma de 2023, las penas, que se habían bajado en algunos supuestos, recobran el nivel previo a la reforma de 2022, e incluso lo superan en algunos casos. El objetivo, dice la exposición de motivos, es “blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas” (apartado I).

Ninguna de estas justificaciones es suficiente. En los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno lo que se observa es una gran variedad de soluciones legislativas, si bien con un elemento común: la tendencia a prescindir de la violencia, fuerza o intimidación en la definición de la violación. Por su parte, en las agresiones sexuales a menores de 16 años se distingue: en el tipo básico, no se establece un tipo agravado cuando concurre violencia, intimidación o se comete sobre una víctima con la voluntad anulada; sin embargo, si hay penetración, sí. Por último, la supuesta mayor antijuridicidad de la conducta en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias es discutible. La libertad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un acto de carácter sexual, se ve tan afectada en esos casos como cuando se toma a la víctima por sorpresa, se abusa de su situación de vulnerabilidad o se aprovecha que está en un estado etílico que, sin embargo, no anula su voluntad, solo la disminuye. La afectación a su integridad física que supone el uso de violencia ya se atendía a través de la aplicación de un concurso real. En cuanto a la afectación a su libertad (en los casos de violencia o intimidación), hay que tener en cuenta que la agresión sexual violenta o intimidatoria está en relación de especialidad con las coacciones. Por lo que se refiere al caso de una víctima con su voluntad anulada, los problemas se multiplican: ¿en qué se diferencia ese caso de la víctima privada de sentido o de la víctima que ha tomado sustancias que la dejan total o parcialmente incapaz de expresar su voluntad? Si no hay diferencias, se ha vaciado absurdamente el tipo básico, limitado a los contactos sexuales

sorpresivos, sobre una víctima de cuyo trastorno mental se abusare, cometidos con abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima o de superioridad del autor, y simplemente sin consentimiento. Si hay, en efecto, diferencias que justifiquen la notable agravación penológica, hay que explicarlas: ¿por qué es más grave violar a una mujer completamente borracha, inconsciente, que a otra que, habiendo bebido, conserva parcialmente sus facultades? ¿Por qué es más grave violar a una mujer intimidada que a otra que es vulnerable por su situación o porque el autor tiene sobre ella una situación de superioridad de la que abusa? ¿Por qué es más grave violar a una mujer en coma que a otra de cuyo trastorno mental se abusa? A todo ello se suma que, si las penas ya eran elevadas antes de la reforma de 2022, lo cual era objeto de críticas, ahora lo son todavía más.

Estas modificaciones se llevan a cabo, dice la exposición de motivos, respetando el modelo del consentimiento afirmativo: “sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual” (apartado I). Lo cierto, sin embargo, es que el modelo de consentimiento afirmativo ha quedado debilitado. El renovado énfasis en la violencia e intimidación produce un cambio de foco. Oculta la relevancia del cambio de modelo, permitiendo a jueces y tribunales volver a la interpretación de siempre. Como señala Dowds⁴³, la persistencia de la narrativa basada en el uso de violencia o intimidación se vincula a interpretaciones regresivas de la violación como un delito violento en sentido estricto. De hecho, el empleo de violencia o intimidación condiciona, de nuevo, la gravedad del delito, mezclando lo que en realidad son dos delitos distintos: el atentado a la libertad sexual, para el que debería bastar que no haya consentimiento, por

⁴³ DOWDS, Eithne (nota 9), 2020, p. 40.

un lado, y el atentado bien contra la integridad física o la salud, bien contra la libertad de obrar en sentido amplio, por otro, para abarcar los cuales ya preveía el artículo 194 bis CP (y lo sigue haciendo) la aplicación de un concurso de delitos⁴⁴. De nuevo son menos graves los delitos sexuales en los que no concurre violencia o intimidación o la voluntad de la víctima no está anulada; de nuevo, abogados, jueces y fiscales considerarán que consienten las mujeres que, pudiendo hacerlo, no resisten físicamente⁴⁵; de nuevo, habrá dos clases de víctimas: las que merecen la máxima protección, porque se ha vencido su resistencia con violencia o intimidación o estaban totalmente incapacitadas para oponerse, y las que no la merecen, porque el autor “solo” ha abusado de una situación de superioridad o de la vulnerabilidad de la víctima, “solo” se ha aprovechado de su situación mental, “solo” ha actuado sin respetar ni interesarse mínimamente por su voluntad⁴⁶. Otra vez la normativa penal contribuirá a los mitos de la violación, y en particular al que responsabiliza a las víctimas por no protegerse a sí mismas o por incurrir en conductas de riesgo, puesto que, por un lado, es menos grave violar a mujeres vulnerables, con trastorno mental, borrachas o drogadas, siempre que no tengan anulada su voluntad, y, por otro, se perpetúa la idea de que si una mujer calla y no lucha es porque consiente, aunque el terror la paralice. Al fin y al cabo, “quien calla, otorga”. ¿O no?

⁴⁴ Artículo 194 bis CP, introducido por la Ley Orgánica 10/2022: “Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen”.

⁴⁵ Como advierte BURGIN, Rachael, “Persistent Narratives of Force and Resistance: Affirmative Consent as Law Reform”, *The British Journal of Criminology*, 59(2), 2019, pp. 296–314.

⁴⁶ Sobre la persistencia de estereotipos sobre lo que constituye una “verdadera” violación (“real-rape stereotypes”), vid. CONAGHAN, Joanne, “The Essence of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(1), 2019, pp. 151–182.

V. Conclusión

A nivel internacional se reconoce ampliamente que las legislaciones que incluyen la violencia y la intimidación sea como elementos definitorios sea como circunstancias agravantes en el delito de violación distraen del aspecto central, que ha de ser si se prestó un consentimiento válido que responde a una voluntad libremente formada en el contexto de las circunstancias del caso⁴⁷. Ciertamente, el consentimiento afirmativo no es la panacea que permite resolver todos los problemas de la violencia sexual⁴⁸. La ley gusta de conceptos claros, dicotómicos, pero el consentimiento en las relaciones sexuales es todo menos eso, sobre todo desde que los estudios feministas sobre sexualidad han puesto de relieve los numerosos matices que condicionan tanto la libertad y autonomía sexual de las mujeres como la comunicación sexual en la pareja⁴⁹. Se asume con frecuencia que todo el sexo consensual es deseado y todo el sexo no consensual es no deseado, pero deseo y consentimiento no siempre van de la mano, y la ambivalencia respecto al sexo en

⁴⁷ PALMER, Tanya (nota 9), 2017, p. 19.

⁴⁸ Seguirán planteándose dudas sobre supuestos límite. Vid. los casos que apuntan CUERDA ARNAU, María Luisa, y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, Muñoz Sánchez, Juan et al. (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político-criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1275-1279. Ahora bien, tanto las dudas como las posibles respuestas serán distintas, condicionadas por un nuevo marco legal que necesitará de la jurisprudencia para aquilatarse y alcanzar sus verdaderas dimensiones.

⁴⁹ Como indica BERES, Melanie, “Sexual Miscommunication? Untangling Assumptions About Sexual Communication Between Casual Sex Partners”, *Culture, Health & Sexuality*, 12(1), 2010, p. 7; de la misma autora (nota 22).

general, al sexo con una determinada persona o al sexo en determinadas circunstancias de lugar, tiempo y modo está al orden del día⁵⁰. Esa escala de grises no es fácil de traducir al Derecho penal, que opera en blanco y negro⁵¹. El modelo afirmativo, tal y como se ha regulado en España, es, no obstante, un avance en esa línea, pues introduce matices que deben analizarse para poder hablar de consentimiento válido. Su debilitamiento en la contrarreforma de 2023 solo merece una valoración negativa.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María, “El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales”, González Cussac, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 35-58.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, Año 3, 5, 2021, p. 467-485.
- ALAATTINOGLU, Daniela, et al., “Rape in Finnish criminal law and process – A discussion on, and beyond, consent”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 8(2), 2020, p. 33-53.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley*, 10007, 2022, p. 1–17.
- ANDERSON, Michelle J., “Negotiating Sex”, *Southern California Law Review*, 78(6), 2005, p. 1401-1438.

⁵⁰ Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, Yoliliztli, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, 78(4), 2016, p. 747; BAY-CHENG, Laina, y ELISEO-ARRAS, Rebecca, “The making of unwanted sex: Gendered and neoliberal norms in college women’s unwanted sexual experiences”, *Journal of Sex Research*, 45(4), 2008, pp. 386-397; MUEHLENHARD, Charlene L., y PETERSON, Zoë D., “Wanting and Not Wanting Sex: The Missing Discourse of Ambivalence”, *Feminism and Psychology*, 15(1), 2005, p. 18.

⁵¹ Como advierte JOZKOWSKI, Kristen N., “Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality”, *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2016, pp. 741-772.

- ARCHARD, David, *Sexual Consent*, Boulder: Westview Press, 1998.
- BAY-CHENG, Laina, y ELISEO-ARRAS, Rebecca, “The making of unwanted sex: Gendered and neoliberal norms in college women’s unwanted sexual experiences”, *Journal of Sex Research*, 45(4), 2008, p. 386-397.
- BELEZA, Tereza Pizarro, “”Consent – It’s as Simple as Tea”: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, Cunha, Maria da Conceição (coord.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 15-26.
- BERES, Melanie, “Sexual Miscommunication? Untangling Assumptions About Sexual Communication Between Casual Sex Partners”, *Culture, Health & Sexuality*, 12(1), 2010, p. 1-14.
- BERES, Melanie, “Rethinking the Concept of Consent for Anti-Sexual Violence Activism and Education”, *Feminism and Psychology*, 24(3), 2014, p. 373-389.
- BRYDEN, David, “Redefining Rape”, *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), 2000, p. 317-479.
- BUCHHANDLER-RAPHAEL, Michael, “The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power”, *Michigan Journal of Gender and Law*, 18(1), 2011, p. 147-228.
- BURGIN, Rachael, “Persistent Narratives of Force and Resistance: Affirmative Consent as Law Reform”, *The British Journal of Criminology*, 59(2), 2019, p. 296–314.
- CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, 3, 2019, p. 631-679.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime, “El consentimiento sexual como eje de la Reforma Penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 65, 2022, p. 113-134.
- CONAGHAN, Joanne, “The Essence of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(1), 2019, p. 151–182.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 25 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

- CORREIA, Liliana Cristina Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação”, *Julgar*, Dezembro 2020, p. 1-28.
- COWAN, Sharon, “Choosing Freely: Theoretically Reframing the Concept of Consent”, Hunter, Rosemary y Cowan, Sharon (eds.), *Choice and Consent: Feminist Engagements with Law and Subjectivity*, London: Routledge, 2007, p. 91-106.
- COWAN, Sharon, “All change or business as usual? Reforming the law of rape in Scotland”, McGlynn, Clare / Munro, Vanessa, E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2010, p. 154-168.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, Muñoz Sánchez, Juan et al. (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político-criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 1295-1313.
- DECKER, John F., y BARONI, Peter G., ““No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 101(4), 2011, p. 1081-1169.
- DEMPSEY, Michelle M., “Victimless Consent and the Volenti Maxim: How Consent Works”, *Criminal Law and Philosophy*, 7(1), 2013, p. 11-27.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019.
- DOWDS, Eithne, “Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force”, *The Modern Law Review*, 83(1), 2020, p. 35-63.
- DOWDS, Eithne, “Redefining consent: rape law reform, reasonable belief, and communicative responsibility”, *Journal of Law and Society*, 49(4), 2022, p. 824-847.
- DRIPPS, Donald A., “Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent”, *Columbia Law Review*, 92(7), 1992, p. 1780-1806.
- ESTRICH, Susan, *Real Rape*, Harvard: Harvard University Press, 1987.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles”, Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 31-69.

- FARALDO CABANA, Patricia, “Razones para la reforma del delito de violación”, Barona Vilar, Silvia (dir.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 177-204.
- FARALDO CABANA, Patricia, “The Wolf Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain”, *German Law Journal*, 22(5), 2021, p. 847-859.
- FARRIS, Coreen, et al., “Sexual Coercion and the Misperception of Sexual Intent”, *Clinical Psychology Review*, 28(1), 2008, p. 48-66.
- GILI PASCUAL, Antoni, “Stealth. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, 135, 2021, p. 85-134.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Solo sí es sí”, *Diario del Derecho*, 21-4-2020.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del “modelo del consentimiento””, Muñoz Sánchez, Juan et al. (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político-criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 1427-1441.
- GRAHAM, Kathryn, et al., ““Blurred Lines?” Sexual Aggression and Barroom Culture”, *Alcoholism, clinical and experimental research*, 38(5), 2014, p. 1416-1424.
- GRUBER, Aya, “Not Affirmative Consent”, *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2017, p. 683-707.
- HALE, Matthew, *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown. Volume 2*, London: E. and R. Nutt and R. Gosling editors, 1736.
- HENDERSON, Lynne, “Getting to Know: Honoring Women in Law and in Fact”, *Texas Journal of Women & the Law*, 2, 1993, p. 41-73.
- HENNINGSEN, David Dryden, “Flirting with Meaning: An Examination of Miscommunication in Flirting Interactions”, *Sex Roles*, 50, 2004, p. 481-489.
- HÖRNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, *German Law Journal*, 18, 2017, p. 1309-1330.
- HUMPHREYS, Terry, “Understanding sexual consent: An empirical investigation of the normative script for young heterosexual adults”, Reynolds, Paul y Cowling, Mark (eds.), *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot: Ashgate, 2004, p. 209-225.
- JOZKOWSKI, Kristen N., “Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality”, *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2016, p. 741-772.

- KALAF, Juliana, et al., "Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma - A population based study", *Journal of Affective Disorders*, 215, 2017, p. 71-76.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Las huellas de "La Manada"", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, p. 16-21.
- LITTLE, Nicholas J., "From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law", *Vanderbilt Law Review*, 58(4), 2005, p. 1321-1364.
- MACAULAY MILLAR, Thomas, "Toward a Performance Model of Sex", Friedman, Jaclyn y Valenti, Jessica (eds.), *Yes Means Yes!: Visions of Female Sexual Power and a World Without Rape*, Berkeley: Seal Press, 2008, p. 29-41.
- MCGLYNN, Clare, "From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape", McGlynn, Clare y Munro, Vanessa, E. (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2010, p. 139-153.
- MÖLLER, Anna, SÖNDERGAARD, Hans Peter, y HELSTRÖM, Lotti, "Tonic immobility during sexual assault", *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 96(8), 2017, p. 932-938.
- MUEHLENHARD, Charlene L., y RODGERS, Carie S., "Token Resistance to Sex: New Perspectives on an Old Stereotype", *Psychology of Women Quarterly*, 22(3), 1998, p. 443-463.
- MUEHLENHARD, Charlene L., y PETERSON, Zoë D., "Wanting and Not Wanting Sex: The Missing Discourse of Ambivalence", *Feminism and Psychology*, 15(1), 2005, p. 15-20.
- MUNRO, Vanessa E., "Concerning Consent: Standards of Permissibility in Sexual Relations", *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(2), 2005, p. 335-352.
- MUNRO, Vanessa E., "Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy", *Akron Law Review*, 41(4), 2008, p. 923-956.
- NILSSON, Gabriella, "Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse", Bruvik Heinskou, Marie, Skilbrei, May-Len y Stefansen, K. (eds.), *Rape in the Nordic countries: Continuity and change*, London and New York: Routledge, 2020, p. 101-119.

- O'BYRNE, Rachael, HANSEN, Susan, y RAPLEY, Mark, "If a girl doesn't say 'no'...": Young men, rape and claims of 'insufficient knowledge", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 18(3), 2008, p. 168-193.
- PALMER, Tanya V., "Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and Freedom to Negotiate", Reed, Alan, et al. (eds.), *Consent: domestic and comparative perspectives*, London-New York: Routledge, 2017, p. 9-24.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli, "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género", *Revista Mexicana de Sociología*, 78(4), 2016, p. 741-767.
- PINEAU, Lois, "Date Rape: A Feminist Analysis", *Law and Philosophy*, 8(2), 1989, p. 217-243.
- POWER, Helen, "Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape", *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), 2003, p. 379-404
- RAMON RIBAS, Eduardo, y FARALDO CABANA, Patricia, "'Solo sí es sí', pero de verdad. Una réplica a Gimbernat", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, 2020, p. 21-42.
- REMICK, Leni A., "Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape", *The University of the Pacific Law Review*, 141(3), 1993, p. 1103-1151.
- RUMNEY, Philip N. S., "False allegations of rape", *The Cambridge Law Journal*, 65(1), 2006, p. 125-158.
- RUMNEY, Philip N. S., y MORGAN-TAYLOR, Martin, "The Construction of Sexual Consent in Male Rape and Sexual Assault", Reynolds, Paul y Cowling, Mark (eds.), *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot: Ashgate, 2004, p. 141-170.
- SCHULHOFER, Stephen, "The Feminist Challenge in Criminal Law", *The University of the Pacific Law Review*, 143, 1997, p. 2151-2207.
- SCHULHOFER, Stephen, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard: Harvard University Press, 1998.
- SCHULHOFER, Stephen J., "Consent: What It Means and Why It's Time to Require It", *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), 2017, p. 665-681.
- SUAREZ, Susan D., y GALLUP, Gordon G., "Tonic Immobility as a Response to Rape in Humans. A Theoretical Note", *The Psychological Record*, 29, 1979, p. 315-320.
- TADROS, Victor, "No Consent: A Historical Critique of the Actus Reus of Rape", *Edinburgh Law Review*, 3(3), 1999, p. 317-340.

TADROS, Victor, "Rape without consent", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(3), 2006, p. 515-543.

VALMAÑA OCHAITA, Silvia, "La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal", *La Ley Penal*, 159, noviembre de 2022.

VEATCH, Robert M., "Abandoning Informed Consent", *The Hastings Center Report*, 25(2), 1995, p. 5-12.

VESTERGAARD, Jørn, "The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 8(2), 2020, p. 5-32.

WIEDERMAN, Michael W., "The Gendered Nature of Sexual Scripts", *The Family Journal*, 13(4), 2005, p. 497-498.

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O PARADIGMA DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO

NUNO BRANDÃO (*)

Professor Auxiliar
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: O estudo debruça-se sobre a interrupção voluntária da gravidez de uma perspectiva penal, no quadro do ordenamento português. Traça em linhas gerais a evolução da intervenção penal nesta matéria, de uma fase em que a interrupção voluntária da gravidez não beneficiava de qualquer específica causa de justificação até ao momento actual, em que a ilicitude poderá ser excluída com fundamento em indicações de diversa ordem ou em opção da mulher. A análise cruza-se com uma compreensão do direito penal à luz do paradigma do bem jurídico.

(*) Por opção do autor, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Abstract: The study focuses on the abortion from a criminal perspective, within the framework of the Portuguese legal system. It outlines the evolution of criminal intervention in this area, from a phase in which the abortion did not benefit from any specific cause of justification to the present moment, in which illegality may be excluded based on indications of various kinds or the woman's choice. The analysis intersects with an understanding of criminal law in the light of the legal interest paradigm.

Palavras-chave: interrupção voluntária da gravidez; aborto; bem jurídico.

Keywords: abortion; legal interest.

1. Para este Colóquio que visa assinalar os 40 anos do nosso Código Penal decidi trazer à discussão a matéria da interrupção voluntária da gravidez. Ao contrário de outrora, a interrupção voluntária da gravidez é hoje um tema em relação ao qual a generalidade da sociedade portuguesa se apaziguou, parecendo existir um largo consenso social se não de adesão pelo menos de não oposição ao quadro legal vigente. Um cenário que contrasta com o de outras paragens, como é o caso paradigmático dos Estados Unidos da América. Aí, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, fez cair uma das suas mais famosas decisões, a do acórdão *Roe v. Wade*², o que gerou uma enorme efervescência em torno da questão do aborto. Não obstante a acalmia que há muito reina entre nós neste domínio, pareceu-me justificar-se abordar o tratamento penal da interrupção voluntária da gravidez nesta celebração que ora fazemos dos 40 anos de vigência do Código Penal.

¹ Acórdão de 24.06.2022 – No. 19-1392, 597 U.S. (2022), https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

² Acórdão de 22.02.1973, 410 U.S. 113 (1973).

Neste arco temporal de 40 anos passámos de um quadro de quase absoluta proibição do aborto para um panorama de ampla liberalização da interrupção voluntária da gravidez. Deparamos, parece-me, com um caso emblemático de alteração de paradigma da lei penal fruto de profundas mudanças da sociedade portuguesa e das valorações que nela predominam acerca da vida intra-uterina e dos direitos das mulheres. A nossa sociedade mudou, a sua relação com a moral católica também mudou e na sequência disso também a nossa lei penal relativa ao aborto mudou. Transformações que envolveram também uma recompreensão do papel da ideia de bem jurídico como referente da legitimação material da criminalização. Uma retrospectiva sobre esta evolução não deixa mesmo de aqui e ali nos causar espanto sobre os termos como a questão se punha e debatia nos alvares da vigência do nosso Código Penal.

A diversidade de vozes e de gerações que se cruzam no presente Colóquio é um factor de enriquecimento das discussões que nestes dias travamos. Sou um dos que nasceu já depois da Revolução de Abril de 1974. Por razões óbvias, passei ao lado do primeiro momento liberalizador, de meados da década de 1980. Só fui verdadeiramente despertado para o debate sobre o aborto e a interrupção voluntária da gravidez quando, em meados da década de 1990, se iniciou um movimento dirigido à instituição de uma *solução do prazo*, do chamado aborto a pedido, por simples decisão da mulher³. Recordo-me bem desses tempos, em que na nossa academia, entre os estudantes, não falávamos de outra coisa, sobretudo quando se avançou para o primeiro referendo sobre a interrupção volun-

³ Sobre os distintos modelos de interrupção voluntária da gravidez (de indicações e / ou de prazo), cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do art. 142.º”, Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, § 9 ss., e DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, “Art. 142.º”, Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, § 26 s.

tária da gravidez. Os choques de opiniões, apaixonados, por vezes mesmo agressivos, que então sucederam mostram-se hoje ultrapassados; sinal de que a generalidade da sociedade portuguesa convive bem com o novo rumo instituído em 2007, após um segundo referendo, de adopção de um modelo do prazo.

2. Na *versão originária do Código, em 1982*, não se previa de forma expressa qualquer circunstância justificante da interrupção voluntária da gravidez. Nem sequer se contemplou uma indicação terapêutica, fundada em perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física da mulher, como a que se propunha no Projecto da Parte Especial do Código Penal apresentado em 1966 por Eduardo Correia. Tudo se jogaria, continuaria a jogar, no plano geral das causas de justificação, podendo quando muito apelar-se em tais casos de graves riscos para a vida ou saúde da gestante às dirimentes do direito de necessidade ou do conflito de deveres. Causas de justificação que eventualmente poderiam ser convocadas também em casos de inviabilidade ou de malformações do feto ou de gravidez resultante de crime sexual.

A ausência de uma regulamentação especificamente dirigida à interrupção voluntária da gravidez constituía, como é evidente, um obstáculo de monta mesmo àquelas interrupções da gravidez que fossem claramente *indicadas* em função das referidas ordens de razões. As dúvidas que, mesmo em tais situações, inevitavelmente pairariam sobre a legalidade do procedimento abortivo poderiam inibir a sua realização, seriam um factor de arbitrariedade na decisão médica sobre a sua admissibilidade e constituiriam um incentivo ao recurso ao aborto clandestino.

O que definitivamente ficaria fora daquele plano de possível apelo às causas de justificação da parte geral do Código Penal seria a interrupção voluntária da gravidez fundada exclusivamente em decisão da grávida. Como se verá já de seguida, os tempos ainda não estariam suficientemente maduros para sequer se cogitar uma tão substancial via despenalizadora. O que não significa que não

houvesse já uma clara e aguda consciência sobre os números anuais de abortos clandestinos realizados em Portugal, na ordem das dezenas de milhar, sobre a raquítica repressão criminal do fenómeno, sobre os riscos para a vida e para a saúde física e psíquica das mulheres que abortavam na clandestinidade e sobre a inadequação do direito penal para prevenir e punir o aborto clandestino.

Os danos sociais deste flagelo e a falta de aptidão para lhe fazer frente de forma eficaz pela via criminal foram magistralmente expostos por Manuel da Costa Andrade no final da década de 70, numa intervenção sobre “O aborto como problema de política criminal”⁴. Louvando-se sobretudo em estudos da criminologia norte-americana, pôs o dedo na ferida, frisando que “o recurso ao aborto, à margem ou contra a lei, implica custos sociais intoleráveis”, assinalando os “graves perigos para a vida (...) bem como os plúrimos perigos para a saúde física” da mulher. Alertou ainda para “os alarmantes riscos para a saúde psíquica”, ligados a “traumas duradouros e pesados sentimentos de culpa, susceptíveis de comprometer o seu equilíbrio mental”, o que é resultado de um forte condicionamento cultural. “O que, aliás, não custa a compreender. Desde a fase inicial da decisão, da procura e negociação até à sua consumação, o aborto clandestino obriga a mulher a uma interacção em condições de isolamento emocional, de bloqueamento das suas relações pessoais e de completa degradação moral. (...) E isto em nítida desvantagem: enquanto do seu lado se transacciona o que pode ser a experiência mais densa da sua vida, joga-se do outro lado apenas mais um caso de rotina «profissional». Acresce o permanente envolvimento da consciência de, apesar de tudo, se estar a cometer um crime (...)”. “Decidida a libertar-se, a todo o preço, duma gravidez indesejada, a mulher transforma-se em víti-

⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1979, p. 293 s.

ma fácil das mais diversas formas de exploração: desde a normal extorsão financeira, à chantagem e exploração sexual”. Podia enfim concluir-se que “ao ser tão frequentemente iludida (...) a lei determina a proliferação de uma série de actividades delituosas diversas. A tipificação do aborto origina, pois, crimes”⁵.

3. O *primeiro passo de sentido despenalizador* da interrupção voluntária da gravidez foi dado em 1984, com a Lei n.º 6/84, de 11/5, que modificou o Código Penal nesta matéria⁶. Sob a epígrafe “exclusão da ilicitude do aborto”, o art. 140.º do CP passou a autorizar a interrupção voluntária da gravidez em situações de perigo de morte ou de grave e irreversível e / ou duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; de suspeita de que o nascituro viesse a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação; e de existência de sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher.

Foi, pois, instituído um *regime de indicações*, de funcionamento, aliás, temporalmente curto. À margem da despenalização continuariam a ficar a esmagadora maioria dos casos de aborto, aqueles fundados exclusivamente na vontade da mulher grávida, que assim permaneceriam na clandestinidade.

Sem embargo, não foi sem resistência que este novo modelo conheceu a luz do dia. Expressivos dessa dificuldade foram os numerosos votos de vencido que o diploma recebeu nas duas vezes que foi submetido à apreciação do Tribunal Constitucional, nos

⁵ G. Landrove Diaz, *Política Criminal del Aborto*, 1976, p. 104 s. *apud* ANDRADE (nota 4), p. 311.

⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução que em texto se expõe de forma sintética, DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 3), § 1 s.

Acórdãos n.ºs 25/84⁷ e 85/85⁸. Apesar de a lei introduzir apenas algumas poucas e muito limitadas indicações, foram várias as vezes que contra elas se levantaram, invocando dúvidas cruciantes⁹ e apontando para uma sua inconstitucionalidade fundada na inviolabilidade da vida humana, reconhecida pelo art. 24.º da Constituição. São essas posições que hoje, olhando para trás, causam perplexidade, por se oporem à despenalização até mesmo em casos extremos como aqueles que o Código passou a contemplar.

A posição que fez vencimento no Tribunal Constitucional partiu também do axioma de que o nascituro é um ser humano, constituindo a sua vida (intra-uterina) um valor englobado no direito fundamental à vida plasmado no art. 24.º, n.º 1, da Constituição. Afastou, porém, possíveis equiparações com a vida das pessoas já nascidas, tendo submetido o sacrifício da vida intra-uterina nas primeiras fases da gravidez a um balanceamento com outros interesses, também eles de quilate jusfundamental, de que a grávida é titular nos diversos cenários de indicações, designadamente os direitos à vida e à saúde e o direito a uma maternidade consciente. Apelou-se ainda à ideia de que “a norma penal, sobretudo quando recorre a penas privativas da liberdade, deve constituir uma última instância dos meios de tutela estaduais dos valores constitucionalmente protegidos”¹⁰.

Foi precisamente neste contexto que começou por assomar na jurisprudência constitucional uma ideia forte que dá sustentação a uma *legitimação pela positiva da intervenção penal*: a de que os direitos fundamentais encerram uma dimensão objectiva à qual é

⁷ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, p. 7-70.

⁸ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, p. 245-276.

⁹ *Vd.* as declarações de voto dos Conselheiros J. da Costa Aroso (Relator) e J. M. Cardoso da Costa ao Ac. do TC n.º 25/84 (*Ac. TC*, 2.º, pp. 42 e 51).

¹⁰ Ac. do TC n.º 85/85.

inerente uma obrigação para o Estado de assegurar uma protecção efectiva dos bens jurídicos fundamentais respectivos. Ideia à qual vai associada uma recusa de imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização.

4. Só na *segunda metade da década de 1990* foi dado início ao movimento que culminou na situação actual. A revisão de 1995 do CP e a Lei n.º 90/97 ampliaram o alcance das diversas indicações instituídas em 1984, aperfeiçoando o regime da interrupção voluntária da gravidez de forma a dar resposta adequada a várias situações para as quais a lei anterior não assegurava um tratamento satisfatório.

O espírito era já o de alargamento do quadro normativo da interrupção voluntária da gravidez. Nos trabalhos parlamentares que precederam a Lei n.º 90/97 afirmou-se mesmo que “hoje em dia: ninguém propõe a revogação do quadro legal gerado em 1984 e o regresso ao proibicionismo típico do Código Penal de 1886”¹¹.

Portugal havia entrado na então Comunidade Económica Europeia, uma enorme revolução económica de sentido liberalizador estava em curso, o muro de Berlim tinha caído, sinalizando o fim da guerra fria, os portugueses passaram a ter acesso a canais de televisão privados, o ensino superior público e privado crescia a olhos vistos, os estudantes do secundário e do superior manifestavam-se nas ruas contra a PGA e contra as propinas, Portugal abria-se ao mundo com a Expo-98, o país vivia um período de euforia. Os tempos eram outros, as mentalidades passaram a ser outras, também. E foi neste ritmo de acelerada evolução histórica do nosso país que, em 1998, as forças políticas de esquerda (PCP e PS) avançaram para a realização de um *referendo* com a seguinte questão: “Concorda com despenalização da interrupção voluntária da gravi-

¹¹ *Diário da Assembleia da República*, II-A, de 22.02.1997, p. 358-2.

dez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”.

A resposta ao *referendo de 1998* sobre a interrupção voluntária da gravidez foi, como se sabe, maioritariamente negativa. Embora o número de pessoas que nele participou não tenha sido suficiente para vincular a Assembleia da República, a então maioria parlamentar de esquerda considerou não estarem reunidas as condições políticas para que se adoptasse o modelo de prazo que havia sido rejeitado no referendo. Com o que se manteve um exclusivo sistema de indicações por mais uma década.

É com um *novo referendo, realizado em 2007*, que tudo muda de figura. Colocada novamente aquela mesma questão, desta feita prevaleceu claramente o “sim”, abrindo-se então caminho a uma substancial alteração do modelo legal da interrupção voluntária da gravidez, que passou a integrar, a par das indicações que vinham de trás, uma solução de prazo: a interrupção voluntária da gravidez *deixou de ser ilícita* se realizada por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Esta nova circunstância *justificante*¹², constante da al. e) do n.º 1 do art. 142.º do CP, foi acompanhada de exigências procedimentais, onde pontifica uma consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável, à qual se deverá seguir um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da sua realização¹³.

Temos então que, actualmente, a mulher grávida pode interromper a gravidez dentro das primeiras 10 semanas após o seu início, que se fixa no momento da nidação. Um prazo que é mais curto do que o previsto na generalidade dos países europeus que

¹² DIAS, FIGUEIREDO (nota 3), § 26 ss., e DIAS, Figueiredo / BRANDÃO Nuno (nota 3), Art. 142.º, § 2.

¹³ DIAS, Figueiredo / BRANDÃO Nuno (nota 3), Art. 142.º, § 48 s.

admitem um modelo de prazo. A partir das 10 semanas de gravidez, a interrupção só será autorizada se se verificar alguma das indicações legalmente previstas, que, naturalmente, vão diminuindo à medida que a gravidez avança. Um sentido restritivo que vai ao encontro da consciência comunitária, que quanto mais a gestação progride e o feto se desenvolve menos tolera o aborto.

5. A solução do prazo introduzida em 2007 foi apreciada e considerada não inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 75/2010¹⁴. As posições aí firmadas inscrevem-se na jurisprudência constitucional sobre a matéria, reforçando diversas linhas de justificação da bondade constitucional do modelo abertas nas décadas anteriores. Considerou-se, em especial, que a vida intra-uterina recebe a protecção do direito fundamental à vida previsto no art. 24.º da Constituição, daí resultando, para o Estado, sob pena de violação do princípio da proibição da insuficiência, um dever de adoptar os meios que garantam uma sua tutela eficiente. Nesse sentido, voltou a recusar-se a existência de uma obrigação de meios penais para proteger este bem jusfundamental. E mais até, afirmou-se, com plena propriedade, que a própria intervenção penal não está imune à exigência de um juízo positivo sobre a sua efectiva aptidão para prevenir ofensas à vida intra-uterina. Admitindo-se a existência de medidas que assegurem uma protecção eficiente deste bem jurídico – como é o caso, nomeadamente, da consulta informativa que deve ser realizada pela grávida que deseje interromper a gravidez durante as suas primeiras 10 semanas –, não há uma obrigação constitucional de punição penal desse facto.

6. O *percurso legislativo da interrupção voluntária da gravidez na direcção de um modelo do prazo* dá corpo a diversas ideias-chave de

¹⁴ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 77.º vol., 2010, p. 131-229.

um direito penal liberal, de natureza subsidiária, funcionalmente orientado por uma lógica de tutela eficiente de bens jurídicos com referente constitucional e assente no primado da política-crimal¹⁵.

6.1. Nele divisamos uma das dimensões essenciais do pensamento do bem jurídico, a da *libertação do direito penal de puras violações morais*¹⁶. É certo que o bem jurídico que a incriminação do aborto visa proteger tem lastro ético-jurídico bastante para ser encarado e compreendido à margem de qualquer mundivisão moral ou religiosa. Mas não pode ignorar-se que a oposição à interrupção voluntária da gravidez tem sido, historicamente, influenciada pelas mais diversas doutrinas religiosas, nutrindo-se delas de forma mais ou menos explícita. Por isso não será descabido ou exagerado entender que a legislação penal relativa à interrupção voluntária da gravidez representa um marco de emancipação do direito penal face à moral religiosa, nesse sentido participando do ideário do direito penal do bem jurídico.

6.2. Foi com a discussão penal em torno da interrupção voluntária da gravidez que, na Alemanha, germinou toda uma nova concepção sobre o papel dos direitos fundamentais¹⁷. A função de protecção que lhes passou a ser atribuída liga-se à própria função do direito penal como ordem sancionatória de tutela de bens jurídicos. Muito mais do que se projectar apenas num repúdio da exis-

¹⁵ Sobre as linhas essenciais deste paradigma do direito penal do bem jurídico, DIAS, Jorge de Figueiredo, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, 2016, p. 250 s.

¹⁶ ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª Ed., München: C. H. Beck, 2020, § 2, nm. 17 s.

¹⁷ Cf., em especial, o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25.02.1975 (*BVerfGE* 39, 1).

tência de obrigações constitucionais implícitas absolutas de criminalização, o pensamento do dever estadual de protecção, fundado na vertente objectiva dos direitos fundamentais, deve ser chamado ao plano da fundamentação da legitimação da intervenção penal.

A despenalização da interrupção voluntária da gravidez representou um novo desafio à dogmática dos direitos fundamentais¹⁸. Do que se tratava já não era de encontrar um fundamento legitimador para ingerências estaduais em direitos fundamentais, como tipicamente sucede quando está em causa a criminalização de um certo comportamento. Tendo em conta as restrições que daí resultam para os direitos fundamentais dos destinatários da norma, justifica-se aí convocar o princípio da proibição do excesso (art. 18.º, n.º 2, da Constituição). Já não assim quando se trate de fazer recuar a lei penal. A abstenção de intervenção penal significa uma abstenção de ingerência estadual de natureza criminal na esfera dos direitos fundamentais das pessoas. Nessa medida, não há razão para que quanto a essa abstenção se convoque o princípio da proibição do excesso e a teoria do bem jurídico enquanto limite à criminalização.

O que essa abstenção suscita é a questão de saber se é constitucionalmente aceitável que o Estado se demita de acorrer à protecção de um certo bem jusfundamental com o instrumentário criminal. Desse ponto de vista, afirma-se que o direito fundamental o que reclama do Estado é uma *obrigação de protecção eficaz*. Trata-se, assim, de uma obrigação de resultado (protectivo) e não de meios (por exemplo, penais). Do mesmo passo percebe-se que é precisamente esse dever de protecção que funda, pela positiva, a legitimação material da intervenção penal¹⁹. Desta perspectiva, cobra significado decisivo a ideia de que, no caso da interrupção

¹⁸ Com desenvolvimentos, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 589 s.

¹⁹ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 615 s.

voluntária da gravidez, a ameaça penal não dissuade eficazmente o aborto e é antes factor de potenciação de outros crimes. E se assim é, não sendo o direito penal meio idóneo de protecção da vida intra-uterina no primeiro período de gravidez não é através dele que o Estado deverá promover a sua protecção.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa, “O aborto como problema de política criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1979, p. 293-322.
- BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do art. 142.º”, Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, 2016, p. 250-266.
- DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, “Art. 142.º”, Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª Ed., München: C. H. Beck, 2020.

O VELHO CRIME DE DEVASSA DA VIDA PRIVADA POSTO À PROVA PELAS NOVAS FORMAS DE INDISCRICÃO

CLÁUDIA CRUZ SANTOS

Professora Associada
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. O problema. 2. A (muito relativa) novidade do problema. 3. Os valores protegidos. 4. As normas penais aplicáveis à disseminação não consensual de conteúdos íntimos, entre a devassa da vida privada e a violência doméstica. 5. A natureza destes crimes sob o ponto de vista da promoção processual. 6. A necessidade de valorização das medidas necessárias para fazer cessar a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou acto sexual.

Summary: 1. The problem. 2. The (very relative) novelty of the problem. 3. The values protected. 4. The criminal rules applicable to the non-consensual dissemination of intimate content, between the invasion of private life and domestic violence. 5. The nature of these crimes from the point of view of procedural promotion. 6. The need to enhance the measures necessary to stop the non-consensual dissemination of photographs or videos containing nudity or sexual act.

Resumo: Apesar de não se tratar de um problema novo, a divulgação não consentida de vídeos e fotografias contendo nudez ou actos sexuais, sobretudo quando praticada através da internet, passou a causar danos particularmente graves às vítimas, maioritariamente mulheres. Esta realidade impõe a adopção de medidas preventivas e repressivas, estando na base das alterações, em 2023, às normas relativas aos crimes de devassa da vida privada previstas no Código Penal português.

Abstract: Although it is not a new problem, the non-consensual dissemination of videos and photographs containing nudity or sexual acts, especially when practiced over the internet, has started to cause particularly serious harm to victims, mostly women. This reality requires the adoption of preventive and repressive measures, and is the basis for the amendments, in 2023, to the rules on crimes of invasion of private life provided for in the Portuguese Penal Code.

Palavras-chave: direito penal; disseminação não consensual de conteúdos íntimos; devassa da vida privada; violência doméstica.

Keywords: criminal law; non-consensual dissemination of intimate content; invasion of private life; domestic violence.

1. O problema

O legislador penal, cuja intervenção tende a ser convocada pelos problemas sociais que em cada momento são apresentados como incontornáveis desafios do admirável mundo novo¹ – com todos

¹ Este texto desenvolve a comunicação que, com o mesmo título, foi feita a 25 de novembro de 2022 no Congresso Internacional “40 anos Código Penal”, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Todavia, os problemas associados à disseminação não consensual de conteúdos íntimos surgiram-me de modo mais evidente por ter sido relatora, enquanto deputada à Assembleia da República na XIV Legislatura, no âmbito da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, do parecer relativo ao projeto de lei 672/XIV/2ª (NINSC CR), sob a descrição “Reforça a liberdade e autodeterminação sexual criminalizan-

os perigos inerentes à tendência para se legislar “à flor da pele” – prestou, ao longo da 14.^a legislatura, particular atenção à divulgação não consentida de conteúdos íntimos, tendo sido apresentados vários projetos de lei na Assembleia da República. A interrupção da legislatura provocada pela dissolução do Parlamento obstou à aprovação de qualquer um deles, mas, logo no início da 15.^a legislatura, foi reafirmada a necessidade político-criminal de uma alteração legislativa, tendo sido discutidos vários projetos e aprovada a Lei n.º 26/2023, de 30 de maio – *Reforça a protecção das vítimas de crimes de disseminação não consensual de conteúdos íntimos*.

A principal novidade desta lei radica na introdução, no novo artigo 193.º do Código Penal, do crime de *Devassa através de meio de comunicação social, da internet ou de outros meios de difusão pública generalizada*, nos termos do qual “*quem, sem consentimento, disseminar ou contribuir para a disseminação, através de meio de comunicação social, da internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, de imagens, fotografias ou gravações que devassem a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual, é punido com pena de prisão até 5 anos*”.

Até à alteração do Código Penal resultante da Lei n.º 26/2023, de 30 de maio, o artigo 193º do Código Penal previa o *Crime de*

do a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou acto sexual”. O entendimento que sustentei nesse parecer, enquanto relatora, foi retomado e desenvolvido em estudo publicado na *Catolica Law Review* e intitulado “A divulgação não consentida de imagens íntimas – um desafio (novo?) para o direito penal” [vol. 6 n.º 3 (2022)]. Já na XV legislatura, o assunto foi retomado em iniciativas legislativas de diversos grupos parlamentares e é a aprovação da Lei n.º 26/2023, de 30 de maio, que justifica a ampliação da análise anteriormente feita e dá o mote a esta nova publicação. Esta Lei surge na sequência da apresentação, pelo Grupo Parlamentar do partido Socialista, do projeto de lei n.º 347/XV/1.^a, do qual fui subscritora, e que foi aprovado, em votação final global, na reunião plenária da Assembleia da República de 28 de abril de 2023, com os votos a favor do PS, PSD, CH, PCP, BE, PAN, L e a abstenção da IL.

devassa por meio de informática, o qual dispunha que “quem criar, manter ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, a filiação partidária ou sindical, à vida privada, ou a origem étnica, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”. Tratava-se de norma incriminadora que precisava de ser compreendida em estreita articulação com o disposto no número 3 do artigo 35.º da Constituição: “*a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis*”. A norma justificava-se, portanto, por uma proibição estrita de tratamento informático de um núcleo duro de dados pessoais. Existia, todavia, quer na doutrina quer na jurisprudência, o entendimento segundo o qual “a aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais implicou a revogação (por forma implícita) do crime de devassa por meio de informática”². José Damião da Cunha, que escorou esta perspetiva em argumentos não despreciandos após a entrada em vigor da Lei n.º 67/98, de 26

² Cfr., por todos, DAMIÃO DA CUNHA, José, “Anotação ao artigo 193.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1071. Em sentido divergente, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, que considera tal entendimento infirmado “pela sucessão de reformas do CP depois de 1998 que mantiveram esta disposição e pela não anuência do legislador ao Parecer n.º 1/98 da CNPD, que sustentou que “importa, finalmente, retirar as devidas ilações constitucionais do n.º 3 do artigo 35.º, revogando ou alterando a fundamentação de base do artigo 193.º do Código Penal (devassa por meio de informática)” e ao Parecer da PGR sobre o projeto de lei n.º 736/XIII, que fazia igual recomendação vinte anos depois do parecer da CNPD” (*Comentário do Código Penal*, 4ª edição atualizada, 2021, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, p. 824).

de outubro, relativa ao tratamento dos dados pessoais, associa-a a uma visão do bem jurídico protegido pela incriminação que considera supra-individual – “garantir a interdição absoluta, constitucionalmente imposta, do tratamento informático de um conjunto de dados pessoais que a CRP afirma como insindicáveis e da total e plena disponibilidade da pessoa a que se reportam”³. Numa outra visão, aquela para a qual se tendia, a inserção sistemática daquele artigo 193.º no capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada assim como a sua subsistência tanto tempo depois de se ter aprovado a primeira lei de proteção de dados pessoais e se ter afirmado a sua revogação implícita apontava para uma opção do legislador segundo a qual se tratava de norma ainda orientada para a proteção do bem jurídico individual privacidade / intimidade contra formas mais graves de ofensa do que a “devassa simples” prevista no artigo 192.º, precisamente por a criação, manutenção ou utilização de ficheiro informático para a indiscrição indiciarem uma determinação mais forte e mais persistente de devassa, orientada para domínios especialmente sensíveis, como a vida familiar e a vida sexual⁴. A ideia segundo a qual a revogação implícita do crime de devassa por meio de informática tinha ocorrido era fortalecida pela existência

³ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA (nota 2), p. 1073.

⁴ Esta ideia segundo a qual a anterior criminalização da devassa por meio de informática protegia ainda o bem jurídico pessoal que é a privacidade / intimidade e a sua compreensão como uma forma mais grave de devassa obstava, em princípio, à existência de concurso efetivo entre os crimes previstos nos artigos 192.º e 193.º relativamente a uma conduta de disseminação não consensual de conteúdo íntimo por meio de informática. Em sentido não coincidente, pressupondo que o bem jurídico protegido pelo anterior artigo 193.º era distinto e de natureza supra-individual, DAMIÃO DA CUNHA, José (nota 2), p. 1078, entendia que “se se verificar uma efetiva violação da reserva da vida privada de pessoas concretas (isto é, se se publicitar o conteúdo do registo informático), verifica-se, então e em princípio, um concurso efetivo entre o crime de devassa por meio da informática e o de devassa da vida privada”.

de uma nova Lei da Proteção de Dados Pessoais, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, cujo artigo 66.º constitui norma revogatória que não faz qualquer menção ao artigo 193.º do Código Penal. Daqui não resultava, claro está, a negação da existência de eventuais problemas de sobreposição entre o crime de devassa por meio de informática antes previsto no artigo 193.º do Código Penal e crimes previstos na Lei da Proteção de Dados Pessoais, mormente no que respeita ao crime de desvio de dados previsto no seu artigo 48.º (“1. Quem copiar, subtrair, ceder ou transferir, a título oneroso ou gratuito, dados pessoais sem previsão legal ou consentimento, independentemente da finalidade prosseguida, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. 2. A pena é agravada para o dobro nos seus limites quando se tratar dos dados pessoais a que se referem os artigos 9.º e 10.º do RGPD”)⁵.

O reconhecimento destes problemas de sobreposição de normas e das divergências sobre a revogação tácita daquele *Crime de devassa por meio de informática*, anteriormente previsto no artigo 193.º terão aconselhado o legislador a expurgá-lo do Código Penal e a reservar este artigo à previsão autónoma de uma forma mais grave de devassa da vida privada, que vinha, aliás, sendo reclamada pela doutrina⁶.

⁵ Também com interesse, criminaliza-se no artigo 47.º desta mesma Lei da Proteção de Dados Pessoais o “Acesso Indevido”, dispondo-se que “1. Quem, sem a devida autorização ou justificação, aceder, por qualquer modo, a dados pessoais é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. 2. A pena é agravada para o dobro nos seus limites quando se tratar dos dados pessoais a que se referem os artigos 9.º e 10.º do RGPD”.

⁶ Neste sentido, cfr. GOMES MACHADO, Mariana, “Netshaming – a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada na Internet (Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto)”, *Revista de Direito e Segurança*, n.º 13, janeiro-junho, 2019, p. 118 s. Referindo-se à criminalização do netshaming operada pela Lei n.º 44/2018, a Autora reputa de “tímido o avanço alcançado (...). Na verdade, o caminho desejável pres-

Relativamente ao crime matricial de *Devassa da vida privada*, que se mantém descrito no artigo 192.º do Código Penal, não houve alteração dos seus elementos típicos, residindo a novidade introduzida em 2023 apenas na autonomização de dois patamares sancionatórios: há um conjunto de condutas que se consideram menos graves e que continuam a ser puníveis com pena de prisão até um ano ou pena de multa [as hipóteses subsumíveis nas alíneas a) e c), de que são exemplo o registo ou divulgação sem consentimento de conversa, comunicação por diversos meios e facturação detalhada]; há um segundo grupo de comportamentos que se consideram mais desvaliosos do que os antes mencionados e que são puníveis com

supunha a criação de um novo tipo penal incriminador, que abrangesse as situações em que a motivação do perpetrador dos factos radicasse num quadro factual de anterior relacionamento com a vítima mas não só. Como infra se se explanou, no caso brasileiro, a divulgação de imagens privadas de uma atriz brasileira foram-no por um terceiro, estranho à ofendida, que com ela nunca estabelecera qualquer prévio contacto, visando um enriquecimento indevido. Por outro lado, a opção pela inserção da incriminação no número 3 do artigo 152.º do Código Penal inculca no intérprete a convicção de que o legislador não pretendeu criar um novo crime, que responda adequadamente à protecção dos bens jurídicos que identifica e autonomiza (...). Assim sendo, a incriminação depende da verificação de uma relação entre agressor e vítima que seja subsumível ao número 1 do artigo 152.º do Código Penal. Por outro lado, a incriminação penal demanda ainda a demonstração de um comportamento subsumível à primeira parte do número 1: a demonstração de que o agressor, de modo reiterado ou não, infligiu maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais. Donde, não se verificando um dos tipos de relação que o legislador elegeu como merecedores de tutela, afigura-se duvidosa a possibilidade de proteger a vítima. Por exemplo, se as fotografias forem obtidas na sequência de um encontro único ou de encontros fortuitos de natureza meramente sexual sem a consistência relacional exigida pelo preceito, haverá lugar à protecção ali prevista? – pense-se, por exemplo, ainda, no marido agressor que remete as imagens a terceiro que, por sua vez, as divulga, neste caso, há lugar à punição à luz da nova incriminação? A verdade é que a resposta não é segura mas, do ponto de vista material afigura-se consensual que aquelas situações são igualmente merecedoras de eficaz tutela penal”.

prisão até 3 anos ou com pena de multa [os previstos nas alíneas b) e d), de que são exemplo a captação ou divulgação de imagens das pessoas, assim como a divulgação de factos relativos à vida privada ou a doença grave].

O legislador optou por manter a natureza semipública do crime de *Devassa da vida privada* e atribuiu-a também ao crime de *Devassa através de meio de comunicação social, da internet ou de outros meios de difusão pública generalizada* agora previsto no artigo 193.º do Código Penal, “salvo no caso do artigo 193.º quando do crime resultar suicídio ou morte da vítima ou quando o interesse da vítima o aconselhe”, hipóteses em que o ministério público pode atuar oficiosamente, nos termos da nova redação dada ao artigo 198.º do Código Penal.

Foram ainda alterados os artigos 19.º A e 19.º B, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, sobre o Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais, alargando-se aos crimes de devassa da intimidade sexual, nudez ou material conexo os deveres de bloqueio e de informação ao Ministério Público por parte dos prestadores intermediários de serviços em rede.

2. A (muito relativa) novidade do problema

Como começou por se referir, existe uma certa predisposição para, no pensamento penal, se apresentarem determinadas realidades como se constituíssem uma novidade com o propósito de, por essa via, se legitimarem respostas excecionais a problemas sociais vistos como especialmente desvaliosos em determinados contextos históricos. Vimo-lo, nomeadamente, a propósito da “guerra contra as drogas” ou do “combate à corrupção”, já para não voltar ao estafado assunto do direito penal do inimigo pensado para o terrorismo e cujos limites conceptuais se foram depois alargando, passando a incluir, por exemplo, o crime organizado ou os crimes sexuais contra menores. Tais “novidades” tendem a ser apresentadas como fonte de legitimação de soluções menos garantísticas e de

cariz excepcional, como a delação premiada⁷, as investigações encobertas ou as inversões de ónus da prova, sob o lema “para novos problemas, novas respostas”, desconsiderando-se a possibilidade de nem tais problemas nem tais respostas serem tão novos como se pretende fazer supor.

A primeira nota que se pretende deixar, pois, é a de que a divulgação não consentida de conteúdos íntimos não constitui uma novidade dos nossos dias. Ainda que a fotografia seja, como tantas outras, uma descoberta da primeira metade do século XIX, e ainda que os primeiros filmes rudimentares tenham surgido no seu término pelas mãos de *Edison* ou dos *Lumière*, o certo é que muito antes disso era já conhecida a divulgação, sem consentimento, de imagens ou de cartas que as pessoas retratadas pelo pincel ou pela pena pretendiam manter em espaços de reserva, pressupondo que o seu conhecimento por outros poderia ser-lhes prejudicial. Também parece claro que em sociedades mais predispostas à formulação de juízos morais sobre as mulheres, cuja conduta sexual foi ao longo dos séculos mais permeável à repreensão alheia, tais acções de divulgação de conteúdos íntimos comportassem um pendor de género, vindo a poder mais tarde incluir-se na *criminalidade dita de género*, apesar de serem igualmente configuráveis situações de vitimização masculina⁸.

Sucede, porém, que apesar de tais situações não constituírem uma novidade da contemporaneidade, ocorreu uma verdadeira revolução no círculo das vítimas possíveis, nos modos de captação e

⁷ Cfr. SANTOS, Cláudia, *O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 195.

⁸ Para um elenco de estudos que confirmam a maior probabilidade de as vítimas serem mulheres e de os agentes do crime serem homens, cfr. FRANKS, Mary Anne, “Revenge Porn Reform: a view from the front lines”, *Florida Law Review*, 2017, vol. 69, p. 1262 s.

divulgação dos conteúdos íntimos, no universo daqueles que podem aceder aos conteúdos que são objecto da devassa, na duração temporal dessa devassa e, conseqüentemente, na dimensão dos danos causados às vítimas⁹.

Não se desconhece, naturalmente, que também no passado as vítimas da exposição de imagens ou escritos podiam sentir-se abaladas nos alicerces das suas existências. Ainda assim, subsistiriam algumas possibilidades de fuga para outros lugares ou de destruição dos conteúdos íntimos revelados, que poderiam ser rasgados ou queimados. Hoje os conteúdos disseminados podem chegar a qualquer lugar e a sua destruição total é com frequência inviável, pelo que é possível que as vítimas sejam sujeitas a danos duradouros ou até perpétuos. Não é expectável que possam contar com a reacção que terá merecido a cavalgada de uma Lady Godiva desnuda e coberta apenas pelos longos cabelos, decidida a obrigar o seu avaro marido Leofric a baixar os impostos, cujo povo terá virado as costas e fechado as portas para que ninguém devassasse com o olhar o corpo exposto da mulher (ninguém exceto Tom, que não resistiu a observá-la, sendo equívocas as conseqüências – algumas

⁹ FRANKS, Mary Anne (nota 8) p. 1263, procura um esboço das vítimas e apresenta-as como maioritariamente jovens e intervenientes na captação da imagem (sobretudo “selfies”) mas inconscientes da possibilidade de divulgação posterior. Aduz que em mais de metade dos casos a divulgação dos conteúdos íntimos é acompanhada pela divulgação de dados pessoais como o nome completo, o contacto telefónico ou o *e-mail*. As vítimas reportaram danos muito significativos – mais de 90% referiram sofrimento emocional, mais de metade assumiu a ocorrência de pensamentos suicidas, mais de 40% procurou ajuda psicológica. Quase metade do total das vítimas referiu ter sido assediada *online* por pessoas que visualizaram os conteúdos íntimos. Um terço afirmou a existência de perseguição também *offline*. Mais de metade das vítimas manifesta o receio de que as imagens venham a ser vistas pelos filhos que já têm ou que poderão vir a ter. Mais de um quarto teve de deixar a escola ou o trabalho por um período de tempo significativo. Mais de 40% das vítimas afirmou ter cogitado a mudança legal de nome, mas foram apenas cerca de 3% aquelas que o concretizaram.

fontes referem a sua cegueira, outras afirmam a sua morte). As vítimas dos nossos dias, ao invés, depressa ficam cientes da amplitude e da duração da devassa a que se tornam sujeitas, sendo variados os estudos sobre os impactos de tal vitimização. Não parece, portanto, irrazoável a afirmação de que o fenómeno desvalioso sofreu, de facto, uma mudança muito significativa dos seus contornos já no início deste terceiro milénio¹⁰.

É propósito deste estudo avaliar a adequação das normas penais que temos face às novas características de que pode revestir-se a disseminação não consensual de imagens íntimas, não desconsiderando nunca a compreensão dos limites da justiça penal e a necessidade de procurar outras respostas¹¹.

¹⁰ É usual referir-se o *tournant* associado à criação por Hunter Moore em 2010, nos Estados Unidos, de um website destinado ao armazenamento de imagens íntimas e não consentidas sobretudo de mulheres, que com frequência disponibilizava também as suas informações pessoais e contactos. Todavia, antes de o conceito de *revenge porn* se ter tornado comum, já a revista Hustler, nos anos oitenta do século passado, tinha iniciado a publicação de fotografias íntimas de mulheres que não teriam consentido a sua divulgação (cfr. FRANKS, Mary Anne (nota 8), p. 1251-1337).

¹¹ A resposta punitiva nunca deve ser a primeira resposta mas nas hipóteses que são objecto deste estudo a diversidade de abordagens surge como particularmente necessária. Por um lado, afigura-se fulcral uma intervenção de cariz pedagógico orientada para a compreensão pela comunidade de que todas as pessoas têm direito a escolher quando e como é limitada a sua intimidade, pelo que não são merecedoras de um juízo de censura quando outros tomam indevidamente tal decisão por elas. Por outro lado, adquirem particular relevância as respostas tecnológicas orientadas para a prevenção da disseminação de conteúdos abusivos ou, em momento posterior, para a sua eliminação quando não se tiver logrado impedir a divulgação não consentida. Todavia, não pode desconsiderar-se a possibilidade de este ser um daqueles domínios carecidos de maior intervenção punitiva, sendo conhecidas várias opiniões no sentido da insuficiência das normas criminalizadoras (assim, por exemplo, CITRON, Danielle / FRANKS, Mary Anne, “Criminalizing Revenge Porn”, *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014, p. 347, bem como JACOBS, Alex, “Fighting back against revenge porn: a legislative solution”, *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, vol. 12, 1, 2016, p. 69 s.).

3. Os valores protegidos

A reflexão sobre a resposta que pode ser dada pela justiça penal pressupõe a definição do bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação daquela disseminação não consensual de conteúdos íntimos. Sendo inequívoco que, no que respeita a adultos – e é só dessas hipóteses que esta reflexão se ocupa – a conduta sexual voluntária ou consensual é alheia a qualquer tipo de ajuizamento, não se vislumbra na gravação da nudez ou da prática sexual uma ofensa à liberdade sexual. Também se não deverá afirmar uma qualquer imoralidade associada à nudez ou à captação de imagens de cariz sexual. O que está errado não é a conduta sexual em si mesma ou sequer a captação de imagens que envolvam nudez ou comportamentos sexuais. Aquilo que merece um juízo de desvalor é, ao invés, a causação de danos à privacidade a que cada pessoa tem direito. Cada pessoa tem o direito a que o seu corpo nu ou a sua sexualidade não sejam vistos pelos outros contra a sua vontade. A exposição não consentida de imagens do corpo desnudo ou de atos de cariz sexual são inequívocas indiscrições e, por isso, ofensas ao direito que todos temos a ser deixados sozinhos naquilo que se prende com a nossa privacidade ou até com espaços ainda mais restritos de intimidade – e este é um direito reconhecido, sublinhe-se, a todas as pessoas, mulheres e homens, sendo pouco compreensível que a repressão da divulgação não consensual de tais conteúdos surja criticada enquanto forma de promoção de uma espécie de castidade feminina. O bem jurídico que funda a incriminação penal é, pois, o direito à privacidade, e não qualquer representação moralista associada a preconceitos contra a nudez ou a sexualidade.

No plano do direito comparado, a disseminação não consensual de imagens íntimas – relacionada com a divulgação de imagens sexualmente explícitas ou implícitas sem o consentimento da pessoa fotografada ou filmada – tem sido apresentada como violação do

direito ao respeito pela vida privada e familiar, previsto no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”. Já em 2015, a Comissão Europeia fora destinatária de uma indagação parlamentar através da qual se questionava se o direito ao esquecimento podia ser convocado como fundamento para um apagamento de dados e em 2017, confrontada com pergunta idêntica, reiterou o entendimento, tendo admitido a possibilidade de ser solicitada a remoção de dados a motores de busca e *websites*. Um tal direito ao esquecimento, nestas hipóteses associado ao direito ao apagamento de dados, chegou a ser apresentado como “remédio ideal” para as vítimas de disseminação não consensual de imagens íntimas¹².

Esta resposta deve despertar-nos, a jusante, para o confronto das soluções tipicamente apresentadas pela justiça penal – onde as penas principais para as pessoas singulares continuam a ser a prisão e a multa, cuja cominação pressupõe um processo penal não isento de espaços de vitimização secundária – com soluções porventura mais reparadoras dos danos causados às vítimas. Ou deve confrontar-nos, agora a montante, com medidas preventivas que evitem a disseminação daqueles conteúdos íntimos com consequências que em certos casos poderão ser inelutáveis. Com efeito, a consequência porventura mais nociva da disseminação não consensual de imagens íntimas é a perpetuação da exposição da intimidade, contra a vontade da vítima, sendo que tais danos se produzem continuamente ou até de forma permanente porquanto não se logra, num mundo globalizado onde a partilha de conteúdos se tornou quase instantânea, evitar que tais conteúdos se perpetuem em ou-

¹² Cfr. D’ALMEIDA, Érica Nogueira Soares, *Disseminação Não Consensual da Imagens Íntimas – Uma Análise à Luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados*, dissertação de mestrado, FDUC: 2020, p. 8 e 9.

tros suportes pertencentes a diferentes utilizadores, que exponenciam as partilhas, potenciando em espiral a disseminação dos conteúdos que a vítima desejaria que fossem eliminados do mundo. A perpetuação ampliada dos danos sofridos pelas vítimas relaciona-se com uma das principais características da era digital: a “ascensão meteórica da lembrança” ou “um mundo que é programado para lembrar”¹³. Em certo sentido, *podem estar em causa verdadeiros danos permanentes* para a reserva da vida privada, que depois tendem a multiplicar-se em ataques ao bom nome, à honra ou à reputação de uma pessoa. A partir do momento em que são divulgadas online, as imagens íntimas cuja partilha não foi autorizada podem ser visualizadas por um número indeterminado e crescente de pessoas, revelando-se de grande dificuldade a sua eliminação porque, mesmo que sejam removidas de um servidor, é possível que já tenham sido guardadas por um número indeterminado de outras pessoas. A necessidade de fazer cessar a vitimização terá sido ponderada pelo legislador de 2023 na sua decisão de impor aos prestadores intermediários de serviços em rede deveres de bloqueio quando tiverem conhecimento da divulgação não consentida de conteúdos íntimos.

Aquilo a que se vem chamando *pornografia de vingança* (denominação que não é isenta de dúvidas) constitui a forma mais conhecida de disseminação não consensual de imagens íntimas e ocorre quando, terminado um relacionamento íntimo, há divulgação por um dos sujeitos (com mais frequência, um homem) de imagens íntimas do outro (com mais frequência, uma mulher), sem o seu consentimento, estando a motivação na maioria dos casos associada ao despeito pelo término indesejado do relacionamento. Todavia, tal pornografia de vingança mais não é do que uma das manifestações

¹³ Cfr. MAYER-SCHÖNBERGER, VIKTOR, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

possíveis da disseminação não consensual de imagens íntimas¹⁴, na medida em que as motivações de quem partilha tais imagens podem ser variadas e de outro cariz. São conhecidas outras hipóteses em que aquilo que o agente da divulgação não consentida pretende é o lucro, mas a manipulação ou a subjugação da pessoa cujas imagens são divulgadas também pode ser um móbil poderoso, assim como a gratificação sexual própria ou de outros¹⁵.

Por outro lado, cumpre evidenciar que as imagens íntimas da vítima podem chegar ao autor da sua divulgação não autorizada por diversas vias. Em muitas situações é a própria vítima que envia tais imagens ao futuro agressor, com frequência no contexto de uma relação íntima que já existe ou que pretende que venha a existir – nestes casos, um dos desafios é levar a vítima e as instâncias formais e informais de controlo a compreenderem que existe uma vítima merecedora de tutela porque não é ela a responsável pela disseminação posterior de tais conteúdos. Uma eventual responsabilidade da vítima pela captação ou gravação dos conteúdos íntimos não pode implicar a sua responsabilidade por uma posterior disseminação em que não participou e que não consentiu, pelo que

¹⁴ FRANKS, Mary Anne, (nota 8). ps. 1257 e 1258, refere as insuficiências do conceito “pornografia de vingança”, sublinhando que a motivação do agente pode não ser a vingança, mas antes o lucro ou a notoriedade, por exemplo; ademais, rejeita o conceito de “pornografia” porque induz uma sua associação à nudez ou à sexualidade, como se ambas fosse “por inerência” pornográficas. Convém, pois, esclarecer que a captação daquelas imagens deve considerar-se alheia ao conceito de pornografia sempre que a sua obtenção não corresponda a um intuito de “entretenimento sexual público”. Já a sua disseminação posterior, indesejada pela vítima, pode incluir-se na denominada “pornografia não consensual”.

¹⁵ Para uma análise dos modos de execução do crime, bem como das motivações do agente e dos danos causados à vítima, cfr. LANÇA, Hugo Cunha, “Isto não é um artigo sobre pornografia de vingança: a punibilidade da divulgação não consentida de imagens íntimas”, *De Legibus*, n.º 2, 2021, Universidade Lusófona, p. 113 s.

nem os defensores da vitimodogmática¹⁶ encontrarão aqui argumentos fáceis para uma desresponsabilização do agente à custa da responsabilização da vítima.

¹⁶ Para uma análise da evolução do debate sobre a vitimodogmática no direito penal alemão, *vide* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Berinstain*, San Sebastián: Ed. Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 617 s. A reflexão dá relevo ao pensamento de *Bernd Schünemann*, que desenvolveu o princípio da auto-responsabilidade, segundo o qual a vítima tem de ser responsabilizada pelo seu próprio comportamento, no sentido em que deve evitar que ele seja causa do crime, sob pena de cessar o direito que tem à proteção dos seus interesses caso não tenha tomado as precauções necessárias (o que excluiria a responsabilidade criminal do agente); já autores como *Thomas Hillenkamp* relativizam o relevo que deve ser atribuído ao comportamento da vítima, remetendo-o para objeto de valoração apenas em sede de determinação da medida da pena. De forma muito crítica relativamente ao referido princípio da auto-responsabilidade, *Juan Bustos* e *Elena Larrauri* afirmam que “com ele não só desapareceria o princípio do bem jurídico como categoria garantista material, como também se desconheceriam os direitos da pessoa (...) e conseqüentemente as próprias bases de um sistema democrático de direito atual, fundado numa estrutura de exercício da liberdade por parte dos cidadãos. O direito penal converter-se-ia no direito dos juizes e dos seus sentimentos e padrões morais ou políticos. E, nessa medida, o Estado deixaria de cumprir a sua tarefa de organização e de mediação em conflitos (...). O Estado e o direito não podem exigir por princípio para a proteção dos seus direitos que as pessoas protejam os seus direitos, isso seria negar o reconhecimento dos seus direitos e passar novamente à ideia de que os direitos são outorgados (...). Pelo contrário, o dever de proteger é do Estado, na medida em que se trata de direitos que tem de reconhecer, pois são dos cidadãos” (cfr. *Victimología: Presente y Futuro – Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU Iura, 1994, p. 27-8). A rejeição daquele princípio baseia-se, também, na relevância do acordo ou do consentimento que devem, esses sim, ser tidos em conta aquando da valoração da conduta como típica e ilícita. Como também notam aqueles Autores (ob. cit., p. 30), “o consentimento não surge do princípio vitimodogmático da auto-responsabilidade, mas sim da autonomia ética das pessoas, isto é, da consideração geral de um sistema democrático participativo em que os direitos são das pessoas e, portanto, elas têm a sua disponibilidade”.

Não obstante, também há casos em que as imagens são obtidas sem a colaboração ou mesmo contra a vontade da vítima, por exemplo através de um acesso indevido ao seu computador ou ao seu telefone móvel ou ainda graças ao aproveitamento de situações de vulnerabilidade ou inconsciência da vítima, mormente quando esta está sob o efeito de álcool ou drogas ou ainda quando está a dormir. Não devem, para além destas, desconsiderar-se as situações em que as imagens da pessoa são captadas contra a sua vontade enquanto ela está a ser vítima de um crime, por exemplo de violação. Podem ainda identificar-se hipóteses em que há uma sobreposição do rosto da vítima a imagens pornográficas anteriormente produzidas.

Num outro plano, deve ainda notar-se que, apesar de ser cada vez mais frequente a publicação *online* das imagens íntimas cuja divulgação não foi consentida (por exemplo nas redes sociais ou em sites dedicados à pornografia), elas também podem ser divulgadas por vias mais tradicionais, de que serão exemplo a partilha de fotografias ou filmes num círculo mais ou menos restrito de pessoas, que em alguns casos serão próximas da vítima (com frequência, familiares ou colegas de escola ou de trabalho).

Uma qualquer intenção de passar a subsumir tais condutas num tipo legal de crime inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual¹⁷ seria contrária à tendência (referida nos pareceres apresentados a propósito daquela iniciativa legislativa e disponíveis na página online da Assembleia da República) da “maioria dos países europeus da família jurídica a que pertence o direito português”, onde a disseminação não consensual de conteúdos íntimos continua “a ser classificada como crime de violação de

¹⁷ Como constituiu propósito nomeadamente do já referido Projeto de Lei n.º 672/XIV/2ª, que pretendia a neocriminalização, num novo artigo 170.º-A do Código Penal, da “Divulgação não consentida de conteúdo digital de carácter sexual”, punível com pena de prisão de dois a cinco anos.

privacidade”. Aduz-se que tanto a Alemanha como a França ou a Espanha “inserir, nos seus sistemas penais, este tipo de condutas nos crimes de violação da privacidade / intimidade do indivíduo, vendo como bem jurídico protegido o direito à privacidade, à dignidade e reputação”¹⁸. A privacidade e a intimidade gozam entre nós de expressa previsão constitucional enquanto direito fundamental logo no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição. A vida privada que é objeto de proteção jurídico-penal tem várias dimensões, mas o legislador, no artigo 192.º, identifica expressamente a vida sexual enquanto exemplo de um dos seus conteúdos.

O bem jurídico da liberdade sexual assume por referente o direito que toda a pessoa tem à “*autoconformação da vida e da prática sexuais (...): cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas continta(m). Se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada e torna-se necessária*”. Aquilo que os crimes contra a liberdade sexual visam proteger é uma “*livre e própria conformação da vida (na esfera sexual)*”¹⁹. Ora, parece claro que a

¹⁸ Para uma perspetiva de direito comparado, cfr. SEPEC, Miha, “Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a privacy Violation Offence”, *International Journal of Cyber criminology*, Jul / Dez 2019, vol. 13, 2, p. 418 s. O Autor evidencia a opção mais comum no sistema anglo-saxónico de subsumir estas condutas nos crimes contra a liberdade sexual, por oposição à sua configuração como crimes contra a reserva da vida privada no sistema europeu continental. Duvida-se, porém, do seu entendimento de que a segunda opção significa “levar estes crimes menos a sério” e puni-los necessariamente com menor severidade.

¹⁹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Anotação ao artigo 163.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 715 e 716.

divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou acto sexual não ofende em primeira linha tal liberdade de conformação da vida sexual. Esta disseminação será até, com frequência, posterior a escolhas livremente feitas no plano da sexualidade (com excepção dos casos, já referidos, em que se grave pessoa que está a ser vítima de um crime como o crime de violação para depois se divulgar tal gravação – todavia, ainda aqui, o que ofende a liberdade sexual é a violação e não a disseminação posterior das imagens que dela tiverem sido obtidas).

Nesta medida, a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou acto sexual, sempre que tal acto sexual tenha sido praticado de forma livre, não pode ser contextualizada como crime contra o bem jurídico que é a liberdade sexual. Diversamente, impõe-se a conclusão de que os bens jurídicos ofendidos são os atinentes à privacidade / intimidade, enquanto manifestação do fundamental *right to be let alone* sobre o qual, já em 1890, escreveram Warren e Brandeis na *Harvard Law Review*. Aquilo que não se pode tolerar é a *indiscrição*, “independentemente da verdade ou inverdade da imputação e do carácter desonroso dos factos objecto de devassa”. E aquilo que se tem de proteger é “a liberdade que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva”²⁰.

²⁰ Cfr. COSTA ANDRADE, Manuel da, “Anotação ao artigo 192.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1040, 1041 e 1043.

4. As normas penais aplicáveis à disseminação não consensual de conteúdos íntimos, entre a devassa da vida privada e a violência doméstica

Até à alteração legislativa de 2023, a divulgação de imagens ou gravações que contendam com a intimidade, sem autorização da pessoa visada, podia ser enquadrada como crime de devassa da vida privada, previsto no artigo 192.º do Código Penal. Este crime de devassa da vida privada era punível com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 240 dias.

É, porém, sabido que com frequência a disseminação não consensual de imagens íntimas ocorre na sequência do fim de um relacionamento afetivo, hipótese que já referimos ser conhecida, ainda que impropriamente, como pornografia de vingança. Quando assim é, podemos estar perante um crime de violência doméstica, tipificado no artigo 152.º do Código Penal. Este crime é praticado, nomeadamente, por quem infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ao cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação. Este crime é punível com pena de prisão de 1 a 5 anos, “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”, agravando-se a moldura penal, no seu limite mínimo, para 2 anos quando o agente difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento.

Foi por via da Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto, que se reforçou a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada na Internet, consagrando-se a agravação do limite mínimo da pena aplicável ao crime de violência doméstica, nos termos da alínea b) do número 2 do artigo 152.º do Código Penal.

Todavia, para além de as hipóteses de disseminação não consensual de conteúdos íntimos poderem convocar as normas incriminadoras dos artigos 192.º, 193.º e 152.º do Código Penal e as neocriminalizações previstas na Lei da Proteção de Dados Pessoais, pode haver ainda a necessidade de chamar à colação a Lei do Cibercrime, o que não deixa de constituir um fator de perturbação sistemática inidóneo a simplificar a tarefa do intérprete ou do aplicador. No artigo 6.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) está previsto o crime de *Acesso Ilegítimo*, relativo à conduta daquele que “sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático”. O número 2 da norma refere-se a “quem ilegítimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas, um conjunto executável de instruções, um código ou outros dados informáticos destinados a produzir as ações não autorizadas descritas no número anterior”.

A alteração legislativa ocorrida em 2023 pretendeu ultrapassar a incompreensível diferença que existia no plano sancionatório consoante a disseminação não consensual de conteúdos íntimos ocorresse ou não no contexto da violência doméstica (pena de prisão até 5 anos se a conduta fosse subsumível no artigo 152.º ou pena de prisão até 1 ano se a conduta fosse subsumível no anterior artigo 192.º, ambos do Código Penal).

5. A natureza destes crimes sob o ponto de vista da promoção processual

A alteração legislativa de 2023 confirmou a opção pela natureza semipública do crime de *Devassa da vida privada*, tendo o legislador decidido que também quanto ao crime de *Devassa através de meio de comunicação social, da internet ou de outros meios de difusão pública generalizada*, agora previsto no artigo 193.º do Código

Penal, se devia exigir a queixa do ofendido para a instauração do processo criminal, “salvo no caso do artigo 193.º quando do crime resultar suicídio ou morte da vítima ou quando o interesse da vítima o aconselhe”, como dispõe o artigo 198.º do Código Penal.

Vem crescendo, nos tempos mais recentes, a ideia de que a tutela jurídico-penal que existe é insuficiente face à gravidade das condutas e à sua danosidade para as vítimas, tendo surgido, neste contexto, a proposta político-crime de tornar público o crime de devassa da vida privada.

Trata-se, porém, de perspectiva que não se acompanha. E o certo é que, olhando para o direito comparado, por exemplo para o direito espanhol, encontra-se a disposição expressa, no artigo 201.º do Código Penal Espanhol (no título X – Crimes contra a intimidade, o direito à imagem própria e à inviolabilidade do domicílio), de que “para proceder pelos crimes previstos neste capítulo será necessária a participação da pessoa ofendida ou do seu representante legal”.

Os desvios ao princípio da oficialidade²¹ (ou seja, a existência de crimes cujo procedimento criminal depende de queixa) têm sido explicados fazendo apelo a vários critérios, nomeadamente a menor gravidade de certos ilícitos, a qual tornaria desnecessária a intervenção punitiva estadual se o ofendido a não reclamar, por inexistir um significativo abalo comunitário. Mas, por outro lado e mesmo em crimes mais graves, a exigência de queixa configura-se ainda como um reconhecimento da autonomia da vontade do ofendido em não ver expostas no processo penal questões que, por serem eminentemente atinentes à sua intimidade ou à sua privacidade, poderiam com a sua revisitação num processo penal indesejado levar a uma intensificação ou a uma revisitação da ofensa. Acresce a inevitabilidade de uma certa vitimização secundária, por

²¹ Sobre o assunto, cfr. ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 72 s.

mais que o direito processual penal tenha evoluído com o propósito de a minorar, nomeadamente através da aceitação de declarações para memória futura ou da exclusão da publicidade até da própria audiência de julgamento.

Daqui resulta a conclusão de que os crimes particulares em sentido amplo não são, necessariamente, apenas os crimes menos graves. Haverá casos em que se poderá entender que, apesar da manifesta gravidade do crime, a existência do processo criminal deverá depender da queixa do ofendido, mormente porque um processo indesejado lhe causará uma desproporcionada vitimização secundária e porque o seu interesse na modelação da resposta ao crime é preponderante face ao interesse comunitário na punição.

A opção sobre a natureza processual de vários crimes voltou a ser objeto de controvérsia político-criminal, a propósito de crimes como a coação sexual e a violação, relativamente aos quais se vem assistindo a uma tendência para a defesa do fortalecimento da componente pública ainda que, paradoxalmente, quase sempre com o argumento da necessidade de proteção da vítima concreta.

A razão pela qual tal linha argumentativa suscita perplexidade prende-se com o entendimento de que um crime deve ser público quando o interesse comunitário na persecução penal se sobrepuser ao interesse do concreto ofendido na existência ou não de um processo penal e que, pelo contrário, um crime deverá ser particular em sentido amplo sempre que, pelo contrário, se dever outorgar preponderância à vontade do ofendido quanto à existência do processo penal, secundarizando o interesse comunitário. *Assim sendo, parece de facto paradoxal que, para protecção dos interesses das vítimas adultas de crimes contra a reserva da vida privada ou íntima se queira outorgar ao crime uma natureza pública.* Pior: receia-se que esta se revele uma opção contraproducente à luz dos interesses das vítimas destes crimes.

Sublinhe-se, pois, a traço muito grosso: a opção por fazer depender de queixa o procedimento criminal relativamente a estes crimes não se funda na sua menor gravidade ou escassa relevância. Apesar de inequivocamente graves, podem existir crimes relativamente aos quais

o legislador conclui que a resposta punitiva não deve dar-se com alheamento pela vontade do ofendido, precisamente porque as características da infração e a sua atinência a espaços de intimidade são adequadas a gerar uma vitimização secundária que deve considerar-se inaceitável. Há condutas muito graves que devem merecer a resposta pública alcançada através do processo penal sempre que – mas apenas quando – as vítimas o não considerarem insuportável.

No âmbito do Conselho da Europa, foi adotada em 2011 a Convenção de Istambul – Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica²², aprovada através da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro. Há nesta Convenção várias normas que indiciam uma preferência pelas soluções punitivas em detrimento de outras respostas que possam ser mais desejadas pelas vítimas, o que pode ser problematizado e questionado. No artigo 48.º da Convenção, sob a epígrafe “Proibição de processos alternativos de resolução de conflitos ou de pronúncia de sentença obrigatórios” dispõe-se: “1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para proibir os processos alternativos de resolução de conflitos obrigatórios, incluindo a mediação e a conciliação em relação a todas as formas de violência abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção”. A interpretação coerente com o argumento literal – e teleologicamente sustentada na finalidade de proteção das vítimas concretas – é a de que esta disposição apenas interdita os processos alternativos de resolução de conflitos que sejam *obrigatórios*, ou seja, não queridos pelas vítimas.

²² Sobre o âmbito desta Convenção e sobre a possibilidade de “levantar algumas questões de compatibilidade constitucional (...) num sistema de Direito Penal dito de intervenção mínima”, cfr. BELEZA, Teresa, “‘Consent – it’s as simple as a tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Coord. Maria da Conceição Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 18.

Também com enorme relevância no que respeita à opção pela natureza pública ou semi-pública nos crimes ditos de género porque maioritariamente associados à violência contra as mulheres, dispõe-se no artigo 55.º da Convenção de Istambul, sob a epígrafe “Processos *ex parte* e *ex officio*”, que “1. As Partes deverão garantir que as investigações das infracções previstas nos artigos 35.º, 36.º, 37.º, 38.º e 39.º da presente Convenção ou o procedimento penal instaurado em relação a essas mesmas infrações não dependam totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima, se a infração tiver sido praticada no todo ou em parte no seu território, e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa”. Todavia, a possibilidade de em certas situações o Ministério Público desencadear oficiosamente o processo criminal, garantida nomeadamente pelo número 2 do artigo 178.º do Código Penal no que respeita aos crimes contra a liberdade sexual, aproxima a solução portuguesa desta prescrição.

Sobre a inconveniência de tornar públicos estes crimes, dever ter-se em conta, na doutrina portuguesa, o entendimento de *Pedro Caetano*, muito crítico quanto “à expropriação de direitos da vítima”, com o Estado a arrogar-se “o direito de se substituir às vítimas em decisões com alto potencial lesivo para as respetivas vidas”. Em consequência, pronuncia-se expressamente contra projetos de lei que “propõem certas soluções que representam objetivamente uma perda de direitos por parte da vítima, na medida em que – no intuito de a protegerem contra si própria – lhe retiram o poder de decidir sobre a instauração do procedimento penal (...). Subjacente a estas soluções está a pressuposição – fundada – de que a vítima destes crimes se encontra muitas vezes fragilizada, quando não pressionada ou coagida, e que portanto o Estado não deve deixar totalmente nas suas mãos direitos cujo exercício, em último termo, pode impedir a administração da justiça e ser prejudicial para a própria. Todavia, a forma como o Estado pretende arrogar-se o direito de se substituir às vítimas em decisões com alto potencial lesivo para as respetivas vidas contrasta flagrantemente com o discurso de empoderamento das mesmas e de

promoção da sua autonomia. Na verdade, estas propostas não nos parecem necessárias, nem legítimas”²³.

No Parecer do Conselho Superior da Magistratura elaborado no âmbito do processo legislativo relativo àquele projeto de lei 672/XIV/2^a (NINSC CR) – que pretendia a criminalização autónoma da divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou ato sexual num novo artigo 170.º-A do Código Penal, com natureza pública – recorda-se o pensamento de *Jorge de Figueiredo Dias* sobre os critérios que presidem à opção sobre a natureza pública ou particular de um crime: “a existência de crimes semipúblicos e estritamente particulares serve a função de evitar que o processo penal, prosseguindo contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente, ou mesmo inadmissível, intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem”. Nesta medida, os crimes semipúblicos servem “a função de específica protecção da vítima (ofendido) do crime”, dando-se como exemplo “os crimes que afectam de maneira profunda a esfera de intimidade daquela. Quem seja vítima de um crime que penetre profundamente em valores da intimidade (...) deve poder, em princípio, decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e a consequente estigmatização processual (...)”. Também no Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à mesma iniciativa legislativa se suscitaram dúvidas quanto à consagração de uma natureza totalmente pública (“a vítima, que já tem a sua esfera de intimidade violada, poderá querer optar por ultrapassar a violação ocorrida de modo *extra processo*, evitando segundas vitimizações que a investigação e o desenrolar do processo poderão acarretar”).

²³ Cfr. CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, 2019, p. 668 s.

Manifestado este entendimento sobre a adequação da natureza semipública aos crimes de devassa da vida privada previstos nos artigos 192.º e 193.º do Código Penal, sempre subsistiria uma indagação sobre a razão pela qual condutas idênticas de disseminação não consentida de conteúdos íntimos, mas subsumidas no crime de violência doméstica, poderiam já dar origem a um processo criminal através de mera denúncia, portanto sem manifestação de vontade expressa pelo ofendido através da queixa. Todavia, no que respeita ao crime de violência doméstica, a opção pela natureza pública surge mitigada por um regime muito específico de suspensão provisória do processo, além de que a vitimização secundária inerente ao processo penal indesejado será previsivelmente menor quando a violação da intimidade tiver ocorrido no contexto de um relacionamento afetivo em algum momento assumido perante o olhar dos outros.

A ideia de que o processo penal só deve existir se a vítima quiser essa resposta, porque a sua autonomia no que respeita à forma como quer ser protegida e reparada prevalece sobre o interesse comunitário na repressão do crime, não prescinde da afirmação enfática de que esta ideia pressupõe que se garanta a efetiva liberdade da vítima adulta. Em situações de coação ou de radical limitação de uma sua possibilidade de escolha, deve acautelar-se a possibilidade de promoção oficiosa, devendo dar-se ao Ministério Público a possibilidade de dar início ao processo sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

6. A necessidade de valorização das medidas necessárias para fazer cessar a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou ato sexual

O reconhecimento de uma realidade criminal (a exposição não consentida da intimidade de outrem) que, não sendo nova, adquiriu novos contornos através de uma expansão dos modos de execução, dos instrumentos e do potencial de chegar a um número mais vasto de destinatários, prolongando-se no tempo os danos causados às vítimas, aconselhou uma revisitação do regime jurídico-penal aplicável.

Todavia, ainda que a resposta a um problema político-criminal de dimensão não despicienda e com enorme potencial de danosidade para as vítimas possa legitimar uma criminalização autónoma (uma forma qualificada face à devassa da vida privada prevista no artigo 192.º do Código Penal e uma incriminação que seja autónoma relativamente à violência doméstica, por nela se vislumbrar um distinto bem jurídico), compreende-se que tal crime não tenha sido configurado como crime contra a liberdade sexual e como crime público sob o ponto de vista da promoção processual. Não obstante, também se compreende a introdução no artigo 198.º do Código Penal de um segmento normativo semelhante ao já constante do número 2 do artigo 178.º, permitindo que o Ministério Público desencadeie oficiosamente o processo quando o interesse da vítima o aconselhe. Também as hipóteses de disseminação não consensual de conteúdos íntimos em que as vítimas sejam menores²⁴ ou de que resulte o suicídio da vítima devem merecer ponderação autónoma, admitindo-se que se tenha optado pelo afastamento da dependência de queixa para a instauração do processo.

É, porém, inequívoco que um dos principais problemas inerentes a estas condutas desvaliosas é a possibilidade de a intromissão na esfera de privacidade ou intimidade da vítima se perpetuar através da subsistência das imagens ou gravações em plataformas que permitem a reprodução e/ou a partilha. Minorar os danos causados à vítima pressupõe, pois, o apagamento dos dados. Os danos sofridos pelas vítimas são potenciados pelo não apagamento das fotografias ou dos vídeos. Tal apagamento afigura-se, portanto, determinante sob o enfoque da protecção dos direitos das vítimas.

O artigo 56.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, sob a epígrafe “Sanções acessórias”, dispõe que conjuntamente com as

²⁴ Deve notar-se, porém, que o crime de *Pornografia de menores*, em que tais condutas com frequência se subsumirão, é já um crime público.

sanções aplicadas pode ser ordenada, acessoriamente, “a proibição temporária ou definitiva do tratamento, o bloqueio, o apagamento ou a destruição total ou parcial dos dados”.

Por outro lado, a Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, veio reforçar o quadro sancionatório e processual em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, estabelecendo deveres de informação e de bloqueio de sítios contendo pornografia de menores. No artigo 19.º-A do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, passaram a estar previstos deveres de informação ao Ministério Público para os prestadores intermediários de serviços em rede que detetem conteúdos que possam constituir crime, nomeadamente crime de pornografia de menores ou crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência. Ademais, impôs-se-lhes, nos termos do artigo 19.º-B, o bloqueio, num prazo de 48 horas, dos sítios identificados como contendo pornografia de menores ou material conexo. A alteração legislativa operada pela Lei n.º 26/2023, de 30 de maio, alargou o âmbito de aplicação destas normas à disseminação não consensual de conteúdos íntimos.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 4ª Ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2021.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Anotação ao artigo 192.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- BELEZA, Teresa, “‘Consent – it’s as simple as a tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Coord. Maria da Conceição Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.
- BUSTOS, Juan / LARRAURI, Elena, *Victimología: Presente y Futuro – Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU Iura, 1994.

- CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, 2019.
- CITRON, Danielle / FRANKS, Mary Anne, “Criminalizing Revenge Porn”, *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014.
- CUNHA, José Damião da, “Anotação ao artigo 193.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- D’ALMEIDA, Érica Nogueira Soares, *Disseminação Não Consensual da Imagens Íntimas – Uma Análise à Luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados*, dissertação de mestrado, FDUC, 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Anotação ao artigo 163.º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FRANKS, Mary Anne, “Revenge Porn Reform: a view from the front lines”, *Florida Law Review*, vol. 69, 2017.
- JACOBS, Alex, “Fighting back against revenge porn: a legislative solution”, *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, vol. 12, 1, 2016.
- LANÇA, Hugo Cunha, “Isto não é um artigo sobre pornografia de vingança: a punibilidade da divulgação não consentida de imagens íntimas”, *De Legibus*, Universidade Lusófona, n.º 2, 2021.
- MACHADO, Mariana Gomes, “Netshaming – a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada na Internet (Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto)”, *Revista de Direito e Segurança*, n.º 13, janeiro-junho, 2019.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- SANTOS, Cláudia, *O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020.
- SEPEC, Miha, “Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a privacy Violation Offence”, *International Journal of Cyber criminology*, Jul/Dez, vol 13, 2, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, “Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Berinstein*, San Sebastián: Ed. Instituto Vasco de Criminología, 1989.

O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

ANA RITA ALFAIATE (*)

Professora Auxiliar Convidada
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professora Auxiliar da Universidade Portucalensea

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações a propósito do bem jurídico. 3. As relações entre o agente e a vítima – em face do bem jurídico, falhas e excessos. 4. Condutas idóneas ao preenchimento do tipo. 5. Impacto da condenação pelo crime de violência doméstica no plano das relações jurídicas familiares e na capacidade sucessória. 6. Conclusão.

(*) Por opção da autora, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Summary: 1. Introduction. 2. Considerations regarding the legal interest. 3. Relations between the agent and the victim – in the face of the legal interest, failures and excesses. 4. Conducts suitable for the filling of the statute. 5. Impact of conviction for the crime of domestic violence on family legal relationships and inheritance capacity. 6. Conclusion.

Resumo: O crime de violência doméstica exige, para efeitos de qualificação material, a violação de um dever de respeito entre quem vive uma relação especial de proximidade existencial, o que o torna num crime específico. É isso que permite punir condutas que em outras circunstâncias não seriam crime, como condutas que, por si só, não podem ser consideradas abrangidas pelos tipos jurídicos tradicionais, mas que, pela relação de proximidade entre o agente e a vítima, comprometem a vida comum. A proximidade existencial exigida pelo tipo torna difícil compreender porque não se consideram violência doméstica agressões praticadas sobre crianças a cargo do agente que não são suas descendentes, nem com ele coabitam, ou agressões cometidas sobre adultos vulneráveis, pelos seus familiares cuidadores, mas com quem não coabitam.

Abstract: The crime of domestic violence requires, for the purposes of material qualification, the violation of a duty of respect between those who live a special relationship of existential closeness, which makes it a specific crime. This is what makes it possible to punish conduct that in other circumstances would not be a crime, such as a conduct that by itself cannot be considered covered by traditional legal statutes, but that, by the close relationship between the agent and the victim, compromises the common life. The existential closeness required by the statute makes it difficult to understand why the aggressions committed on dependent children who are not descendants, nor cohabit with the agent, or aggressions committed on vulnerable adults, by their family caregivers with whom they do not cohabit, are not construed as domestic violence.

Palavras-Chave: violência doméstica; dever de respeito; proximidade existencial; confiança; família.

Keywords: domestic violence; duty of respect; existential closeness; trust; family.

1. Introdução

O crime de violência doméstica foi autonomizado, no ordenamento jurídico português, com a revisão de 2007 e está previsto, desde então, no artigo 152.º, integrado no capítulo dos crimes contra a integridade física, do título dos crimes contra as pessoas, da parte especial do Código Penal Português. Muitas das condutas puníveis pelo tipo legal de crime podiam, no entanto, antes desta revisão do Código Penal, ser puníveis por outros tipos legais preexistentes no ordenamento jurídico português. Desde logo, pelo crime de maus tratos, onde teve origem o tipo legal de crime, ao ver destacados, dos factos nele previstos, aqueles que passaram a integrar o novo crime de violência doméstica, mas também, em certa medida, pelos crimes de ofensas à integridade física, ameaça, coacção, sequestro, coacção sexual, injúria, entre outros. O objectivo deste estudo não se prende com a análise da evolução legislativa da violência doméstica em Portugal, mas antes com a pretensão da autora de contribuir para a justificação da pertinência deste tipo legal de crime enquanto meio de tutela reforçada de alguns bens jurídicos, de maior censura relativamente a determinados factos e de sedimentação de um novo bem jurídico com dignidade penal. Para o efeito, não se toma em mãos a apreciação pormenorizada de todo o tipo legal de crime, antes se dá nota do que parece estar em falta para que o tipo legal de crime cumpra a função que lhe parece caber, pelo menos segundo um determinado entendimento das coisas e que é, naturalmente, aquele que a autora aqui procura deixar claro.

2. Considerações a propósito do bem jurídico

Pese embora uma parte relevante da doutrina¹ eleja a saúde como o bem jurídico protegido neste tipo legal de crime, entendemos que é possível afirmar, perante o actual artigo 152.º do CP, o reconhecimento de um novo bem jurídico penal. Na nossa opinião, estamos aqui em face de uma verdadeira qualificação material, justificada pela violação do dever de respeito entre quem vive uma relação especial de proximidade existencial. A incriminação justifica-se porque prevê uma maior gravidade dos factos praticados e que em geral se reconduziriam, perante a ausência deste crime, à tradicional protecção da integridade física e psíquica, da liberdade pessoal e sexual, da imagem e da honra da vítima. Sucede que é preciso atender à especificidade das relações de quem tem ou já teve uma relação íntima, de quem, na sequência dessa relação, teve filhos, de quem, pertencendo ou não à mesma família, partilha uma relação de cuidado, dividindo o espaço doméstico e ainda de quem é ascendente da vítima menor de idade ou mantém ou manteve com ascendente desta uma relação de intimidade. Há um maior desvalor da conduta praticada por quem mantém este tipo de relação com a vítima, na medida em que esta se apresenta, precisamente pela natureza dessa relação que partilha com o agressor, mais exposta, mais vulnerável. O agressor é alguém em quem a vítima julgava poder confiar e de quem é credora de respeito, nos casos mais significativos, por força da própria lei².

¹ BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgar*, 12, 2010, p. 18, e CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 152.º – Violência doméstica”, (Dirig. DIAS, Jorge de Figueiredo) *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 512.

² O dever de respeito entre cônjuges decorre do artigo 1672.º do Código Civil e o dever de respeito entre pais e filhos decorre do artigo 1874.º, também do Código Civil.

Não nos parece que no bem jurídico penal saúde caiba a complexidade do que vimos de dizer, pelo que nos aproximamos dos autores que defendem que estamos perante um “crime pluriofensivo ou fundado na necessidade de protecção de vários bens jurídicos pessoais”³, uma certa reconfiguração de vários bens jurídicos tradicionalmente acolhidos pelo direito penal.

Na nossa opinião, a qualificação material que identificamos no crime de violência doméstica excede, porém, a tutela reforçada daqueles bens jurídicos, antes enquadrando a sua existência num contexto de confiança⁴ e respeito que ganham espessura de bem jurídico penal autónomo.

O crime de violência doméstica exige, pois, seja para que dele emergja o bem jurídico penal novo, seja para que se justifique a qualificação, uma especial relação de proximidade existencial entre agente e vítima, o que o torna um crime específico. Não basta que se identifique uma relação jurídica familiar nos termos da lei civil para que um contexto violento possa subsumir-se ao crime de violência doméstica – se dois irmãos não coabitam, ainda que um deles seja vítima do outro, não há crime de violência doméstica; se dois irmãos coabitam, mas não for possível provar a vulnerabilidade de um deles face ao outro, ainda que aquele seja agredido

³ SANTOS, Cláudia Cruz, *O direito processual penal português em mudança, Rupturas e continuidades*, Almedina, 2021, p. 118 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da república e das Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2021, p. 642.

⁴ FERREIRA, Maria Elisabete, “O crime de violência doméstica na jurisprudência portuguesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitada de dolo específico”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, *Studia Iuridica* 108, Ad Honorem 8, 2017, p. 586, mas sobretudo MORAIS, Teresa, *Violência doméstica. O reconhecimento jurídico da vítima*, Almedina, E-book.

por este, não há crime de violência doméstica. Mas também não é suficiente a partilha do espaço físico que é a casa para que convocar o crime de violência doméstica seja pertinente – as agressões levadas a cabo por um sujeito sobre outro, ambos estudantes, e que partilham casa, mesmo quando é possível afirmar uma certa vulnerabilidade da vítima dos factos, não nos parece que devam ser enquadradas no crime de violência doméstica⁵.

O recorte que é feito por aquela especial relação de proximidade existencial afasta, por um lado, estas condutas do crime de violência doméstica, mas permite, por outra banda, punir condutas que noutras circunstâncias não seriam crime.

3. Relações entre o agente e a vítima – em face do bem jurídico, falhas e excessos

Considera-se hoje violência doméstica a prática, de modo reiterado ou não, de maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedimento de acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns. Sem qualquer conotação de crime de género, podem ser vítimas de violência doméstica o a) cônjuge ou ex-cônjuge; a b) pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; o c) progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, defi-

⁵ Estes estarão investidos numa posição de garante, o que os obrigará a acautelar a não produção de resultados típicos relativamente aos interesses um do outro, mas não os une necessariamente, pela simples partilha do espaço, a relação de proximidade existencial que é específica e essencial para que se possa falar em violência doméstica (mais detidamente *infra*).

ciência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; e e) menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite.

Para as primeiras três alíneas, não se exige a coabitação, mas para a alínea d) a coabitação é elemento do tipo legal de crime. Já a alínea e), foi introduzida apenas em 2021⁶ e terá procurado sobretudo afastar a crítica segundo a qual o tipo legal de crime de violência doméstica não acautelava os casos de violência entre pais e filhos que não coabitassem. Na realidade, se, por força da regulação do exercício das responsabilidades parentais, por exemplo, o filho residisse com um dos progenitores e o agressor fosse o progenitor não residente que, contudo, mantinha um direito de visita e contacto com o filho, o tipo legal de crime não previa como violência doméstica as agressões praticadas (pelo menos, tendo em mente uma interpretação restrita do conceito de coabitação que, apesar de tudo, parece ter sido a que sempre foi acolhida). Foi também apenas em 2021 que o legislador acrescentou ao elenco de condutas típicas o impedimento de acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns, acolhendo aí o incómodo que a dependência económica de outrem, sobretudo na relação entre adultos, traduz em termos de desequilíbrio de forças, podendo comprometer, por exemplo, o princípio constitucional da igualdade entre cônjuges.

Procurando cobrir realidades demasiado díspares, a verdade é que o tipo legal de crime tem exigido alguma originalidade na interpretação do que pode e do que não pode ser considerado violência doméstica, algumas vezes atabalhoadamente superada por alterações à redacção do texto legal.

⁶ Lei n.º 57/2021, de 16 de Agosto.

Mais uma vez, foi apenas em 2021 que se tornou claro que devem ser consideradas vítimas deste crime as crianças ou jovens até aos 18 anos que sofreram um dano causado por acção ou omissão no âmbito da prática de um crime, incluindo os que sofreram maus tratos relacionados com a exposição a contextos de violência doméstica. Embora a redacção anterior do artigo permitisse, segundo o nosso entendimento, compreender já estas crianças ou jovens expostos a contextos de violência doméstica como verdadeiras vítimas do crime, a verdade é que alguma jurisprudência vinha alimentando a ideia de que se tratava de vítimas indirectas, para as quais, naturalmente, não se reservavam as garantias processuais gerais das vítimas. A circunstância de os factos serem praticados na presença de menores de idade eram suficientes para agravar o crime cometido, mas não era unânime, muito pelo contrário, que um episódio de agressão, por exemplo, a uma mãe com um filho ao colo fizesse, em rigor, duas vítimas e não apenas uma. Tudo isto acabou por gerar várias críticas por parte da doutrina que, ao longo dos últimos anos, vinha reclamando uma nova interpretação do fenómeno da violência. Nessa nova interpretação, defendida como a única que respeitaria o superior interesse das crianças, a exposição a contextos de violência era apta a preencher o tipo de crime, pelos efeitos que eram desencadeados do ponto de vista do integral desenvolvimento das crianças, sobretudo no plano do seu desenvolvimento psíquico⁷. O legislador acabou, então, por reconhecer que, embora não fosse impossível esta interpretação, a jurisprudência não a fazia sempre e muitas crianças e jovens permaneciam manifestamente desprotegidos em contextos de violência doméstica e era necessário proceder a uma mudança da noção de vítima no

⁷ CARMO, Rui do, “A experiência da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD) – um roteiro pelos primeiros quatro anos de atividade”, *Revista Sombras e Luzes*, DGRSP, 2021, p. 184.

próprio código de processo penal.

Em sentido oposto, a verdade é que, em termos de direito substantivo, a mudança operada pelo legislador poderia ter resolvido outros problemas que o tipo deixa a descoberto. Queremos com isto referir-nos ao elemento típico da coabitação e que decorre da al. d) do artigo 152.º/1 do CP para todas as situações de violência que não possam enquadrar-se na violência em relações de intimidade associada à conjugalidade, à paraconjugalidade, ao namoro ou à partilha da parentalidade. Na verdade, destaca-se no tipo a protecção das relações familiares de parentesco e afinidade, bem como de outras, simétricas daquelas, mas apenas quando na linha recta descendente.

Quando, em 2021, se prescindiu do elemento típico da coabitação, mas apenas relativamente a menores que sejam descendentes do agressor ou descendentes do seu cônjuge ou ex-cônjuge, da pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou de progenitor de descendente comum em 1.º grau, ignoraram-se todas as outras crianças que, estando a cargo do agressor e tendo relativamente a este uma expectativa de respeito pelo seu superior interesse, não coabitem com ele.

Relativamente a esta situação, julgamos que melhor teria andado o legislador se tivesse concluído pelo alargamento do âmbito de protecção da norma a todas as crianças e jovens a cargo. É verdade que a alínea d), ao manter a possibilidade de aplicação do tipo legal de crime nos casos de maus tratos às pessoas particularmente indefesas que coabitem com o agressor, permite cobrir as situações das crianças com medidas aplicadas em sede de processo de promoção e protecção, na medida em que o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idónea, o acolhimento familiar e a confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a família de acolhimento com vista a futura adopção pressupõem a coabitação entre a criança e o adulto. É também verdade que, no caso da tutela de crianças

não confiadas a estabelecimento de educação ou assistência, dispõe o Código Civil que o domicílio do menor é o do seu tutor (art. 85.º/3). Mas já assim não ocorre, no entanto, no caso do apadrinhamento civil que, pese embora tenha na sua génese uma obrigação de cuidado assente na coabitação, pode manter-se em caso de separação ou divórcio dos padrinhos civis, devendo regular-se o exercício dos poderes funcionais sucedâneos das responsabilidades parentais nos mesmos termos em que isso ocorre nos casos de ruptura de um casal de pais, nomeadamente quanto à fixação da residência. E aí, então, poderemos ter padrinhos civis que, não coabitando com os seus afilhados, mantêm relativamente a estes um direito de visita e convívio, mais ou menos amplo consoante os casos concretos e que poderá, em algum momento, ser palco de um episódio de mau trato físico ou psíquico. Ainda que aqui se possa pensar precisamente no crime de maus tratos, que prevê a protecção de quem é vítima daquele que a tem ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, não nos parece que a solução tenha sentido à luz das figuras em causa. Trata-se de mais do que uma mera forma de suprimento da incapacidade por menoridade, associada à superação da falta de quem assuma as responsabilidades parentais. Não figurando na rede formal de relações jurídicas familiares, aproxima-se muito mais dessas, nomeadamente da filiação, do que, por exemplo, qualquer medida de protecção que, como vimos, parece poder alicerçar um caso de violência doméstica, por pressupor a coabitação.

Sob um outro prisma, parece ainda importante referir que o n.º 2 do artigo, ao fazer uma remissão para o n.º 1, fica, na nossa opinião, dependente do preenchimento dos elementos típicos de pelo menos uma das alíneas desse n.º 1, o que acaba por traduzir-se numa mera oportunidade de qualificação do facto por ter sido praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima, não se podendo daqui retirar uma forma nova de protecção da vítima menor ou obviar à crítica assinalada. Mas, ainda assim, a circunstância qualificadora da me-

noridade da vítima prevista na alínea a) deste n.º 2 não pode deixar de considerar-se aplicável nos casos da alínea e) no n.º 1, sob pena de não podermos punir com a pena mais grave os factos praticados, por exemplo, sobre descendentes menores não residentes, o que parece contrariar a intenção do legislador de ir alargando as margens de protecção relativamente aos bens jurídico-criminais encabeçados por estas vítimas. Embora a menoridade seja já elemento típico da alínea e), entendemos que nada obsta a que a mesma seja duplamente valorada, aceitando-se também como factor de agravação nos termos da al. a) do n.º 2.

Por outro lado, o legislador português desperdiçou a oportunidade de reconhecer que o que motiva a autonomização do crime de violência doméstica é também um desvalor maior da conduta do agressor relativamente a pessoas que são vulneráveis em razão da sua muita idade ou da sua degradação física ou mental e que, por força dessa vulnerabilidade, esperam daqueles com quem partilham relações de proximidade um cuidado e atenção especiais. O legislador perdeu a oportunidade, quanto a este aspecto em particular, de deixar cair a exigência da coabitação e, por aí, passar a proteger aqueles adultos vulneráveis cuidados por familiares com quem não partilham habitação. Ao deixar cair a exigência da coabitação, não se abandonaria a essencialidade da relação de proximidade existencial. Mais. O que defendemos é a queda daquele elemento típico apenas quando entre o agente e a vítima exista um vínculo jurídico familiar manifestamente relevante e não em qualquer situação de prestação de cuidados por familiares, designadamente a troco de um pagamento.

O que acontece é que a coabitação não decorre, enquanto exigência legal, do actual regime do maior acompanhado. E não ignoramos que, em regra, há uma domesticidade menos frequente nos casos de ascendentes cuidados por descendentes do que nos casos de conjugalidade ou para conjugalidade e de ascendentes cuidadores de descendentes (menores ou dependentes). Ainda assim, é hoje estatisticamente reconhecido que muitas vezes os agressores

dos adultos vulneráveis são os seus próprios filhos ou netos⁸⁻⁹, que tanto podemos encontrar como maltratantes por acção como por omissão¹⁰. Ora, se, por exemplo, um filho for cuidador de dois pais

⁸ A título de exemplo, vejam-se as notícias “Em quatro anos, entre 2013 e 2016, a violência contra idosos aumentou 30% em Portugal. São dados da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV). Os agressores são na maioria os filhos (39,6%), o cônjuge (26,5%), mas também há casos em que são os vizinhos (4,4%) e os netos (36%), adiantam os dados da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), revelados na véspera do Dia Internacional de Sensibilização sobre a Prevenção da Violência contra as Pessoas Idosas. Entre 2013 e 2016, a APAV registou um aumento de 34% nos processos de apoio a idosos, que totalizaram 4.475 – 941 (2013), 1.068 (2014), 1.205 (2015) e 1.261 (2016) –, em que 3.612 foram vítimas de crime e de violência, valores que se traduziram em 8.578 factos criminosos.” (DN, 14 de Junho de 2017); “Uma média de quatro idosos por dia, a maioria mulheres, foram vítimas de crime em 2019 tendo como autores os filhos ou os cônjuges, segundo as estatísticas anuais da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV). O Relatório Anual da APAV referente a 2019 revela que 1.350 idosos foram vítimas de violência, o que em média corresponde a quatro casos por dia ou 28 por semana. A maioria das vítimas são mulheres (78 por cento) com uma média de idades de 75 anos, tendo a APAV registado que em 31,5 por cento dos casos a violência foi exercida pelos filhos e em 23,4 por cento pelo cônjuge. Comparando com os últimos anos, a estatística de 2019 aponta para um aumento do número de crimes contra idosos...” (Lusa, 14 de Abril de 2020).

⁹ Do Relatório Anual da APAV, de 2022, consta a informação de 1528 vítimas idosas, agredidas, em 28,7% dos casos, pelos filhos. Relatório disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/press/Estatisticas-APAV_Relatorio-anual-2022.pdf (acedido pela última vez em 26 de Julho de 2023).

¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2016, cujo sumário em parte se transcreve “I – O crime de *violência doméstica*, do art. 152.º, do Cód. Penal, é um crime de resultado que pode ser cometido por *omissão*, traduzida na não prestação dos cuidados necessários de que a vítima carece e que leva à verificação do *resultado típico*: infligir maus tratos. II – O bem jurídico (complexo) protegido pela incriminação abrange o bem-estar necessário à vida pessoal, traduzido na manutenção de um ambiente propício a um salutar e digno modo de vida. ... IV – Pratica o crime de *violência doméstica*, o filho que, podendo, não presta ao pai a assistência adequada ao seu estado físico e mental, conduta que se traduz na ausência da prestação de cuidados alimentares, de cuidados de higiene

idosos e dependentes que, contudo, continuam a receber cuidados na sua casa, distinta da casa do filho, os eventuais episódios de violência do filho para com os pais não podem subsumir-se no crime de violência doméstica.

Afastando-nos de qualquer equiparação entre a infância e a velhice, não deixa de ser notória a preocupação expressa pelo legislador ao longo do Código Penal com as vítimas particularmente vulneráveis em razão da idade, pouca ou muita. Estando aqui em causa a violação última da relação de cuidado assente na proximidade existencial, bastaria, na nossa opinião, conceder que se limitasse o tipo, para este efeito, às vítimas especialmente vulneráveis em razão da idade quando entre estas e o agente existisse uma relação jurídica familiar de parentesco na linha recta. Não nos parecendo haver divergência quanto ao bem jurídico, a vergonha da assumpção dos factos acabará por promover a ocultação de muito mais casos de violência sobre adultos¹¹ do que de violência sobre crianças ou jovens, até por força da intervenção alargada em matéria de promoção e protecção no caso destes últimos. Tornar mais acessível o preenchimento do tipo legal de crime redundaria, no nosso modo de ver as coisas, numa protecção mais adequada à realidade portuguesa.

pessoal, de limpeza da casa e na promoção de uma situação de *abandono*.” Acórdão disponível no site www.dgsi.pt.

¹¹ A APAV identificou e divulga alguns dos motivos pelos quais a pessoa idosa cala o crime. Destacamos, tendo em conta o que aqui nos ocupa: Está socialmente isolada/o; Depende dos cuidados do seu prestador de cuidados, tanto na prestação de cuidados propriamente dita, como em termos económicos e afetivos; Sente-se culpada/o e responsável pela própria vitimação; Teme que, ao revelar a existência da vitimação, o agressor venha a ter problemas; Teme possíveis represálias por parte do agressor; Tem vergonha. Cfr. <https://apav.pt/pessoasidosas/index.php/deixar-de-ser-vitima/porque-a-pessoa-idosa-se-mantem-numa-relacao-violenta> (acedido pela última vez a 26 de Julho de 2023).

No caso dos colaterais em 2.º grau, e eventualmente 3.º, ainda que pudesse conceder-se em manter a expressa exigência da especial vulnerabilidade da vítima, sempre se poderia também prescindir do elemento da coabitação, o que, reconhecemos, romperia com a tradição do Código Penal, de não considerar os laços de parentesco na linha colateral para efeitos de agravação dos factos.

4. Condutas idóneas ao preenchimento do tipo

O tipo legal de crime não exige, em abstracto, nem a gravidade, nem a reiteração da conduta, surgindo como alternativas ao preenchimento do tipo a prática reiterada ou a gravidade do facto. A possibilidade de, pela sua gravidade, uma só conduta preencher o tipo quando em causa está um mau trato entre pessoas com aquela proximidade existencial de que vimos de falar parece hoje unânime. Já quanto às condutas de menor gravidade e relativamente às quais o desvalor seria mais facilmente apurado em face da reiteração do comportamento, importa, no nosso entender, perceber o espaço para a adequação social, ou, dito de outra maneira, se é possível uma conduta insignificante repetida muitas vezes ganhar expressão e sentido em matéria de ilicitude penal. Somos tentados a dizer que sim. Comportamentos aparentemente adequados ao quotidiano podem ganhar um desvalor relevante nesta sede pela violação do reforçado dever de respeito que aqui está em causa¹².

¹² Bater repetidamente as portas de casa, deixar a porta do frigorífico constantemente aberta, tomar banho menos vezes do que seria desejável ou cozinhar extremamente mal. Estes são os exemplos trazidos por SANTOS, Cláudia Cruz (nota 3), pp. 117 e 118, mas que a autora trata sempre como condutas atípicas. Na nossa opinião, na sequência do que vimos afirmando e do que deixaremos expresso *infra*, estas e outras condutas semelhantes praticadas dolosamente num contexto de violação de um dever de respeito reforçado podem, contudo, tornar-se tipicamente relevantes.

Assim, dividiríamos em dois os tipos de casos cobertos pelo tipo legal de crime de violência doméstica: o primeiro, para o qual qualquer conduta, isoladamente considerada, grave ou não, que pudesse, autonomamente, desencadear a aplicação de um outro tipo de crime encontra, no tipo legal de crime da violência doméstica, a sua qualificação substancial, por força da relação entre agente e vítima, ainda que, do ponto de vista da pena a aplicar, deva mobilizar-se aquela que está prevista na incriminação autónoma por se afigurar mais grave (vale isto por dizer que a qualificação de que aqui se fala não é aquela que necessariamente oferece a moldura penal mais adequada, mas antes aquela em que sobressai um peculiar grau de ilicitude do facto e de culpa do agente); e o segundo, em que o tipo acolhe as condutas que isoladamente não podem considerar-se cobertas por aqueles tipos legais, mas que geram, pela relação de proximidade entre o agente e a vítima, um incómodo passível de bulir com o bem estar físico ou psíquico de outra pessoa, em termos tais que a convivência se torne insustentável. Nestes segundos casos, e só nestes, a espessura jurídico-penal da conduta está, para nós, dependente de uma certa reiteração que comprometa a vida em comum, primeiro à luz do que parecer razoável para o homem médio, mas sempre, após, tendo em conta as específicas condições em que o facto ocorre e o modo como, naquele contexto, pode ser interpretado o comportamento. Acolhendo a posição daqueles que defendem estarmos perante um crime de dano¹³, entendemos que o incómodo físico ou psíquico reiterado, provocado por condutas dolosas¹⁴ que isoladamente se poderiam considerar neutras do ponto de vista da tutela do bem jurídico, é suficientemente idóneo

¹³ *Idem*, p. 118 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (nota 3), p. 642.

¹⁴ CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 152.º – Violência doméstica”, (Dirig. DIAS, Jorge de Figueiredo) *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 520.

para, em alguns casos, desencadear o juízo de ilicitude e de censura penal. É o que acontece quando, por exemplo, A chama repetidamente tonto a B, seu marido. Aceitar que a reiteração nunca é necessária e que basta o critério subjectivo do incómodo sofrido pela vítima em casos que, em circunstâncias outras, não passariam de bagatelas, parece-nos pecar por excessivo.

Ora, vistas assim as coisas, teremos de conceber o crime de violência doméstica como um crime específico que tanto pode assumir a natureza de crime específico impróprio, nas primeiras situações que isolámos e que sempre teriam relevância jurídico penal, encontrando neste tipo legal de crime uma agravação do facto, como de crime específico próprio, aqui no segundo grupo de casos apresentado, uma vez que o que aí estará em causa será uma verdadeira fundamentação *ex novo* da responsabilidade do autor¹⁵⁻¹⁶.

5. Impacto da condenação pelo crime de violência doméstica no plano das relações jurídicas familiares e na capacidade sucessória

O legislador civil vem reconhecendo cada vez mais efeitos à condenação pelo crime de violência doméstica. Embora não tenhamos cogitado a possibilidade de se estar perante um crime contra a família, não só tendo em conta a inserção sistemática do artigo, mas sobretudo porque é a afectação da pessoa da vítima, do seu interesse subsumível à ideia de respeito e confiança aquilo que entendemos que o autor põe em causa, o crime de violência doméstica ecoa para fora do direito penal. A relação de proximidade existencial que nasce na relação jurídica familiar ou para familiar ou no

¹⁵ No mesmo sentido, *idem*, p. 513.

¹⁶ Sobre a definição de crime específico, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3.^a Edição, Gestlegal, 2019, p. 354.

espaço doméstico torna necessária a permeabilidade do direito da família e do direito das sucessões àquilo que se for dando como provado em processo penal.

Para além das sanções acessórias previstas no próprio artigo 152.º do CP, o legislador previu o risco para os direitos ou para a segurança das vítimas de violência doméstica como motivo atendível para a derrogação da regra do exercício em comum das responsabilidades parentais relativamente a questões de particular importância para a vida do filho menor de idade (artigo 1906.º-A do Código Civil). A lei beneficiava já de uma válvula geral de escape a esta regra, no n.º 2 do artigo 1906.º do Código Civil, onde se prevê que “Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.” Quando, em 2017¹⁷, o legislador vem aditar a norma em que especificamente afasta aquele exercício em comum nos casos de crime de violência doméstica (entre outros), para além da carga simbólica que é inegável, o que se está a reconhecer é que a violação do dever de respeito que é parte integrante deste crime e que coloca muitas vezes o menor num contexto de risco inviabiliza a relação que se espera que exista entre pais e filhos, mesmo quando a violência não foi dirigida pessoalmente ao filho.

Mais recentemente, já em 2023¹⁸, previu-se a dispensa da tentativa de conciliação nos casos de divórcio sem consentimento em que um dos cônjuges seja arguido ou tenha sido condenado pela prática de crime de violência doméstica contra o cônjuge requerem-

¹⁷ Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio.

¹⁸ Lei n.º 3/2023, de 16 de Janeiro.

te do divórcio (artigo 1779.º/2 do Código Civil). A forma como o artigo está redigido não deixa, porém, de ser curiosa. De facto, parece resultar da letra da lei que a faculdade de prescindir da tentativa de conciliação está reservada ao cônjuge requerente do divórcio, contra o outro, arguido ou condenado pelo crime. Ora, se o divórcio for requerido pelo agressor contra a vontade da vítima que, por exemplo por motivos religiosos, não pretende divorciar-se, haverá sempre lugar a uma tentativa de conciliação dos cônjuges, nos termos do n.º 1 do artigo.

Não se podendo equiparar nenhuma destas previsões a verdadeiras sanções acessórias, não deixam as mesmas de ser uma manifestação inequívoca de uma campanha global de combate à violência doméstica.

Já no que diz respeito à capacidade sucessória do autor do crime de violência doméstica, acompanhamos o entendimento segundo o qual o condenado por este crime deveria ser considerado indigno. Não nos parece que a sanção deva alargar-se aos casos em que a vítima tenha sido o seu cônjuge, descendente ou ascendente, mas apenas quando tenha sido o próprio *de cuius*.¹⁹ Tal solução, implicaria a alteração dos artigos 2034.º e, conseqüentemente, 2035.º e 2036.º do Código Civil. Mas entendemos que devia também constar do elenco das hipóteses de declaração de indignidade sucessória do artigo 69.º-A do CP. A possibilidade de reabilitação do indigno em testamento (ou até escritura pública) oferece terreno fértil para a evolução do conflito no sentido da resolução, pelo que não nos parece exagerada a previsão desta pena acessória. Se deixar de fazer sentido para a vítima, pode ser afastada.

¹⁹ Em sentido não totalmente convergente, VARAJÃO, Joana de Sousa, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Dissertação de mestrado, FDUL, Lisboa, 2020, pp. 110 a 112.

6. Conclusão

De entre a multiplicidade de questões que o crime de violência doméstica suscita, seleccionar aquelas que, na economia deste artigo, poderiam fazer mais sentido exigiu que se definisse um objetivo. No caso concreto, o que se pretende é enfatizar a perspectiva segundo a qual é possível identificar no tipo legal de crime de violência doméstica, tal como está previsto no quadro legal português, um bem jurídico penal pessoal novo, pese embora associado sempre a bens jurídicos pessoais pré-reconhecidos pelo ordenamento jurídico penal. *O reforçado dever de respeito emergente da relação de proximidade existencial entre o agressor e a vítima, que não depende nem do vínculo jurídico familiar, nem da partilha do espaço doméstico*²⁰, mas é importante por si mesmo, parece-nos um ganho na justificação e na fundamentação do crime. Além disso, permite, segundo o nosso entendimento, retirar conclusões sobre o que cabe e o que não cabe no tipo legal de crime e ainda antecipar qual o halo de efeitos de uma condenação por violência doméstica.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da república e das Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2021, pp. 639 a 649.
- BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgar*, 12, 2010, pp. 9 a 24.

²⁰ Sobre a relevância autónoma do dever de respeito (reforçado), embora especificamente na relação entre cônjuges, por todos, OLIVEIRA, Guilherme de, *Passear os dogmas, Estudos de Direito da Família II*, Almedina, 2022, p. 51.

- CARMO, Rui do, “A experiência da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD) – um roteiro pelos primeiros quatro anos de atividade”, *Revista Sombras e Luzes*, DGRSP, 2021, pp. 163 a 194.
- CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 152.º – Violência doméstica”, (Dirig. DIAS, Jorge de Figueiredo,) *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 511 a 533.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019.
- FERREIRA, Maria Elisabete, “O crime de violência doméstica na jurisprudência portuguesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitada de dolo específico”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, *Studia Iuridica* 108, Ad Honorem 8, 2017, pp. 569 a 588.
- MORAIS, Teresa, *Violência doméstica. O reconhecimento jurídico da vítima*, Almedina, E-book.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Passear os dogmas, Estudos de Direito da Família II*, Almedina, 2022.
- SANTOS, Cláudia Cruz, *O direito processual penal português em mudança, Rupturas e continuidades*, Almedina, 2021.
- VARAJÃO, Joana de Sousa, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Dissertação de mestrado, FDUL, Lisboa, 2020.
- Violência doméstica e de género*, ebook CEJ, Coleção Formação Contínua, Novembro de 2022 (disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=FsgifrTHUTg%3D&portalid=30>)
- Violência doméstica e violência na intimidade*, ebook CEJ, Coleção Temas, 4, Abril de 2021 (disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Wb59YCBSB31%3D&portalid=30>)
- WALKEY, Claire, MANTOUVALOU, Katerina, MEURENS, Nathalie, KOUAYA, Océane, PAVLOVAITE, Inga, *Study on the legislative frameworks for victims of genderbased violence (including children) in the 27 Member States of the European Union*, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, October 2022 (disponível em <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>).

A INCRIMINAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA: NOVA REFLEXÃO SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE

MIGUEL JOÃO COSTA (*)

Professor Auxiliar
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

(*) Por opção do autor, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

O texto constitui uma versão algo desenvolvida, mas não conclusiva, das ideias que apresentei no Colóquio Internacional *Comemorações dos 40 Anos do Código Penal*, mais fidedignamente documentada em “O Crime de Desobediência: Em Tempos de Normalidade e em Tempos de Calamidade”, *Atas: Intervenções no Congresso Internacional “Comemorações dos 40 Anos do Código Penal”*, Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, pp. 55-63. Renovo os agradecimentos a Pedro Caeiro, Susana Aires de Sousa e Francisco Borges, pelas valiosas trocas de ideias ao tempo da preparação daquela comunicação, assim como a Maria João Antunes, Sónia Fidalgo e Ana Pais, com quem pela primeira vez trabalhei sobre o crime de desobediência ‘em tempos de calamidade’ – no âmbito do trabalho publicado em *Desafios Societais e a Investigação em Direito – Vol. 2: Pandemia e Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico, p. 15 s. As falhas são apenas minhas.

Sumário: I – Introdução. II – História breve da incriminação. III – Bem jurídico protegido. IV – Regresso à factualidade típica. V – Problemas de constitucionalidade. VI – Rumo político-criminal. VII – A desobediência em tempos de calamidade. VIII – Conclusão.

Summary: I – Introduction. II – Brief history of the offence. III – Protected legal interest. IV – Reviewing the elements of the offence. V – Constitutionality issues. VI – Criminal policy approach. VII – Disobedience in times of calamity. VIII – Conclusion.

Resumo: O presente texto constitui uma breve reflexão crítica sobre o tipo legal de crime de desobediência. Começa por atentar na sua evolução desde o Código Penal de 1852. Reflecte, depois, sobre o bem jurídico que visa proteger e analisa a sua factualidade típica à luz dessa reflexão. Aprecia, em seguida, o respaldo constitucional desta incriminação, concluindo pela grande fragilidade da desobediência cominada por funcionário. Por fim, analisa a utilização que dele se fez durante o estado de calamidade experienciado no passado recente, menos no propósito de avaliar a sua adequação do que no de procurar nela elementos suplementares para aquela outra avaliação sobre as questões mais fundamentais suscitadas por este tipo legal de crime.

Abstract: This article provides a brief critical appraisal of the offence of disobedience. It begins by observing its evolution since the Penal Code of 1852, following which it reflects about the legal interest that it seeks to protect and assesses the constitutive elements of the offence in the light of the identified legal interest. It then considers the constitutionality of the offence, concluding that it is highly questionable insofar as concerns the modality of disobedience prescribed *ad hoc* by a civil servant. Finally, it assesses the use that has been made of this offence during the Covid-19 pandemic, with a view not so much to evaluating its adequacy as to seek therein further elements for the reflection on the more fundamental questions raised by this offence.

Palavras-chave: desobediência; constitucionalidade; autonomia; autoridade; liberdade.

Keywords: disobedience; constitutionality; autonomy; authority; liberty.

[Leverkühn]: "(...) Freedom always inclines to dialectic reversals. She realizes herself very soon in constraint, fulfils herself in the subordination to law, rule, coercion, system – but to fulfil herself therein does not mean she therefore ceases to be freedom."

[Zeitblom]: "In your opinion," I laughed: "So far as she knows. But actually she is no longer freedom, as little as dictatorship born out of revolution is still freedom."

[Leverkühn]: "Are you sure of it?" (...)

T. Mann, *Doctor Faustus*

I – Introdução

"O Código mais perfeito carece de comentários" – é a primeira frase de Levy Maria Jordão no seu *Commentario ao Código Penal Portuguez*, publicado em 1853¹. O Código de 1982 não será perfeito, mas é uma obra notável em inúmeros aspectos e foi ainda melhorado em vários outros pela Reforma de 1995. De todo o modo, a incriminação da desobediência não é um dos seus preceitos mais virtuosos. São, por isso, duplamente justificados os comentários que tem recebido – a que se vem juntar este outro.

II – História breve da incriminação

1. O crime de desobediência não foi uma inovação do Código Penal de 1982. Estava já presente no de 1852 – a primeira co-

¹ JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez – Tomo I*, Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853, p. v.

dificação autónoma do Direito Penal português² –, no seu artigo 188.º, que se integrava no Título III, relativo aos “crimes contra a ordem e tranquilidade pública”. Estabelecia-se naquele preceito, para o que aqui mais releva, o seguinte: “*Aquella, que (...) faltar á devida obediencia aos mandados da Auctoridade pública, em todos os casos em que especialmente se não declara nas Leis, ou Regulamentos administrativos não auctorisados pela Lei, a pena, ou responsabilidade civil, que deve ter logar pela desobediência, será punido com prisão até tres mezes. (...)*”³.

2. O antecedente mais imediato da desobediência consagrado no Código de 1982 era o artigo 188.º do Código Penal de 1886, integrado em título equivalente e onde se estabelecia, para o que aqui mais releva, o seguinte: “*Aquele que (...) faltar à obediência devida às ordens ou mandados legítimos da autoridade pública ou agentes dela, será condenado a prisão correccional até três meses, se por lei ou disposição de igual força não estiver estabelecida pena diversa. (...)*”⁴. Nada mais se exigia, pois, do que a falta de obediência devida a ordem ou mandado legítimos da autoridade.

3. O Anteprojecto da Parte Especial, de 1966, afastava-se dessa solução, propondo antes, no seu artigo 416.º, a seguinte: “*A falta de obediência devida, embora sem resistência, a ordem ou a mandado legítimos, que tenham sido devidamente notificados, de autoridade ou*

² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral – Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina do Crime*, 3.ª Ed. (com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo), Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 77.

³ *Código Penal – Aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 54.

⁴ *Código Penal Português – Nova Publicação Oficial. Ordenada por Decreto de 16 de Setembro de 1886 (Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano)*, 7.ª Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1919, p. 57 s.

funcionário competente e para a qual certa disposição legal preveja a pena da desobediência simples ou qualificada, será punida respectivamente com prisão até três meses ou com prisão até três meses e multa de três a dez dias."⁵.

De acordo com as Actas da Comissão Revisora, a “principal” questão que se suscitava a respeito da incriminação que então se encontrava em vigor prendia-se com a sua “amplitude”⁶. O Autor do Anteprojecto sublinhou que a incriminação deveria “manter-se dentro de limites razoáveis” e que isso implicaria que “uma lei preveja a pena de desobediência para o não cumprimento do mandado em causa” (no essencial, a modalidade hoje prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal e, a título qualificado, no n.º 2 do mesmo preceito). Esse era, para Eduardo Correia, “o limite que não deve ser ultrapassado”⁷.

A proposta foi acolhida na Comissão Revisora sem discussão e por unanimidade⁸.

4. Não o foi, porém, no Código de 1982, que, ao invés, previu no seu artigo 388.º o seguinte: “1. *Quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisão até 1 ano e multa até 30 dias.* 2. *A mesma pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples. (...)*”.

Ou seja, manteve-se a desobediência a ordem de funcionário, já prevista nos Códigos anteriores, e ganhou clareza a distinção cate-

⁵ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1979, p. 440.

⁶ *Idem*, p. 440 s.

⁷ *Idem*, p. 441.

⁸ *Idem*.

gorial entre ela e a desobediência cominada por lei. Com diferenças, porém, em relação ao regime actual. Desde logo, a de que, na ausência de cominação legal, não era necessário que a autoridade *cominasse* a punição⁹. Para o preenchimento do tipo bastava que se desobedecesse à ordem – na linha daquela que era a solução do Código de 1886 –, o que, de resto, parecia votar a uma certa irrelevância a desobediência cominada por lei, prevista no n.º 2 do preceito.

5. Portanto, a despeito das preocupações da Comissão Revisora documentadas nas Actas publicadas em 1979, o âmbito da incriminação permaneceu amplo no Código de 1982. Estava ciente disso a Comissão Revisora do Código de 1982, cujas Actas foram publicadas em 1993¹⁰.

Uma das posições aí documentadas é a de que era “necessário restringir o âmbito de aplicação do artigo, pois é excessivo proteger desta forma toda a ordem”; a incriminação deveria cingir-se “às ordens protegidas directamente por disposição legal que preveja essa pena” e, além disso – ou seja, cumulativamente, segundo parece – “o mandado (...) deveria ter lugar com a cominação da pena”¹¹. Desse modo, apenas seria punível a desobediência cominada por lei. A cominação pelo funcionário seria também indispensável, mas a sua função já não seria a de uma autêntica cominação; antes a de recordar uma punição já cominada por lei, actualizando-a na consciência do destinatário da ordem. De resto, esta proposta ter-

⁹ No sentido de que a cominação da punição, introduzida pela Reforma de 1995 (cf. imediatamente *infra*), constituiu um “elemento novo da proibição”, MOTA, José Luís Lopes da, “Aspectos gerais da revisão dos crimes contra a autoridade pública”, *Jornadas de Direito Criminal – Volume II*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 449.

¹⁰ *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1993, p. 408 s.

¹¹ *Idem*, p. 409.

-se-ia enquadrado bem no espírito da Reforma de 1995, que, nas palavras do próprio Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março¹², procurou efectuar “alterações de relevo” no domínio dos crimes contra o Estado¹³, fundadas na proposição fundamental de que “num Estado de direito democrático estabilizado a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou formas análogas de actuação”.

Porém, na Comissão Revisora, a preocupação com a amplitude do tipo legal de crime de desobediência era disputada por uma outra que apontava em sentido oposto ao da sua restrição: a preocupação de não “desarmar” a Administração¹⁴. Consensual na Comissão era a necessidade de “afastar o arbítrio neste domínio” e “clarificar o alcance da norma para o aplicador”¹⁵.

6. A solução encontrada corresponde, praticamente sem desvios, à que hoje encontramos no artigo 348.º do Código Penal, que não foi alterado desde então e onde se estabelece o seguinte (deixando novamente de lado a desobediência qualificada, a que em grande medida se aplicam as mesmas considerações que em relação à desobediência simples cominada por disposição legal): “1. *Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se: a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação. (...)*”.

¹² Ponto 7.

¹³ Sobre estas alterações, cf. MOTA, José Luís Lopes da (nota 9), p. 411 s.

¹⁴ *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão Revisora* (nota 10), p. 409.

¹⁵ *Idem.*

Esta solução deu certamente resposta à preocupação de não desarmar a Administração. Bem assim à de reduzir o âmbito da incriminação (embora não ao ponto de garantir a sua constitucionalidade, mas a este aspecto voltarei adiante). Já o objectivo de clarificar o alcance da norma, esse não creio que tenha sido alcançado. O novo tipo legal era materialmente preferível ao anterior de várias perspectivas, sobretudo em razão de ter restringido o âmbito da incriminação. Que fosse de mais fácil interpretação, porém, não penso que possa dizer-se, sobretudo em razão de ter acentuado a separação entre duas modalidades distintas, a desobediência cominada por funcionário e a desobediência cominada por lei (como também se discutirá adiante).

De todo o modo, antes de regressar à factualidade típica, parece-me essencial reflectir sobre o bem jurídico protegido, embora este não me pareça ser um daqueles casos em que a análise detida da factualidade típica possa conduzir a resultados radicalmente diferentes quanto ao bem jurídico protegido, nem a identificação de um bem jurídico, de entre vários candidatos plausíveis, conduzir a resultados radicalmente diferentes quanto à precisa área de tutela típica¹⁶. A reflexão far-se-á fundamentalmente por referência à desobediência cominada por funcionário. A desobediência cominada por lei não se deixa captar por considerações de carácter geral como as que se procurará agora ensaiar, visto que requer a consideração das próprias normas que cominam a punição da desobediência – o que é já sintomático das profundas diferenças existentes entre esta modalidade e a da desobediência cominada por funcionário no próprio plano do bem jurídico.

¹⁶ Para exemplos mais nítidos dessa influência recíproca, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “TC., Acórdão de 20 de Fevereiro de 2013. (*Sobre o crime de importunação sexual*)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 3987 (2014), p. 435 s.; CAEIRO, Pedro, “Artigo 355.º (Tráfico de influência)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 276 s.

III – Bem jurídico protegido

7. Tornou-se praticamente consensual na doutrina e na jurisprudência nacionais que o bem jurídico protegido pelo crime de desobediência é a autonomia intencional do Estado¹⁷. A autonomia intencional do Estado é, nas palavras de António Manuel de Almeida Costa, um “valor-meio”, por contraposição com a noção de “valor fundamental”, mas apresenta uma “densidade penal própria” que justifica concebê-lo como um bem jurídico-penal em si mesmo¹⁸. Um bem jurídico secundário, mas, apesar disso, autónomo. Protege-se a própria “legalidade, objectividade e independência” que devem *sempre* presidir ao exercício de funções públicas – e daí que certos desvios a esses parâmetros de actuação apresentem logo dignidade penal, independentemente de se aproximarem da ofensa a valores já fundamentais¹⁹. Trata-se, pois, de um valor reportado em primeira linha ao *processo decisório público*. É o que está em causa, por exemplo, nos crimes de corrupção.

A desobediência penalmente relevante, em contraste, parece pressupor uma autonomia intencional do Estado já realizada, já cumprida, pois exige que a ordem ou o mandado sejam “legítimos” – e esta legitimidade implica, pelo menos em princípio, que não

¹⁷ Na esteira de MONTEIRO, Cristina Líbano, “Artigo 348.º (Desobediência)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 350. Na jurisprudência, cf., *v.g.*, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2009, ponto 2.3.3, n.º 2/2013, ponto 4.1, e n.º 14/2014, ponto XI; ou os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 187/2009, ponto 4, n.º 921/2021, ponto 2.2, e n.º 350/2022, ponto 9.

¹⁸ COSTA, António Manuel de Almeida, “Artigo 372.º (*Corrupção passiva para acto ilícito*)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 661 s.

¹⁹ *Ibid.*

tenha havido desvios àqueles parâmetros de actuação. Seja como for, pressupondo uma decisão já tomada, a desobediência está para lá do processo de formação da decisão pública, emergindo antes como uma ofensa à *autoridade* dessa decisão²⁰, o que de resto tem correspondência no nome do Capítulo II do Título V do Livro II do Código Penal, onde se integra: “Dos crimes contra a autoridade pública”.

8. O facto de se olhar para este tipo legal de crime mais da perspectiva da autoridade do Estado do que da sua autonomia intencional não conduz forçosamente a respostas diferentes a várias das questões que ele suscita, pois mesmo quem lhe atribui a finalidade de tutelar a autonomia intencional do Estado está a tomá-la, para estes efeitos, numa acepção que na verdade muito a aproxima do conceito de autoridade pública: a actuação do Estado é aqui prejudicada, nas palavras de Cristina Líbano Monteiro, não “de dentro”, mas “de fora”, através da “colocação de entraves à actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos” – e são estes entraves que o crime de desobediência visa afastar²¹. Uma

²⁰ Apesar da predominância da visão segundo a qual o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do Estado, não deixam de encontrar-se afloramentos pontuais desta outra visão – por exemplo, no já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2009, ponto 2.3.3, onde se lê (itálico nosso): “Finalmente, importa lembrar que o legislador do Decreto-Lei n.º 54/75, no âmbito dessa intervenção, cominou a desobediência qualificada em homenagem aos bens jurídicos que protege e que entendeu exigirem essa incriminação agravada, assim lhes conferindo uma maior protecção penal. Ponderou seguramente a circunstância de estar em causa a *autoridade pública* e autonomia intencional do Estado manifestada através de uma decisão judicial, no âmbito de processo movido para salvaguarda dos direitos dos interessados, como sucede no âmbito da acção prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 54/75.”

²¹ MONTEIRO, Cristina Líbano, “Nótula antes do art. 347.º”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 336.

cisão entre autonomia intencional do Estado e autoridade do Estado talvez não seja, portanto, decisiva. Ainda assim, ajuda a vincar a descontinuidade que efetivamente existe entre a força da ordem e o conteúdo da ordem – e, por essa via, entre o juízo sobre a dignidade penal da falta de obediência à ordem e o juízo sobre a dignidade penal da ofensa ao interesse que a ordem visava prosseguir.

Se olharmos para certas modalidades agravadas de desobediência, a noção de que o interesse tutelado é a autoridade pública mantém-se plausível. Veja-se, por exemplo, o artigo 6.º, n.º 4, da Lei de Bases da Proteção Civil: “A desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas nos termos da lei penal e as respetivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo.”

Embora não considere a questão límpida, diria que o fundamento da agravação não residirá tanto na superior importância do interesse público subjacente à ordem quanto no superior grau de respeito devido a essa ordem. Pode presumir-se que o interesse público subjacente a uma mesma ordem seja mais relevante ou que esteja mais ameaçado quando ela for emitida durante um daqueles estados de exceção administrativa do que quando for emitida fora deles. Mas não creio que esse interesse seja necessariamente mais relevante do que vários interesses subjacentes a várias ordens emitidas em estados de normalidade administrativa. De resto, aquela norma não especifica nenhuma ordem concreta; apenas o contexto em que é emitida uma pluralidade indefinida de ordens que supõe puníveis nos termos da lei penal para que remete²².

²² Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 350/2022, ponto 11.

IV – Regresso à factualidade típica

9. Se isolarmos, então, o interesse no cumprimento da ordem enquanto tal, a ordem pela ordem, do interesse que ela visa prosseguir, poderemos considerar que o proémio do artigo 348.º, n.º 1, do Código Penal – “Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente (...)” – se apresenta como uma norma sancionatória virtualmente perfeita, onde se contém toda a ilicitude. E que a cominação pela autoridade, exigida pela alínea b) daquele preceito, se aproxima já da categoria da punibilidade em sentido estrito²³ (em termos decerto peculiares, o que de todo o modo não seria insólito nesta já especialmente heterogênea categoria dogmática²⁴).

Ou seja, que a alínea b) daquele preceito é dominada pela intenção fundamental de reduzir a punibilidade de um conjunto muito amplo de condutas que se consideravam já ilícitas e, pois, *prima facie*, susceptíveis de punição. Esse entendimento, de resto, mostra-se congruente com os antepassados desta incriminação até à Reforma de 1995²⁵ e com a documentada tentativa, no âmbito desta Reforma, de conciliar as opostas preocupações que ela suscitava²⁶.

²³ Contra, porém, MOTA, José Luís Lopes da (nota 9), p. 449; BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 80 s.; Acórdão 2/2013, ponto 4.1.2.

²⁴ Este entendimento poderá encontrar suporte em alguns lugares paralelos do direito penal extravagante onde proliferam tipos legais de crime com uma estrutura de desobediência: cf. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime – Tomo II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2020, pp. 689 ss., 786 s.; ANDRADE, Manuel da Costa / SOUSA, Susana Aires de, “As Metamorfoses e Desventuras de um Crime (Abuso de Confiança Fiscal) Irrequieto: Reflexões Críticas a Propósito da Alteração Introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 1, 2007, pp. 54 s., 64, 71.

²⁵ Até à Reforma de 1995, como se viu (*supra*, nos pontos 1 a 5), na ausência de cominação legal, não se exigia que a autoridade *cominasse* a punição, bastando para o preenchimento do tipo que se desobedecesse à ordem do funcionário.

²⁶ Cf. *supra*, os pontos 5 e 6.

10. O que acaba de dizer-se já não valerá para a desobediência cominada por lei. Com efeito, no caso da alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º, não pode deixar de entender-se que a disposição legal cominatória ainda concorre para a determinação da ilicitude da conduta, na medida em que, especificando o conteúdo de determinada ordem, necessariamente o associa ao valor do respeito à ordem enquanto tal. Donde já não emerge um puro crime de desobediência, sem “referente axiológico e étimo de legitimação”²⁷ mais profundo que a falta de colaboração com o Estado na efectivação de uma decisão pública de qualquer conteúdo. Antes um crime cujo substrato de ilicitude passa a ser integrado também, aliás essencialmente, pelo interesse público ínsito na (ordem contemplada na) lei cominatória – embora ostente uma estrutura de desobediência, ao pressupor a intervenção mediadora de um funcionário expressa na emanação de uma ordem. Tem por isso sentido que, em relação à desobediência da alínea a) – e bem assim à desobediência qualificada do n.º 2 –, o Tribunal Constitucional considere exigível que a própria disposição legal cominatória satisfaça as exigências, desde logo orgânicas, do princípio da legalidade criminal²⁸.

Significa também isto que, apesar de subscrever os termos essenciais da distinção entre desobediência em sentido próprio e desobediência em sentido impróprio, proposta por *Nuno Brandão*²⁹⁻³⁰, creio que, de uma perspectiva material, centrada no substrato de ilicitude da conduta, não se reconduzem à segunda modalida-

²⁷ Tomo de empréstimo as palavras de ANDRADE, Manuel da Costa / SOUSA, Susana Aires de (nota 24), p. 71.

²⁸ Cf., *v.g.*, o Acórdão n.º 485/2010.

²⁹ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 789 s.

³⁰ Cf. também *idem*, “Um «take» sobre a desobediência no estado de emergência”, intercriminis.blog, 8 de Maio de 2020.

de apenas aquelas hipóteses em que o legislador “invoque o crime de desobediência para punir criminalmente a prática de um dado comportamento por si esgotantemente definido e que não carece da mediação de uma ordem da autoridade para possuir significado criminal”³¹. Parece-me que, daquela específica perspectiva³², se lhe reconduzem também os casos do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal³³, em articulação com as leis cominatórias que convoca.

11. É certo que deste modo de ver as coisas resulta uma assimetria na interpretação das alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 348.º do Código Penal – e do próprio proémio desse n.º 1: para os efeitos da alínea b), a ilicitude está integralmente contida no proémio do n.º 1, pertencendo já a exigência de cominação pelo funcionário à punibilidade em sentido estrito; para os efeitos da alínea a), a ilicitude está distribuída entre o proémio do n.º 1 e a lei cominatória para que essa alínea remete. Que alguma assimetria exista no âmbito artigo 348.º parece, no entanto, inevitável³⁴; a questão está apenas em determinar em que momento, em que patamar dogmático, ela desponta.

³¹ *Idem* (nota 29); também *idem* (nota 30), p. 789 s.: “Nestes casos o crime de desobediência não passa de uma ‘muleta’ que serve de apoio à previsão da pena criminal, mas não desempenha qualquer papel de relevo na definição do conteúdo do facto típico. Na medida em que o próprio desenho típico dê a perceber que o bem jurídico primariamente tutelado é aquele que se encontra sob directa ameaça do acto ou omissão pessoais do destinatário da previsão legal ou da ordem legítima a que essa previsão se refere pode porventura falar-se em ilícitos de desobediência em sentido impróprio”.

³² De outras perspectivas já se justificará separar as duas alíneas do artigo 348.º, n.º 1, em bloco, dos outros casos onde não é exigida a mediação de uma ordem da autoridade.

³³ Bem assim do n.º 2 do mesmo preceito, que se omite aqui e adiante a bem da simplicidade de discurso.

³⁴ Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 17), p. 353.

Não creio que a assimetria decorrente da leitura aqui proposta seja insustentável. Trata-se de uma consequência natural de o artigo 348.º incluir dois conjuntos de condutas muito diferentes, que apenas por razões de conveniência técnica nele coabitam. Aliás, é interessante de notar, embora não constitua em si mesmo um argumento, que, na versão de 1982, a desobediência cominada por lei não partilhava com a desobediência cominada por funcionário um proémio que a subordinasse igualmente à emanção de uma concreta ordem. Não, o n.º 1 do artigo 388.º do Código de 1982, na sua redacção originária, previa a ‘desobediência em sentido próprio’, que nem sequer subordinava à exigência de uma cominação por funcionário³⁵, e o seu n.º 2 determinava simplesmente que a mesma pena seria aplicada “se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples”, o que atraía este segundo caso, mais claramente ainda do que o seu equivalente actual, ao conceito de ‘desobediência em sentido impróprio’.

V – Problemas de constitucionalidade

12. Os autores que partem da premissa de que o bem jurídico protegido pelo crime em análise é a autonomia intencional do Estado tendem a identificar na modalidade de desobediência da alínea b) problemas de compatibilidade com o princípio da legalidade criminal.

Já em 2001, Cristina Líbano Monteiro sustentou que o princípio *nullum crimen* “não admite crimes condicionais”: “Pode, até certo ponto, permitir ou tolerar normas penais em branco, cuja última determinação ficará a caber ao julgador; mas nunca, em nossa opinião, normas penais que contenham como elemento típi-

³⁵ Cf. *supra*, o ponto 5.

co uma decisão a ser tomada em cada caso concreto por um agente da administração.”³⁶ A autora regressou a este problema mais recentemente, sublinhando que “o objecto da ordem do funcionário está inteiramente entregue ao próprio” e reiterando o seu juízo de inconstitucionalidade³⁷.

Em 2011, Francisco Borges deixou visível a inconstitucionalidade da desobediência cominada por funcionário, também por violação do princípio da legalidade criminal, mas em termos distintos. O Autor começa por estabelecer a premissa de que o artigo 348.º, n.º 1, “não estabelece nenhum critério que fundamente a distinção material entre condutas desobedientes com e sem dignidade penal” e, portanto, “não consegue, por si só, garantir que a incriminação respeite o princípio da necessidade de pena”³⁸. Observa, porém, que a abrangência da incriminação implica que algumas das condutas abrangidas apresentem dignidade penal, razão por que defende não dever fazer-se “uma censura generalizada ao art. 348.º baseada na sua incompatibilidade com o princípio da necessidade de pena”³⁹. O que é intolerável é que seja tomada por um funcionário a decisão de cominar a punição da desobediência, que é uma decisão “político-criminal” e não uma “mera concretização técnica de um elemento do tipo, sem interferência no critério material da ilicitude estabelecido na norma incriminadora, como acontece com outras normas penais

³⁶ MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 17), p. 351 s., acrescentando: “Entendemos que o agente administrativo não deveria poder cominar, mas apenas *lembrar* a cominação, *advertir*. Embora em relação a crime diferente, é o que faz o presidente da audiência de julgamento, quando interroga o arguido sobre a sua identidade (art. 342.º, n.º 2, do CPP)”

³⁷ MONTEIRO, Cristina Líbano, “Duas perguntas sobre o crime de desobediência”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 31, n.º 1, 2021, p. 36.

³⁸ BORGES, Francisco (nota 23), p. 73 s.

³⁹ *Ibidem*, p. 77.

em branco”⁴⁰. É essa afronta à exigência de lei expressa decorrente do princípio da legalidade criminal que vota a inconstitucionalidade a desobediência funcional da alínea b)⁴¹.

13. Já a leitura aqui proposta, que identifica como bem jurídico a autoridade pública e que por essa via considera que a ilicitude da conduta se encontra logo contida por inteiro na desobediência à ordem, independentemente do seu conteúdo, permite talvez resguardar a desobediência cominada por funcionário de ofensa ao princípio da legalidade criminal, pois, neste modo de ver as coisas, a alínea b) não tem o significado de deferir semelhante papel à Administração, um papel co-determinante da dignidade penal da conduta que, de facto, só o legislador poderia desempenhar.

Simplemente, esta leitura expõe ainda mais a desobediência da alínea b) a inconstitucionalidade por ausência de dignidade penal. Obriga, pelo menos, a renovar essa que é discussão de fundo reclamada por um crime com estas características⁴²: o interesse genérico em que as ordens públicas sejam cumpridas é capaz de sustentar uma incriminação?

Num Estado de Direito Liberal, a incriminação desse puro incumprimento provoca uma irritação. Diz-se, com razão, que o respeito pela autoridade pública é necessário para a própria subsistência de um Estado com aquelas características⁴³. Que é, por assim dizer, uma sua condição de subsistência. Há muito que esta espécie de paradoxo foi identificada⁴⁴ e assimilada pelos Estados Liberais.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁴¹ *Ibid.*, p. 78 s.

⁴² Cf. *v.g.* MOTA, José Luís Lopes da (nota 9), p. 423 s.; MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 21), p. 336 s.

⁴³ Cf. MOTA, José Luís Lopes da (nota 9), p. 412; MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 21), p. 336 s., e *idem*, (nota 37), p. 31.

⁴⁴ Cf. POPPER, Karl, *The Open Society and its Enemies – Vol. I: The Spell of Plato*, Londres: Routledge, 1945 (reimp. 1947), p. 226, *passim*.

Que de um paradoxo se trata, contudo, é noção que se justifica acentuar, pois nela vem ínsita a ideia de que a imposição penal do respeito pela autoridade deve ser reservada para casos excepcionais: só assim poderá louvar-se de ser imprescindível à própria *subsistência* do Estado de Direito Liberal.

A autoridade e a autonomia intencional do Estado na sua “dimensão externa” serão também “valores-meio” e talvez nem possa dizer-se que estão mais distantes dos valores fundamentais que em última instância servem do que o está a autonomia intencional do Estado na sua ‘dimensão interna’. A distância será idêntica ou até menor. Estão, porém, aquelas e esta, em diferentes latitudes e/ou longitudes da discussão político-criminal. É que a inobservância dos critérios (de legalidade, de objectividade, de independência) em que devem basear-se as decisões públicas é, em princípio, penalmente relevante, porque uma Administração saudável só pode ser a que observe esses critérios⁴⁵. Em contraste, a imposição penal da obediência a tais decisões, além de obrigar a uma discussão específica sobre as alternativas a essa imposição, não parece poder prescindir de um juízo sobre a relevância do interesse que a ordem visava prosseguir; ou seja, sobre o conteúdo da ordem. Somente quando este conteúdo apresente uma determinada relevância poderá a imposição de ordens públicas emergir como um exercício de *protecção* do Estado de Direito Liberal. Não surpreende, por isso – embora, de novo, não seja em si mesmo um argumento –, que vários países de tradição jurídica e política próxima da nossa tenham abandonado o crime de pura desobediência⁴⁶⁻⁴⁷.

⁴⁵ Cf. COSTA, António Manuel de Almeida (nota 18), p. 661.

⁴⁶ Cf. *v.g.* MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 17), p. 349.

⁴⁷ Embora tendam a contrabalançar a sua ausência com o reforço de certos outros expedientes coercivos (cf. *v.g.* MONTEIRO (nota 37), p. 27, n. 4), o que também exige reflexão crítica. Entre nós, pondere-se, por exemplo – à luz, entre outros,

14. Na verdade, mesmo quem considera que o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do Estado não deixa de identificar e enfrentar problemas de dignidade penal. Não apenas no referido sentido de que é inevitável concluir-se que ao abrigo da alínea b) pode ser cominada a punição da desobediência a ordens que não prosseguem interesses com suficiente relevância (e de que isso tem implicações em face de outros parâmetros constitucionais), mas também no próprio sentido de se reconhecer que o bem jurídico ‘autonomia intencional do Estado’, na projecção externa que lhe é atribuída neste âmbito, só poderia apresentar relevância penal em associação a interesses que as ordens do funcionário visem prosseguir.

Assim, observa Francisco Borges que a autonomia intencional do Estado é um “bem jurídico extenso” desdobrável em distintas “vertentes” que podem mesmo considerar-se “verdadeiros bens jurídicos”⁴⁸, nessa linha concluindo que “não há apenas um crime de desobediência, mas muitos, tantos quantas forem as disposições legais que cominem para um caso concreto a punição”⁴⁹ (ou os casos em que um funcionário faça a cominação⁵⁰). Afirma, bem assim, que nem todas essas vertentes são penalmente protegidas⁵¹. Também Cristina Líbano Monteiro nota que nem toda a conduta desobediente “alcança o limiar da ofensa com dignidade penal”⁵².

do *nemo tenetur* e do princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido – o sentido e o alcance do termo “compelido” no âmbito do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (Sujeição a exame).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 88 s.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 73 s.

⁵⁰ Pode acrescentar-se com suporte ainda no pensamento do autor, pois esta passagem vale *a fortiori* para a desobediência cominada por funcionário (cf. as p. 78 s.).

⁵¹ *Ibidem*, p. 74.

⁵² MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 21), p. 337 s.

O que julgo é que vai aí implícita – apenas não levada até às últimas consequências – a verificação de que o ilícito-típico da desobediência cominada por funcionário não tem conteúdo para lá da desobediência à ordem. A tentativa de o conciliar com o princípio do direito penal do bem jurídico representa um esforço de compreensão desse tipo legal de crime no quadro de um direito penal liberal, mas o facto inexorável é, parece ser, o de que o legislador prescindiu da existência de outro interesse e assumiu como suficiente o da autoridade pública. No ilícito-típico sobra apenas a exigência de uma ordem ou mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, em que a cominação pelo funcionário pretende apenas ilustrar o destinatário sobre a relevância penal da conduta desobediente⁵³. O tipo não pressupõe a relevância do interesse subjacente à ordem ou mandado, assumindo antes como interesse a tutelar o respeito por essa ordem ou mandado – chame-se-lhe autonomia intencional do Estado na sua dimensão externa, chame-se-lhe autoridade do Estado. É isso que obriga a perguntar se pode ter relevância penal a desobediência a ordens que prossigam interesses que em si mesmos não a teriam. Que algumas ordens emitidas ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º prossigam interesses mercedores de protecção penal parece seguro; mas isso acontecer é uma contingência.

⁵³ Em termos idênticos, afinal, àqueles que se defendem em BORGES, Francisco (nota 23), p. 78 s., relativamente aos casos em que existe uma disposição legal cominatória (alínea a)) e o legislador ainda impõe ao funcionário uma obrigação de cominação: aí, “[a] previsão da cominação não tem (...) como finalidade integrar o ilícito material contido na norma incriminadora, nem está em causa a completude dos critérios previstos por esta. O legislador pretende meramente reforçar a possibilidade de conhecimento do ilícito criminal, já contido na norma incriminadora. Pretende-se dar pleno cumprimento [ao] princípio da culpa.”

15. Em suma, no crime de desobediência pura da alínea b), quaisquer que sejam as premissas de que se parta, termina-se invariavelmente com dúvidas sérias sobre a sua constitucionalidade. Porém, essas dúvidas diferem muito consoante as premissas de que se parta: (i) A ideia – carregada como vem (ainda que sobretudo simbolicamente) da força material inerente à noção de autonomia intencional do Estado no seu sentido autêntico – de que na pura desobediência a uma ordem de um funcionário o legislador não quis ainda encapsular toda a ilicitude evita certos problemas de dignidade penal, mas depara com problemas de legalidade criminal. Esses problemas passam, em grande medida, como se viu, pelo facto de o funcionário não ter legitimidade para determinar a dignidade penal da conduta, mas esse é um problema de legalidade criminal. (ii) Por sua vez, a ideia de que a exigência de cominação pela autoridade já se prende apenas com a punibilidade da conduta atenua pelo menos alguns daqueles problemas de legalidade criminal, mas deixa logo exposta a falta de dignidade penal das condutas abrangidas.

Em ambas as linhas de raciocínio a viabilidade constitucional da incriminação está fatalmente comprometida, mesmo que a concreta ordem desrespeitada possa louvar-se num interesse com relevância penal⁵⁴. De todo o modo, a segunda oferece uma base

⁵⁴ Dentro da primeira parece haver quem admita que a dignidade penal de uma dada ordem seja determinada casuisticamente pelos tribunais: cf. MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 17), p. 354 (embora deva compreender-se a asserção no contexto específico em que se integra, em que procurava determinar-se o sentido da expressão “disposição legal” para os efeitos ora da alínea a) ora da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º): “Não podendo fugir à letra da lei, será tarefa dos tribunais ajuizar, caso a caso, se o princípio da insignificância, ancorado no carácter fragmentário de *ultima ratio* da intervenção penal, não levará com frequência a negar dignidade criminal a algumas condutas arguidas de desobediência (...) porventura por excesso de zelo de um dedicado servidor da administração pública”. No entanto, à luz do princípio da legalidade, os tribunais não têm mais legitimidade para fazê-lo do que outros funcionários ou autoridades.

nova para inviabilizar abordagens como a que ficou consignada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2013, já referido, que fixou jurisprudência no sentido de que, em caso de condenação pelo crime de condução em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacentes ou substâncias psicotrópicas (artigo 292.º do Código Penal) e de aplicação da sanção acessória de proibição de conduzir (artigo 69.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal), a obrigação de entrega do título de condução derivada da lei (artigo 69.º, n.º 3, do Código Penal, e artigo 500.º, n.º 2, do Código de Processo Penal) deverá ser reforçada, na sentença, com a ordem do juiz para entrega do título, no prazo legal previsto, sob a cominação de, não o fazendo, o condenado cometer o crime de desobediência do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

O nosso Supremo Tribunal, tendo afastado expressa e assertivamente a ideia de que a cominação da alínea b) pudesse relacionar-se com a categoria da punibilidade⁵⁵, não só não considerou existir aqui qualquer problema de constitucionalidade, como determinou mesmo que a ordem em causa fosse sempre reforçada sob cominação da autoridade. Mas o mais relevante para o entendimento que aqui se ensaia é a fundamentação apresentada. Afirmou o Supremo Tribunal de Justiça que: “Confrontados com os elementos que acabam de se aduzir, cumpre tomar posição sobre se se revela suficientemente eficaz, um sistema que conta apenas com a consequência da apreensão do título, face à falta da sua entrega voluntária, e com a possibilidade de o condenado ficar incurso no crime do art. 353.º, do CP, se for encontrado a conduzir. A resposta terá que ser negativa. Subjaz a esta tomada de posição uma consideração de fundo, que se prende com a situação vivida no nosso país em matéria de sinistralidade rodoviária. Os números são

⁵⁵ Cf. o ponto 4.1.2.

conhecidos, e vamos limitar-nos a apontar que a condução sob o efeito do álcool responde por muitos dos acidentes ocorridos, com especial incidência em noites de festa ou fim de semana, acidentes protagonizados por indivíduos jovens. Estamos perante uma realidade frequente, de consequências graves, e que reclama portanto um combate eficaz. (...) Impõe-se um reforço de meios ao serviço do juiz, para que, de facto, o condenado fique privado do título de condução. Porque essa privação é essencial para que o arguido deixe de conduzir, e porque se pretende que a proibição incida, em termos de prevenção, sobre o condenado e sobre a comunidade. *Tudo em nome da segurança rodoviária.*⁵⁶

Não se trata de um recurso de constitucionalidade, naturalmente, mas é nítido que o Supremo Tribunal de Justiça (que não deixa de ser um órgão de administração da justiça constitucional, como decorre do artigo 204.º da Constituição) aceitou a dignidade penal da conduta aqui em causa, não por referência ao tipo legal de crime de desobediência e a um bem jurídico por ele protegido, mas ao conteúdo de uma concreta ordem e a um interesse – a segurança rodoviária – externos à ilicitude possível de ver contida no artigo 348.º, n.º 1, alínea b).

VI – Rumo político-criminal

16. Aceitando-se que a desobediência a uma ordem só pode ser incriminada se o interesse subjacente a essa ordem apresentar uma certa relevância penal, a criminalização de condutas que estruturalmente se traduzam na falta de obediência a uma ordem deverá então assentar em (e ser pensada logo à partida essencialmente como) forma de protecção dos interesses que estão na base

⁵⁶ Ponto 4.2.1 (itálico acrescentado).

dessa ordem⁵⁷. Isso, de resto, permitirá calibrar as sanções aplicáveis consoante a importância dos interesses em causa, pois também não parece razoável terem molduras penais idênticas (descontadas as nuances permitidas pela punição a título qualificado) condutas de desobediência a ordens relacionadas com interesses de diferente relevância. Permanece válida, pois, a desobediência cominada por disposição legal para certas ordens: aquela que já temos no n.º 1, alínea a), e no n.º 2 do artigo 348.º.

Mesmo essa, porém, assumiria um carácter algo distinto: a dignidade penal dessas condutas deveria deixar de ser perspectivada a partir de um bem jurídico intermédio, centrando-se decididamente no bem jurídico que cada uma das ordens contempladas em tais disposições legais procura tutelar. O que também pressinto é que, postas assim as coisas, muitas vezes se concluirá que não é justificada uma intervenção penal ou, sendo-o, que a forma mais adequada para essa intervenção não é a tipificação de condutas com uma estrutura de desobediência, mas antes a construção de tipos legais de crime pensados de raiz para o valor mais fundamental carecido de tutela. Dá disto bom exemplo a saúde pública – com o que avanço para o último ponto desta reflexão.

VII – A desobediência em tempos de calamidade

17. Serei aqui muito breve, porque me parece que os problemas suscitados durante a crise pandémica *a propósito do crime de desobediência* não são, realmente, problemas *do crime de desobediência*. Ficou claro que não existia legislação penal substantiva adequada a um problema de saúde pública de alta transmissibili-

⁵⁷ Aspecto em que já torno a convergir com MONTEIRO, Cristina Líbano (nota 37), p. 39.

dade⁵⁸. Dentro desse pressuposto, o amplo recurso feito ao crime de desobediência poderá desculpar-se com aquela lacuna e com a velocidade dos acontecimentos. Crucial é sublinhar que essa não constitui uma orientação político-criminal consistente⁵⁹. Quanto às questões de maior interesse para o presente texto, a principal ilação a tirar dessa experiência será aquela que já se deixou sugerida: a de que essa ampla utilização concorre para ilustrar que o crime de desobediência não tem autêntica autonomia axiológica, adquirindo sentido apenas em associação a interesses que sejam em si mesmos penalmente relevantes.

Os problemas de constitucionalidade que se colocaram foram sobretudo de natureza orgânica, ora no estado de emergência ora no de calamidade. No de emergência uma das questões centrais foi, naturalmente, a de determinar os limites da intervenção legislferante do Governo em matéria penal durante um estado de exceção constitucional, questão que em boa medida se colocou a propósito do crime de desobediência mas que poderia ter-se colocado, sem variação sensível, a propósito de outros crimes⁶⁰. No de calamidade

⁵⁸ Para reflexões sobre a resposta penal nestes tempos de calamidade, cf. *v.g.*: SOUSA, Susana Aires de, “Sobre a proteção penal da saúde em tempos de pandemia: «isto já não é o que nunca foi»”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, 2020, pp. 129 ss.; SILVA, Sandra Oliveira e, “Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas «irresponsáveis» de contágio?”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, 2020, p. 193 s.; BRANDÃO, Nuno (nota 30).

⁵⁹ Cf. ANTUNES, Maria João / FIDALGO, Sónia / PAIS, Ana / COSTA, Miguel João, “Covid-19: Algumas Implicações no Direito Penal”, in *Desafios Societais e a Investigação em Direito – Volume 2: Pandemia e Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, p. 15

⁶⁰ Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Exceção: O Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, ano 1, 2021, p. 103 s. Uma compilação dos Acórdãos

já não estava em discussão o alcance do artigo 19.º da Constituição, reduzindo-se a discussão, em boa medida, à questão de saber se certas normas sobre desobediência aprovadas pelo Governo sem autorização da Assembleia da República tinham conteúdo inovatório ou se se limitavam a replicar conteúdos já extraíveis de normas pré-existentes (como o já aqui referido artigo 6.º, n.º 4, da Lei de Bases da Protecção Civil), caso em que ficaria afastada a inconstitucionalidade orgânica. Tudo o que, de novo, não toca as questões fundamentais do crime de desobediência.

VIII – Conclusão

De forma algo estranha, durante a pandemia, o Governo aprovou sem a autorização da Assembleia da República normas destinadas a servirem como disposições legais cominatórias para os efeitos do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, expondo-se a inconstitucionalidade orgânica. Mesmo no quadro de uma intervenção não autorizada pela Assembleia, o Governo teria evitado arriscar *esse* problema de constitucionalidade caso se limitasse a recordar às autoridades – o que, de facto, em parte, também fez – que já poderiam fazer a cominação a que se refere a alínea b) daquele preceito. O que conluo depois desta reflexão é que, de todo o modo, isso não afastaria a inconstitucionalidade. Não por problemas orgânicos ou outros que esse contexto especial tenha revelado, mas pelos problemas congénitos de dignidade penal de que o crime de desobediência pura já enfermava, problemas que aqui tentei deixar identificados.

relevantes do Tribunal Constitucional relativos à pandemia Covid-19 pode encontrar-se aqui: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/file/Dossier%20Covid.pdf?src=1&mid=6685&bid=5344>.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa / SOUSA, Susana Aires de, “As Metamorfoses e Desventuras de um Crime (Abuso de Confiança Fiscal) Irrequieto: Reflexões Críticas a Propósito da Alteração Introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 1, 2007, pp. 53-72.
- ANTUNES, Maria João / FIDALGO, Sónia / PAIS, Ana / COSTA, Miguel João, “Covid-19: Algumas Implicações no Direito Penal”, in *Desafios Societais e a Investigação em Direito – Volume 2: Pandemia e Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, pp. 15-16.
- BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2011.
- BRANDÃO, NUNO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- BRANDÃO, NUNO, “Um «take» sobre a desobediência no estado de emergência”, *itercrimimis.blog*, 8 de Maio de 2020.
- CAEIRO, Pedro, “Artigo 355.º (Tráfico de influência)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 275-287.
- COSTA, António Manuel de Almeida, “Artigo 372.º (*Corrupção passiva para acto ilícito*)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 654-676.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral – Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina do Crime*, 3.ª Ed. (com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo), Coimbra: Gestlegal, 2019.
- JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez – Tomo I*, Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, “Nótula antes do art. 347.º”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 336-338.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, “Artigo 348.º (Desobediência)”, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 349-359.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, “Duas perguntas sobre o crime de desobediência”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 31, n.º 1 (2021), pp. 25-40.

- MOTA, José Luís Lopes da, “Aspectos gerais da revisão dos crimes contra a autoridade pública”, *Jornadas de Direito Criminal – Volume II*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, pp. 411-461.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime – Tomo II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2020.
- POPPER, Karl, *The Open Society and its Enemies – Vol. I: The Spell of Plato*, Londres: Routledge, 1945 (reimp. 1947).
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “TC., Acórdão de 20 de Fevereiro de 2013. (Sobre o crime de importunação sexual)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 398, 2014, pp. 413-443.
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: O Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, ano 1, 2021, pp. 103-139.
- SILVA, Sandra Oliveira e, “Entre a desobediência e a propagação de doença: como se punem as condutas «irresponsáveis» de contágio?”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, 2020, pp. 193-224.
- SOUSA, Susana Aires de, “Sobre a proteção penal da saúde em tempos de pandemia: «isto já não é o que nunca foi»”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, 2020, pp. 129-163.

Documentos

- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1979.
- Código Penal – Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1993
- Código Penal – Aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.
- Código Penal Português – Nova Publicação Oficial. Ordenada por Decreto de 16 de Setembro de 1886 (Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano)*, 7.^a Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1919.

O CRIME DE BURLA: ALGUNS
DESAFIOS 40 ANOS DEPOIS DA
APROVAÇÃO DO CÓDIGO PENAL
(CRIPTOATIVOS, RELAÇÕES
ANONIMIZADAS, PESSOAS COLETIVAS
E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES
FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA)

TIAGO DA COSTA ANDRADE

Assistente Convidado
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

^(*) O presente texto corresponde ao ensaio jurídico resultante da investigação realizada para a intervenção no Congresso Internacional dos 40 Anos do Código Penal, que teve lugar na tarde do dia 25.11.2022, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, entretanto desenvolvida em alguns dos seus aspetos fundamentais e com a indicação das pertinentes fontes.

Sumário: I. O Crime de Burla: Passado, Presente e Futuro. II. Os Criptoativos e o Conceito Jurídico-Penal de Patrimônio. III. A Anonimização das Relações Interpessoais. IV. O Crime de Burla no Contexto das Pessoas Coletivas. V. O Papel do Crime de Burla na Era da Luta contra a Fraude Lesiva dos Interesses Financeiros da União Europeia através do Direito Penal.

Summary: I. The Crime of Fraud: Past, Present and Futures. II. Crypto-Assets and the Criminal Concept of Assets. III. The Anonymisation of the Interpersonal Relationships. IV. The Crime of Fraud in the Context of Legal Persons. V. The Role of the Crime of Fraud in the Era of Fighting Fraud against the Financial Interests of the European Union through Criminal Law.

Resumo: O presente texto tem como objetivo desenvolver e avançar algumas linhas de solução relativamente a certos desafios que se preveem como suscetíveis de se colocarem à interpretação e aplicação do crime de burla, no presente e num futuro próximo, que em 1982 ou não seriam pensáveis ou seriam fenómenos sociais com pouca expressão. Inicia-se o estudo com a emergência dos criptoativos como alvos de um ataque à esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos. Depois, alude-se à crescente anonimização ou despersonalização no tráfico jurídico e nas relações interpessoais na era de globalização e da revolução tecnológica. De seguida, lança-se um olhar sobre as pessoas coletivas enquanto ambiente e contexto da prática de crimes de burla. Por fim, questiona-se a prestabilidade do crime de burla no quadro da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia, nomeadamente para efeitos de determinação da competência da Procuradoria Europeia.

Abstract: The aim of this text is to develop and advance some lines of solution in relation to certain challenges that are foreseen as likely to arise in the interpretation and application of the crime of fraud, in the present and near future, which in 1982 would either have been unthinkable or would have been social phenomena with little expression. The study begins with the emergence of crypto-assets as targets of an attack on the legal sphere of citizens. Next, we address the growing anonymisation or depersonalisation of legal transactions and interpersonal relationships in the era of globalisation and technological revolution. After that, we look at legal persons as the envi-

ronment and context in which fraud offences are committed. Finally, we question whether the Portuguese crime of fraud is useful in the fight against fraud affecting the financial interests of the European Union, particularly for the purposes of determining the competence of the European Public Prosecutor's Office.

Palavras-Chave: burla; criptoativos; anonimização; pessoas coletivas; fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia.

Keywords: fraud; crypto-assets; anonymisation; legal persons; fraud against the financial interests of the European Union.

I. O Crime de Burla: Passado, Presente e Futuro

O crime de burla trata-se de um tipo de crime cuja interpretação e densificação da respetiva área de tutela típica parecem, à primeira vista, relativamente simples. Na primeira leitura do tipo legal, a sensação que atravessa o intérprete do atual artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal será, não raras vezes, a de que nele cabe quase toda a fraude ou engano que seja causa de um prejuízo patrimonial.

Esta primeira impressão, será, no entanto, uma mera ilusão, particularmente quando se começa a mergulhar com alguma profundidade nesta que é uma das mais, senão a mais, complexa forma de agressão do bem jurídico património. Aí, aquela ilusão dá lugar ao espanto de passar a parecer ser muitíssimo difícil *subsumir* qualquer conduta ao tipo do artigo 217.º, tais são as exigências típicas do dolo, da específica intenção de obtenção de enriquecimento ilícito, do prejuízo patrimonial e, claro, do engano astucioso sobre factos.

Complexidade à qual não é alheia a circunstância de o tipo legal integrar, pelo menos, dois elementos normativos e um conceito indeterminado. À qual acresce a exigência de que a correta interpretação passe pela rigorosa consideração dos seus elementos típicos dentro das finalidades e da função do direito penal, nomeadamente enquanto ramo de direito autónomo e subsidiário face ao direito

civil e à sua tutela contratual. Procurando-se invariavelmente a justiça material reclamada pelo caso concreto, mas sempre dentro do limite inultrapassável do princípio da legalidade e do seu importante corolário da determinabilidade.

Da análise do passado *recente* do crime de burla – *i.e.* desde que surgiu no Código Penal de 1982 – não existem alterações típicas de maior a assinalar. Mais vírgula menos vírgula, mais “*através de*” menos “*por meio de*”, entre “*prejuízos patrimoniais*” e “*prejuízo patrimonial*”, é seguro dizer-se que o tipo de crime de burla hoje em vigor, alterado pela última vez em 1995, manteve uma notável estabilidade nos últimos quarenta anos. Todavia, se recuarmos até à codificação penal de 1886, é evidente que a descrição da conduta típica introduzida em 1982 rompeu com o paradigma anterior. Antes, uma formulação que recorria à enumeração legal de comportamentos tipicamente relevantes de influência francesa, ancorada no paradigma da necessidade de uma *mise-en-scène* para o preenchimento do elemento do engano típico. Depois, a consagração de um modelo aproximado dos referentes suíço, austríaco e alemão de simplificação e unificação dos vários modos de cometimento do crime de burla assentes na ideia de engano astucioso.

Contudo, a estabilidade na descrição típica do comportamento criminalmente relevante para efeitos de burla a que se assistiu nos últimos quarenta anos, não significa que esta incriminação não tenha visto ser posta à prova a sua idoneidade para cumprir os desígnios de política criminal que estão na sua origem, designadamente o da proteção do património. Porventura, a explicação para tal estabilidade pode encontrar-se na opção legislativa de criação e configuração de vários outros tipos legais de crime especialmente próximos do crime de burla, os quais vêm confirmando a exclusividade do seu propósito de tutela do património e diminuindo a tendência da sua aplicação generalizada a qualquer tipo de fenó-

meno social de fraude¹. Alguns destes tipos têm em comum com a burla a sua função de proteção do património, outros dela se aproximam apenas por se fazer apelo ao engano ou ao erro como modalidade de execução da agressão a outro bem jurídico e outros existem que de semelhante somente apresentam o *nomen iuris* de burla ou fraude.

Não obstante a proliferação de novos tipos de crime dirigidos a prevenir fraudes, importa reconhecer que o próprio artigo 217.º do Código Penal é composto por elementos típicos cuja resistência continua e continuará a ser testada com o evoluir dos tempos, sendo os últimos quarenta anos, e cada novo dia na prática forense, manifesto disso mesmo. Razão pela qual nos decidimos debruçar, durante a nossa intervenção no Congresso Internacional dos 40 Anos do Código Penal e no presente escrito, sobre quatro desafios que em 1982 ou não seriam pensáveis ou seriam fenómenos sociais com pouca expressão face à que podemos admitir que hoje têm e se pode antever que no futuro terão. Com o particular propósito de colocar questões e debater linhas de resposta, que, evidentemente, não esperamos aqui dar sem mais como soluções fechadas ou acabadas.

Assim, em primeiro lugar, debruçar-nos-emos sobre a emergência dos criptoativos como bens ou valores cada vez mais comuns na esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos e que, por isso, podem sofrer um ataque através de uma conduta enganosa de outrem (Título II). Em segundo lugar, importa enfrentar a crescente anonimização ou despersonalização no tráfico jurídico e nas relações interpessoais na presente era de globalização e revolução tecnológica

¹ Veja-se, no Código Penal, entre outros, a burla relativa a seguros, para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços e informática. E, fora do Código Penal, por exemplo, a burla tributária, a fraude fiscal, a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, a fraude na obtenção de crédito e o uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento.

(Título III). Em terceiro lugar, lançaremos algumas notas sobre o crime de burla no contexto das pessoas coletivas (Título IV). E, em quarto e último lugar, indagaremos sobre qual o papel e a prestabilidade do crime de burla clássico no quadro da chamada luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia através do direito penal, nomeadamente para efeitos de determinação da competência da Procuradoria Europeia (Título IV).

II. Os Criptoativos e o Conceito Jurídico-Penal de Património

Como avançámos a título introdutório, o tema dos criptoativos impulsiona uma reflexão a propósito do crime de burla na medida em que aqueles se referem a valores que, com cada vez maior frequência, inundam o património dos cidadãos. Os criptoativos são comumente definidos como representações digitais de valores ou de direitos que podem ser transferidos e armazenados eletronicamente. E que, apesar de poderem ser usados para fazer pagamentos, devido à elevada oscilação do valor que lhes corresponde, têm vindo a ser sobretudo utilizados como ativos de investimento².

Com o objetivo de responder a preocupações de privacidade e anonimato, com o *ethos* político de manter a liberdade económica face aos sistemas centralizados de poder, mormente financeiro, e ainda ancorado no pragmatismo da redução dos custos de transações sob a égide das instituições financeiras clássicas, o nascimento dos criptoativos está intimamente ligado à apologia da idoneidade da prova criptográfica para substituir o sistema de confiança num interveniente central no circuito financeiro. Tendo sido fundamen-

² Banco de Portugal, “Criptoativos, stablecoins e euro digital? Descubra as diferenças”, disponível em <https://www.bportugal.pt/page/criptoativos-stablecoins-e-euro-digital-descubra-diferencas-1> (consultado em 09.01.2023).

tal para a estruturação deste sistema de ativos eletrónicos o desenvolvimento de uma tecnologia de registo descentralizado de informação, a *blockchain*, segundo a qual, através do uso de criptografia e de fórmulas matemáticas que garantem que a informação guardada não pode – ou praticamente não pode – ser adulterada, permite o armazenamento dessa informação em blocos encadeados por ordem cronológica, logrando uma garantia de impossibilidade prática de dupla aplicação do mesmo ativo e permitindo, em princípio, rastrear todas as trocas de um determinado criptoativo desde a sua criação³.

Os criptoativos mais relevantes, em termos da perceção social da sua utilização como forma de pagamento e da sua influência num mercado de investimento cada vez mais concorrido, são as criptomonedas. A maior quota de mercado, num total de cerca de 640 mil milhões de dólares americanos, pertence ainda hoje à *Bitcoin*, com cerca de 47% da quota de mercado, com os restantes lugares cimeiros sendo ocupados pelas criptomonedas *Ethereum*, *Tether*, *BNB*, *USD Coin*, *XRP*, *Cardano*, *Dogecoin*, *Polygon* e *Solana*⁴. Todavia, importa ter presente que o mercado de criptoativos não se reduz àqueles tipos de moedas virtuais, havendo outros como as *utility tokens*, *security tokens* e *non-fungible tokens* e que estão em permanente circulação neste mercado.

Ora, o substrato digital e económico do tema jurídico de que aqui tratamos é altamente técnico e complexo e não é nossa pretensão oferecer ao leitor um estudo compreensivo sobre criptoativos.

³ Fundamental para a compreensão desta tecnologia, cf. NAKAMOTO, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. E, na literatura jurídica nacional, RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 157 s.; e RAMALHO, David Silva / MATOS, Nuno Igreja, “Branqueamento e *Bitcoin*: uma introdução”, *Revista do Ministério Público*, 162, 2020 (abril-junho), p. 79 s.

⁴ Segundo os dados da *CoinMarketCap*, de 30.04.2023, disponíveis em <https://coinmarketcap.com/charts/>.

No entanto, como se verá de seguida, esta confessada ausência de profundidade não só acaba por servir a economia do presente estudo, mas também é compensada pelo conceito de património para efeitos do crime de burla que defendemos.

Isto, porque, quanto ao crime de burla, parece haver cada vez menos dúvidas, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre a circunstância de o bem jurídico tutelado ser o património, independentemente das externalidades positivas que com este tipo de crime se consigam para a lealdade e para a confiança no tráfico jurídico⁵. A burla trata-se, por referência à necessidade típica de um efetivo prejuízo patrimonial, de um autêntico crime de dano. Ademais, o crime de burla é um crime material ou de resultado, de-

⁵ Neste sentido, ANDRADE, Tiago da Costa, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objetiva*, Coimbra: Almedina, 2019, p 25 s.; BRITO, José de Sousa, “A burla do artigo 451.º do Código Penal – Tentativa de Sistematização”, Separata da Revista Scientia Iuridica, tomo XXXII, n.ºs 181-183, 1983 (Janeiro-Junho), p. 4; COSTA, António Manuel de Almeida, “Artigo 217.º”, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa / BRANDÃO, Nuno (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Volume I, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 344 s.; RODRIGUES, Narciso da Cunha, “Os Crimes Patrimoniais e Económicos no Código Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, 1993 (Abril-Dezembro), p. 518; e GODINHO, Inês Fernandes / LUX, Laura Mayer, “A Burla como crime contra o património: superação de uma tautologia”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 2, 2011 (Abril-Junho), p. 238. Na doutrina estrangeira, MANZANO, Mercedes Pérez / FERNÁNDEZ, Miguel Bajo (org.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) – Volumen II*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 440; MUÑOZ, Nuria Pastor, *La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 281; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto Penale: Parte Speciale, Volume II, tomo secondo: I delitti contro il patrimonio*, Bologna: Zanichelli Editore, 1996, p. 164. Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.04.2017, no processo n.º 25/16.4PEPRT.P1.S1, de 24.04.2019, no processo n.º 308/12.2TAABFS1, de 19.05.2022, no processo n.º 137/09.0TELSB.P1.S1, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.04.2021, no processo n.º 852/18.8PHLRS.L1-9.

pendendo a sua consumação da saída da disponibilidade fáctica do enganado ou do terceiro-vítima dos bens ou valores patrimoniais visados, enquanto momento lógica-espácio-temporalmente distinto da conduta enganosa. Além disso, a burla é um crime de resultado cortado ou de tendência interna transcendente, já que a sua consumação demanda um prejuízo patrimonial, mas não exige um efetivo enriquecimento do agente ou de terceiro, apesar de se exigir que a conduta típica seja realizada pelo agente com tal intenção.

Destarte, o que se impõe neste domínio é saber se os criptoativos, enquanto valores que deixam a disponibilidade fáctica do enganado ou do terceiro-vítima por efeito do engano típico que o crime de burla impõe – ditame este que também o permite enquadrar na categoria de tipicidade dos crimes de execução vinculada –, integram o conceito de património pressuposto pelo tipo. E, neste plano, tudo dependerá do conceito de património para efeitos de burla.

Aqui, parece também haver um entendimento dominante em torno da conceção económico-jurídica de património, que supera tanto as conceções isoladamente económicas como as estritamente jurídicas, e segundo a qual merecerão a tutela do crime de burla todas as posições que traduzam um valor económico e que se encontrem em conformidade com o Direito⁶. Entendimento esse que nos parece aceitável, desde que a reclamada conformidade com o Direito signifique que apenas não merecerão a tutela penal as posições patrimoniais que contrariem disposições jurídico-penais, assim dando forma ao denominado *conceito jurídico-penal de património* proposto por António Manuel de Almeida Costa⁷. No fundo, esta conceção, à qual aderimos no essencial, parte da conceção

⁶ Sobre a conceção económico-jurídica de património, com mais referências doutrinárias e jurisprudenciais, COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), p. 350 s.; ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 38 e s.; e MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), p. 38 s.

⁷ COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), p. 352 s.

económico-jurídica de património, introduzindo-lhe o corretor de ser à luz das específicas valorações jurídico-penais que se deve avaliar a não desaprovação pelo Direito de cada posição económica⁸. Fazendo-se, depois, apelo a um conceito objetivo-individual de prejuízo patrimonial, de acordo com o qual prejuízo haverá sempre que se observe uma diminuição do valor económico por referência à posição em que o lesado se encontraria se o agente não houvesse levado a cabo a ação típica.

Pois bem, de acordo com o Banco de Portugal, os criptoativos não são considerados como verdadeira moeda. Desde logo, porque, em razão da sua volatilidade, não permitem estabelecer um preço para os bens, nem preservar o poder de compra. Além disso, na maioria dos países, não são garantidos pelo regulador com competência em matéria financeira, não tendo os cidadãos qualquer proteção legal que lhes confira direitos de reembolso⁹.

Contudo, também é verdade que esta tendência de manutenção de um vazio de regulação tem vindo a sofrer uma acentuada inflexão. A qual se tem vindo a tornar-se patente através dos atos normativos especificamente adotados por alguns países europeus para a regulação de serviços financeiros relacionados com criptoativos, como é o caso da Alemanha e de França, que contrasta com a ainda parca ou nenhuma regulação implementada em países como Bélgica, Croácia, Chipre, Chéquia, Grécia,

⁸ Valerá a pena notar que, contrariamente ao que refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022, p. 941, precisamente por aderirmos ao essencial do conceito jurídico-penal de património proposto por *António Manuel de Almeida Costa*, a nossa posição não é a de exclusão de pretensões resultantes de negócios contrários à moral do pertinente conceito de património, sendo, na verdade, exatamente a contrária. Cf. ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 38.

⁹ Banco de Portugal, “Criptoativos, stablecoins e euro digital? Descubra as diferenças”, *cit.*.

Irlanda, Itália, Países Baixos e Espanha¹⁰. Em Portugal, também se vem caminhando nesse mesmo sentido de criar um quadro legislativo do uso de criptoativos cada vez mais compreensivo. Não só do ponto de vista penal – através, por exemplo, da introdução do artigo 3.º-G na Lei do Cibercrime¹¹, que considera como meio de pagamento aquele que tenha por objeto moeda digital – e regulatório – com as várias normas da Lei da Prevenção do Branqueamento de Capitais¹² que se referem às atividades com ativos virtuais –, mas, também, do ponto de vista fiscal – sendo o mais recente exemplo desta tendência o das alterações ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares trazidas com a Lei do Orçamento de Estado para 2023¹³.

¹⁰ Uma comparação do estado das regulações dos criptoativos nestes vários países pode ser consultada no relatório organizado pela sociedade de advogados CMS denominado “European Crypto Regulation: A Summary of Law by Country”, de abril de 2023, disponível em <https://www.chrysostomides.com/wp-content/uploads/2023/05/European-Crypto-Regulation-A-Summary-of-Law-by-Country.pdf>. Na Alemanha, por exemplo, já existe uma desenvolvida regulação legal aplicável aos criptoativos, estando estes classificados consoante a sua função seja a de troca ou de pagamento, a de valor mobiliário, a de representação de um bem ou servido oferecido pelo emitente ou terceiro ou a de uma combinação de algumas destas características. É necessária uma licença para a sua emissão se classificada como instrumento financeiro, além de se exigir licenciamento para os negócios de gestão e depósito de criptoativos e aos operadores de um registo de criptoativos enquanto valores mobiliários, como se de instituições de crédito ou de serviços financeiros se tratassem. E o *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* é a autoridade competente para a emissão de licenças e para o seu controlo. Assim, BERBERICH, Mathias / TÖNNINGSEN, Gerit / WOHLFAHRT, Tobias, “The Virtual Currency Regulation Review: Germany”, ANDERSON, Paul, *The Virtual Currency Regulation Review*, 5th Edition, 2022, disponível em <https://thelaw-reviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/germany>.

¹¹ Lei n.º 109/2009, de 15.09, com as alterações da Lei n.º 19/2021, de 24.11.

¹² Lei n.º 83/2017, de 18.08, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, tendo a sua mais recente redação sido dada pela Lei n.º 99-A/2021, de 31.12.

¹³ Artigos 218.º e 219.º da Lei n.º 24-D/2022, de 30.12.

Sendo que, num plano de regulação não privativo de cada Estado, mas coletivo no quadro de uma organização intencional, destaque merecerá, nesta matéria, o processo legislativo da União Europeia do qual resultou na recente publicação de um Regulamento destinado a uniformizar as normas dos Estados-Membros em matéria de supervisão, proteção de consumidor e salvaguardas ambientais no mercado de criptoativos¹⁴. Este Regulamento é o primeiro ato normativo a estabelecer um quadro regulamentar, ao nível da União Europeia, em matéria de criptoativos e serviços e atividades conexos ainda não abrangidos pelo âmbito de aplicação dos atos legislativos da União Europeia em matéria de serviços financeiros, tais como os relativos aos emitentes de criptoativos e aos prestadores de serviços de criptoativos. Cumprindo notar que, ao mesmo tempo, foi também publicado um Regulamento da União Europeia destinado à melhoria das regras de prevenção do branqueamento de capitais relacionadas com o mapeamento das transferências de criptoativos¹⁵. Aliás, em face do papel ativo que a União Europeia tem assumido na definição de regras para a prevenção do branqueamento de capitais¹⁶,

¹⁴ Trata-se do Regulamento (UE) n.º 2023/1114 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.05.2023, relativo aos mercados de criptoativos e que altera os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 1095/2010 e as Diretivas 2013/36/UE e (UE) 2019/1937. O Regulamento (UE) n.º 2023/1114 foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 09.06.2023, tendo entrado em vigor em 29.06.2023, ainda que com uma implementação faseada consoante as matérias reguladas.

¹⁵ Referimo-nos ao Regulamento (UE) n.º 2023/1113 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de maio de 2023, relativo às informações que acompanham as transferências de fundos e de determinados criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2015/849. O Regulamento (UE) n.º 2023/1113 também foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 09.06.2023, tendo entrado em vigor em 29.06.2023.

¹⁶ Ainda que o tema do branqueamento de capitais viesse já apontado no Plano de Ação de Viena de 1998, a primeira iniciativa formal de regulação da prevenção do branqueamento de capitais no âmbito da União Europeia terá sido a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 26.06.2001 (2001/500/JAI), relativa

a regulação respeitante a criptoativos nesse domínio mostrou-se bastante mais célere do que no da elaboração de normas relacionadas com a prestação de serviços financeiros.

Assim, considerando todo este contexto e retomando o conceito de património aplicável ao crime de burla é possível avançar uma linha de resposta, no sentido de os criptoativos integrarem o conceito jurídico-penal de património. É que, mesmo que não haja ainda uma regulação acabada do ponto de vista jurídico-civil, administrativo e/ou fiscal, os criptoativos traduzem um valor económico em si mesmo não desconforme ao direito penal. Assim, não havendo uma censura penal quanto à sua detenção, propriedade, troca e venda, não haverá qualquer obstáculo à sua integração no conceito jurídico-penal de património.

É certo que, em princípio, os criptoativos não têm um determinado valor patrimonial inerente, estando a sua valorização dependente da oferta e da procura no mercado. No entanto, o seu valor patrimonial sempre será estimável com suficiente precisão por recurso aos históricos publicamente disponíveis da sua valorização, nomeadamente por recurso aos arquivos das corretoras de criptoativos, e saber-se, assim, que valor assumiu determinado criptoativo em determinado momento histórico. Reconduzindo-se, deste modo, os criptoativos a parte integrante do património tutelado pelo crime de burla, quer categorizando-os como direitos subjetivos patrimoniais sobre bens imateriais, quer como fontes de expectativas jurídicas, quer ainda como origem de expectativas fácticas da obtenção de vantagens económicas.

ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime. Sobre o quadro internacional e da União Europeia de prevenção e punição do branqueamento, RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico. Uma Política Criminal na Era Compliance*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 102.

Importando não esquecer que os criptoativos deverão integrar o conceito de património tutelado pelo crime de burla, mesmo que a sua posse na esfera jurídica do enganado ou da vítima seja devida à prática de um crime precedente. Uma vez que a perda dos criptoativos ilicitamente determinada, por efeito de uma burla, significará que, pelas sanções civis e penais pelas quais o agente do crime precedente for considerado responsável, responderá o seu legítimo e lícito património¹⁷. Sempre se acrescentando que, do ponto de vista político-criminal, nenhuma razão existe para que, quando a detenção ou propriedade de criptoativos não seja, ela própria e em si mesma considerada, criminalmente ilícita, a função político-criminal de prevenção da prática de burlas se restrinja àquelas que se dirijam à obtenção de valores lícitamente detidos. Desta forma, reprimi-se-ia o *paria delicta mutua compensatione tolluntur* ou criar-se-ia um espaço livre de Direito que premiaria os agentes que conhecem que os elementos do património de outrem que atacam adviessem da prática de um crime, como numa espécie de justiça de vigilantes¹⁸.

Assim sendo, somos da opinião de que, se um engano tipicamente relevante para efeito de burla determinar, à luz dos critérios de imputação objetiva aplicáveis, que o enganado ou um terceiro disponham dos seus criptoativos e com isso sofram um prejuízo patrimonial que não teriam sofrido sem o engano típico, nenhum motivo existe para que não se afirme a tipicidade da lesão do bem jurídico património.

¹⁷ O argumento pertence a COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), p. 363, relativamente ao qual já manifestámos a nossa concordância em ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 56, nota 140.

¹⁸ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Speciale II: Delitti Contro il Patrimonio*, Padova: CEDAM, 2012, p. 205; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, (nota 5), p. 182; ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 55.

Note-se, no entanto, que não temos aqui em vista os casos em que um engano tipicamente relevante precipita uma disposição de criptoativos que materialmente os equipare a valores mobiliários ou meios de investimento sujeitos ao risco de valorização ou desvalorização. Tal como no caso da valorização ou desvalorização de ações, independentemente da responsabilidade civil que no caso seja convocável, cremos que deverá afastar-se a tipicidade objetiva para efeitos de burla, por inexistência de prejuízo patrimonial, da conduta de quem convence outrem a investir os seus criptoativos no mercado, sujeitando-os à normal flutuação de valorização. Nestes casos, o prejuízo apenas se poderá encontrar nas comissões cobradas que fazem com que determinado criptoativo seja posto no mercado com um valor relativamente mais baixo do que aquele que apresentava. Fora esses casos, o risco de desvalorização não deverá constituir prejuízo patrimonial, mesmo relativamente aos ativos que menos se espera que se valorizem, porque sempre haverá uma possibilidade da subida do valor, ficando então na disponibilidade do suposto titular o momento em que decide trocar os seus criptoativos por outro ativo ou moeda estável a um preço mais baixo do que aquele que se verificava no momento do investimento. Tornando a consumação do crime aleatória e o prejuízo patrimonial insuscetível de ser objetivamente imputável ao engano, por intervenção, no nexó de imputação, da própria vítima com uma vontade já não viciada¹⁹.

¹⁹ O incorreto entendimento desta circunstância tem sido fator de proliferação de processos-crime por burla em casos em que um investimento não corre como o esperado. Sendo perfeitamente possível afirmar que, fosse outro o entendimento a perfilhar, quando determinado investimento que se levou a cabo, dentro da *alea* dos mercados financeiros, tivesse conhecido uma valorização, não existiria burla; mas, se tivesse havido desvalorização, já haveria burla. O que, antes dos problemas que se colocam ao tipo subjetivo, à não punibilidade de burlas negligentes e à autoria, também aporta dificuldades quanto ao requisito da imputação objetiva do

III. A Anonimização das Relações Interpessoais

Além dos criptoativos, o desenvolvimento tecnológico e social tem criado condições para que venha florescendo um dos outros desafios que decidimos abordar: a anonimização das relações interpessoais. Assim, outro dos desafios que vem ganhando particular relevância a propósito do âmbito de tutela do crime de burla é o da sua aplicação no domínio das relações que se criam e desenvolvem no tráfico jurídico caracterizado pela anonimização. Sendo que, quando nos referimos aqui a *anonimização*, fazemo-lo procurando uma aproximação a todas aquelas constelações típicas em que as contrapartes de uma relação negocial ou interpessoal não se conhecem nem nunca tiveram contacto antes da celebração do negócio.

prejuízo patrimonial. Pense-se que, por exemplo, na hipótese em que é feito um investimento de troca do equivalente a €100.000 de uma *stablecoin* pelo mesmo valor de um outro criptoativo muito mais exposto à flutuação do mercado. Num determinado dia – o dia A – o novo criptoativo ultrapassava aquele valor e passava a valer o equivalente a €105.000. Um mês depois – no dia B –, o valor descia e o investimento passou a valer apenas €90.000. No mês seguinte – no dia C –, o valor voltava a ultrapassar os €100.000, passando o criptoativo a valer €110.000. Na semana posterior – no dia D –, o criptoativo voltaria a desvalorizar para um montante de €95.000. Nesta hipótese, quando é que se deveria ter por consumada a burla? Nos dias B e D, nos meses de desvalorização, há burla, e nos dias A e C, nas semanas de valorização, não há? Afinal, quem é que aqui controla a consumação da burla? Como é evidente, não pode a consumação do crime de burla ficar dependente de uma decisão absolutamente discricionária e da responsabilidade do titular dos criptoativos investidos, quer por razões de falta de domínio do facto por parte do agente, quer por razões de co-atuação da vítima e intervenção do princípio da autorresponsabilidade. Sobre o princípio da autorresponsabilidade, MELIÀ, Manuel Cancio, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, p. 305 s.; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral – Tomo I*, Coimbra: Gestleg, 3.^a Edição, 2019, p. 398; e ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 104 s.

Dito por outras palavras, aludimos às interações e negócios que não ocorrem no contexto de uma relação pessoal de confiança entre as partes, já existente ou a encetar, ou tendo presente um qualquer histórico de interação entre elas. Casos cuja frequência é e será tão maior quanto maior for o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, nomeadamente através da internet.

A anonimização é um repto, na justa medida em que o que está em causa, no que toca à dogmática do crime de burla, é saber o que é que permite tornar criminalmente responsável uma pessoa pela decisão de administração ou de disposição do património de outra. E, neste caso, tornar criminalmente responsável uma pessoa pela decisão patrimonialmente relevante de outra, quando nenhuma das duas verdadeiramente se conhece.

Ora, a propósito do crime de burla, enquanto crime com participação da vítima, podemos identificar duas grandes concepções de engano tipicamente relevante, consoante o critério de tal relevância típica resida na pura eficácia do engano avaliada *ex post facto* ou se encontre na exigência de uma determinabilidade *ex ante* que identifique claramente as esferas de responsabilidade pela decisão patrimonial.

A primeira desenvolve-se sobretudo no quadro do paradigma subjetivista do engano, que erige a efetiva causação do erro da vítima como vetor maior da determinação do engano tipicamente relevante, desde que comprovada tal eficácia e tendo em conta unicamente o enganado numa sua consideração puramente individual. E, portanto, sem considerar o tráfico jurídico como o contexto geral de interação patrimonial entre as pessoas e o papel que cada uma aí assume, de modo a saberem com o que podem contar e como podem e devem agir. O que importa nesta concepção é, pois, avaliar o seguinte nexos: se *ex post facto* houve efetivamente um enganado e se tal engano foi a causa da disposição patrimonial que lhe causou um prejuízo, então haverá engano tipicamente relevante.

Já a segunda concepção assinalada trata-se de um paradigma objetivo ou normativo que tem como pedra angular a identificação *ex ante* da fronteira entre a esfera de responsabilidade dos inter-

locutores na relação interpessoal. À luz deste modelo, é elevado a critério imprescindível de imputação que o agente saiba como se pode comportar no mercado sem incorrer numa conduta criminalmente ilícita, conhecendo o que lhe pertence fazer e dizer e o que pertence à sua contraparte fazer e dizer, tornando claro para todos os destinatários das normas penais os comportamentos que lhes são vedados, por força da exigência de determinabilidade da lei penal²⁰.

Em geral, entendemos que, não só em face da redação do artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal, mas principalmente apelando às imposições de política criminal e dogmáticas que devem nortear a interpretação do crime de burla, só a segunda das concepções descritas será defensável. No fundo, a imputação objetiva do engano deverá depender sempre da existência de um dever de verdade que obrigue o agente perante a sua contraparte, dever esse cujos contornos dependem da concreta relação económica, mas tendo como contraparte alguém que decide segundo um *modelo de decisão objetivo e racional*.

Qualquer sujeito que interage no tráfico jurídico é responsável pela administração de determinadas informações nas quais a sua contraparte baseia as suas decisões de administração e disposição patrimonial. Pelo que, se atuar de modo doloso e astuciosamente enganoso, responderá pela organização patrimonial prejudicial da vítima. Inversamente, não poderá imputar-se o prejuízo ao agente que mantiver a sua atuação dentro dos limites da sua posição no mercado, mesmo que tivesse possibilidades fácticas de proporcionar à vítima informações adicionais que a pudessem libertar de um erro. O que significa que uma inveracidade causal não é, por si só, suficiente para imputar o prejuízo ao autor. Se o agente cum-

²⁰ Sobre o debate dogmático entre a preferência por um critério de eficácia do engano ou um outro identificado com a necessidade de um engano qualificado, ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 66 s.

pre as regras que regulam certa atividade económica, não cria um risco juridicamente proibido, movendo-se ainda dentro das margens de tolerância do mercado²¹.

Assim, no lugar de um modelo de imputação que dependa da vítima concreta, deverá fazer-se apelo a um modelo de decisão geralmente vigente no mercado. Um modelo de racionalidade que tenha no seu horizonte o bem jurídico patrimonial como fonte de poder para atuar no tráfico jurídico e no mercado e a necessária assimetria informativa destes, mas que só exija da contraparte do agente um esforço de comprovação das informações proporcional aos limites de tempo que o mercado impõe e à relação económica concreta. Já que a necessidade de confiar noutra operador económico constitui sempre um risco, ainda que nem todo o desnível de informação corresponde a um dever de verdade e à criação ou potenciação de um risco criminalmente proibido²².

Nas relações económicas, o modelo de decisão geralmente vigente no mercado densificar-se-á a partir do critério da acessibilidade normativa à informação pela contraparte do agente que dependerá das regras de mercado incorporadas no sistema jurídico. Sendo da responsabilidade do agente a transmissão ou esclarecimento da reali-

²¹ Assim, MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), pp. 154 s. e 188 s., que acompanhamos em ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 129 s. Também CUNHA, José M. Damião da, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, 1.ª Edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 187-189, defende que não haverá burla penalmente tutelada quando o erro poderia ou mesmo deveria ter sido evitado pela vítima através da observância de um mínimo exigível de precaução ou quando o enganado se poderia/deveria ter protegido se tivesse observado uma exigência mínima de cuidado. No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 8), p. 943.

²² Cf. MUÑOZ, Nuria Pastor, “Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 1, nº 1, Santiago, 2010, p. 48; MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), p. 206 s.; e o nosso ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 131 s.

dade sempre que este estiver adstrito a um dever de verdade, sempre que a informação não seja acessível à contraparte ou quando esta não dispuser dos conhecimentos e da capacidade necessários para decifrar a informação que lhe seja formalmente acessível. Porém, este não deve ser um modelo estanque e imune ao desenvolvimento e à dinâmica das próprias relações económicas, devendo operar-se uma redistribuição do ónus de acesso à informação nos casos em que haja assunção pela vítima de um maior risco de erro, assunção pelo agente de maiores deveres de verdade e atos do agente de bloqueio de acesso a informações normativamente acessíveis²³.

²³ Os casos de assunção pela vítima de um maior risco de erro caracterizam-se por um comportamento da vítima mediante o qual esta renuncia (sempre) expressa e inequivocamente, à informação a que teria direito inicialmente, libertando o outro operador económico dos seus deveres e desnortando as suas expectativas de verdade. Por exemplo, quando recusa a assessoria ou explicações que a outra parte lhe deveria sobre contraindicações relativas à coisa objeto do negócio. Em segundo lugar, as hipóteses de assunção pelo agente de maiores deveres de verdade referem-se a casos em que, quer por requerimento da vítima e aceitação do agente, quer por iniciativa deste, o autor através de um ato de autovinculação assume a responsabilidade pela veracidade de uma informação. Porém, para operar uma mudança normativa, esse ato terá de ser inequívoco, com um sentido de autovinculação objetivo no contexto da comunicação. Não necessariamente por escrito, mas devendo ser a base sobre a qual se dá a interação económica. E terá de revelar uma apresentação intersubjetiva da capacidade do autor, por profissionalização ou por ter facilmente à disposição quem lhe revele a informação necessária, de levar a cabo a prestação de verdade que assume. Se um empregado de uma farmácia informa um cliente sobre a medicação adequada, assume um dever de verdade, mesmo que seja um intruso e careça da formação necessária para o cumprir. Porém, sem aquele sentido auto-vinculante, as afirmações são apenas manifestações de conhecimentos especiais em que a vítima não pode normativamente confiar. Em terceiro lugar, cumpre aludir aos atos do autor de bloqueio à vítima de acesso a informações normativamente acessíveis, nos quais o agente não infringe um dever de verdade inicial, nem um dever nascido de um ato de assunção, mas um dever surgido a partir de uma sua intervenção na esfera da vítima, que a impediu de aceder a informações que lhe caberia averiguar. Isto porque não se pode exigir da vítima um esforço ilimitado na averiguação de informações, mas somente um proporcional, de averiguação

Em nossa opinião, só com uma definição *ex ante* de deveres de verdade e de autoproteção, moderados pelo critério da acessibilidade normativa à informação e da sua redefinição nas relações económicas dinâmicas é conseguida a segurança jurídica necessária em direito penal imposta pelo corolário de determinabilidade do princípio da legalidade. Pensamos, além disso, que se trata de um critério bem mais seguro e fundamentado e mais eficaz do que o simples apelo para o fim de proteção da norma que, no específico caso da burla, mais parece um meio de atribuir uma aparência de fundamentação a uma tomada de posição intuitiva ou próxima de um sentimento de justiça do aplicador, sem que se contribua para a segurança das soluções, imprescindível em direito penal.

Aliás, no contexto do anonimato em que várias atividades económicas se desenvolvem, parece apenas pertinente falar-se da perspectiva de relevância do engano considerado *ex ante*, porque só se houver regras claras anteriormente estabelecidas, das quais pode derivar a responsabilidade criminal dos intervenientes no negócio, é que o tráfico jurídico será fluido e jurídico-penalmente leal. Do nosso ponto de vista, só ligando a relevância típica do engano à sua idoneidade, avaliada *ex ante*, para defraudar as legítimas expectativas da contraparte, considerada no papel que assume no tráfico jurídico e não enquanto sujeito concreto e portador de uma infinitu-

das informações normativamente acessíveis. No entanto, nem toda a introdução de informação falsa na esfera da vítima constitui um verdadeiro ato de bloqueio. Este tem de ser de uma intensidade tal que o esforço exigível à vítima, segundo o modelo de decisão descrito *supra*, resulte insuficiente para adquirir a informação normativamente acessível. Como nos casos em que um taxista adultera o taxímetro, um vendedor de automóveis altera o conta-quilómetros ou alguém que, para retirar uma avultada quantia de uma conta bancária apresenta um documento de identificação falsificado, criando um risco de desorientação não permitido. Cf. MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), pp. 206 s. e 237; MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 22), pp. 54-55; e ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 132 s.

de de idiossincrasias pessoais, é que se garante que os destinatários das normas penais conhecerão com determinabilidade e precisão as condutas que podem ou não praticar, no quadro de um ramo do Direito como o criminal que deve obediência estrita ao princípio da legalidade criminal, em nome da proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Se a relevância típica do engano não depender das regras estabelecidas previamente ao negócio, por lei ou de modo intersubjetivamente reconhecido por ambas as partes, mas da pura causalidade avaliada *ex post* entre um comportamento de uma e o erro da outra, os cidadãos ficam sem saber as condições em que podem encetar interações patrimonialmente relevantes relativamente a contrapartes que pura e simplesmente não conhecem. Não conhecem as suas características pessoais e profissionais, não conhecem o seu grau de inteligência negocial ou emocional, nem conhecem o seu histórico de comportamentos negociais. Aliás, se não for assim, sempre estará presente o risco de um comportamento de uma pessoa que determina o erro daquela sua concreta contraparte ser tido por tipicamente relevante, quando tal comportamento não determinaria um erro na maioria das pessoas com quem o sujeito ativo normalmente se relaciona ou relacionaria.

Em nosso entender, também é por estes motivos que o crime de burla não pode assentar apenas numa interpretação do erro como falsa representação da realidade, podendo abranger também uma pura e simples ausência de representação²⁴. Em rigor, como já o escrevemos e explicitaremos adiante a propósito do crime de burla no contexto das pessoas coletivas, o erro que determina outra pessoa à prática de um ato de disposição patrimonial autolesivo deverá corresponder a um *estado de defraudação das expectativas* que uma parte teria sobre o comportamento da outra.

²⁴ Assim, também, CUNHA, José M. Damião da, (nota 21), p. 180.

Mas, também é por estes motivos que o crime de burla, não se pode limitar a remeter para o conceito de boa-fé, mesmo em sentido objetivo tal como vale no direito civil, correspondendo esta metodologia a uma tentativa impossível de densificar o conceito indeterminado do engano astucioso utilizado pelo legislador²⁵. Desde logo, à luz do objetivo de política criminal e dogmático de diferenciação da ilicitude penal em face da ilicitude civil, a partir do princípio da carência de tutela penal, o crime de burla não deve estabelecer a sua área de tutela típica por sobreposição à do direito civil e, portanto, à boa-fé que é princípio normativo transpositivo deste ramo do direito. Ademais, ainda que se admita a possibilidade de uma modalidade de engano por atos concludentes, não se pode concretizar o que é engano astucioso unicamente em função de uma intenção prévia do agente de não cumprir os termos do negócio, como incumprimento contratual pré-concebido. Além disso, o princípio da boa-fé remete para o sistema jurídico de forma aberta, móvel, elástica, ampla e heterogénea, atuando ou não conforme as circunstâncias do caso, determinando uma colisão entre a justiça do caso concreto proporcionada pela boa-fé e o objeto inamovível que é o princípio da legalidade²⁶.

Propomos, portanto, que, no lugar do princípio da boa-fé, deve o intérprete fazer uso de um *modelo de decisão geralmente vigente no mercado*. Este modelo de decisão geralmente vigente no mercado é mais do que uma boa-fé moldada sobre a definição funcionalista de meros papéis sociais, alheada da dimensão pessoal-individual das relações humanas. Num mercado globalizado, complexo, ágil

²⁵ No sentido de que não bastará apelar ao princípio da boa-fé para criar um dever de esclarecimento do agente, nomeadamente nos casos de burla por atos concludentes, CUNHA, José M. Damião da, (nota 21), p. 188.

²⁶ Com maior fundamentação da crítica à remissão para a boa-fé em sentido objetivo, cf. ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), pp. 119-122.

e, não raras vezes, de relações interpessoais anónimas, é necessária uma garantia normativa de um certo grau de veracidade nas relações económicas. Não obstante, a assimetria informativa é algo de inerente ao mercado liberal, sendo a necessidade de confiar noutro operador económico sempre um risco. Por outras palavras, nem toda a expectativa de verdade goza de uma garantia normativa. Mesmo António Manuel de Almeida Costa, autor que, entre nós, defende a violação do princípio da boa-fé em sentido objetivo como o mais adequado critério de relevância típica do engano, reconhece que, nos setores de atividade económica e do mundo dos negócios marcados pelo anonimato, não será de contestar que o critério a adotar seja o do modelo de decisão geralmente vigente no mercado para o qual vimos apontando²⁷.

Sendo que, ao contrário do que entende de António Manuel de Almeida Costa, o modelo de decisão geralmente vigente no mercado não participa da mesma indeterminação que está na natureza e é pressuposto da boa-fé²⁸. Precisamente, porque não se trata de um modelo de decisão da vítima concretamente considerada, mas de um modelo racional e normativo, já que apenas haverá dever de verdade, como acima assinalámos, se a informação for normativamente inacessível à pessoa. Assim, aspetos jurídicos e económicos do património próprio devem ser conhecidos pela própria pessoa²⁹.

²⁷ Ainda que contestando a validade do critério do modelo de decisão geralmente vigente no mercado como critério geral de relevância típica do engano, escreve COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), p. 373, a propósito da nossa posição e dos casos de que curamos no presente título: “Não se contesta que, atento o anonimato que caracteriza amplos setores da atividade económica e do mundo dos negócios, deva ser aquele critério [o do modelo de decisão geralmente vigente no mercado] a adotar em muitos casos – conclusão que se impõe, de resto, à luz da própria aceção tradicional da boa-fé em sentido objetivo.”

²⁸ COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), p. 373.

²⁹ No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 8), p. 943, referin-

Aspetos jurídicos e económicos do património de uma parte devem ser conhecidos pela outra, tendo esta o dever de averiguar essa informação sempre que esse esforço não comprometa o ritmo normal da relação económica. E a informação sobre o funcionamento do mercado e aspetos jurídicos e económicos da relação económica devem ser da responsabilidade de cada um, a não ser que se atue num setor com informação normativamente inacessível ou em mercados de elevada complexidade onde o agente ocupa uma posição de especialista³⁰. Pelo que haverá imputação objetiva, através da violação de um dever de verdade assente quer na regulação de deveres de verdade do direito positivo, desde que relacionados com a proteção do património, quer nos usos do comércio desde que normatizados, quer ainda na concreta regulação económica interpessoal em causa, devendo averiguar-se quem é que intersubjetivamente e de modo inequívoco assumiu expressamente um maior ou menor risco de erro ou, ainda, quem é que praticou atos de bloqueio à informação que seria normativamente acessível.

Por outro lado, a preocupação que muitas vezes se evidencia quanto à conceção explicitada é a de poder abrir margens de impunidade, comprometendo-se a tutela do património. Diz-se que a especial ingenuidade ou inexperiência do ofendido – que, aliás, será desconhecida do agente em relações anonimizadas – não poderá consubstanciar um motivo atendível para que o respetivo

do-se ao caso do erro sobre as características e o valor do bem vendido, que só terá relevância criminal quando é o comprador que é enganado, uma vez que, quando o erro é do vendedor só ao próprio é imputável, já que o vendedor tem o dever de conhecer as características e o valor daquilo que está a vender.

³⁰ Cf. MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), pp. 238-240; MUÑOZ, Nuria Pastor, “Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003”, *ADPCP*, vol. LVI, 2003, p. 588; e ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), pp. 136-139.

património deixe de merecer a proteção do direito penal, nem é justificação bastante para a afirmação da atipicidade da conduta do agente³¹. Porém, reconhecendo a necessidade de política criminal de tutelar as pessoas mais débeis, a verdade é que apenas se deverá relaxar as exigências do engano típico nos casos de vítimas estruturalmente débeis³².

Vítimas estruturalmente débeis haverá somente por analogia com as situações normativamente reconhecidas de inimputabilidade, quer em razão da idade, quer em razão de anomalia psíquica, sob pena de uma inadmissível indefinição e amplitude da consideração genérica de casos de ingenuidade ou inexperiência³³. Importando não confundir o fim de proteção do crime de burla com o do crime de usura, previsto no artigo 226.º do Código Penal³⁴. Se a debilidade estrutural for previamente conhecida, a adaptação ardilosa do comportamento do agente deve valer como ato de asunção, para todos os casos de debilidade análoga a situação de

³¹ COSTA, António Manuel de Almeida, (nota 5), pp. 373-374.

³² O que significa responder a duas questões. A primeira, saber que tipo de vítimas se inserem no conceito de vítima estruturalmente débil, como tipo de vítimas que sempre careceriam de orientação mesmo face a um autor que cumprisse com os seus deveres de informação, nomeadamente os menores, os doentes do foro psíquico, as pessoas de capacidade intelectual diminuída ou os sujeitos que sofreram um processo de socialização anómalo (*v.g.* refugiados). E a segunda é a de desvelar o mais adequado tratamento normativo dessas vítimas, de acordo com o Direito vigente. Cf. ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 155 s.

³³ MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), pp. 257-258.

³⁴ Nos termos do artigo 226.º, n.º 1, do Código Penal: “Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste, fizer com que ele se obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”

inimputabilidade em razão da idade e de anomalia psíquica. Já nos casos de relações anonimizadas, a debilidade não conhecida, pela ausência de uma interação comunicacional anterior, deverá valer apenas como uma peculiaridade individual, não relevante para a posição que a vítima ocupa na relação económica³⁵.

De onde decorre, segundo cremos, que só se o crime de burla for interpretado como remetendo para os deveres de verdade a que o agente está obrigado pelo ordenamento jurídico, e não para a irremediavelmente movediça boa-fé, é que tal crime poderá assumir uma área de tutela típica do património eficaz, jurídico-criminalmente diferenciada e que respeite o princípio da legalidade criminal, nomeadamente o seu corolário da determinabilidade, especialmente nas relações anonimizadas cada vez mais frequentes no quotidiano hodierno.

IV. O Crime de Burla no Contexto das Pessoas Coletivas

Depois dos criptoativos e das relações de anonimato, um terceiro desafio que notamos que hoje se coloca com particular acuidade tem que ver com a burla no contexto das pessoas coletivas. Na verdade, é notório que o domínio empresarial, por força da circulação de capitais que ocorre entre uma infinidade de esferas patrimoniais, é ambiente fértil para o surgimento de condutas tipicamente relevantes para efeitos de burla. Para não reduzir o objeto do presente título ao ambiente empresarial, falamos aqui em contexto de pessoas coletivas³⁶.

³⁵ ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 163; e MUÑOZ, Nuria Pastor (nota 5), pp. 255-256.

³⁶ No entanto, reconhecemos que o âmbito subjetivo do surgimento de condutas de burla se ligará mais estreitamente ao plano das pessoas coletivas que atuam no mercado, razão pela qual talvez também não seria desajustado centrar o objeto do presente título no crime de burla no contexto da empresa, perspetivando a

Quanto às pessoas coletivas, a sua inclusão neste nosso estudo não tem propriamente como razão de ser a sua consideração enquanto sujeito ativo a quem é imputável responsabilidade criminal pela prática de um crime de burla. Não merece sequer discussão, em face do catálogo de crimes do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal, a circunstância de a pessoa coletiva poder ser criminalmente responsável pelo crime de burla praticado em seu nome ou por sua conta e no seu interesse por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança e por quem aja em seu nome ou por sua conta e no seu interesse, sob a autoridade das pessoas referidas, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Não obstante, sempre cumprirá lembrar que não é a pessoa coletiva quem efetivamente engana, mas as pessoas que nela ocupem uma posição de liderança ou as pessoas que ajam sob a sua autoridade. Devendo continuar a refletir-se, pois, se, tendo presente o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva inscrito no Código Penal, não se deverá exigir, para efeitos da existência de tipicidade de um comportamento a título de burla, que tanto a própria pessoa coletiva como as pessoas singulares que em seu nome e por sua conta atuam devem estar obrigadas por um dever de verdade para que possa haver imputação do engano. E questionar, ainda, se isto deve ser assim apenas por causa do modelo de imputação do Código Penal ou se pode ser pensado de um outro modo noutros paradigmas de responsabilidade criminal da pessoa coletiva.

Seja como for, segundo cremos, o desafio maior residirá na pessoa coletiva como enganado ou vítima do crime de burla. O crime

empresa como cenário, causa, agente e/ou vítima de burla. Contexto este que se situará num espaço de interseção entre os sistemas do direito penal da empresa e do direito penal na empresa. Sobre o protagonismo criminológico das *corporations* e a distinção concetual entre estas duas realidades, SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 18 s.

de burla é um crime com participação da vítima, no sentido de que a realização típica exige que o enganado, induzido em erro pela conduta do agente, pratique os atos de disposição patrimonial que lhe provoquem (ou a terceiro) um prejuízo patrimonial. E o património das pessoas coletivas não difere em nada, enquanto bem jurídico-penal, do património das pessoas singulares, sendo igualmente tutelado pelo crime de burla.

Se perfilhássemos a doutrina tradicional do erro enquanto elemento puramente psicológico, no sentido de exigir uma comprovação *ex post facto* de que determinada disposição patrimonial lesiva foi causada por um efetivo erro enquanto representação errónea da realidade, a sua aplicação à pessoa coletiva não seria perfeita. Sempre se podendo argumentar, no entanto, que, por efeito da possível distinção típica entre enganado e vítima, poderia o erro dar-se num dos seus representantes legais, que originou uma manifestação de vontade da pessoa coletiva viciada, resolvendo-se deste modo o problema, no sentido da admissão da pura e simples possibilidade de enganar uma pessoa coletiva desde que se enganassem os titulares do órgão que representa a vontade da pessoa coletiva.

Ademais, no que toca às pessoas coletivas, importa ter presente que a vontade da pessoa coletiva depende, não raras vezes, de processos decisórios colegiais, muitas vezes apenas formalmente documentados, e uma estrutura que integra várias pessoas singulares, procedimentos e automatismos que são propensos à difusão do processo decisório da pessoa coletiva. Pelo que nem sempre é possível descobrir o *se* e o *onde* de um verdadeiro erro psicológico. Além disso, a pessoa coletiva é dotada de uma vontade negocial reconhecida pelo ordenamento jurídico que é distinta da das pessoas singulares titulares do seu órgão de representação. E a pessoa coletiva também atua num mundo de impossível informação completa e de transações crescentemente complexas, tomando decisões económicas tendo por base sinais e indícios de comportamento das suas contrapartes.

Porém, o erro a que se refere o tipo legal do crime de burla do artigo 217.º do Código Penal não deve ser tipicamente vislumbrado

do como uma qualquer alteração ocorrida na psique do agente que resulta numa falsa representação da realidade e que obsta à total clarividência do enganado em relação aos contornos de determinado negócio. Na verdade, entendemos que o relevante para efeitos de apuramento da tipicidade da conduta do agente do engano é o nexo de imputação objetiva entre o engano e o ato de disposição autolesivo, devendo relegar-se o erro para um papel de parâmetro de relevância típica do engano. Consequentemente, o erro deve apenas e só caracterizar-se por um *estado de defraudação das expectativas* que permite aferir da relevância típica do engano sem que, no entanto, a sua existência determine invariavelmente a confirmação da tipicidade da conduta do agente³⁷.

Desta tese decorre, como se deixou exposto, a possibilidade de existirem casos em que um engano é eficaz, produzindo um erro psicológico, sem que se possa falar da comissão de um crime de burla, sempre que o enganado não haja cumprido com os seus deveres de autoproteção e de acesso à informação. Mas também tem como consequência que, se a vítima não atingir um estado de erro psicológico efetivo, como falsa representação da realidade, mas tenha apenas atuado com base numa expectativa geral de verdade e cumprimento ou confiado na probabilidade de não defraudação num negócio rotineiro, possa haver engano tipicamente relevante desde que afirmada a idoneidade *ex ante* do engano para produzir um prejuízo patrimonial.

Assim, o tipo pode abranger várias posturas situacionais da vítima, que baseia as suas decisões numa expectativa de verdade das informações economicamente relevantes. Quer quando, como acontecerá nos negócios tradicionais, reflita e extraia conclusões do

³⁷ Acompanhamos, portanto, FRISCH, Wolfgang, “Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fasc. 5, Buenos Aires, 2011, p. 785.

comportamento do seu interlocutor, quer, no caso dos negócios em massa e rotineiros, quando aquela ponderação esteja ausente e a vítima atue com base na expectativa geral de verdade e cumprimento, quer ainda quando atue na base de uma confiança na probabilidade da não defraudação. Aliás, num modelo de imputação que se quer objetivo e normativo, o elemento principal é o engano, o qual melhor sintetiza a tensão dialética entre os deveres de verdade e os deveres de autoproteção vigentes no tráfico. E normalmente, o erro é um elemento subjetivo, fáctico, com menores possibilidades de objetivização ou normativização. Pelo que, o erro deve ser tratado como simples resultado intermédio entre a conduta típica e o resultado definitivo do prejuízo patrimonial³⁸.

Assim sendo, não há qualquer obstáculo a que uma pessoa coletiva possa ser alvo do engano no crime de burla, mesmo quando no caso não se divise um verdadeiro e efetivo erro psicológico dos representantes da pessoa coletiva. Não só quando o engano provém do exterior do ente coletivo, mas também, eventualmente, quando provém dos seus próprios representantes, onde poderá aparecer muitas vezes em concurso com o crime de infidelidade e com crimes societários.

Todavia, a possibilidade de ter como enganado para efeitos de burla uma pessoa coletiva não dispensa a violação de um dever de verdade que fundamenta a existência de um engano típico e que a pessoa coletiva tenha cumprido com os seus deveres mínimos de autoproteção. Tendo presente que será tanto mais difícil imputar um engano de um agente a uma pessoa coletiva, quanto mais desenvolvida e profissionalizada for a sua estrutura, principalmente

³⁸ Cf. ANDRADE, Tiago da Costa (nota 5), p. 95 s., e MARTÍN, Adán Nieto, “El papel del engaño en la construcción de um delito de estafa em la UE”, *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo: euodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 238.

quando a responsabilidade de uma disposição patrimonial sua necessitar de ser processada e confirmada por uma série de pessoas ou departamentos com *know-how*, *expertise* ou deveres de diligência relativamente aos temas sobre os quais incidiu o engano³⁹. Isto é, mesmo que o agente tenha a possibilidade fáctica de prestar mais informações à pessoa coletiva, aquele não poderá ser criminalmente responsabilizado se mantiver a sua atuação dentro dos limites da sua posição na relação económica e no mercado e desde que não altera os termos iniciais de acessibilidade normativa à informação.

V. O Papel do Crime de Burla na Era da Luta contra a Fraude Lesiva dos Interesses Financeiros da União Europeia através do Direito Penal

Em último lugar, numa perspetiva integrada do ordenamento jurídico-nacional como enquadrado numa realidade jurídica mais abrangente que simultaneamente o condiciona e o incorpora, como a europeia, cremos que não deverá deixar de se indagar sobre o lugar que pertencerá ao crime de burla enquanto instrumento de política criminal de prevenção da fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia. Não só por razões de índole substantiva, mas também de índole processual, nomeadamente no tocante à competência da Procuradoria Europeia.

Por força da sua integração na União Europeia, por um lado, o ordenamento jurídico nacional é confrontado com a vigência da

³⁹ O que, relativamente a pessoas ou entidades com grande capacidade de ação, não significa que a regra da delimitação do dever de diligência dependa necessariamente do seu poderio económico, como refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 8), p. 943, mas sim do critério da acessibilidade à informação. Todavia, naturalmente, o poder económico de entidades como bancos, seguradoras ou outras grandes instituições financeiras ou comerciais, as quais Paulo Pinto de Albuquerque refere como exemplos, é um forte indício de acessibilidade à informação.

Diretiva UE n.º 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.07.2017, a qual marca o contexto da política criminal no tocante à fraude lesiva dos interesses da União. A Diretiva veio criar a obrigação para os Estados-Membros de criminalizarem certas condutas de fraude que afetem as receitas, as despesas e os ativos do orçamento geral da União Europeia⁴⁰. Por outro lado, é esta Diretiva que estabelece o mais relevante âmbito de competência da Procuradoria Europeia⁴¹. Para ela remetendo o Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12.10.2017, que define o estatuto da Procuradoria Europeia, as condições em que esta exerce as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas atividades e as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais que a Procuradoria Europeia realizar no exercício das suas funções⁴².

É no artigo 22.º do Regulamento que se explicita o âmbito material de competência da Procuradoria Europeia. Desde logo, a

⁴⁰ Nos termos do Considerando n.º 4 da Diretiva, “[a] proteção dos interesses financeiros da União exige uma definição comum de fraude coberta pelo âmbito da presente diretiva, que deverá abranger os comportamentos fraudulentos que afetam as receitas, as despesas e os ativos do orçamento geral da União Europeia («orçamento da União»), incluindo operações financeiras como as atividades de contração e concessão de empréstimos”.

⁴¹ A competência da Procuradoria Europeia está limitada, pelo próprio Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, à investigação, instauração da ação penal, dedução de acusação e sustentação em instrução e julgamento relativamente a autores e cúmplices de infrações cometidas contra os interesses financeiros da União. Nos termos do artigo 86.º, n.º 2, do TFUE “[a] Procuradoria Europeia é competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União determinadas no regulamento a que se refere o n.º 1. A Procuradoria Europeia exerce, perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a ação pública relativa a tais infrações”.

⁴² Cf. artigo 86.º, n.º 2, do TFUE.

Procuradoria Europeia é competente em relação às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União que estão previstas na Diretiva (UE) 2017/1371, tal como transposta para o direito nacional, independentemente de a mesma conduta criminosa poder ser classificada como outro tipo de infração ao abrigo do direito nacional⁴³. Ao que acresce que a Procuradoria Europeia é igualmente competente em matéria de qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada a uma infração penal lesiva dos interesses financeiros da União⁴⁴.

Deste modo, a interrogação sobre o papel do crime de burla no quadro da prevenção da fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia prende-se com a circunstância de os grandes espaços de punibilidade delineados pela Diretiva parecerem estar, no ordenamento jurídico-penal português, cobertos pelos crimes de fraude fiscal e de burla tributária, do lado das receitas da União, e pelo crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, do lado das despesas. Veja-se que a Diretiva, depois de impor que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para assegurar que a fraude lesiva dos interesses financeiros da União constitua uma infração penal, quando cometida intencionalmente, concreti-

⁴³ À luz do princípio da legalidade, a Procuradoria Europeia só terá competência para exercer a ação penal quanto às infrações expressamente prescritas na Diretiva, mesmo que outras existam no ordenamento jurídico de determinado Estado-Membro e protejam os interesses financeiros da União Europeia. Assim, ȘANDRU, Adrian / MORAR, Mihai / HERINEAN, Dorel / PREDESCU, Ovidiu, *European Public Prosecutor's Office: Regulation, Disputes, Explanations*, Bucareste: Universal Juridic, 2022, pp. 56 e 57.

⁴⁴ Cf. artigo 22.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12.10.2017. Além disso, a Procuradoria Europeia tem também competência em matéria de infrações relativas à participação numa organização criminosa, definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, tal como transposta para o direito nacional, se a atividade criminosa dessa organização consistir essencialmente em cometer qualquer das infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União.

za as quatro dimensões dos interesses orçamentais da União a salvar: (i) despesas não relacionadas com contratação pública, (ii) despesas relacionadas com contratação pública, (iii) receitas provenientes dos recursos próprios do IVA e (iv) receitas distintas das receitas provenientes dos recursos próprios do IVA⁴⁵.

Assim, no que toca ao crime de burla, em ordem a compreender a sua função político-criminal na prevenção de fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e para determinar se a Procuradoria Europeia tem competência para a sua investigação, importa procurar linhas de resposta para duas questões. Primeiro, será preciso determinar se a burla se poderá considerar um tipo de crime que, no direito nacional, visa prevenir a lesão dos interesses financeiros da União, assumindo-se como uma das formas de tipificação nacional das condutas para as quais o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva aponta. E, em segundo lugar, nos casos em que a primeira questão mereça uma resposta negativa, será preciso saber se o crime de burla poderá ainda considerar-se uma infração indissociavelmente ligada a uma infração penal lesiva dos interesses financeiros da União.

Ora, do ponto de vista histórico, cumpre recordar que, no momento de aprovação do Código Penal de 1982, o Estado português ainda não era parte da Comunidade Económica Europeia. É certo que se encontrava já a decorrer, desde 1977, o processo de adesão, mas o tratado que integrou Portugal nas Comunidades Europeias apenas veio a ser assinado em 1985. E é verdade que, como começámos por assinalar na introdução ao presente texto, desde 1982 que o crime de burla vem mantendo uma assinalável estabilidade quanto aos elementos do seu tipo legal. Mas, não é menos certo que, quando o legislador criou o crime de burla, ainda não havia qualquer preocupação de política criminal com os interesses finan-

⁴⁵ Cf. artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva UE n.º 2017/1371.

ceiros da União Europeia. Donde resulta evidente que não será em sede de interpretação historicista que se encontrará uma resposta quanto à idoneidade do crime de burla para tutelar os interesses financeiros da União. Importando, outrossim, procurar interligar as normas do direito penal substantivo da Diretiva com a atual redação das pertinentes incriminações do Direito nacional.

Começando pelas infrações de natureza penal-fiscal, às quais se referem as duas últimas alíneas do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva, estas encontram reflexo nos crimes de fraude fiscal e de burla tributária do ordenamento jurídico-penal português⁴⁶. Neste conspecto, a questão da eventual mobilização do crime de burla do Código Penal perde alguma da sua relevância, na justa medida em que aquelas outras incriminações apresentam um âmbito de aplicação mais alargado e com requisitos típicos menos exigentes. Note-se que o crime de fraude fiscal não só é um crime de perigo como é um crime de mera atividade, bastando-se com um potencial efeito lesivo de diminuição das receitas tributárias, centrando-se o conteúdo do ilícito na declaração fraudulenta e consumando-se assim que a fraude integre o processo específico de arrecadação de receitas pela Administração Fiscal⁴⁷. E, se se perfilhar o entendimento de que as duas últimas alíneas do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva exigem a causação de um efetivo prejuízo patrimonial, na forma do efeito de diminuição dos recursos da União, em princípio será a burla tributária o crime da ordem jurídica nacional a mobilizar para a punição desse prejuízo.

⁴⁶ Respetivamente, os artigos 103.º e 107.º do Regime Geral das Infrações Tributárias.

⁴⁷ Assim, CUNHA, José M. Damião da, “Burlas e fraudes sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma “primeira palavra” sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal (1.ª parte)”, *Revista do Ministério Público*, 162, abril-junho 2020, p. 24; e SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes fiscais – análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84 s.

Logo, não será facilmente pensável um caso de infrações fiscais em que interesse mobilizar ou fazer sequer apelo ao crime de burla para a tutela das receitas orçamentais da União Europeia.

Quanto às despesas não relacionadas com contratação pública, visadas pelo artigo 3.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva (UE) 2017/1371, no ordenamento jurídico-penal português impera o crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção previsto no artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.01⁴⁸. Por um lado, este crime apresenta algumas semelhanças com a burla, designadamente a circunstância de ambos configurarem crimes de resultado e exigindo uma vinculação da conduta típica a um engano sobre factos. No entanto, por outro lado, o crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção admite a punibilidade de negligência de certas modalidades de execução do crime, o resultado típico da fraude na obtenção de subsídio ou subvenção não é um prejuízo patrimonial, mas sim uma forma de enriquecimento à custa do subsídio ou subvenção, além de que este tipo criminal exige que o engano sobre factos recaia sobre factos importantes para a concessão do subsídio. Sendo que a qualificação de um facto como importante para efeitos de lesões dos interesses financeiros da União dependerá, em princípio, do número 8 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84, entende José M. Damião da Cunha que o crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção se assumirá como um regime de punição esgotante que afastará a aplicabilidade do crime de burla⁴⁹.

⁴⁸ Criticando o atual artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.01, por não abranger a retenção ilegítima de subsídio ou subvenção que a Diretiva impõe que se criminalize, e instando à revisão do tipo legal, CUNHA, José M. Damião da, “Burlas e fraudes sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma “primeira palavra” sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal (2.ª parte)”, *Revista do Ministério Público*, 163, julho-setembro 2020, p. 37.

⁴⁹ CUNHA, José M. Damião da, (nota 48), pp. 24 e 38-39.

Já no tocante às despesas relacionadas com contratação pública, cuja incriminação é imposta pelo artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva (UE) 2017/1371, facilmente se admite que esta norma se aproxima ao crime de burla. Repare-se que, nesta sede, alude a Diretiva a atos ou omissões “quando cometidos tendo em vista um proveito ilícito em benefício do autor da infração ou de terceiros, causando prejuízo aos interesses financeiros da União”. Mimetizando-se, assim, os elementos típicos da burla do Código Penal português de intenção de obtenção de enriquecimento ilegítimo e de prejuízo patrimonial. Sendo que, atendendo à tónica colocada na proteção dos interesses financeiros da União e à menção ao prejuízo patrimonial na acima mencionada alínea, a teleologia do impulso criminalizador da Diretiva parece distinta da que preside à incriminação do mais paradigmático crime de fraude no âmbito da contratação pública do nosso ordenamento jurídico-penal, a perturbação de arrematações prevista no artigo 230.º do Código Penal⁵⁰.

Restará saber, no entanto, se o crime de burla poderá ser aplicável a esta vertente concorrencial, nos casos em que a entidade pública sofre um prejuízo patrimonial por efeito de fraude, nomeadamente de um “acordo ilícito”. José M. Damião da Cunha entende que o crime de burla não se afigura aplicável em face de várias arduidades construtivas: a dificuldade de comprovação e quantificação do prejuízo patrimonial decorrente da diferença entre o efetivo valor da prestação real e o valor daquela que seria efeito da normal atividade do mercado; a difícil imputação do prejuízo patrimonial

⁵⁰ De acordo com CUNHA, José M. Damião da (nota 48), pp. 49-50, o crime de perturbação de arrematações do artigo 230.º do Código Penal tutela a liberdade de concorrência, também nos mercados ou contratos públicos, ainda que não abranja a figura dos “acordos ilícitos” em arrematações públicas nem o chamado *bid rigging*, os quais tendencialmente constituem causas de danos patrimoniais para as entidades públicas.

aos participantes no pacto colusório; e a complexidade de estabelecer ou mensurar o enriquecimento pretendido, nomeadamente a equivalência exata entre este e o prejuízo⁵¹. Da nossa parte, não deve ficar esquecida a possibilidade de subsumir ao crime de burla condutas que se situem em momento contemporâneo do concurso público, como esses acordos ilícitos, desde que, evidentemente, se consiga afirmar e provar o prejuízo patrimonial tipicamente exigido.

Seja como for, nos termos da redação do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva (UE) 2017/1371, as hipóteses em que está em causa a lesão de interesses financeiros da União têm sobretudo que ver com as fraudes no acesso aos mercados públicos e as fraudes na execução de contratos públicos. Como salienta José M. Damião da Cunha, trata-se de situações de “fraude no acesso aos mercados públicos, ou seja obtenção de contratos sem estar em condições – fraude nos pressupostos para se ser contratante público –, mas sobretudo e primordialmente a fraude na execução dos contratos traduzida sob formas de despesas indevidas, como o aumento do preço contratado através da afetação de custos indevidos, de estabelecimento inadequado de preços ou então os casos de faturas falsas que aumentam o preço ou os custos, etc.”⁵². Sendo que, conclui o autor, em tais casos, o crime de burla poderá considerar-se a tipificação dominante para efeito de fraudes na contratação pública⁵³.

Tendemos a concordar com esta posição, desde que se respeite a exigente tipicidade do crime de burla⁵⁴. A Diretiva refere várias

⁵¹ CUNHA, José M. Damião da (nota 48), p. 50.

⁵² CUNHA, José M. Damião da (nota 48), p. 52.

⁵³ Não obstante, CUNHA, José M. Damião da (nota 48), p. 53, entende justificar-se distinguir tipicamente, no crime de burla, a qualidade pública-europeia dos bens objeto de fraude e a referência à participação de funcionários nacionais ou da União que vise obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo.

⁵⁴ Já com esta advertência, CUNHA, José M. Damião da (nota 48), p. 53.

modalidades de execução desta fraude no âmbito da contratação pública, mas só algumas das suas modalidades poderão ser cobertas pelo crime de burla. No que toca ao parágrafo i), da alínea b), do n.º 2, do artigo 3.º da Diretiva, parece-nos pacífico que o crime de burla abrange a utilização e a apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta, ainda que não seja aplicável à retenção de fundos em face da necessidade de um ato de disposição patrimonial. No que respeita ao parágrafo ii), a não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito de apropriação (não retenção) daqueles fundos também poderá configurar uma burla por omissão, conquanto se verifiquem todos os pressupostos típicos aplicáveis a esta figura. Já quanto à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos, que lese os interesses financeiros da União, esta não estará coberta pelo crime de burla, na justa medida em que também aqui não haverá ato de disposição patrimonial. Assim, só algumas das modalidades de execução previstas na Diretiva é que serão enquadráveis no crime de burla, ainda que irrenunciavelmente se exija a existência de um engano astucioso sobre factos.

Todavia, se consideramos não estar excluído que o crime de burla se possa subsumir a algumas destas infrações que põem em causa a vertente de despesa relacionada com contratação pública, sempre se deverá ter presente que nele não se faz qualquer referência expressa à tutela do património orçamental do Estado ou da União Europeia, nem à intervenção de funcionários do Estado ou da União e que o programa político-criminal pressuposto pelo direito penal patrimonial português assenta na tendencial disponibilidade do património. Associando-se muitas vezes esta última ideia à conceção segundo a qual os fins dos particulares são arbitrários, podendo modificar-se pela vontade, de forma racional ou não, e de que

constituem meras motivações nem sempre reconhecíveis pelo destinatário da prestação, ao contrário das prestações públicas, que têm como pressuposto uma planificação prévia, que vincula a disposição patrimonial à obtenção de fins de interesse geral normativamente previstos⁵⁵. Assim, tendo em conta estas várias idiosincrasias típicas do crime de burla, o património público, cuja administração e disposição visa finalidades coletivas e deve estar vinculado ao princípio da legalidade da administração e ao mínimo de discricionariedade, não deveria ser objeto de proteção do crime de burla.

Porém, as considerações acabadas de expender não significam que não se deva reconhecer ao crime de burla nenhum papel no domínio da proteção dos interesses financeiros da União Europeia. Em abstrato, ainda que não exista, entre nós, uma circunstância qualificativa do crime pelo facto de o sujeito enganado ser titular de um órgão público ou um terceiro dotado de um poder de disposição sobre o património da administração pública⁵⁶, o património

⁵⁵ Esta distinção levava Tiedemann, antes da autonomização de *Subventionsbetrug* na lei contra a criminalidade económica alemã, a tomar como inevitável um duplo conceito de património e de dano patrimonial: dinâmico e funcional para o património público e estático e económico para o património privado. Não obstante, Tiedemann não viria a partilhar da posição segundo a qual a burla de subvenção tutelaria o património público, defendendo antes a protecção dos fins da política económica. Sobre estas considerações do autor, cf. MONTALVO, José Antonio Choclán, *El Delito de Estafa*, Barcelona: Bosch, 2009, p. 71; BATARRITA, Adela Asua, “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”, *ADPCP*, Tomo 46, Fasc. 1, 1993, p. 159; e DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre os crimes de fraude e na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II – Problemas Especiais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 332.

⁵⁶ Ao contrário, por exemplo, do que sucede com as correspondentes incriminações alemã, no § 263-4, do Código Penal alemão, no artigo 640.º do Código Penal italiano e no artigo 313, n.º 2, 1.º-5.º, do Código Penal francês. Com referências a estas normas, CUNHA, José M. Damião da, (nota 47), p. 19.

do Estado ou de qualquer outra pessoa coletiva pública, como a União Europeia e aquelas outras com responsabilidades na gestão do orçamento da União, não deverá estar afastado da tutela do património pretendida com o crime de burla. Na verdade, numa interpretação atualista do crime de burla, cremos que o conceito jurídico-criminal de património não necessita de sofrer qualquer alteração para que através dele se tutele o património público⁵⁷.

Do ponto de vista sistemático, é verdade que o Código Penal português reservou o título V dos crimes contra o património para a prevenção da lesão do interesse público, através dos crimes de apropriação ilegítima e administração danosa, previstos, respetivamente, nos artigos 234.º e 235.º do CP⁵⁸. No entanto, não se deverá atribuir relevo decisivo ao argumento de ordem sistemática, já que, como nota José António Barreiros estes crimes não cobrem todos os ataques ao património público, baseando-se a sua autonomização típica apenas na dupla verificação de cariz objetivo e subje-

⁵⁷ Assim, PALMA, Maria Fernanda / PEREIRA, Rui “O Crime de Burla no Código Penal de 1982-95”, *RFDL*, XXXV, 1994, p. 331; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 8), p. 941; e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.01.2002, no processo n.º 01P3259, no qual se decidiu que “*O Estado é uma pessoa colectiva de direito público e, como tal, possível sujeito passivo do crime de burla e de outros de índole patrimonial.*” Em sentido contrário, BALMACEDA-HOYOS, Gustavo, “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”, *REJ*, n.º 12, 2010, p. 195, para quem o património público já se encontra tutelado por outro tipo de incriminações, como as tributárias.

⁵⁸ Aliás, a criminalização do crime de apropriação ilegítima é agora também uma imposição da Diretiva UE n.º 2017/1371. Cf. artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva UE n.º 2017/1371: “*Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que a apropriação ilegítima, quando cometida intencionalmente, constitua uma infração penal. Para efeitos da presente diretiva, por «apropriação ilegítima» entende-se o facto de um funcionário público, direta ou indiretamente encarregado da gestão de fundos ou de ativos, afetar ou desembolsar fundos, ou se apropriar de ativos ou utilizar ativos para fins contrários ao objetivo para o qual estavam previstos de modo que lese os interesses financeiros da União.*”

tivo, de que seja lesado o património público e que os crimes sejam simultaneamente cometidos por agentes com estatuto público⁵⁹.

É certo que a decisão de política-criminal do legislador português não foi fazer do crime de burla a chave-mestra para prevenir todos os comportamentos que lesam bem jurídicos através de atos (ou omissões, normativamente equiparáveis) de fraude. Se assim não fosse, não teria o legislador português autonomizado os crimes de fraude fiscal, de burla tributária e de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, mais a mais em legislação penal avulsa. Não se teria, ainda, no crime de fraude fiscal, prescindido do elemento do prejuízo patrimonial. Não se teria, ademais, neste crime como no de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, dispensado a referência típica da decisão patrimonialmente relevante imputável ao engano do representante da Administração.

Contudo, tal como o crime de burla se encontra tipificado no Código Penal, ainda que sujeito a uma dogmática distinta da dos crimes do nosso ordenamento jurídico que melhor se subsumem às incriminações do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva, não vemos razões para que assuma uma função de punir práticas enganosas contra entidades públicas lesivas dos interesses financeiros da União, do lado da despesa, e não cobertas pelo crime de fraude na obtenção de subsídio e pelos crimes normalmente aplicáveis no âmbito da contratação pública, conquanto se preencham todos os seus elementos típicos. Ou seja, ao considerar-se que o crime de burla protege o bem jurídico património, este poderá ser mobilizado contra uma conduta lesiva dos interesses financeiros da União desde que se demonstre um efetivo prejuízo patrimonial. Se esta preencher todos os restantes elementos da respetiva incriminação da Diretiva, então, mas só nesses casos, a Procuradoria Europeia terá compe-

⁵⁹ BARREIROS, José António, *Crimes contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 152.

tência para a investigação do crime de burla tal como tipificado no artigo 217.º do Código Penal⁶⁰.

De resto, nos casos em que o crime de burla não surja como uma infração que se subsuma às tipificações da Diretiva, a competência da Procuradoria Europeia para o exercício da ação penal relativamente a um crime de burla apenas poderá surgir no quadro do artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2017/1939, que determina que aquela ainda será competente em matéria de qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada às infrações do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva. O conceito de uma infração penal indissociavelmente ligada às infrações que constituem o cerne daqueles para a investigação das quais a Procuradoria Europeia é competente não é um conceito de apreensão imediata nem isento de discussão⁶¹. Se, por um lado, há quem o construa a partir de uma ideia de identidade substancial à luz do princípio *ne bis in idem*⁶², há também quem o aproxime do conceito de infra-

⁶⁰ Segundo CAEIRO, Pedro / RODRIGUES, Joana Amaral, “*A European Contraposition: The Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of Member States’ Jurisdiction over Criminal Matters*”, LIGETI, Katalin / ANTUNES, Maria João / GIUFRIIDA, Fabio (org.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch: Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, pp. 64-65, nos casos em que o Direito nacional funde as incriminações da Diretiva com delitos análogos a bens jurídicos nacionais e não se excluem hipóteses em que se lesam interesses de natureza europeia, a competência da Procuradoria Europeia dependerá da devida demonstração da lesão dos interesses financeiros da União no caso concreto. Assim, cremos que, se o crime de burla ainda é reflexo no ordenamento jurídico nacional de uma das incriminações da Diretiva, isso significa que, se se demonstrar uma lesão dos interesses financeiros da União no caso concreto, a Procuradoria Europeia poderá ter competência para exercer a ação penal nesse caso.

⁶¹ Como notam PAWLIK, Marta / KLIP, André, “*A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor’s Office*”, ERKELENS, Leendert H. / MEIJ, Arjen / PAWLIK, Marta, *The European Public Prosecutor’s Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Haia: Asser Press, 2015, p. 187.

⁶² CAEIRO, Pedro / RODRIGUES, Joana Amaral (nota 60), pp. 65-66.

ções penais conexas⁶³, não faltando quem o consubstancie a partir de ambos⁶⁴.

De qualquer modo, a extensão da competência da Procuradoria Europeia a infrações indissociavelmente ligadas às que constituem o *core* da sua atuação, à luz do artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2017/1939, sempre dependerá da condição estabelecida no artigo 25.º, n.º 3, do mesmo diploma. Ou seja, para que se estabeleça a competência para a investigação do crime de burla sempre será necessário que a sanção máxima para ele prevista no direito nacional seja de maior severidade relativamente à sanção máxima prevista para uma das incriminações da Diretiva. A não ser que o crime de burla tenha sido instrumental para cometer a infração lesiva dos interesses financeiros da União.

Quanto à primeira hipótese, repare-se que a pena máxima prevista para o crime de burla é de 8 anos de prisão⁶⁵, que é a mesma que o legislador nacional estabeleceu para o crime de fraude fiscal, burla tributária e de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção⁶⁶. Sendo que a pena máxima prevista para o crime de burla qualificada, quando cometida por uma pessoa coletiva, é de 960 dias de multa, que também será igual ou inferior à aplicável às pessoas coletivas por qualquer uma daquelas outras infrações. Pelo que

⁶³ GRASSO, Giovanni / SICURELLA, Rosaria / GIUFFRIDA, Fabio, “EPPO Material Competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation”, LIGETI, Katalin / ANTUNES, Maria João / GIUFFRIDA, Fabio (org.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch: Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, p. 36.

⁶⁴ ȘANDRU, Adrian / MORAR, Mihai / HERINEAN, Dorel / PREDESCU, Ovidiu (nota 43), p. 80 s.

⁶⁵ Por efeito do artigo 218.º, n.º 2, do Código Penal, no qual se encontra previsto o crime de burla qualificada.

⁶⁶ Cf. os artigos 87.º, n.º 3, e 104.º, n.º 3, do Regime Geral das Infrações Tributárias e o artigo 36.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 28/84.

esse requisito que ativaría a competência da Procuradoria Europeia não seria suscetível de ser cumprido no quadro atual do direito positivo. E, quanto à segunda hipótese, também nos parece difícil de conceber, já que, não ficando afastada a sua mobilização no lugar de alguma das infrações acima analisadas, certo parece também, por tudo quanto acima se deixou exposto, que o crime de burla não será instrumental em relação a nenhuma delas.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.
- ANDRADE, Tiago da Costa, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objetiva*, Coimbra: Almedina, 2019.
- BALMACEDA-HOYOS, Gustavo, “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”, *REJ*, n.º 12, 2010, pp. 163-219.
- BARREIROS, José António, *Crimes contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996.
- BATARRITA, Adela Asua, “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”, *ADPCP*, Tomo 46, Fasc. 1, 1993, pp. 81-166.
- BERBERICH, Mathias / TÖNNINGSEN, Gerit / WOHLFAHRT, Tobias, “The Virtual Currency Regulation Review: Germany”, Anderson, Paul *The Virtual Currency Regulation Review*, 5th edition, 2022, disponível em <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/germany>.
- BRITO, José de Sousa, “A burla do artigo 451.º do Código Penal – Tentativa de Sistematização”, Separata da Revista Scientia Iuridica, tomo XXXII, n.ºs 181-183, 1983, Janeiro-Junho.
- CAEIRO, Pedro / RODRIGUES, Joana Amaral, “A European Contraption: The Relationship between the Competence of the EPPO and the Scope of Member States’ Jurisdiction over Criminal Matters”, Ligeti, Katalin / Antunes, Maria João / Giuffrida, Fabio (org.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch: Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, pp. 57-83.
- COSTA, António Manuel de Almeida, “Artigo 217.º”, Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa / Brandão, Nuno (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Volume I, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 344-384.

- CUNHA, José M. Damião da, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, 1.^a edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2017.
- CUNHA, José M. Damião da, “Burlas e fraudes sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma “primeira palavra” sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal (1.^a parte)”, *Revista do Ministério Público*, 162, abril-junho 2020, pp. 9-52.
- CUNHA, José M. Damião da, “Burlas e fraudes sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma “primeira palavra” sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal (2.^a parte)”, *Revista do Ministério Público*, 163, julho-setembro 2020, pp. 9-68.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral – Tomo I*, 3.^a Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019.
- DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre os crimes de fraude e na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II – Problemas Especiais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 321-345.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, ENZO, *Diritto Penale: Parte Speciale, Volume II, tomo secondo: I delitti contro il patrimonio*, Bologna: Zanichelli Editore, 1996.
- FRISCH, Wolfgang, “Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fasc. 5, Buenos Aires, 2011, pp. 781-800.
- GODINHO, Inês Fernandes / LUX, Laura Mayer, “A Burla como crime contra o património: superação de uma tautologia”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 2, 2011 (abril-junho), pp. 237-266.
- GRASSO, Giovanni / SICURELLA, Rosaria / GIUFFRIDA, Fabio, “EPPD Material Competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation”, Ligeti, Katalin / Antunes, Maria João / Giuffrida, Fabio (org.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch: Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, pp. 23-56.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Speciale II: Delitti Contro il Patrimonio*, Padova: CEDAM, 2012.
- MANZANO, Mercedes Pérez / FERNÁNDEZ, Miguel Bajo (org.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) – Volumen II*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 339-500.
- MARTÍN, Adán Nieto, “El papel del engaño en la construcción de um delito de estafa em la UE”, *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 231-255,

- MELIÁ, Manuel Cancio, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.
- MONTALVO, José Antonio Choclán, *El Delito de Estafa*, Barcelona: Bosch, 2009.
- MUÑOZ, Nuria Pastor, “Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003”, *ADPCP*, vol. LVI, 2003, pp. 561-592.
- MUÑOZ, Nuria Pastor, *La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- MUÑOZ, Nuria Pastor, “Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 1, nº 1, Santiago, 2010, pp. 43-64.
- NAKAMOTO, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- PALMA, Maria Fernanda / PEREIRA, Rui “O Crime de Burla no Código Penal de 1982-95”, *RFDL*, XXXV, 1994, pp. 321-333.
- PAWLIK, Marta / KLIP, André, “A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor’s Office”, Erkelens, Leendert H. / Meij, Arjen / Pawlik, Marta, *The European Public Prosecutor’s Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Haia: Asser Press, 2015, pp.183-192.
- RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017.
- RAMALHO, David Silva / MATOS, Nuno Igreja, “Branqueamento e *Bitcoin*: uma introdução”, *Revista do Ministério Público*, 162, 2020 (abril-junho), pp. 77-115.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico. Uma Política Criminal na Era Compliance*, Coimbra: Almedina, 2019.
- RODRIGUES, Narciso da Cunha, “Os Crimes Patrimoniais e Económicos no Código Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, 1993 (abril-dezembro), pp. 515-540.
- ȘANDRU, Adrian / MORAR, Mihai / HERINEAN, Dorel / Predescu, Ovidiu, *European Public Prosecutor’s Office: Regulation, Disputes, Explanations*, Bucareste: Universal Juridic, 2022.
- SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes fiscais – análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019.

LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO
DE CAPITALES MEDIANTE EL
DERECHO PENAL EN LA UE:
LUCES Y SOMBRAS DE LA
PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE
RECUPERACIÓN Y DECOMISO DE
ACTIVOS DE 2022 ^(*)

TERESA AGUADO-CORREA

Profesora Titular
de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

^(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”, PID-2020-117403RB-100, Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Sumario: I. Introducción. II. El fracaso de la actual política criminal de recuperación de activos en la UE: crónica de un fracaso anunciado. III. La nueva política criminal de recuperación de activos en la UE: la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos. 1. Contexto. 2. Base jurídica. IV. Disposiciones generales de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos. 1. Introducción. 2. Objeto. 3. Ámbito de aplicación. 4. Definiciones V. Breve recorrido por las disposiciones sobre embargo y decomiso de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos. 1. Introducción. 2. Embargo. 3. Decomiso. 4. Decomiso de bienes de terceros. 5. Decomiso ampliado. 6. Decomiso no basado en sentencia condenatoria. 7. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas. VI. Proporcionalidad del decomiso y cláusula de situación de penuria injustificada en la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos. VII. Reflexión final.

Summary: I. Introduction. II. The failure of the current criminal asset recovery policy in the EU: a chronicle of a foretold failure. III. The new criminal asset recovery policy in the EU: the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation. 1. Context. 2. Legal basis. IV. General Provisions of the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation. 1. Introduction. 2. Subject matter. 3. Scope. 4. Definitions V. A brief overview of the provisions on freezing and confiscation in the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation. 1. Introduction. 2. Freezing. 3. Confiscation. 4. Confiscation from a third party. 5. Extended confiscation. 6. Non-conviction based confiscation. 7. Confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities. VI. Proportionality of confiscation and unjustified hardship clause in the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation. VII. Final reflexion.

Resumen: Al ser la recuperación de activos una herramienta clave de la actual política criminal de la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada, nos ocupamos de algunas disposiciones de la propuesta de Directiva de recuperación y decomiso de activos aprobada por la Comisión Europea el 25 de mayo de 2022. Tras repasar las claves del fracaso de la actual política europea de recuperación de activos, nos adentramos en el análisis de algunas disposiciones de la propuesta de Directiva, comenzando por sus disposiciones generales, para des-

pués realizar un breve recorrido por la regulación del embargo y de las modalidades del decomiso, destacando las novedades que se contemplan en la misma respecto a la actual Directiva 2014/42/UE. Finalizamos con un apartado dedicado a la garantía de proporcionalidad y a la cláusula de situación de penuria injustificada.

Abstract: Since asset recovery is a key tool in the current criminal policy of the European Union in the fight against money laundering, terrorist financing, and organised crime, we deal with some provisions of the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation approved by the European Commission on May 25, 2022. After reviewing the keys to the failure of the current European asset recovery policy, we delve into the analysis of some provisions of the proposed Directive, starting with its general provisions, to then make a brief tour of the regulation of the embargo and the modalities of confiscation, highlighting the novelties that are contemplated in it with respect to the current Directive 2014/42/UE. We end with a section dedicated to the guarantee of proportionality and the undue hardship clause.

Palabras Clave: recuperación de activos; embargo; decomiso; blanqueo de capitales; criptoactivos.

Keywords: asset recovery; confiscation; freezing; money laundering; crypto assets.

I. Introducción

El blanqueo de capitales es una clara muestra del fracaso de la actual política criminal de recuperación y decomiso de activos. Y ello, a pesar de que la recuperación de activos es la clave para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y, en definitiva, las actividades relacionadas con la delincuencia organizada¹. Si dichos activos hubiesen sido embargados o decomisados

¹ Vid. AGUADO-CORREA, Teresa, “Decomiso: denominador común de la lu-

cuando fueron obtenidos por los grupos de delincuencia organizada, posteriormente no se blanquearían e introducirían en la economía lícita, “distorsionando las normas del mercado y perpetuando la capacidad de socavar los mercados financieros y generar pérdidas para personas y empresas”².

La Unión Europea no se cansa de insistir y recordar que la delincuencia organizada constituye una de las mayores amenazas graves a la seguridad de la Unión Europea, situando la recuperación y el decomiso de activos en la primera línea de la política criminal europea en la lucha contra la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo³. Prueba de ello es la adopción de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, el pasado 25 de mayo de 2022 (en adelante PD). La citada propuesta de Directiva es uno de los últimos ejemplos de los “esfuerzos más generales en el ámbito de la UE para luchar contra la delincuencia organizada”⁴, a la vista de que los Estados miembros no pueden alcanzar de manera suficiente el objetivo de la misma, “a saber, facilitar el decomiso de bienes en asuntos penales” (considerando 47), cuyos objetivos específicos son “desarticular las actividades de delincuencia organizada y privar a los delincuentes de significativos beneficios ilícitos”⁵.

cha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea”, *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017, p. 125 s.

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos, DO C 100 de 16.3.2023, p. 106, apartado 2.1.

³ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos, [COM (2022) 245 final, de 25.5.2022].

⁴ COM (2022) 245 final, p. 5.

⁵ COM (2022) 245 final, p. 6.

En un momento particularmente convulso como el que vivimos, en el que a la crisis por la COVID-19 se ha sumado la agresión de Rusia a Ucrania, la Unión Europea es plenamente consciente de la importancia, más que nunca, de garantizar que el delito no resulte rentable y de que “el sistema de recuperación de activos de la UE no está bien equipado para abordar eficazmente el complejo *modus operandi* de las organizaciones delictivas”⁶, no pudiendo alcanzar el marco actual “plenamente el objetivo de luchar contra la delincuencia organizada mediante la recuperación de sus beneficios”⁷. En el mismo día en el que la Comisión adoptó la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, también adoptó la propuesta de Decisión del Consejo por la que se añade la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión a los ámbitos delictivos establecidos en el artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que finalmente fue aprobada en noviembre de 2022⁸. El día 2 de diciembre de 2022, la Comisión aprobó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, infracciones que, como veremos, entran en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva ⁹.

Recientemente, en el considerando 4 del Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo

⁶ COM (2022) 245 final, p. 8.

⁷ COM (2022) 245 final, p.19, considerando 4.

⁸ Decisión (UE) 2022/2332 del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, relativa a la identificación de la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión como ámbito delictivo que cumple los criterios especificados en el art. 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO L 308, 29.11.2022, p. 18.

⁹ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión [COM (2022) 684 final, de 2.12.2022].

de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849¹⁰, se afirma: “Los flujos de dinero ilícito a través de transferencias de fondos y activos virtuales pueden dañar la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero y amenazar el mercado interior de la Unión y el desarrollo internacional. El blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada siguen siendo problemas importantes que deben abordarse a escala de la Unión. La solidez, la integridad y la estabilidad del sistema de transferencias de fondos y activos virtuales, y la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse seriamente comprometidas por los esfuerzos de los delincuentes y de sus cómplices por encubrir el origen de sus ingresos delictivos o por transferir fondos o activos virtuales para actividades delictivas o con propósitos terroristas”.

II. El fracaso de la actual política criminal de recuperación de activos en la UE: crónica de un fracaso anunciado

La primera hoja de ruta de la estrategia de la Unión Europea para “garantizar que el delito no resulte provechoso”, se contempló en la Comunicación de la Comisión titulada «Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”», de 20 de enero de 2008¹¹. Esa hoja de ruta fue actualizada, doce años después, en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de junio de 2020, “Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso”

¹⁰ DO L 150, de 9.6.2023, p. 2.

¹¹ AGUADO-CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05 (2013), p. 1 s.

(en adelante Informe de 2020)¹² en el que se evalúa la aplicación de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea así como de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo¹³. La revisión conjunta de ambas normas se planteó como una oportunidad para modernizar la legislación europea en materia de recuperación de activos y mejorar la capacidad de las autoridades competentes para garantizar que el delito no resulte rentable¹⁴, llegando a la conclusión en el citado Informe de 2020, “de que el marco actual no alcanza plenamente el objetivo de luchar contra la delincuencia organizada mediante la recuperación de sus beneficios”.

La modificación de la Directiva 2014/42/UE ya se había planteado en ocasiones anteriores, si bien en estas otras ocasiones se

¹² Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso [COM (2020) 217, de 2 de junio de 2020] (en adelante Informe de 2020).

¹³ En este Informe de 2020, COM (2020) 217, p. 19 s., se constata el gran impacto que ha tenido la Directiva 2014/42/UE en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, pues tan sólo 2 de los 26 Estados miembros vinculados por la misma Países Bajos y Eslovenia, no tuvieron que hacer cambios en sus respectivas legislaciones, aun cuando la mayoría de los Estados miembros excedieron el plazo de trasposición previsto en el art. 12 Directiva (4 de octubre de 2016), pues en esa fecha tan sólo ocho Estados miembros habían notificado la transposición completa de la Directiva en sus respectivos ordenamientos jurídicos y, tras el requerimiento de la Comisión a dieciocho Estados miembros en noviembre de 2016, quince de ellos notificaron las medidas de incorporación completa a sus ordenamientos jurídicos, dando la Comisión por archivados los procedimientos de infracción. Cfr. COM (2020) 217 p. 5. Sobre la incorporación de la Directiva 2014/42/UE al ordenamiento portugués, vid. DESTERRO FERREIRA, Maria Raquel / LOPES CARDOSO, Elina / CONDE CORREIA, João (coord.) *O novo regime de recuperação de ativos. À luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018.

¹⁴ COM (2020) 217 final, p. 19 s.

había focalizado la atención sobre la necesidad de ampliar la modalidad del decomiso sin condena. Así, y por increíble que parezca, la viabilidad de la modificación de la regulación del decomiso sin condena contemplada en la Directiva 2014/42/UE se solicitó por primera vez en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo con ocasión de la adopción de la citada Directiva. En la misma se solicitaba a la Comisión “analizar, lo antes posible y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la viabilidad y las posibles ventajas de introducir normas comunes adicionales relativas al decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas, incluso en ausencia de condena de una o varias personas concretas por tales actividades”¹⁵. A pesar de la urgencia con la que se formuló la petición a la Comisión Europea en 2014, pasaron seis años hasta que la Comisión respondió formalmente a la citada petición a través de las declaraciones contenidas en la sección 3 del Informe de 2020¹⁶. Tampoco podemos pasar por alto, por el tema que nos ocupa, que los colegisladores aprovecharon la aprobación de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, para solicitar a los Estados miembros “plantearse seriamente permitir el decomiso en todos los casos en los que no se pueda incoar o concluir un proceso penal, incluso en los casos en los que el autor del delito ha fallecido” (considerando 13).

Además de iniciar el Informe de 2020 afirmando que la delincuencia organizada es una de las mayores amenazas para la segu-

¹⁵ Documento del Consejo 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

¹⁶ COM (2020) 217 final, p. 4. En la elaboración de la sección 3 se ha tenido en cuenta el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre el análisis del decomiso basado en resoluciones no vinculadas a una condena en la UE. Documento SWD (2019) 1050 final.

ridad de la Unión Europea, la Comisión se refirió al fracaso de la actual política de recuperación de activos basándose en los datos sobre embargo (2%) y decomiso (1%) ofrecidos por EUROPOL¹⁷. No obstante, debe tenerse presente que los porcentajes a los que se alude en el citado Informe de 2020, están referidos a fechas en las que la Directiva 2014/42/UE aún no había sido aprobada, no había entrado aún en vigor o no había transcurrido el tiempo necesario para que hubiese desplegado sus efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros vinculados por la misma¹⁸, pues se refiere a datos de los años 2010-2014. Ante el alcance reducido del marco jurídico de los decomisos en lo que respecta a los activos y a las actividades delictivas además de las dificultades para localizarlos y gestionarlos con los que se encuentran las oficinas de recuperación de activos así como su escaso uso para compensar a las víctimas o en beneficio de la sociedad, la Comisión propuso la revisión conjunta de la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso y la Decisión del Consejo de 2007 sobre los organismos de recuperación de activos¹⁹. Además, propuso la adopción de otras medidas relacionadas con el inicio sistemático de investigaciones financieras e investigaciones financieras posteriores a la condena, instando a la transposición sin demora de la Directiva relativa a facilitar el uso de la información financiera.

¹⁷ «Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU – Survey of statistical information 2010-2014», Europol, 2016, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/does-crime-still-pay>. «From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe», Transcrime, 2015 (De los mercados ilegales a las empresas legales: la gama de la delincuencia organizada en Europa, 2015), disponible en: <http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2015/03/OCP-Full-Report.pdf>. Consultados por última vez, 1 de septiembre de 2022.

¹⁸ Ni Reino Unido ni Dinamarca están vinculados ni sujetos a su aplicación, COM (2020) 217 final, p. 3.

¹⁹ COM (2021) 170 final, p. 22; COM (2020) 217 final, p.19.

A la vista de las conclusiones obtenidas tras la evaluación de la aplicación de la Directiva 2014/42/UE plasmadas en el Informe de 2020, la Comisión se planteó evaluar “el potencial de una mayor armonización de los regímenes de recuperación de activos”, evaluación que en esta ocasión no se limitaría a la regulación del embargo y del decomiso contemplada en la Directiva 2014/42/UE, sino que se ampliaría a la norma que afecta a la primera fase del proceso de recuperación de activos (identificación y seguimiento), y de la que depende el éxito del resto de las fases²⁰, a saber, la Decisión 2007/845/JAI, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito²¹.

A los nueve meses de la presentación del Informe de 2020, la Comisión anunció la presentación de esta propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos en la Estrategia de la Unión Europea contra la Delincuencia Organizada 2021-2025²². La tercera línea prioritaria prevista en esta Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025, se centra en eliminar los beneficios generados por la delincuencia organizada y evitar su infiltración en la economía legal y la sociedad, para lo cual se prevé,

²⁰ Las fases que comprende el proceso de recuperación de activos son cinco: identificación y seguimiento de los activos adquiridos ilegalmente; embargo e incautación de los activos; administración de los activos embargados e incautados para conservar su valor; decomiso de los activos adquiridos ilegalmente; enajenación de los activos decomisados. COM(2020) 217, p. 2.:

²¹ Consejo, Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito (DO L 332 de 18.12.2007, p. 103).

²² Se trata de la primera estrategia centrada en la delincuencia organizada desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009.

por lo que aquí nos interesa, reforzar las medias de recuperación de activos, luchar contra el blanqueo de capitales y promover las investigaciones financieras. En esta Estrategia se recordaba, pues ya se había puesto de manifiesto en el Informe de 2020, que, a pesar de los avances de los marcos jurídicos destinados a luchar contra el blanqueo de capitales y a la recuperación de activos, sólo se detecta un porcentaje mínimo de las actividades delictivas y siendo también muy bajo el porcentaje de los activos decomisados, habiéndose agravado la situación por el uso cada vez más frecuente de las monedas virtuales.

En nuestra opinión, el fracaso de la actual política criminal de recuperación de activos de la UE se debe a varios factores íntimamente relacionados: a la falta de un enfoque global, integrado y operativo de la recuperación y decomiso de activos; al desfase temporal entre los instrumentos normativos de la UE que afectan a las distintas fases del proceso de recuperación de activos; y, también, a la falta de un enfoque de dimensión mundial en atención a la dimensión internacional del fenómeno²³. Y no será porque el CESE no lo advirtió en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva de 2012, donde hizo hincapié en la necesidad de un enfoque global, operativo e integrado y deploró que no se hubiese tenido en cuenta la faceta internacional en los siguientes términos: “Por último, tras recordar que la estrategia europea en materia de decomisos solo resultará plenamente eficaz si se inserta en un enfoque de dimensión mundial, el CESE deplora que la propuesta objeto de estudio no aborde esta faceta, pese a ser esencial”²⁴.

²³ AGUADO-CORREA, Teresa, “Siguiendo el rastro del dinero del dinero en la Unión Europea: hacia un enfoque global, operativo e integrado”, *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Madrid: Dykinson, 2021, p. 187 s.

²⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el

III. La nueva política criminal de recuperación de activos en la UE: la Propuesta de Directiva Sobre Recuperación y Decomiso de Activos

1. Contexto

Las principales normas de la Unión Europea en las que se han establecido los estándares fundamentales para la recuperación de activos en todas sus fases, con el fin de hacer cumplir la máxima de “garantizar que el delito no resulte provechoso”, se han aprobado en el lustro que abarca el período de 2014-2019. Pero lo cierto es que, como acabamos de ver, a pesar del esfuerzo normativo desarrollado para reforzar el marco legislativo europeo en materia de recuperación de activos, y a la vista de los datos que se ofrecen por los distintos actores implicados en la recuperación de activos, no se ha conseguido el fin pretendido, por lo que hay que proceder de nuevo a actualizar el marco jurídico, como reconoce la propia Comisión en el considerando 5 PRDA: “De ahí que, para facilitar y garantizar esfuerzos eficaces de recuperación de activos en toda la Unión, deba actualizarse el marco jurídico vigente...”.

En el considerando 1 PD, la Comisión recuerda que los ingresos de la delincuencia organizada ascienden a un mínimo de 139.000 millones de euros que se blanquean en un sistema financiero paralelo encubierto, planteando la disponibilidad de este producto de actividades delictivas, una amenaza significativa no sólo para la integridad de la economía y la sociedad, sino que también erosiona el Estado de derecho y los derechos fundamentales (consi-

decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea”, DO C 299, de 4.10.2012, p. 130, apartado 3.5.8.

derando 1 PD)²⁵. Pero en realidad, la estimación de esos ingresos se queda muy por debajo de los ingresos que obtiene la delincuencia organizada, pues como puso de manifiesto la Comisión en la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025, esos 139.000 millones de euros son los que generan solo de 9 de las principales actividades delictivas: “drogas ilícitas, trata de seres humanos, tráfico ilícito de migrantes, fraude (fraude en el IVA intracomunitario, vulneración de los derechos de propiedad intelectual, fraude alimentario), delitos contra el medio ambiente (tráfico ilícito de residuos y de especies silvestres), armas de fuego ilícitas, tabaco ilícito, actividades de ciberdelincuencia, delincuencia organizada contra la propiedad”²⁶.

Por lo que respecta a estos fenómenos delictivos asociados a la delincuencia organizada, se estima que tanto el tráfico de drogas como la trata de seres humanos, fenómenos estrechamente conectados, mueven, en la UE, 30.000 millones de euros. Según datos ofrecidos en el SOCTA 2021, la producción y el tráfico de drogas sigue siendo el mayor negocio delictivo en la UE, con el 40% de las redes delictivas aún activas. El valor del mercado de drogas ilegales al por menor, se estima que, como mínimo, está en torno a

²⁵ El 70 % de los grupos activos en la UE operan en más de tres Estados miembros y ocultan y reinvierten bienes derivados de sus actividades delictivas en el mercado interior de la UE. Para disimular la pista de auditoría y ocultar el origen y propiedad de los fondos, los grupos delictivos emplean una compleja red de cuentas bancarias y empresas pantalla dispersa por varios territorios; al parecer, los delincuentes se centran en los Estados miembros con los sistemas más débiles de recuperación de activos. Europol, Evaluación de la amenaza de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea «A Corrupting Influence: The infiltration and undermining of Europe’s economy and society by organised crimes» (2021).

²⁶ COM (2021)170, de 14.4.2021, p. 1, n.p.p. 2. La Comisión cita el Estudio *Mapping the risk of serious and organised crime infiltrating legitimate businesses* (Detectar el riesgo de que la delincuencia grave y organizada se infiltre en empresas legítimas), marzo de 2021, DR0221244ENN, <https://data.europa.eu/doi/10.2837/64101>.

30.000 millones de euros al año, erigiéndose en una gran fuente de ingresos para los grupos de delincuencia organizada, acabando por infiltrarse la mayor parte de estos beneficios en la economía legal²⁷.

La nueva propuesta de Directiva puede contribuir, en nuestra opinión, a mejorar significativamente los paupérrimos o irrisorios resultados de activos recuperados en la UE, por varias razones. La primera, porque regula en un único instrumento normativo las diferentes fases del proceso de recuperación de activos con un enfoque internacional, que refuerza la cooperación, evitando los desfases temporales a los que aludíamos anteriormente, al ocuparse de las medidas de embargo y decomiso, reforzar las capacidades comunes en materia de seguimiento, identificación y gestión de bienes y facilitar la cooperación transfronteriza²⁸. La segunda razón, porque acaba con la dispersión normativa que actualmente padecemos en materia de recuperación y decomiso de activos, en la medida en que prevé la unificación de la regulación en una sola norma para aquellos países que queden vinculados por la misma, garantizando “un enfoque más coherente y estratégico de la recuperación de activos y la cooperación de todos los agentes relevantes del sistema de recuperación de activos”²⁹. Cuando se aprobó la Directiva 2014/42/UE, se denunció la falta de taxatividad y la violación del principio de legalidad que conllevaba la sustitución parcial de algunos instrumentos jurídicos en vez de derogarlos en su totalidad³⁰, opción por la que se ha decantado la Comisión esta vez.

²⁷ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Agenda y Plan de acción de la UE en materia de lucha contra la droga 2021-2025. COM (2020) 606 final de 24.7.2020 p. 2.

²⁸ COM (2022) 245 final, p.6.

²⁹ COM (2022) 245 final, p.6.

³⁰ ARCIFA, Gabriella, “The new EU Directive on Confiscation: A good (even

Así en el art. 35 PRDA se prevé la sustitución de Acción Común 98/699/JIA, las Decisiones Marco 2001/500/JIA y 2005/212/JIA, la Decisión 2007/845/JIA y la Directiva 2014/42/UE. Con esta previsión se evita el solapamiento con los instrumentos jurídicos actualmente vigentes, en lo que respecta a los Estados miembros vinculados por la futura Directiva (considerando 48), por lo tanto, no quedarían sustituidos en aquellos Estados miembros no vinculados siendo Dinamarca, por ahora, el Estado que ha manifestado su posición, de conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca, expresando su voluntad de no participar en la adopción de la futura Directiva y no quedar vinculada por la misma ni estar sujeta a su aplicación. Se sigue también en esta materia la tendencia de reunificación de normas que impera en la actualidad en las políticas de la UE, conforme con el programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT) de la Comisión, ya sea mediante la adopción de Códigos (Código normativo único contra el blanqueo de capitales); de Reglamentos, como el Reglamento (UE) 2018/1805, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso³¹; o, como el caso que nos ocupa ahora, de una Directiva. En este caso, la unificación en un sola Directiva de las disposiciones jurídicas relacionadas con la recuperación de activos, ayudará tanto a las autoridades como a las

if still prudent) starting point for the post-Lisbon EU strategy on tracking and confiscating illicit money”, *I quaderni europei*, maggio 2014, n. 64, p. 7.

³¹ Como ha puesto de manifiesto, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, “España como país emisor de decisiones de embargo y decomiso”, *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn’t pay*, Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p. 425 s., el legislador europeo, a pesar de haber reunido en un solo instrumento (Reglamento 2018/1805) la regulación del reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso que se encontraba dispersa en dos decisiones marco (DM 2003/577/JAI y DM 2006/783/JAI), no ha refundido “auténticamente su contenido, reiterando preceptos generando alguna que otra coherencia interna” (p. 426).

partes interesadas no solo a comprender las normas, sino también a reforzar la ejecución y la eficacia de las medidas destinadas a mejorar la tasa de recuperación de activos en los respectivos Estados miembros, como ha puesto en valor el CESE³². En tercer lugar, la razón por la que creemos que la futura Directiva puede contribuir a mejorar las cifras de activos recuperados, se debe a que facilita el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso, pues en el art. 1 PD se utiliza la misma expresión “procedimiento en materia penal”, que usaron los colegisladores en el art. 1. del Reglamento (UE) 2018/1805, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso, al delimitar el objeto del mismo. La cuarta razón, tiene que ver con la elección del instrumento jurídico en forma de Directiva, al permitir a los Estados miembros aplicar las medidas previstas de forma respetuosa con sus tradiciones jurídicas y marcos organizativos nacionales. En realidad, era la opción más plausible a la vista de su base jurídica y de la declaración realizada por los colegisladores en el considerando 53 del Reglamento (UE) 1805/2018, con base jurídica del art. 82.1.a) TFUE, sobre la forma jurídica que adoptó el citado instrumento y que fue considerada por los colegisladores como algo excepcional.

Como se reconoce en el considerando 5 PD, “Es preciso reforzar la capacidad de las autoridades competentes de privar a los delincuentes de los ingresos procedentes de actividades delictivas. A tal fin, deben establecerse normas para reforzar las capacidades de seguimiento e identificación de activos, así como de embargo, mejorar la gestión de los bienes embargados y decomisados, reforzar los instrumentos para decomisar los instrumentos y productos del delito y los bienes derivados de las actividades de organizaciones delictivas y mejorar la eficiencia global del sistema de recuperación de activos”. Y, en esta ocasión, el CESE, a diferencia de cuando se

³² Dictamen CESE, DO C 100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.14.

pronunció sobre la propuesta de Directiva de 2012, ha concluido que “1.1. La Directiva propuesta responde correctamente a la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos de decomiso, refuerza las competencias de las autoridades nacionales y establece mecanismos de cooperación transfronteriza para aumentar el índice de recuperación de activos”³³.

2. Base jurídica

La base jurídica de la propuesta de Directiva, como no podía ser de otra forma, es más amplia que la de la actual Directiva 2014/42/UE, en consonancia con el ámbito de aplicación de las normas previstas en la propuesta de Directiva. A los preceptos de la base jurídica de la Directiva 2014/42/UE – apartado 2 del art. 82 y al apartado 1 del art. 83.1 TFUE –, se han añadido el apartado 2 del art. 83 TFUE y el apartado 2 del art. 87 TFUE, en atención al objeto y al ámbito de aplicación de las disposiciones previstas en la propuesta de Directiva.

La ampliación del ámbito de aplicación de la nueva regulación contemplada en la futura Directiva a delitos que han sido armonizados, bien en la Unión Europea o bien cuyo ámbito político esté armonizado en la UE, justifican la mención al apartado 2 del art. 83 TFUE, como base jurídica. Ya no hay lugar a las dudas que se generaron en el seno de la doctrina, al interpretar la cláusula *ad futurum* prevista en el inciso final del art. 3 de la Directiva 2014/42/UE, sobre si las normas sobre embargo y decomiso se podían aplicar o no a los ámbitos delictivos armonizados en base al art. 83.2 TFUE, o solo a los “eurodelitos” (presentes y futuros) a los que se alude en la misma, y que, en atención a la base jurídica de la Directiva 2014/42/UE (art. 83.1 TFUE), se debería entender que

³³ Dictamen CESE, DO C 100, de 16.3.2023, p. 105.

sólo se refería al primer apartado del art. 83 TFUE y no al apartado 2 del mismo³⁴. Las medidas destinadas a mejorar la gestión de activos embargados y decomisados son necesarias para garantizar la aplicación efectiva de las medidas de embargo y decomiso, al constituir obligaciones complementarias a los efectos del art. 83 TFUE, al igual que las disposiciones que se ocupan de la recuperación de activos en sentido amplio, en combinación con los necesarios mecanismos de cooperación entre las autoridades y las previstas para garantizar los recursos necesarios a las autoridades competentes³⁵.

La mención del art. 87.2 TFUE se justifica en tanto que las medidas sobre seguimiento e identificación de activos o de cooperación entre los organismos de recuperación y gestión de activos de los distintos Estados miembros, contribuyen a una cooperación transfronteriza eficaz en relación con la prevención, descubrimiento e investigación de delitos³⁶.

Por último, la permanencia del apartado 2 del art. 82 TFUE, mención que fue cuestionado en su día en relación con la Directiva 2014/42/UE³⁷, ha sido justificada en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, en atención tanto a las garantías procesales contempladas (Capítulo V, arts. 22 y 23 PD), como a la disposición que garantiza la indemnización a las víctimas (art. 18 PD)³⁸.

³⁴ Sobre las diversas opiniones doctrinales, AGUADO-CORREA, Teresa, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso: una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 35, 2015, p. 9.

³⁵ COM (2022) 245 final, p. 5.

³⁶ COM (2022) 245 final, p. 5.

³⁷ En concreto, la *European Criminal Bar Association* (ECBA) se mostró crítica con la referencia al artículo 82.2 TFUE, al no haberse incluido finalmente en la misma ninguna disposición referida al reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso. *Vid.* AGUADO-CORREA, Teresa (nota 34), p. 7.

³⁸ COM (2022) 245 final, p. 5.

IV. Disposiciones generales de la Propuesta de Directiva Sobre Recuperación y Decomiso de Activos

1. Introducción

En el Capítulo I de la propuesta de Directiva, se regulan cuestiones fundamentales tales como el objeto (art. 1 PD), el ámbito de aplicación (art. 2 PD) y las definiciones, a efectos de la misma (art. 3 PD)³⁹. Pasemos a ver algunos de los aspectos más destacables de estas disposiciones.

2. Objeto

El objeto se regula en el artículo 1 PD en los siguientes términos: “1. La presente Directiva establece normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal. 2. La presente Directiva establece asimismo normas a fin de facilitar la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión y la posterior recuperación de los bienes relacionados con delitos cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión”. Como podemos comprobar, el objeto es más amplio que el previsto en la

³⁹ Como podemos comprobar, se produce un cambio en orden de las disposiciones sobre estas cuestiones respecto del seguido en la Directiva 2014/42/UE, norma en la que el artículo dedicado a las definiciones (art. 2 Directiva 2014/42/UE) precede al artículo que determina el ámbito de aplicación (art. 3 Directiva 2014/42/UE). En realidad, este cambio no afecta para nada y sigue el orden previsto en otras Directivas como la Directiva (UE) 2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en la que incluso el objeto y el ámbito de aplicación se regulan en el art. 1, destinando el art. 2 a las definiciones.

actual Directiva 2014/42/UE, afectando dicha ampliación a varios aspectos de gran relevancia para reforzar y garantizar el régimen de recuperación de activos en la UE.

En primer lugar, establece normas mínimas que abarcan todas las fases del proceso de recuperación de activos – seguimiento, identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes – por lo que la ampliación afecta a la totalidad de las fases de recuperación de activos, y no, como ocurren en la actualidad, que se centra en el embargo y el decomiso de bienes (art. 1 apartado 1 Directiva 2014/42/UE), y contiene alguna disposición relativa a la administración de bienes embargados y decomisados (art. 10 Directiva 2014/42/UE). Este cambio permite reforzar y mejorar la eficiencia global del sistema de recuperación de activos (considerando 5 PD).

En segundo lugar, en tanto que en el art. 1.1 Directiva 2014/42/UE, se prevé que el objeto de la Directiva es “establecer normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal”⁴⁰; en el art. 1.1 PD, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.1 Reglamento 2018/1805, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso⁴¹, se dispone que estas normas se van a aplicar

⁴⁰ En la propuesta de Directiva de 2012, la Comisión utilizó la expresión en “asuntos penales” que finalmente se cambió por la de “en el ámbito penal”. El CESE en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva de 2012, DO C 299 de 4.10.2012, p. 130, apartado 4.1, propuso la sustitución de la expresión “asuntos penales” por la de “resultante de infracciones penales”.

⁴¹ Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (DO L 303 de 28.11.2018, p. 1). Los legisladores europeos, al establecer el objeto del art. 1 Reglamento 2018/1805, en vigor desde el 19 de diciembre de 2020, ya utilizaron el concepto autónomo del Derecho de la Unión “procedimiento en materia penal”, concepto que “comprende, por tanto, todos los tipos de resoluciones de embargo y de resoluciones de decomiso dictadas en un procedimiento relativo a la infracción penal, no solo las contempladas en la Directiva

“en el marco de un procedimiento en materia penal”. Cabe recordar que los colegisladores europeos, al establecer el objeto del art. 1 Reglamento 2018/1805, ya utilizaron el concepto autónomo del Derecho de la Unión “procedimiento en materia penal”, concepto que “comprende, por tanto, todos los tipos de resoluciones de embargo y de resoluciones de decomiso dictadas en un procedimiento relativo a la infracción penal, no solo las contempladas en la Directiva 2014/42/UE. Comprende también otros tipos de resoluciones dictadas sin condena firme. Aunque este tipo de resoluciones no exista en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, el Estado miembro de que se trate debe poder reconocer y ejecutar la resolución dictada por otro Estado miembro. Los procedimientos en materia penal pueden incluir también investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley” (considerando 13, Reglamento 2018/1805). En la misma línea, la Comisión, ha aclarado que “...El concepto comprende todos los tipos de resoluciones de embargo y decomiso dictadas tras un procedimiento relativo a una infracción penal. Asimismo, comprende otros tipos de resoluciones dictadas sin sentencia condenatoria firme. Los procedimientos en materia penal pueden también incluir investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley”.

No podemos pasar por alto que en el art. 1 PD, la Comisión ha prescindido de la aclaración contemplada en el vigente art. 1 Directiva 2014/42/UE sobre la irrelevancia de los procedimientos

2014/42/UE. Comprende también otros tipos de resoluciones dictadas sin condena firme. Aunque este tipo de resoluciones no exista en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, el Estado miembro de que se trate debe poder reconocer y ejecutar la resolución dictada por otro Estado miembro. Los procedimientos en materia penal pueden incluir también investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley”.

que puedan utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate⁴², supresión que podría venir motivada por uso de la expresión “procedimiento en materia penal” y la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE. A este respecto, cabe recordar que en el apartado 4 del art.1 Reglamento (UE) 2018/1805, se prevé expresamente que las “resoluciones de embargo y las resoluciones de decomiso dictadas en el marco de procedimientos civiles o administrativos deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento” y también nos lo recuerda el considerando 13 Reglamento 2018/1805, al interpretar el concepto “procedimiento en materia penal”. No obstante, tampoco podemos pasar por alto que, en determinadas ocasiones, la Comisión ha utilizado la expresión “proceso penal” en la propuesta de Directiva: así ocurre en los considerandos 3 y 27 PD; en el apartado 1 del art. 4 “Investigaciones de seguimientos de activos”; y en el apartado 2 del art. 28 “Cooperación con los organismos y agencias de la UE”.

En tercer lugar, como novedad, en el apartado 2 del art. 1 PD se amplía el objeto de la futura Directiva, al preverse como objeto de la misma, el establecimiento de “normas a fin de facilitar la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión y la posterior recuperación de los bienes relacionados con delitos cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión”. La Comisión ha justificado la ampliación del ámbito del objeto de la propuesta de Directiva, en el considerando 6, por la “necesidad de intensificar los esfuerzos por garantizar la aplicación efectiva en toda la Unión de medidas restrictivas de la Unión tanto sectoriales como individuales”. Como aclara la Comisión en el citado considerando 6, aun cuando “no sean de carácter penal ni presupongan

⁴² Recordemos que en el apartado 2 de la Directiva 2014/42/UE se aclara que “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate”.

actividades delictivas para su imposición, las medidas restrictivas de la Unión también se basan en el embargo de fondos (es decir, en sanciones financieras específicas), y en medidas sectoriales, y, por tanto, les favorecerá el refuerzo de las capacidades de identificación y seguimiento de activos”. Con este fin, señala la Comisión, se deben establecer normas mínimas para mejorar la efectividad de la recuperación de activos que sean de propiedad o estén bajo el control de personas y entidades sujetas a tales medidas restrictivas, así como para favorecer una cooperación mayor entre los organismos de activos. Ahora bien, las disposiciones de la propuesta de Directiva relacionadas con el embargo y el decomiso, en particular las contempladas en los capítulos III y IV, sólo se podrán aplicar cuando los bienes procedan de actividades delictiva, como el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión, ya que, como vimos *supra*, la propuesta de Directiva no regula el embargo de fondos y recursos económicos en virtud de medidas restrictivas de la Unión (considerando 6). No obstante, esta ampliación del objeto prevista en el apartado 2 del art. 1 PD no convence al CESE si no va acompañada de legislación y medidas adicionales sobre las infracciones de medidas restrictivas de la Unión, observando, oportunamente, que la Comisión debe valorar “cuidadosamente la posibilidad de evitar el debilitamiento de la capacidad de los organismos de recuperación de activos para cumplir su mandato central”⁴³. Por ello, el CESE solicita a la Comisión que estudie la manera de aplicar la Directiva propuesta a las infracciones de medidas restrictivas de la Unión, considerando necesaria una legislación específica en este ámbito; concluyendo el CESE que, la citada norma, “debe permitir a los organismos de recuperación de activos reforzar sus capacidades de operar sin añadir competencias adicionales”⁴⁴.

⁴³ Dictamen CESE, DO C100 de 16.3.2023, p. 108, apartado 3.2.

⁴⁴ Dictamen CESE, DO C100 de 16.3.2023, p. 105, apartado 1.3.

3. **Ámbito de aplicación**

En el Informe de 2020 se puso de manifiesto que aún había margen de mejora para seguir avanzando en la recuperación de activos, lo que podría lograrse, entre otras medidas, con la ampliación del ámbito de aplicación de las infracciones penales a las que se aplica la Directiva (artículo 3 Directiva 2014/42/UE)⁴⁵. A la vista de ello, la Comisión, consciente del carácter “polidelictivo” de las organizaciones delictivas, de su cooperación sistémica y lucrativa, así como de que la lucha eficaz contra la delincuencia organizada exige poder aplicar medidas de embargo y decomiso a los beneficios de todos los delitos en los que intervienen los grupos de delincuencia organizada (considerando 9 PD), ha considerado necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva propuesta a más infracciones penales de las contempladas actualmente en el art. 3 Directiva 2014/42/UE.

Las disposiciones de la propuesta de Directiva, al tiempo que se centran en los activos ilícitos relacionados con las actividades

⁴⁵ En este artículo se prevé la aplicación de la misma, a dos grupos de infracciones: aquellas enumeradas en las letras a) a k) del citado artículo, y que corresponden a nueve de los eurodelitos del art. 83 apartado 1 TFUE; segundo grupo, cualesquiera otras infracciones penales previstas en normas que armonicen las mismas, y prevean expresamente que la aplicación de la Directiva 2014/42/UE. No obstante, como se puso de manifiesto en el Informe sobre la Directiva 2014/42/UE, COM (2020) 217 final p. 7, la mayoría de los Estados miembros aplican el embargo y el decomiso a todos los delitos; Francia y Malta para todas las infracciones penales sancionadas con penas privativas de libertad de al menos un año; y otros países, entre los que se encuentra España, para todos los delitos dolosos. En Irlanda, por el contrario, se puede embargar y decomisar conforme a una lista de infracciones penales. En el art. 13.2 de la Directiva 2014/42/UE se preveía que la Comisión debía evaluar si resultaba necesario revisar la lista de infracciones del artículo 5 apartado 2 (decomiso ampliado), pero lo cierto es que la recomendación de la Comisión en el Informe de 2020 sobre la Directiva 2014/42/UE no se limita a esta modalidad de decomiso.

delictivas por parte de la delincuencia organizada⁴⁶, vienen a complementar una serie de instrumentos legislativos que armonizan la definición de algunos delitos y sus sanciones, así como otros instrumentos destinados a prevenir o combatir actividades ilícitas relacionadas con aquellas, tales como la falsificación, el tráfico de bienes culturales, los delitos fiscales y la falsificación de documentos administrativos⁴⁷.

En los primeros cuatro apartados del art. 2 PD se contemplan las infracciones penales a las que se aplicará la futura Directiva. Pero además, según lo previsto en el último apartado del art. 2 PD, las disposiciones sobre seguimiento e identificación de instrumentos y productos o bienes del Capítulo II (arts. 4 a 10 PD), se aplicarán a todas las “infracciones penales definidas en el Derecho nacional que lleven aparejadas una pena privativa de libertad o medida de seguridad de al menos un año” (apartado 5 del art. 2 PD), ampliándose considerablemente el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, al no limitarlas a las infracciones penales enumeradas en los apartados que le preceden.

Las infracciones enumeradas en los primeros 4 apartados del art. 2 se pueden agrupar en varios bloques: el primero, integrado por las infracciones penales que se corresponden con los ámbitos delictivos contemplados en el art. 83. 1 TFUE (art. 2, apartado

⁴⁶ COM (2022) 245 final, p. 3.

⁴⁷ COM (2022) 245 final, p. 4.

1, letras a) a k)⁴⁸⁻⁴⁹ y art. 2, apartado 3 PD); el segundo, abarca aquellos otros ámbitos delictivos que han sido armonizados en el ámbito de la UE (art. 2, apartado 1, letras l), m) y n)); el tercero de los bloques, comprende algunos delitos “en la medida en que se comentan en el marco de una organización criminal (art. 2,

⁴⁸ “a) participación en una organización delictiva, tal como se define en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo; b) terrorismo, tal como se define en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo; c) trata de seres humanos, tal como se define en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; d) explotación sexual de menores y pornografía infantil, tal como se definen en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; e) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tal como se definen en la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo; f) corrupción, tal como se define en el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo; g) blanqueo de capitales, tal como se define en la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo; h) falsificación de medios de pago, tal como se define en la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo; i) falsificación de moneda, incluido el euro, tal como se define en la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; j) delitos informáticos, tal como se definen en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; k) tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tal como se define en el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;...”

⁴⁹ Por lo que respecta a la corrupción, prevista en el art. 2 apartado 1, letra k) PD, debe tenerse presente que el día 3 de mayo de 2023, la Comisión aprobó una nueva propuesta de Directiva para la lucha contra la corrupción. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2023) 234 final de 3.5.2023].

apartado 2 PD)”; el cuarto bloque, estaría conformado por todas aquellas otras infracciones penales establecidas en otros actos jurídicos de la Unión, siempre que éstos prevean específicamente que la Directiva propuesta se aplica a los delitos definidos en aquellos (art. 2, apartado 4 PD).

Respecto del vigente ámbito de aplicación de la Directiva 2014/42/EU, se pueden constatar las siguientes novedades:

a) En tanto que el art. 3 Directiva 2014/42/UE prevé su aplicación a las infracciones penales contempladas en las once normas enumeradas en las letras a) a k) del mismo; en el texto de la propuesta de Directiva, se elevan a trece las normas enumeradas en las letras a) a n) art. 2 PD, habiendo variado también el orden en el que son enumeradas, respecto del seguido tanto en el art. 3 Directiva 2014/42/UE como del establecido en el art. 83.1 TFUE, comenzando la Comisión en la propuesta de Directiva por la norma relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Como novedad, en la propuesta de Directiva se prevé la aplicación de las disposiciones de la propuesta de Directiva al tráfico de armas (art. 2, apartado 1, letra k) PD), único “eurodelito” de los diez que existían en el momento de aprobación de la Directiva 2014/42/UE, que no se contempla expresamente en el ámbito de aplicación del art. 3.1. Directiva 2014/42/UE. Además, se ha añadido el fraude (letra l), del apartado 1 del art. 2 PD).

b) Se enumeran explícitamente en las letras l) a n) las infracciones penales que han sido armonizadas en el ámbito de la UE, a las que serán aplicables la Directiva propuesta: fraudes contra los intereses financieros de la Unión Europea, los delitos medioambientales, y la ayuda a la entrada y estancias irregulares. En relación con la aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE a los fraudes contra los intereses financieros la Unión (letra l), en el art. 10 “Embargo preventivo y decomiso” de la Directiva 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, se prevé expresamente que los Estados miembros vinculados por la Directiva 2014/42/UE

deberán adoptar las medidas necesarias para permitir el embargo preventivo y el decomiso de los instrumentos y productos de las infracciones penales los delitos tipificados en los arts. 3 a 5 Directiva 2017/1371. Por lo que respecta a los delitos medioambientales⁵⁰ (letra m), se justifica su inclusión en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva por ser un “negocio esencial” de los grupos delictivos organizados vinculado a otras actividades como el blanqueo de capitales o el tráfico de drogas, en particular, a los desechos y residuos generados por la producción y el tráfico de drogas (considerando 9 PD). Por último, la inclusión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares⁵¹ (letra n), estaría motivada por constituir una “actividad esencial” de los grupos delictivos organizados que suele estar relacionada con la trata de seres humanos (considerando 9).

c) En el apartado 2 del art. 2 PD se amplía el ámbito de aplicación de la futura Directiva, a las infracciones delictivas en él enumeradas que se cometan en el marco de una organización delictiva. Según se aclara en el considerando 10 PD, la inclusión de éstas se debe a que “desempeñan un papel clave a la hora de generar ingresos y permitir otros delitos, incluidos delitos graves de carácter transfronterizo”. Los delitos a los que se aplicará

⁵⁰ Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (DO L 328 de 6.12.2008, p. 28) y Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (DO L 280 de 27.10.2009, p. 52).

⁵¹ Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 de 5.12.2002, p. 1) y Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 de 5.12.2002, p. 17).

la propuesta de Directiva en la medida en que se cometa en el marco de una organización delictiva, y la justificación que ofrece la Comisión para la inclusión de cada uno de ellos, son los siguientes: violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías (letra a), justificándose su previsión por la relación de la piratería y la falsificación tanto con el blanqueo de capitales como con la falsificación de documentos, así como por la amenaza que implican para el funcionamiento del mercado único y la competencia leal; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte (letra b), por su vinculación con el blanqueo de capitales; falsificación de documentos administrativos y tráfico de estos (letra c), incluidos documentos bancarios y de identificación, como herramienta clave para el blanqueo de capitales, la trata de seres humanos o el tráfico ilícito de migrantes; el asesinato o lesiones graves (letra d) y tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos (letra e), en la medida son una fuente de financiación importante para los grupos delictivos organizados en el marco de asesinatos por encargo, intimidación y trata de seres humanos; el secuestro, la detención ilegal o toma de rehenes (letra f) junto con el chantaje y extorsión (letra h), al ser utilizados como fuente de ingresos, a la vez que como métodos de intimidación de adversarios; el robo organizado o a mano armada (letra g), una de las formas más comunes para obtener beneficios y que se suele cometer con otros delitos, destacando la Comisión su concurrencia con el delito de tráfico de armas; los delitos de tráfico de vehículos robados (letra j), y que se ha incluido al ser un delito que, además de generar beneficios, facilita los instrumentos para cometer otros delitos a los grupos delictivos organizados; por último, los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en el Derecho nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de al menos un año (letra i), cuya inclusión la Comisión ha considerado fundamental en la medida en que la cometan organizaciones delictivas, al ser fuente

de beneficios, principalmente cuando se cometen en un contexto transfronterizo, señalando como técnicas más frecuentes para cometer estos delitos, la utilización de “estructuras empresariales transfronterizas o mecanismos similares para obtener de manera fraudulenta ventajas y devoluciones fiscales, ocultar activos o beneficios, mezclar beneficios y activos lícitos con otros ilícitos o transferirlos a entidades extranjeras para ocultar sus orígenes o su titularidad real” (considerando 10 *in fine* PD). Como podemos comprobar, en la mayoría de las justificaciones de la inclusión de los mismos en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva, están relacionadas con conductas de blanqueo de capitales.

d) En el apartado 3 del art. 2 PD, la Comisión se adelantó a la inclusión del incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión en el art. 83.1 TFUE, y contempla dentro de su ámbito de aplicación las infracciones penales de incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión que se contemplan en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2022, por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión⁵².

No obstante, y a pesar de la vasta ampliación del ámbito de aplicación de los mecanismos de decomiso a un nuevo conjunto de delitos, el CESE ha animado a la Comisión, “a aclarar y garantizar que el tráfico ilícito de inmigrantes y el comercio ilícito de tabaco, entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva propuesta”⁵³, actividades delictivas que no se contemplan explícitamente el

⁵² Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, [COM (2022) 684 final, de 2.12.2022], disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0684>.

⁵³ DO C 100 de 16.3.2023, p. 105, apartado 1.2.

art. 2 PD, a pesar de que se estima que generan ingentes beneficios. Así, en tanto que el tráfico ilícito de inmigrantes genera 289,4 millones; el comercio ilícito de tabaco, estaría proporcionando unos ingresos anuales en torno a los 8.309,3 millones de euros⁵⁴.

4. Definiciones

En el Informe de 2020, se puso de manifiesto que algunos Estados miembros no han transpuesto explícitamente las seis definiciones contempladas en el art. 2 Directiva 2014/42/UE (“producto”, “bienes”, “instrumentos”, “decomiso”, “embargo” e “infracción penal”)⁵⁵; en tanto que otros, entre los que se citan Grecia y Chipre, han incluido todas las definiciones en la legislación de transposición; siendo numerosos los países que han incluido algunas de las definiciones en su legislación. En nuestra opinión, esta falta de transposición de las definiciones contempladas en la Directiva 2014/42/UE, es uno de los principales lastres u obstáculos para el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y de decomiso, así como de la cooperación internacional.

En el art. 3 PD se incluye la definición de doce términos. Además de los que ya se contemplan en el art. 2 Directiva 2014/42/UE, a excepción del término “infracción penal” (art. 2, punto 6 Directiva) se definen otros siete términos más a los efectos de la misma: “seguimiento e identificación” (punto 4); “SIENA” (punto 7); “organización delictiva” (punto 8); “víctima” (punto 9); “titular

⁵⁴ DO C 100 de 16.3.2023, p. 108, apartado 3.4. El CESE cita como fuente de estos datos el documento: Comisión Europea, Dirección General de Migración y Asuntos de Interior, *Mapping the risk of serious and organised crime infiltrating legitimate businesses: final report*, DISLEY, E. (editor), BLONDES, E. (editor), HULME, S. (editor), Oficina de Publicaciones, 2021.

⁵⁵ España estaría entre ellos, aun cuando no se cita a ningún Estado miembro.

real” (punto 10); “medidas restrictivas de la Unión” (punto 11); y, por último, las “sanciones financieras específicas” (punto 12).

Por razones de espacio, solo nos ocuparemos de las cinco definiciones contempladas en el art. 2 Directiva 2014/42/UE (puntos 1 a 5) que también se contemplan en la propuesta de Directiva. Comenzando por las definiciones de los términos “embargo” y “decomiso”, cabe señalar que tan sólo constatamos unos pequeños cambios. Así, en relación con el primero, se cambia el verbo “disponer” por el de “enajenar”, verbo este último que aparece en la definición de la “resolución de embargo” prevista en el art. 2.1 Reglamento (UE) 2018/1805, en el que se define como “resolución dictada o validada por una autoridad de emisión con el fin de impedir la destrucción, transformación, traslado, transferencia o enajenación de bienes con vistas a su decomiso” (art. 2, apartado 1 Reglamento (UE) 2018/1805). Por lo que respecta a la definición de “decomiso” prevista el art. 3 punto 4) PD, se incluye el verbo “dictada”, definiéndose como “la privación definitiva de un bien dictada por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”. Como podemos comprobar, la definición de “decomiso” contemplada en el art. 3, punto 4) PD, al igual que la Directiva 2014/42/UE, evita pronunciarse sobre la controvertida naturaleza del decomiso, refiriéndose únicamente a su contenido, a diferencia del Reglamento (UE) 2018/1805, en el que se define “resolución de decomiso” como “sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relativo a un delito, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes de una persona física o jurídica”.

Por otra parte cabe destacar que, si bien la definición de bienes contemplada en el número 2 del art. 3 PD no ha variado respecto de la prevista en la Directiva 2014/42/UE, en el considerando 12 de la propuesta de Directiva se ha aclarado que “La definición debe abarcar todas las formas de bienes, incluidos los criptoactivos” (*in fine*). Y es que, como ya se advirtió en el considerando 6 de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, “El uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de la lucha contra el blanqueo de capitales. Los Estados miembros deben velar por que esos riesgos se aborden adecuadamente”. En la definición de “bienes” contemplada en la Directiva 2018/1673, se incluyó una referencia explícita a la forma electrónica o digital, definiéndose a efectos de la citada Directiva los “bienes”, como “activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos” (art. 2 letra b) Directiva 2018/1673). Recientemente, en Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. o 1093/2010 y (UE) n. o 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, se ha definido «criptoactivo», como “una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar” (art 3, apartado 1, punto 5).

Por lo que respecta a la definición de “producto” contemplada en el punto 1) del art. 3 PD, tampoco se advierte ningún cambio respecto de la prevista en el art. 2, punto 1) Directiva 2014/42/UE – recordemos que la definición de producto prevista en éste fue considerado como uno de los mayores aciertos de la Directiva 2014/42/UE –; y, tan sólo se advierten meros cambios de estilo en la redacción que no afectan al núcleo de la definición respecto de la definición de productos prevista en el art. 2 punto 4) Reglamento (UE) 2018/1805, norma a la que se alude en el considerando 13 PD, cuando aborda la definición amplia de “producto”: “...en consonancia con las definiciones del Reglamento (UE) 2018/180 del Parlamento Europeo y del Consejo” .

V. Breve recorrido por las disposiciones sobre embargo y decomiso de la Propuesta de Directiva Sobre Recuperación y Decomiso de Activos

1. Introducción

El Capítulo III “Embargo y decomiso”, se inicia, con buen criterio, y a diferencia de como se procedió en la Directiva 2014/42/UE, siguiendo el orden de las fases de la recuperación de activos, con la regulación del embargo (art. 11 PD) con carácter previo a las diversas modalidades de decomiso (arts. 12 a 16 PD)⁵⁶.

Por lo que respecta al decomiso, y a diferencia de la regulación vigente, en la que dos modalidades de decomiso de muy diversas características se regulan en el mismo precepto (art. 4 Directiva 2014/42/UE), la Comisión, al igual que en 2012, ha previsto la regulación de cada una de las modalidades de decomisos en un artículo separado: en el art. 12 PD se regula la modalidad de decomiso basado en sentencia condenatoria; mientras que el decomiso no basado en sentencia condenatoria está regulado en el art. 15 PD, tras el decomiso de bienes de terceros (art. 13 PD) y el decomiso ampliado (art. 14 PD). En último lugar, en el art. 17 se regula una nueva modalidad: “decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictiva”.

En este Capítulo III, también se incluyen las disposiciones relativas al decomiso y ejecución de activos (art. 17 PD), cuyos apartados 1 y 2 se basan, respectivamente, en lo dispuesto en el art. 9 Directiva 2014/42/UE y en el art. 10 apartado 3 Directiva 2014/42/UE, si bien por razones de espacio no nos ocuparemos de ellas. Se cierra el

⁵⁶ En la Directiva 2014/42/UE, la regulación del embargo se contempla en el art. 7 tras la regulación de las diversas modalidades de decomiso (arts. 4 a 6 Directiva 2014/42/UE).

capítulo III, con un precepto dedicado a la indemnización de las víctimas (art. 18 PD), que se corresponde, casi literalmente, con lo dispuesto en el art. 8 apartado 10 Directiva 2014/42/UE, pudiéndose destacar tan sólo la alusión expresa “derecho de las víctimas a reclamar una indemnización” contemplada en la propuesta de Directiva, frente a la expresión que se utiliza la vigente norma en la que se no se habla de derecho, sino de la obligación de los Estados miembros de adoptar “... todas las medidas necesarias para garantizar que la medida de decomiso no impida a las víctimas reclamar una indemnización” (art. 8.10 PD).

2. Embargo

En el artículo 11 PD se regula la medida de embargo en siete apartados frente a los dos en los que se regula en la normativa vigente⁵⁷. En este artículo 11 PD encontramos algunas novedades reseñables, si bien el resto de su contenido se corresponde en gran parte con lo dispuesto, tanto en el art. 7 “Embargo” como en el art. 8 “Garantías” de la Directiva 2014/42/UE, al haber sido reubicadas algunas de las del art. 8 Directiva, en el art. 11 PD, dedicado al embargo en la propuesta de Directiva.

En cuanto a las novedades, una de ellas tiene que ver con la mención expresa a los organismos de recuperación de activos como autoridades competentes para acordar las medidas de embargo inmediatas que sean necesarias para asegurar los bienes, previéndose un plazo perentorio de 7 días para las medidas inmediatas (“medidas temporales y urgentes”) que adopten estos organismos de recuperación de activos, hasta que se pueda dictar una resolución formal de embargo (art. 11.3 PD). Otra de las novedades, destacada

⁵⁷ Sobre la regulación del embargo en la legislación portuguesa, vid. DA COSTA ANDRADE, Manuel / ANTUNES, Maria João, “Da natureza processual penal do arresto preventivo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 27, 2017, p. 135 s.

por la propia Comisión, tiene que ver con la salvaguarda contemplada en el apartado 6 del art. 11 PD relativa a la duración temporal de las resoluciones de embargo, que “estarán en vigor solo durante el tiempo necesario para la conservación de los bienes con vistas a un posible decomiso” y la restitución sin demora al titular si finalmente no se decomisa. La otra novedad reseñable, la encontramos en el apartado 7 del art. 11 PD para los casos en los que los bienes que deban ser embargados sean entidades que deban mantenerse en funcionamiento, tales como empresas, previéndose que la resolución de embargo debe incluir medidas para excluir del acceso a los citados bienes a aquellas personas que los posean y controlen, permitiendo, a la vez, que sigan funcionando.

3. Decomiso

La regulación del “decomiso” contemplada en el art. 12 PD, presenta pocos cambios en relación con la regulación del decomiso prevista en el apartado 1 del art. 4 Directiva 2014/42/UE. El cambio más destacable su regulación en dos apartados: el primero, se refiere al decomiso de los instrumentos y del producto derivados de una infracción penal; en tanto que el segundo apartado está dedicado al decomiso de bienes cuyo valor se corresponda a los instrumentos y productos de una infracción penal. Aun cuando en este artículo 12 PD, no se señalan los casos en los que procede el decomiso por valor equivalente, en el considerando 23 de la propuesta de Directiva, se habla de los casos en los que sea imposible localizar los instrumentos y productos del delito, a la par que se aclara, en términos muy parecidos a los utilizados en el considerando 14 Directiva 2014/42/UE (“...tienen la facultad de establecer...”), que los Estados miembros “son libres de definir el decomiso de bienes de valor equivalente con carácter subsidiario o alternativo al decomiso directo, según proceda de conformidad con el Derecho nacional”⁵⁸.

⁵⁸ El resto del contenido del considerando 14, una vez que se apruebe la sustitución de la Decisión marco 2001/500/JAI, por la futura Directiva, carece de sentido.

4. Decomiso de bienes de terceros

A parte del cambio de ubicación, y de la división en dos párrafos del contenido del apartado 1 del art. 6 Directiva 2014/42/UE, esta modalidad de decomiso no sufre grandes alteraciones en cuanto a su alcance y contenido. En el apartado 2 del art. 13 PD, se prevé la cláusula de salvaguarda de los derechos de los terceros pudiéndose constatar un cambio en la redacción respecto de la actual (art. 6, apartado 2 Directiva 2014/42/UE), pues mientras que en el primero se utiliza el verbo “afectar”, en la norma vigente se utiliza el verbo “perjudicar”, denotando así la intención de ofrecer una mayor protección a los derechos de los terceros de buena fe, garantizando el respecto de sus derechos.

5. Decomiso ampliado

En la regulación del decomiso ampliado se puede constatar un cambio de gran relevancia, al no limitar el ámbito de aplicación de las infracciones penales en las que cabe acordarlo, tal y como se prevé actualmente en el apartado 2 del art. 5 Directiva 2014/42/UE. Bien es cierto, que, dado el carácter de normas mínimas de las disposiciones contempladas en la Directiva, los Estados miembros lo han contemplado en más casos de los previstos en el art. 5 apartado Directiva 2014/42/UE⁵⁹, por lo que el impacto que pueda tener la futura Directiva en la regulación de esta modalidad de decomiso, es relativo.

En el primer apartado del art. 14 PD, en una redacción más clara que la actual, para acordar el decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, se exige que se trate de una infracción que pueda dar lugar,

⁵⁹ COM (2020) 217 final, p. 8 s.

directa o indirectamente, a una ventaja económica y el órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien procede de actividades delictivas. En el apartado 2 del art. 14 PD, y en idénticos términos que los previstos en el apartado 1 *in fine* del art. 5 Directiva 2014/42/UE, se alude al nivel de prueba para determinar si los bienes en cuestión, tanto productos como instrumentos (considerando 25 PD), proceden de actividades delictivas. Aun cuando la Comisión, justifica la necesidad de prever el decomiso ampliado para hacer frente de forma eficaz a las actividades de la delincuencia organizada (considerando 25 PD), lo cierto es que el ámbito de aplicación de esta futura Directiva no se limita a la delincuencia organizada, por lo que, una vez más, prima la eficacia sobre cualquier otro tipo de consideraciones relacionadas con las garantías y los derechos fundamentales de las personas afectadas por el mismo.

6. Decomiso no basado en sentencia condenatoria

Es la modalidad de decomiso más cuestionada desde que la Comisión propusiera su inclusión en la propuesta de Directiva de 2012. Tanto es así, que desde que se aprobó la Directiva 2014/42/UE, el Parlamento Europeo y el Consejo emitieron una declaración conjunta en la que se pedía a la Comisión “analizar, lo antes posible y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la viabilidad y las posibles ventajas de introducir normas comunes adicionales relativas al decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas, incluso en ausencia de condena de una o varias personas concretas por tales actividades”⁶⁰. La respuesta a esta petición se contiene en el Informe de 2020, concluyendo la Comisión en éste que

⁶⁰ Doc. del Consejo 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

“la introducción de nuevas medidas en el ámbito del decomiso no basado en condena es factible y ofrece beneficios potenciales a la hora de aumentar los niveles de embargo y decomiso de los productos del delito”⁶¹.

A la vista de esta conclusión, la Comisión ha optado por prever el decomiso no basado en sentencia condenatoria en más circunstancias que las previstas actualmente en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE. En concreto, en el art. 15 PD se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas para permitir “el decomiso de instrumentos y productos, o de los bienes a que se refiere el artículo 12, o que se hayan transferido a terceros a efectos del artículo 13”, además de en los casos de enfermedad o fuga del sospecho o acusado, se podrá acordar también cuando se hayan incoado procedimientos penales que no hayan podido continuar debido a otras circunstancias: fallecimiento del sospechoso o acusado (letra c del apartado 1 del art. 15 PD); o bien cuando el sospechoso o acusado no pueda considerarse responsable debido a una inmunidad penal o amnistía según la legislación nacional (letras d) y e) del apartado 1 del art. 15 PD). Como podemos comprobar, se recupera la causa de muerte que estaba prevista en la propuesta de Directiva de 2012⁶², y se amplía a los casos de inmunidad y amnistía, tal y como se viene recomendando desde hace años desde distintas instancias⁶³. También se prevé el decomiso, en aquellos casos en los que haya

⁶¹ COM (2020) 217 final, p. 16.

⁶² Vid. AGUADO-CORREA, Teresa, “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *Indret*, 1/2014, p. 38.

⁶³ GREEMBERG, Theodor / SAMUEL, Linda M. / WINGATE, Grant / GRAY, Larissa, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Mayol Ediciones, 2009, p. 11 s., quienes ya pusieron de manifiesto la variedad de contextos en los que el decomiso de activos sin condena era útil, entre las cuales se encontraban los casos de inmunidad.

expirado los plazos fijados en las respectivas legislaciones nacionales, “cuando dichos plazos no sean lo suficientemente prolongados para permitir la investigación y el enjuiciamiento efectivos de las infracciones penales pertinentes” (letra f del apartado 1 del art. 15 PD). En relación con estas nuevas situaciones en las que se puede acordar el decomiso no basado en una sentencia condenatoria, el CESE ha reconocido los esfuerzos de la Comisión para imponer límites, ya que pueden dar lugar tanto a abusos como utilizarse con fines de acoso o persecución⁶⁴.

Conscientes de los reparos que estas nuevas circunstancias puedan generar desde el punto de vista de las garantías y del principio de proporcionalidad, se incluyen varias condiciones que no están previstas en el vigente art. 4.2 Directiva 2014/42/UE. En concreto, en el apartado 2 del art. 15 PD se limita a aquellos casos en los que las infracciones penales puedan dar lugar, directa o indirectamente a una ventaja económica “sustancial”, adjetivo este último que no se prevé en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE, pues no exige que la ventaja económica sea sustancial. Por otra parte, únicamente, se puede acordar en la medida en que el “organo jurisdiccional haya resuelto que concurren todos los elementos de la infracción”; en tanto que el apartado 2 del art. 4 Directiva 2014/42/UE, habla de los casos “en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio” (*in fine*). Pero el cambio más importante, desde el punto de vista de la proporcionalidad⁶⁵, se contempla en el apartado 4 de este art. 15 PD, en el que, a efectos de lo dispuesto en el mismo, se señala que el concepto de infracción

⁶⁴ Dictamen CESE, DO C100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.6.

⁶⁵ La Comisión justifica esta nueva previsión, en la que se limita esta modalidad de decomiso no basado en sentencia condenatoria a casos de delitos graves “por motivos de proporcionalidad” (considerando 26 PD).

penal incluiría los delitos contemplados en el ámbito de aplicación de la futura Directiva (art. 2 PD), cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de al menos cuatro años. También se reconoce en el apartado 3 del art. 15 PD, la necesidad de garantizar que se respeten los derechos de defensa de la persona afectada.

7. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas

Esta modalidad de decomiso es una de las principales novedades contempladas en la propuesta de Directiva, erigiéndose como “medida estrella” para garantizar que el delito no resulte rentable. La Comisión aclara que en este precepto se “introduce una nueva posibilidad de decomiso cuando los activos se embarguen sobre la base de sospechas de implicación en actividades de delincuencia organizada y cuando no sea posible el decomiso con arreglo a otras disposiciones de la Directiva”⁶⁶. En realidad, lo que se prevé es un “decomiso subsidiario”⁶⁷ del resto de las modalidades de decomiso que le preceden en los artículos 12 a 15 PD (“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los arts. 12 a 15...”), para evitar que los activos puedan llegar a ser blanqueados.

Respecto de la modalidad de decomiso sin sentencia condenatoria prevista en el art. 15 PD, la principal diferencia radica en que en tanto que éste se exige que se haya incoado un procedimiento penal contra un sospechoso o acusado que no haya podido continuar

⁶⁶ COM (2022) 245 final, p. 14.

⁶⁷ FARTO PIAY, Tomás, “El decomiso autónomo en el Proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno”, *Revista General de Derecho Procesal*, 60, 2023, p. 17, habla de “modalidad de cierre del sistema”.

debido a algunas de las circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 15 PD (*in personam*); en el art. 16 PD, se configura una modalidad de decomiso, en la que basta con que se hayan embargado bienes en el curso de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización criminal y el órgano jurisdiccional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva (*in rem*).

Pero también esta modalidad de decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas (art. 16 PD), comparte requisitos y garantías con el decomiso no basado en sentencia condenatoria (art. 15 PD). Con esta modalidad comparte la definición de “infracción penal”, a saber, qué debe entenderse, a efectos de lo dispuesto en ambos preceptos por “infracción penal”, previéndose la inclusión de todos los delitos contemplados en el ámbito de aplicación de la futura Directiva (art. 2 PD) que lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, si bien, debe tenerse presente que en la letra a) y c) del apartado 1 del art. 16 PD, se exige además, que se trate de “infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva”. Además, se exige en ambos preceptos como condición, que se trate de infracciones penales que “puedan dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial” (art. 15 apartado 2 PD/art. 16 apartado 1 letra c) PD).

Y es, una vez más, el adjetivo “sustancial” el que determina algunas diferencias del decomiso del patrimonio no explicado del art. 16 PD con el decomiso ampliado (art. 14 PD), pues no se contempla en este último precepto: ni en el apartado 1, donde no se exige que la “ventaja económica” sea sustancial, ni en el apartado 2 donde no se utiliza dicho adjetivo cuando se refiere al criterio de la desproporción del valor del bien. Así, en tanto que en el apartado 2 del art. 14 PDRA, para determinar si los bienes en cuestión sujetos a decomiso ampliado proceden de una actividad delictiva, se prevé que “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien

no guarde proporción con los ingresos ilícitos de la persona condenada”; tratándose del decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictiva, en el apartado 2 del art. 16 PD, se señala que “se tendrán en cuenta todas la circunstancias del caso incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor de los bienes sea *sustancialmente* desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos del autor” (la cursiva es nuestra)⁶⁸.

Conscientes de la injerencia en los derechos de las personas afectadas por este decomiso, en el apartado 4 del art. 16 PD, y en los mismos términos que los utilizados en el apartado 3 del art. 15 PD, se prevé que los Estados velarán por que, antes de que dicte la resolución de decomiso, “por que se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho”. Ahondando en este aspecto, la Comisión señala que, a la hora de determinar si los bienes en cuestión proceden o no de actividades delictivas, los “Estados miembros deben estipular y garantizar al titular la posibilidad efectiva de demostrar que el bien en cuestión procede de actividades lícitas” (considerando 28 *in fine* PD). No obstante, el CESE considera insuficientes las garantías previstas en relación con esta modalidad de decomiso, exigiendo más garantías “para excluir todo posible abuso durante el procedimiento”. En opinión del CESE, la propuesta de Directiva debería incluir “normas relativas a los derechos y garantías pro-

⁶⁸ Para saber qué hay que entender por “ventajas sustanciales” debemos acudir al considerando 28, en el que se aclara que “A la hora de determinar si los delitos pueden dar lugar a beneficios significativos, los Estados miembros deben atender a todas las circunstancias pertinentes del delito y, en particular, a si las actividades delictivas se han cometido con la intención de generar regularmente ventajas sustanciales. Si bien no debe ser requisito previo para que el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que se ha cometido una infracción penal, el órgano jurisdiccional debe resolver que los bienes en cuestión proceden de infracciones penales”.

cesales de los acusados y asegurarse de que los jueces y tribunales dispongan de una formación adecuada”⁶⁹.

VI. Proporcionalidad del decomiso y cláusula de situación de penuria injustificada en la Propuesta de Directiva Sobre Recuperación y Decomiso de Activos

A la vista de la nueva posibilidad de decomiso regulada en el art. 16 PD cobran gran relevancia tanto la garantía de proporcionalidad como la cláusula de situación de penuria injustificada. Éstas se contemplan en el apartado 5 del art. 23 PD en los siguientes términos: “A la hora de aplicar la presente Directiva, los Estados miembros estipularán que no se resuelva el decomiso en la medida en que resulte desproporcionado en relación con la infracción cometida o con la acusación contra la persona afectada por el decomiso. A la hora de aplicar la presente Directiva, los Estados miembros estipularán que, en circunstancias excepcionales, no se resuelva el decomiso en la medida en que, de conformidad con el Derecho nacional, la persona afectada pueda quedar en situación de penuria injustificada”.

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que ni siquiera la Comisión alude a esta novedad en la Exposición de Motivos cuando explica detalladamente las disposiciones específicas de la propuesta relativas a las garantías, restándole el protagonismo y la importancia que en nuestra opinión merece, al afectar al derecho a la propiedad y a otros derechos fundamentales de las personas afectadas por el mismo⁷⁰. Tenemos que acudir al considerando 35 PD, para encontrar una justificación de la inclusión de esta garantía: “Al aplicar la presente Directiva, y a fin de garantizar la proporcionalidad de

⁶⁹ Dictamen CESE, DO C100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.7.

⁷⁰ COM (2022) 245 final, p. 15.

las medidas de decomiso, los Estados miembros deben disponer que no se resuelva el decomiso de bienes en la medida en que resulte desproporcionado con respecto a la infracción en cuestión. Además, en casos excepcionales y según las circunstancias de cada uno, que deben ser decisivas a este respecto, los Estados miembros deben contemplar la posibilidad de no proceder al decomiso en la medida en que según la legislación nacional pueda llevar a una situación de penuria injustificada de la persona afectada. Tales circunstancias excepcionales deben limitarse a aquellos casos en los que la persona afectada se encuentre en una situación en la que sea muy difícil sobrevivir, y las circunstancias del caso concreto deben ser decisivas”.

Aun cuando cabe considerar muy positivo el novedoso reconocimiento expreso de la garantía de proporcionalidad en relación con las medidas de decomiso, no creemos que la ubicación sea la más adecuada, al preverse en el precepto relativo a los recursos (art. 23 apartado 5 PD), pues, en nuestra opinión la importancia de esta garantía amerita que se regule en un precepto aparte y, además, poco tiene que ver con el derecho a recurrir las resoluciones de decomiso. Tampoco estimamos que el reconocimiento sea suficiente, al no abarcar las resoluciones de embargo. Es una muestra más de que la eficacia prima sobre las garantías en materia de recuperación de activos y de que los medios justifican el fin, que no es otro que garantizar que el delito no resulte provechoso.

Por lo que respecta a la cláusula de situación de penuria injustificada⁷¹, cabe acoger con satisfacción su previsión expresa entre las garantías – en la Directiva 2014/42/UE quedó relegada al

⁷¹ CARRILLO GARRIDO, Francisco Javier, “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1, 2023, p. 344, habla de “cláusula de ajuste o de escape”.

considerando 18 —, aunque su ubicación no sea la adecuada. Por otra parte, cabe subrayar que, a diferencia de la Directiva 2014/42/UE, no se ha incluido la petición a los Estados miembros de “la aplicación muy restrictiva de esta posibilidad” (considerando 18 Directiva 2014/42/UE), si bien se sigue previendo para “circunstancias excepcionales”⁷².

VII. Reflexión final

La propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos es un claro ejemplo de los recientes esfuerzos de la UE para garantizar que el delito no resulte rentable y de su decidida apuesta por la política de tolerancia cero con el dinero ilícito. Con este nuevo instrumento normativo se pretenden conseguir más logros que los obtenidos hasta ahora en la lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada. La lucha contra estos fenómenos delictivos que, por ahora, está perdida, porque no se ha abordado de una forma global todas las fases de la recuperación de activos, sino que se ha focalizado en el embargo y del decomiso, puede que empiece a arrojar mejores resultados cuando se apruebe la futura Directiva. No obstante, no todo vale para garantizar que el delito no resulte rentable y las garantías, una

⁷² Considerando 18: “En la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros pueden establecer, en circunstancias excepcionales, que no se proceda al decomiso en la medida en que, de conformidad con el Derecho nacional, la persona afectada pueda quedar en una situación de penuria injustificada, por lo que debe considerarse la situación específica en cada caso. Los Estados miembros deben hacer una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, y solo permitir que no se proceda al decomiso en los casos en que dicha medida ponga a la persona de que se trate en una situación en la que le resulte muy difícil la supervivencia”. Sobre esta cláusula vid. AGUADO-CORREA, Teresa (nota 35), pp. 31 y 32.

vez más, son las grandes perdedoras frente a la eficacia. El precio que se paga por luchar de una manera más eficaz contra los beneficios ilícitos derivados de la delincuencia organizada es demasiado alto para los ciudadanos, pues se relajan aún más las garantías y el respeto de los derechos fundamentales de las personas afectas por las mismas, a la par se incluyen nuevas modalidades de decomiso basadas en sospechas. La Comisión Europea ha redactado su propuesta de Directiva bajo la máxima “más vale que sobre que falta”, sin tener en cuenta que el fin que se persigue a través de la misma, y que no es otro que garantizar que el delito no resulte provechoso, no justifica la adopción de algunas de las medidas contempladas en la futura Directiva. No todo vale en la lucha contra el blanqueo de capitales y, menos aún, cuando el respeto de los derechos de las personas afectadas por las medidas contempladas en la propuesta de Directiva, no está suficientemente garantizado.

Bibliografía

- AGUADO-CORREA, Teresa, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013.
- AGUADO-CORREA, Teresa, “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *Indret*, 1/2014.
- AGUADO-CORREA, Teresa, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso: una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo* 35, 2015.
- AGUADO-CORREA, Teresa, “Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea”, *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.
- AGUADO-CORREA, Teresa, “Siguiendo el rastro del dinero del dinero en la Unión Europea: hacia un enfoque global, operativo e integrado”, *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Madrid: Dykinson, 2021.

- ARCIFA, Gabriella, “The new EU Directive on Confiscation: A good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon EU strategy on tracking and confiscating illicit money”, *I quaderni europei*, maggio, 2014.
- CARRILLO GARRIDO, Francisco Javier, “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1, 2023.
- DA COSTA ANDRADE, Manuel / ANTUNES, Maria João, “Da natureza procesual penal do arresto preventivo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 27, 2017.
- DESTERRO FERREIRA, Maria Raquel / LOPES CARDOSO, Elina / CONDE CORREIA, João (coord.) *O novo regime de recuperação de ativos. À luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018.
- FARTO PIAY, Tomás, “El decomiso autónomo en el Proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno”, *Revista General de Derecho Procesal* 60, 2023.
- GREEMBERG, Theodor / SAMUEL, Linda M. / WINGATE, Grant / GRAY, Larissa, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Mayol Ediciones, 2009.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, “España como país emisor de decisiones de embargo y decomiso”, *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT : UN NOUVEAU DÉFI POUR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS?

LORENZA-LOUISE LISSA-GEAY

MCF en Droit privé et Sciences criminelles à l'UBS
membre du LabLEX, membre externe du CDPC de
l'Université de Paris Nanterre

Table des Matières : I – Une réforme très attendue : A) La nécessité d'une réforme de la partie générale du Code pénal; B) L'espoir d'une refonte du droit pénal de l'environnement; II – Un bilan mitigé: A) L'absence d'une vision globale cohérente; B) La complexité (parfois excessive) de la loi *Climat*.

Summary: I – A long awaited reform: A) The need for a reform of the general part of the penal code; B) The hope for an overhaul of the environmental criminal law; II – A mixed result: A) The absence of a coherent global vision; B) The complexity (sometimes excessive) of the law *Climat*.

Résumé : A la veille de l'adoption de la loi *Climat et résilience*, la doctrine avait mis en exergue un certain nombre de défauts du droit pénal environnemental français, dans l'espoir que le

législateur serait en mesure de les corriger. De surcroît, aux défauts propres à la branche environnementale du droit répressif, il fallait ajouter les lacunes de la partie générale du code pénal. Celles-ci affectent aussi bien la théorie de la causalité pénale, insuffisamment développée, que l'élément moral et la théorie de l'auteur de l'infraction, caractérisés par des profils d'originalité, appréciables en eux-mêmes, mais parfois défigurés par l'application prétorienne. À la suite d'une lecture attentive du nouveau texte, force est de constater que les avancées qui en découlent sont modestes.

Abstract: On the eve of adoption of the law *Climat et résilience*, legal doctrine has compiled a list of the dysfunctions of French environmental criminal law, in the hope these defects would be corrected. Moreover, to the anomalies specific of the branch of criminal law which deals with the protection of the environment, it was necessary to add those of the general part of the penal code. These latter anomalies concern both the theory of penal causality, little developed, and the theory of guilt which is original but applied in an unsatisfactory way. Our goal is to analyze the reform to verify whether and to what extent the legislator has responded to the expectations of doctrine and public opinion. From this study emerges a rather disappointing balance.

Mots clés : droit pénal de l'environnement; droit pénal général; droit comparé; droit européen; Loi *Climat et résilience*.

Keywords: environmental criminal law; general criminal law; comparative law; european law; the French *Climat et résilience* law.

Introduction

La prise de conscience des dégâts planétaires causés par les changements climatiques en cours a aiguïlé l'intérêt du public et des gouvernements de la plupart des pays du monde pour le sujet de la protection de l'environnement. Pour un spécialiste du droit pénal, il est donc parfaitement légitime de se poser la question de savoir quel rôle le droit répressif est appelé à jouer dans l'actuel contexte de transformation radicale de la société, des modèles économiques et des systèmes juridiques, contexte fortement marqué

par les phénomènes de la transition écologique et de la transition énergétique. S'il est vrai que le débat doctrinal sur l'opportunité et l'utilité de la répression pénale en matière environnementale n'est pas définitivement clos – en raison de la nature d'*extrema ratio* de la sanction pénale, susceptible d'intervenir lorsque toute autre sanction juridique, civile ou administrative, moins attentatoire aux libertés fondamentales, apparaît insuffisante par rapport aux objectifs poursuivis –, force est de constater que la demande de peine dans le domaine environnemental connaît une forte augmentation. En effet, la peine se distingue des sanctions extra-pénales, entre autres, par sa haute valeur symbolique. Ce *quid pluris* est mis à profit dès lors que le législateur ressent le besoin de stigmatiser les conduites qui suscitent une inquiétude particulière auprès du public, telles que les comportements les plus gravement préjudiciables à l'environnement, le plus souvent imputables à l'industrie ou à une criminalité organisée «environnementale» en expansion constante¹. Une demande croissante de nouvelles incriminations, assorties de peines plus sévères, n'est d'ailleurs pas surprenante dans une période historique fortement marquée par les catastrophes naturelles et le réchauffement climatique, mais aussi par la prise de conscience de la part de l'opinion publique des responsabilités humaines dans la chaîne causale de ces phénomènes catastrophiques. Il en découle un défi de taille auquel sont confrontées les autorités étatiques, engagées dans une course contre-la-montre afin de répondre aux attentes d'une société civile de plus en plus troublée. Or, combler les lacunes et corriger les défauts du droit et de la justice environnementaux n'est pas une tâche légère, tellement les dysfonctionnements dans cette matière complexe sont nombreux.

¹ La Commission européenne, dans sa récente proposition de directive en matière pénale, a dénoncé la croissance exponentielle des éco-mafias au cours de ces dernières années.

À cette mission qui incombe aux autorités étatiques, nous devons en ajouter une autre, qui pèse cette fois sur les autorités européennes, lesquelles doivent composer avec la nécessité d'harmoniser à l'échelle régionale la branche du droit pénal vouée à la protection de l'environnement, aussi bien dans son volet procédural que dans son volet substantiel. Ce processus est imposé par la volonté d'asseoir la confiance mutuelle entre les pays membres de l'Union européenne, préalable nécessaire à la coopération pénale, à la fois policière et judiciaire, qui constitue une arme redoutable dans la lutte contre le phénomène des écomafias. Cependant, l'harmonisation du droit pénal de fond n'est possible que dans les limites fixées par l'article 83.2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). Ce texte prévoit que le rapprochement des incriminations et des peines procède d'une harmonisation préalable des polices administratives. De surcroît, l'harmonisation doit être justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité d'une politique européenne. Malgré ces contraintes, une première réponse est venue de la Directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal². Ce texte a imposé aux Etats membres un certain nombre d'obligations positives d'incrimination ayant pour objet les conduites les plus gravement attentatoires aux valeurs environnementales, du moins lorsque ces atteintes se présentent sous la forme d'une infraction délibérée ou lorsque l'infraction trouve sa source en une négligence grave. Cependant, les résultats de l'application de la directive précitée en termes de rapprochement et de renforcement de la protection de l'environnement, sont perfectibles. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission européenne a récemment présenté au Parlement européen une proposition d'adoption d'une nouvelle direc-

² Directive 2008/99/CE sur la protection de l'environnement par le droit pénal.

tive dans la même matière³.

Dans les pages qui suivent, tout en gardant en toile de fond le droit européen, nous allons mettre l'accent sur les dynamiques qui irriguent le droit national, et plus précisément le droit français⁴, afin de montrer comment le durcissement de la répression dans le domaine environnemental impose aux autorités, non seulement au niveau communautaire, mais plus encore au niveau interne, un certain nombre de défis d'envergure.

Dans une première partie, il s'agira de répertorier les attentes du public et des juristes telles qu'elles apparaissaient à la veille de l'adoption de la loi *Climat et résilience* qui a récemment réformé la matière des délits environnementaux en France⁵ (I). Cet « état des lieux » nous servira ensuite de point de départ pour une brève étude critique du nouveau texte, permettant de mettre en exergue aussi bien les avancées réalisées que les lacunes non comblées (II).

I - Une réforme très attendue

A la veille du vote sur la loi *Climat et résilience*, la branche répressive du droit de l'environnement français montrait un grand nombre de lacunes et dysfonctionnements, susceptibles de porter atteinte à son efficacité (B). Qui plus est, les défauts propres au droit pénal de l'environnement venaient se greffer sur un droit pénal général en lui-même déficitaire (A).

³ COM/2021/0851.

⁴ Pour avoir, au préalable, un aperçu général de la question de la protection de l'environnement en droit français et européen, voir, entre autres, LERAY, Grégoire / MONTEILLET, Vanessa, « Droit de l'environnement – juin 2020 – mars 2021 », <https://www.dalloz-fr-scd-proxy.univ-brest.fr/documentation/Document?ctxt=0->, consulté le 1^{er} février 2022.

⁵ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

A) La nécessité d'une révision de la partie générale du code pénal

Le premier des points d'achoppement qui apparaissent à la lecture de la partie générale du code pénal est la conséquence d'un développement insuffisant de la théorie de l'infraction qui se double d'un déficit de respect à l'égard de certains principes fondamentaux. Les anomalies au niveau de la théorie de l'infraction apparaissent dès lors que l'on compare le droit français avec celui de la plupart des autres pays de la famille romano-germanique⁶. Cette lacune, devrait pousser le législateur à intervenir pour faire rimer constitutionnalité et conventionnalité des textes avec efficacité des incriminations et des peines⁷.

En premier lieu, l'on constate un retard considérable dans le développement des théories relatives à la *causalité pénale*, dont les auteurs français, en grande majorité, sous-estiment l'importance, en reléguant cette thématique à la marge de leurs réflexions⁸. Certes, quelques monographies font figure d'exception, qui consacrent à l'étiologie pénale des développements comparables à ceux qui caractérisent la majorité des manuels italiens ou espagnols⁹. Cependant, cela reste assez exceptionnel. Quant à l'évolution législative sur ce même point, des avancées considérables ont découlé de l'adoption de la loi *Fauchon*¹⁰ ayant radicalement modifié l'article

⁶ La comparaison est aisée, par exemple, avec le droit allemand, espagnol ou italien.

⁷ PERRIER, Jean-Baptiste (sous la direction de), « La répression des infractions environnementales. A la recherche de sanctions proportionnées, efficaces et dissuasives », *Énergies-Environnement-Infrastructures*, N° 12, décembre 2017, p. 36.

⁸ Voir, à titre d'exemple, MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} édition, 784 pages.

⁹ Voir, notamment, BON, Jean-André, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, collection thèses, 2006, 369 pages.

¹⁰ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

121-3 du code pénal français. Ce texte, qui a introduit un lien de *proportionnalité inverse* entre intensité du lien étiologique et degré de la faute en matière d'infractions non-intentionnelles commises par des personnes physiques, a brisé l'ancien dogme de la *causalité indifférente*. Désormais, le juge pénal, pour pouvoir entrer en condamnation, doit au préalable vérifier qu'en l'espèce le lien causal est bien *certain* (*condicio sine qua non*), pour ensuite s'interroger sur la nature, *directe* ou *indirecte*, du lien¹¹. En effet, uniquement un lien étiologique *direct* est susceptible de justifier une condamnation dès lors que l'élément moral de l'infraction n'est caractérisé que par une *faute simple*. Lorsque, en revanche, le lien causal est *indirect*, la faute simple ne permet plus au juge d'entrer en condamnation. Le juge est alors contraint de rechercher une faute bien plus grave, une faute *qualifiée*, pouvant prendre la forme soit d'une *faute délibérée* soit d'une *faute caractérisée*¹². La finalité principale poursuivie par le législateur par le biais de ce texte était la réduction du nombre des condamnations des *décideurs*, et notamment celle des *décideurs publics*, auteurs indirects d'infractions non-intentionnelles. En effet, la précédente réforme datant de 1996, qui avait imposé une évaluation *in concreto* de la faute, ne semblait pas avoir

¹¹ Le lien de causalité est direct dès lors qu'il y a eu un contact entre le corps de l'auteur et celui de la victime, même si ce contact se fait par la médiation d'une arme, d'un objet ou d'une substance nuisible. En revanche, le lien est indirect dès lors que l'auteur a simplement contribué à créer la condition qui a causé le préjudice ou a omis d'adopter les précautions qui auraient permis de l'éviter.

¹² La faute *délibérée* constitue la faute pénale la plus grave. Elle est caractérisée par la violation manifestement délibérée d'une norme *particulière* de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou par un règlement au sens constitutionnel du terme. La faute *caractérisée*, quant à elle, est commise par celui qui expose à un danger particulièrement grave la victime, dès lors qu'il ne pouvait l'ignorer. La jurisprudence fait coïncider ce type de faute soit avec un manquement professionnel, soit avec une accumulation de plusieurs fautes simples.

produit les effets escomptés, du moins en termes de réduction des condamnations des auteurs indirects de délits non-intentionnels¹³. Cependant, au-delà de cet effet sciemment visé par le législateur, le chercheur ne peut qu'être intrigué par le constat que cette réforme a eu une autre retombée importante, non directement recherchée par le législateur et pourtant très intéressante dans une perspective dogmatique : le recul en droit français de la théorie de la *causalité indifférente*. Cette théorie, qui met sur un plan d'égalité toutes les causes du résultat, sans les distinguer selon l'intensité de leur apport causal, est vraisemblablement abandonnée au profit de la théorie de la *causalité adéquate* dès lors que l'on impose au juge de distinguer les différentes manifestations du lien étologique, graduées selon leur force causale, pour ensuite en tirer des conséquences variables en termes de responsabilité de l'auteur de l'infraction. Au premier abord, l'on serait tenté de qualifier ce revirement de véritable révolution copernicienne de la causalité dans le système juridique français. Cependant, cette affirmation mérite d'être nuancée. Force est de constater que le champ d'application de la loi Fauchon demeure assez restreint. Les règles que nous venons d'évoquer ne s'appliquent qu'en cas d'infraction non-intentionnelle commise par une personne physique. Aussi bien en matière d'infractions dolosives des personnes physiques que pour toute sorte d'infractions pénales, intentionnelles ou non-intentionnelles, imputables aux personnes morales, les distinctions évoquées entre lien causal direct et indirect, ainsi que le classement

¹³ Il faut cependant reconnaître que les juges n'avaient peut-être pas eu le temps de mesurer pleinement les potentialités de cette première réforme et d'en tirer toutes les conséquences, car le laps de temps qui s'est écoulé entre la loi de 1996 et celle de 2000 est assez court. Quoi qu'il en soit, le législateur, poussé par l'insatisfaction de l'opinion publique, secouée par des affaires fortement médiatisées, a décidé de réagir sans plus attendre, par le biais de la loi Fauchon.

des fautes pénales en trois catégories ayant des effets différents sur la responsabilité pénale de l'agent, ne trouvent pas à s'appliquer. Ainsi, l'abandon de la causalité indifférente au profit de la causalité adéquate n'a pu être généralisé. Par conséquent, la portée de la loi Fauchon sur l'évolution du mécanisme de la causalité pénale doit être relativisée. De surcroît, le rapprochement tardif à la causalité adéquate n'est pas en mesure de résoudre tous les problèmes liés à la caractérisation du lien étiologique devant relier la conduite incriminée au résultat dommageable ou dangereux, problèmes qui se posent fréquemment, et sous des formes particulièrement complexes, dans le domaine environnemental. Mais, ce n'est pas tout. Il faut encore composer avec la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui ne fait pas toujours une application rigoureuse du dispositif issu de la loi Fauchon. D'une part, la Cour exige que le lien causal soit certain, sans pour autant sanctionner les juges du fond, tribunaux et cours d'appel, dès lors qu'ils se bornent à insérer dans la motivation de simples « clauses de style », faisant ainsi abstraction de la preuve du caractère certain du lien de causalité. D'autre part, la Cour admet parfois qu'un lien indirect soit traité comme s'il était direct, avec la conséquence fâcheuse de contourner l'intention du législateur qui allait dans le sens de circonscrire le périmètre de la responsabilité pénale de l'auteur indirect du dommage.

En second lieu, sur le terrain de la *culpabilité*, nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'originalité du modèle français quant à la classification de la faute pénale. Celle-ci se décline en trois formes, ce qui ne trouve aucune correspondance immédiate, du moins à ma connaissance, dans les autres systèmes juridiques de *civil law*. Cette articulation est cependant problématique à plusieurs égards¹⁴. À un

¹⁴ MARECHAL, Jean-Yves, *J.C. Pénal Code*, article 121-3, fascicule n° 20.

niveau plus général, l'on constate un taux moins élevé de *normativisation* de la faute, notamment si l'on compare le droit français au droit italien. Le modèle hexagonal reste, en grande majorité, fidèle à la traditionnelle conception *psychologique* de la faute pénale. Certes, des éléments normatifs se sont insinués dans la théorie de la culpabilité, mais la dimension psychologique est encore prépondérante non seulement en matière de *dol*, synonyme de *conscience et intention* de violer la *loi* pénale, mais également en matière de faute non-intentionnelle¹⁵. Dans l'abstrait, ce dispositif original, n'apparaît pas dépourvu de cohérence. Cependant, la pratique montre qu'il s'expose à des dérives jurisprudentielles que le législateur n'a pas été en mesure, jusqu'à présent, d'endiguer. D'une part, les juges, découragés par les difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de caractériser une faute délibérée – ce qui exige, en premier lieu, le repérage d'un texte légal ou réglementaire sous-jacent à la loi pénale interdisant exactement le même type de comportement que cible le texte d'incrimination, et, en second lieu, le constat du caractère *délibéré*

¹⁵ Dans la faute *simple* se mêlent éléments subjectifs et objectifs, car il peut aussi bien s'agir d'une forme de négligence ou d'imprudence, ce qui implique un certain degré d'inattention correspondant à un état mental bien particulier de l'auteur, et éléments objectifs, car elle peut également consister en la violation d'une règle légale ou réglementaire de prudence ou de sécurité. Quant à la faute *caractérisée*, elle est dominée par une approche psychologique, étant donné que l'auteur doit avoir exposé la victime à un danger particulièrement grave qu'il ne pouvait ignorer compte tenu des circonstances de l'espèce. Dans ce cas de figure, le juge vérifie *in concreto* si l'auteur avait été prévenu du danger et, donc, était en mesure de prévoir les conséquences dommageables de son propre comportement. Enfin, la faute *délibérée* mêle de nouveau éléments normatifs et éléments psychologiques car, d'une part, l'on prend en compte le manquement à une obligation *particulière* de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou par un règlement à visée générale, et d'autre part, l'on exige que ce manquement soit délibéré, c'est-à-dire accompli en toute conscience. Cette référence implicite à la conscience de l'auteur témoigne d'une présence encore forte de la dimension psychologique dans ce type de faute.

de la violation de ce texte – se tournent naturellement vers d'autres solutions, qui ne semblent pas toujours très orthodoxes. Parfois, ils se rabattent sur *l'intention*, qu'ils ont, par ailleurs, la fâcheuse tendance à présumer¹⁶. Cette orientation peut surprendre, car elle est le fruit d'un choix paradoxal. Par définition, l'infraction intentionnelle est plus grave que la correspondante infraction non-intentionnelle. Ainsi, l'on pourrait s'attendre à ce que la preuve du dol soit renforcée par rapport à celle de la faute. Or, le recours à la présomption a pour effet d'alléger considérablement la charge de la preuve. Qui plus est, dès lors que le dol ne semble pas envisageable en l'espèce, les juges se tournent tout naturellement vers l'autre forme de « faute grave » permettant d'engager la responsabilité pénale de l'auteur en présence d'un lien causal indirect. Il s'agit de la faute caractérisée, dont la preuve est moins problématique que celle de la faute délibérée. Malheureusement, ce faisant, les juges du fond finissent par abuser de cet instrument, notamment dans le but de faciliter la condamnation des chefs d'entreprise auteurs indirects d'infractions non-intentionnelles. Ce phénomène est particulièrement évident dans les affaires environnementales¹⁷.

Celle que nous venons d'esquisser n'est rien d'autre que la toile de fond sur laquelle se découpent les défauts propres au droit pénal de l'environnement. Cette superposition fait un effet « boule de neige » qui aggrave l'état pathologique dans lequel se trouve cette dernière branche du droit. Le constat que nous venons d'évoquer aurait donc pleinement justifié une réforme en profondeur du droit pénal général en tant que préalable à la réécriture du droit technique.

¹⁶ GUIHAL, Dominique / ROBERT, Jacques-Henri / FOSSIER Thierry, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 2016, p. 215.

¹⁷ GUIHAL, Dominique / ROBERT, Jacques-Henri / FOSSIER, Thierry (note 16), p. 217. Ces auteurs parlent d'une véritable « banalisation » de la faute caractérisée en droit pénal de l'environnement.

B) L'espoir d'une refonte du droit pénal de l'environnement

Les anomalies qui portent préjudice à la cohérence et à l'efficacité du droit pénal de l'environnement peuvent être regroupés en trois catégories.

Dans un premier groupe, nous pouvons placer les dysfonctionnements susceptibles de porter atteinte au principe fondamental de la *légalité* pénale et à ses corollaires. Dans cette catégorie figurent, en premier lieu, l'inflation normative, qui se traduit en une évidente hypertrophie des textes d'incrimination visant, directement ou indirectement, la protection de l'environnement. La doctrine française se montre depuis longtemps préoccupée par ce phénomène pathologique, en raison de ses conséquences néfastes sur l'*accessibilité* de la norme pénale. En second lieu, les inquiétudes se concentrent sur une autre anomalie grave, la dispersion des incriminations et des peines en une multitude de codes (code de l'environnement, code pénal, code de la santé publique, code rural et de la pêche maritime, code des transports, etc.). Ce phénomène est d'autant plus inquiétant qu'il se superpose à celui de la prolifération incontrôlée des textes, en aggravant les retombées négatives sur l'*accessibilité* de la norme pénale, et sur le taux de poursuites engagées dans le domaine environnemental. À cela, il faut encore ajouter le recours excessif aux techniques législatives dites de la *norme pénale en blanc* et du *renvoi en cascade*. L'emploi de ces techniques – parfois nécessaire afin d'assurer l'adéquation constante et rapide de la norme au vu de l'évolution incessante de la science et de la technologie –, contraint l'interprète à un véritable travail d'*orfèverie juridique*. Celui-ci consiste à reconstituer dans son intégralité une infraction dont les éléments constitutifs, en raison de l'éclatement du texte, sont dispersés dans une pluralité de sources, parfois difficiles d'accès, qui se renvoient l'une à l'autre dans un véritable jeu de miroirs. De plus, cette forme rédaction-

nelle risque de déposséder le législateur, guidé par « l'empirisme et le pragmatisme », de l'une de ses prérogatives fondamentales¹⁸ : la définition des éléments constitutifs de l'infraction, notamment lorsque le renvoi se fait à une norme infra-législative. La technique que nous venons d'évoquer est source d'inquiétude, étant donné qu'elle met sous tension à la fois le principe de la légalité pénale et celui de la séparation des pouvoirs.

Dans un deuxième groupe, il convient ensuite de placer les défauts du système juridique ayant des répercussions négatives sur un autre principe constitutionnel auquel le droit pénal est censé se conformer : le principe de *nécessité de l'incrimination et de la peine*. Par ailleurs, il convient de préciser que ce principe, abstraitement susceptible de jouer un rôle similaire à celui que le droit italien attribue au principe d'*offensività*, n'est pas encore suffisamment exploité par la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, et ce malgré sa consécration dans le bloc de constitutionnalité¹⁹. Force est de constater que, en matière pénale, le Conseil constitutionnel se borne à sanctionner les atteintes les plus graves à la légalité pénale détectées dans la rédaction des textes d'incrimination. Quant au principe de nécessité, celui-ci fait toujours l'objet d'une interprétation restrictive amenant les juges de la constitutionnalité des lois à ne censurer que la prévision par le législateur d'une sanction manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de la conduite incriminée. En dehors de ce périmètre très restreint, le Conseil constitutionnel se montrer réticent à censurer le choix du

¹⁸ TRICOT, Juliette, « Les infractions environnementales face au renouvellement des stratégies et techniques d'incrimination », *Revue Énergies-Environnement-Infrastructures*, n° 12, 2017.

¹⁹ PARIZOT, Raphaële, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, p. 2701 et s.

législateur souhaitant frapper d'une peine un comportement insusceptible de porter une réelle atteinte à la valeur juridique protégée. La justification mise en avant a trait à la volonté, constamment affichée par les juges constitutionnels, de rester fidèles au principe de la séparation des pouvoirs. Depuis qu'il a été formulé par Montesquieu dans *L'Esprit des lois*, ce principe a acquis le statut d'un véritable monument de la culture juridique française, au point de faire de l'ombre à d'autres principes de rang constitutionnel. Ainsi, le législateur n'est jamais incité à dépénaliser une partie des innombrables *infractions-obstacle* qui jalonnent le droit pénal de l'environnement. Cela est fort regrettable, d'autant plus que certaines de ces incriminations, en plus d'être pléthoriques, ne protègent aucun bien juridique substantiel, étant donné qu'elles se bornent à fluidifier l'action de contrôle exercée par l'administration sur les activités humaines dangereuses pour l'environnement et la santé humaine. Toutefois, ce groupe d'incriminations n'est pas celui qui suscite le plus grand nombre de doutes quant à sa constitutionnalité. Une autre catégorie d'infractions inquiète davantage la doctrine contemporaine. Il s'agit des infractions-obstacle qui s'appuient, indirectement, sur le *principe de précaution*. Ce dernier impose l'adoption de mesures préventives en présence d'un *risque*. D'emblée, l'on pourrait croire que le risque serait synonyme de danger, ce qui pourrait bien justifier le recours à une sanction pénale. Or, il suffit de creuser un peu dans les sources pour s'apercevoir que le terme « risque » doit être interprété dans un sens bien précis, comme synonyme non pas de danger avéré, mais plutôt de danger *éventuel* ou *virtuel*, n'ayant pas encore fait l'objet d'une démonstration scientifique. L'on comprend alors pourquoi l'infiltration du principe de précaution dans la matière pénale suscite une vive ap-

préhension au sein de la doctrine²⁰, bien que les auteurs ne soient pas tous défavorables à une inoculation raisonnable et contrôlée de ce principe dans quelques branches particulières du droit pénal technique²¹. La pierre d'achoppement réside en son faible taux de compatibilité avec la preuve aussi bien du lien causal que de la faute. Cela signifie que la pénétration occulte du principe de précaution en droit pénal est susceptible de compromettre la cohérence aussi bien de l'élément matériel que celle de l'élément moral de l'infraction. Comment pourrait-on, en effet, prétendre donner la preuve du lien causal alors que la science elle-même ne saurait exprimer aucune certitude quant au rôle joué par le comportement de l'auteur dans la chaîne causale ayant conduit au résultat préjudiciable ? Et puis, comment qualifier la conduite de l'agent de « comportement reprochable », et donc fautif, au cas où l'auteur aurait agi sous l'emprise d'une incertitude nomologique ? L'opacité qui enveloppe l'efficacité causale de la conduite ne suffit-elle pas à écarter aussi bien le lien causal que la faute pénale de l'auteur ? Certes, en l'état actuel du droit français, aucune incrimination environnementale ne s'inspire directement du principe de précaution. Cependant, certaines notions peuvent se transformer en un véritable cheval de Troie permettant au principe de précaution de franchir *incognito* les frontières du droit pénal pour s'infiltrer subrepticement dans un territoire qui devrait, dans l'abstrait, lui être interdit. Un exemple intéressant est celui de la notion de *déchet dangereux*. Si l'on étudie la nomenclature européenne des déchets, l'on s'aperçoit que les

²⁰ GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève / MANACORDA, Stefano / D'AMBROSIO, Luca (sous la direction de), *Dynamiques normatives du principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité juridique*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, Rapport final, décembre 2016, 180 pages.

²¹ ROETS, Damien, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC*, 2007, p. 251 et s.

méthodes de classement des résidus sont parfois façonnées par le principe de précaution. Un déchet peut, en effet, être classé comme étant dangereux non seulement lorsque l'on dispose de la preuve scientifique de sa dangerosité pour la santé ou pour la qualité de l'environnement, mais également lorsqu'il contient des substances *potentiellement* toxiques, c'est-à-dire des substances dont la dangerosité est présumée ou soupçonnée en l'absence de toute preuve scientifique. Il est alors légitime de s'interroger sur la compatibilité de certaines incriminations, dès lors qu'elles ont pour objet des déchets potentiellement dangereux, avec le principe de nécessité de la peine. Tel est le cas des textes qui sanctionnent le défaut de transmission à l'autorité compétente d'informations relatives aux déchets. Ces incriminations suscitent des doutes légitimes, du moins chaque fois que la conduite visée aurait pour objet des déchets dont la dangerosité est présumée. Ces textes mériteraient ainsi d'être soit réécrits, afin d'en circonscrire l'objet aux seuls déchets *assurément* dangereux, soit d'être dépenalisés pour laisser la place à des infractions administratives qui, en raison du caractère moins invasif des sanctions y afférentes, ne s'exposeraient pas aux mêmes critiques.

Il nous reste à dessiner les contours du troisième groupe de défauts qui étaient reprochés au droit pénal environnemental français à l'aube de la loi *Climat*. Jusqu'à présent, nous avons, en effet, ciblé un certain nombre de lacunes et d'anomalies du dispositif répressif environnemental caractérisées par un dénominateur commun : le non-respect d'un principe fondamental de rang constitutionnel. Il faut cependant rappeler qu'avant l'adoption de la loi *Climat* la doctrine mettait davantage en exergue une autre catégorie de dysfonctionnements : ceux qui, sans compromettre la légitimité des incriminations, entravent plutôt l'*efficacité* du droit

répressif²². Les plus grands spécialistes français de la matière²³ se plaignaient notamment de l'absence d'un délit de pollution ayant une portée générale. Sa prévision aurait eu le double avantage de mieux protéger les milieux naturels tout en permettant d'asseoir une conception unitaire et globale de l'environnement, au lieu d'en perpétuer l'éclatement par des textes sanctionnant séparément les atteintes à ses composantes (l'air, l'eau, le sol, la flore, la faune). De plus, la création d'un délit de *mise en danger* de l'environnement, façonné sur le modèle de la mise en danger de la vie d'autrui prévue à l'article 223-1 du code pénal, était également invoquée. En effet, le principe constitutionnel qui impose l'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire du principe de légalité, interdit au juge répressif de faire recours à l'analogie. Ainsi, seul le législateur avait le pouvoir de combler une telle lacune. De plus, une partie de la doctrine décriait l'abus des *clauses d'illicéité* dans les textes d'incrimination. L'on demandait notamment au législateur de faire l'économie de la *clause d'illicéité* – qui exige que le comportement incriminé soit au préalable interdit par un texte extra-pénal – chaque fois que l'incrimination cible un comportement ayant des conséquences irréversibles ou exceptionnellement graves sur l'environnement ou sur la santé humaine²⁴. En effet, il semblerait préférable de supprimer la clause d'illicéité dès lors que le texte pénal vise un dommage irréversible ou, du moins, extrêmement grave pour

²² Voir, entre autres, BERTELLA-GEOFFROY, Marie-Odile, « L'ineffectivité du droit pénal dans les domaines de la sécurité sanitaire et des atteintes à l'environnement », *Environnement*, n° 11, novembre 2002, chronique 19 ; NEYRET, Laurent (Dir.), « 35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement », Rapport remis à la garde des sceaux le 11 février 2015, notamment à la p. 14 ; TRICOT, Juliette (note 18), p. 12.

²³ NEYRET, Laurent, *Des écocrimes à l'écocide, le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, 482 p.

²⁴ NEYRET, Laurent (note 23), p. 483.

l'équilibre des écosystèmes ou pour la santé de l'homme. Dans ce cas de figure, les restrictions du périmètre de la responsabilité pénale dérivant de l'application d'une telle clause peuvent paraître excessives, voire injustifiées. Il convient, par ailleurs, de noter que deux autres avantages non négligeables auraient pu découler de cette option. En premier lieu, il aurait pu en dériver une amélioration considérable du niveau de cohérence de l'approche globale du droit à la protection de l'environnement, car un dosage attentif des clauses d'illicéité aurait permis de fixer un équilibre satisfaisant entre approche anthropocentrique et approche écocentrique. En second lieu, cette option aurait probablement exercé un effet bénéfique sur l'équilibrage des rapports que le droit pénal entretient avec le droit extra-pénal. Quant au premier des avantages évoqués, il est évident que limiter et rationaliser l'emploi de la clause d'illicéité extra-pénale aurait favorisé un compromis satisfaisant entre vision purement *anthropocentrique* et vision radicalement *écocentrique* de la protection des milieux naturels, permettant de dépasser certains clivages traditionnels, qui se sont révélés stériles, voire contreproductifs. En effet, l'omniprésence de ce genre de clause dans les textes d'incrimination empêche le juge de poursuivre une atteinte grave à l'environnement dès lors qu'elle n'est pas interdite par un texte autre que celui d'incrimination. Au premier abord, ce cas de figure peut paraître tout à fait marginal, mais ce ne l'est pas. L'on pourrait songer à la destruction d'une espèce animale dépourvue de tout intérêt immédiat pour l'espèce humaine. Cela pourrait, par exemple, concerner une espèce de poissons peu connue et non comestible. Au cas où elle ne serait protégée par aucune police administrative, en l'absence de tout intérêt pour la santé, l'économie ou le loisir de l'homme, son extinction causée par des personnes physiques ou morales ne pourrait être poursuivie sur le fondement des incriminations soumises à une clause d'illicéité. Quant au second avantage évoqué, il convient de noter que la réduction du nombre des clauses d'illicéité aurait pour conséquence bénéfique une redéfinition des liens que le droit pénal entretient

avec les autres branches du système juridique interne. La balance pencherait moins en faveur de l'asservissement du droit pénal au droit civil et au droit administratif et ce grâce à un renforcement de son autonomie, sans pour autant faire totalement disparaître la fonction *ancillaire* propre au droit répressif. L'insertion de la clause d'illicéité dans un texte d'incrimination étant un marqueur de la subordination du droit pénal au droit extra-pénal, sa suppression ponctuelle – dans des cas de figure dans lesquels le caractère très grave, voire irréparable, du dommage engendré justifie des poursuites inconditionnelles – viendrait corroborer la conviction doctrinale de la valeur ajoutée du droit pénal, bien que cette orientation ne fasse toujours pas l'unanimité au sein de la doctrine française. Asseoir l'autonomie du droit pénal est susceptible d'avoir des effets positifs de grande envergure. Par cette voie, l'on parviendrait à justifier pleinement la création des notions *propres* à la matière pénale, plus conformes aux exigences spécifiques de l'incrimination et de la poursuite des comportements pénalement répréhensibles, en réduisant ainsi la dépendance du droit pénal vis-à-vis des notions élaborées dans d'autres contextes et dont l'application jurisprudentielle peut se révéler insatisfaisante une fois qu'elles sont greffées sur la matière pénale²⁵. Toutefois, la

²⁵ Un exemple d'élaboration d'une notion propre au droit pénal, dans un domaine dans lequel la doctrine civile avait auparavant la prétention d'imposer sa définition, sous prétexte de conserver l'unité du droit privé (auquel, pour des raisons historiques et pratiques, l'on continue de rattacher le droit pénal dans le modèle français, bien que cela soit discutable) peut être tiré du droit pénal spécial. Il s'agit notamment de la notion de *domicile*, dont la définition pénale a depuis longtemps cessé de coïncider avec la définition correspondante applicable en droit civil. Les juridictions répressives qualifient ainsi de domicile non seulement la résidence habituelle de la personne, mais, plus largement, tout lieu dans lequel la personne peut « se dire chez soi ». Ainsi, même une chambre d'hôtel, ou une roulotte aménagée, est assimilée à la notion de domicile. Cela est utile dès lors qu'il s'agit de poursuivre des infractions pénales telles que la *violation de domicile*. De plus, cette notion alimente aujourd'hui

demande la plus récurrente, parmi celles que la doctrine adressait régulièrement au législateur avant l'adoption de la loi *Climat*, avait pour objet la création d'un crime d'*écocide*. Il aurait dû s'agir d'un crime environnemental imprescriptible, soumis au principe de la compétence universelle et puni d'une peine exemplaire. Une telle infraction extrêmement grave aurait pu, par la suite, obtenir une reconnaissance au niveau international, éventuellement dans une perspective d'élargissement des compétences de la Cour pénale internationale en matière de crimes contre l'humanité.

Le constat que nous venons de dresser au sujet des maux ayant affligé le droit pénal de l'environnement en France avant la récente réforme des délits environnementaux ainsi qu'au sujet des atteintes multiples qui en découlaient, constitue le point de départ permettant de dresser un bilan critique de la loi de 2021.

II – Un bilan mitigé

Dès la publication de la loi *Climat*, un sentiment de déception s'est emparé non seulement de la doctrine, mais également des associations de protection de l'environnement et du public. D'une part, l'œuvre de rationalisation des techniques législatives y demeure largement inachevée²⁶. D'autre part, le renforcement du dispositif punitif, notamment par l'augmentation du *quantum* des peines, n'est pas à la hauteur de l'ambition affichée par les pou-

un nouveau débat au sujet du caractère pénalement répréhensible des conduites qualifiable d'*Urbex*, pratique qui consiste à explorer des lieux et édifices qui semblent avoir été abandonnés, mais qui appartient à une personne publique ou privée.

²⁶ LISSA-GEAY, Lorenza, « La réforme des délits environnementaux : un remède à la vulnérabilité de l'environnement ? », communication présentée au colloque *La vulnérabilité de l'environnement saisie par le droit pénal*, organisé à l'Université de Bretagne Occidentale, sur le site de Brest, le 30 mars 2022. Les actes du colloque devraient être prochainement publiés.

voirs publics. Ainsi, le bilan qui découle de l'étude du texte est, par reconnaissance presque unanime, très mitigé. Il en découle en sentiment de désillusion, qui risque, parfois, de se transformer, au fil du temps, en protestation virulente auprès du grand public. Par ailleurs, ce désappointement était déjà palpable avant la publication du texte, au moment de la diffusion du projet de loi²⁷.

Dans cette brève analyse critique, nous pouvons distinguer deux segments. Il s'agira, d'une part, d'esquisser brièvement les profils généraux de la politique pénale française récente (A) et, d'autre part, de développer les quelques observations qu'appelle une approche plus technique à la loi *Climat* (B).

A) L'absence d'une vision globale cohérente

La première source de déception réside dans la prise de conscience du champ trop étriqué de la réforme qui ne s'attaque nullement à la pléthore d'incriminations mineures qui pullulent en droit pénal de l'environnement et qui finissent par le polluer. De ce point de vue, le législateur français ne s'est pas montré assez ambitieux. Rien n'a été fait pour reléguer dans le domaine du droit administratif les nombreuses infractions qui relèvent de la fluidification de l'activité administrative, bien juridique insaisissable, et donc inapte à fonder le recours à la sanction pénale. Rien non plus n'a été tenté pour dépénaliser les infractions-obstacle qui paraissent être inspirées, du moins indirectement, par un principe, tel que le principe de précaution, dont la place au sein du droit pénal soulève des doutes de taille et dont l'infiltration mériterait d'être davantage surveillée. Le constat que d'autres droits nationaux, comme le droit

²⁷ Pour une analyse approfondie de la question, voir, entre autres, CITTI, Jean-Nicolas / PENNAFORTE, Manuel, « Les délits environnementaux prévus par le projet de la loi Climat », *Actu éditions législatives*, 26 avril 2021.

italien, souffrent des mêmes « pathologies » ne constitue en rien une justification pour le faible taux d'investissement du législateur dans ce secteur où la simplification apparaît comme un impératif indérogeable, une véritable *condicio sine qua non* du renforcement du système juridique en termes d'efficacité.

Quant aux défauts *systémiques* dérivant des déficits déjà abordés au niveau aussi bien de la causalité pénale que de la culpabilité, aucune avancée n'est à signaler dans la réforme en question. Ce constat ne constitue cependant pas une véritable déception, les attentes dans ce domaine ayant été faibles dès le début, en raison de la dimension sectorielle affichée par la réforme, qui ne visait que la matière environnementale. Il n'en demeure pas moins que le législateur devra affronter ces thématiques épineuses s'il compte réellement renforcer la branche environnementale du droit répressif. En effet, celle-ci ne peut faire l'économie d'une clarification de la partie générale du code pénal, en raison, entre autres, des difficultés soulevées par le caractère lacunaire du code au sujet des formes les plus complexes de causalité (causalité cumulative, causalité multifactorielle...) auxquels les juges sont quotidiennement confrontés en droit de l'environnement. Certes, dans d'autres systèmes l'évolution de la causalité pénale a été en grande partie favorisée par les efforts accomplis par la jurisprudence²⁸. Cependant, il ne semble pas judicieux de laisser cette tâche

²⁸ La référence la plus significative est, une fois de plus, celle que l'on peut faire au système italien. En effet, en Italie, les lacunes de la partie générale du code *Rocco* en matière causale ont été, en grande partie comblées grâce à un effort titanesque de réflexion et rationalisation accompli par la Corte di cassazione, notamment dans le célèbre arrêt *Franzese*. Celui-ci, tout en concernant directement le domaine de la responsabilité médicale, a eu des retombées importantes sur la causalité pénale dans son ensemble, notamment par la consécration de la théorie dite de la *causalité scientifique* qui a permis aux juges italiens de faire usage, à certaines conditions rigoureusement dégagées par la cour suprême, des lois scientifiques exprimant une *probabilité*. Ainsi, la panoplie d'instruments dont dispose le juge répressif italien

entre les mains de la Cour de cassation française, compte tenu du peu d'intérêt qu'elle a montré pour les questions causales dans un nombre considérable d'affaires pénales²⁹.

Une fois pris acte de cette absence d'intervention dans le domaine du droit pénal général, le moment est venu d'aborder brièvement les aspects les plus techniques de la nouvelle loi.

B) La complexité (parfois excessive) de la loi *Climat*

Quant aux améliorations introduites dans la structure des infractions placées dans le code de l'environnement, nous pouvons saluer favorablement la création d'un délit « général » de pollution qui, pour la première fois en droit français, protège l'environnement dans son ensemble, au-delà de la protection accordée à ses composantes. De plus, cette infraction est censée se muer en *écocide* dès lors qu'elle est intentionnelle³⁰. Toutefois, force est de constater que les nouveaux délits n'ont pas toujours la portée que l'on souhaitait leur donner³¹. Par exemple, la pollution du sol n'est ciblée que lorsqu'il s'agit de réprimer l'abandon ou la gestion illícite de déchets. On peut également faire référence à la notion de pollution de l'air qui n'englobe pas forcément la qualité de l'atmosphère et qui, par conséquent, ne prend pas entièrement en compte l'augmentation de l'effet de serre et la lutte contre le réchauffement

afin de caractériser le lien étiologique entre comportement de l'auteur et résultat de l'infraction a été significativement enrichie, ce qui permet de mieux réprimer les atteintes portées aussi bien à la santé humaine qu'à l'intégrité de l'environnement.

²⁹ *Supra*, partie I.

³⁰ DAOUD, Emmanuel / THIBORD, Julia, « Mise en danger de l'environnement, délit de pollution et écocide : que change la loi Climat », <https://rcpjm.ueri.br>, consulté le 1^{er} octobre 2022.

³¹ DELAVAY, Alexandra, « Loi Climat et commande publique : *greenwashing* législatif ou vraie avancée ? », *Dalloz actualité*, février 2022, p. 1/6.

climatique, ce qui est sans doute paradoxal dans le cadre d'un texte qui porte l'intitulé de *Loi Climat*³².

Au sujet de l'introduction d'un nouveau délit de « mise en danger de l'environnement », le bilan présente également des ombres et des lumières. Dans l'abstrait, la possibilité de poursuivre non seulement le dommage avéré, mais aussi le danger que l'on fait courir aux milieux naturels et aux écosystèmes constitue une avancée majeure. Cependant, l'on aurait pu s'attendre à la création d'un délit autonome. Cela n'a pas été le cas. Le législateur a préféré ajouter de nouvelles circonstances aggravantes à trois groupes distincts de délits préexistants. Ce choix, malgré sa complexité, serait acceptable si la sélection des infractions visées n'apparaissait pas, à certains égards, arbitraire. L'on ne comprend pas, en effet, la logique ayant conduit le législateur à cibler certaines conduites et en écarter d'autres.

En ce qui concerne les clauses d'illicéité pénale, toute demande de suppression ou de dosage a, malheureusement, été écartée. Même face aux dommages les plus graves, la clause d'illicéité demeure.

In fine, la déception majeure dérive du refus d'introduire dans la code pénal un véritable *écocide*. Le législateur s'est borné à insérer dans le code de l'environnement un délit puni de dix ans d'emprisonnement que l'on appelle *écocide*, mais qui ne possède pas la nature d'un véritable *écocide*. On a ainsi l'impression d'être confrontés à une « tromperie sous l'étiquette ». En effet, ce n'est rien d'autre que le délit de pollution générale qui change de peau lorsqu'il devient intentionnel. À ce sujet, la dichotomie pollution / *écocide*, ainsi que la loi la décline actuellement, paraît assez problématique. L'on constate que le passage de l'une à l'autre n'est pas articulé selon une logique évidente³³. Par exemple, les critères

³² DAUD, Emmanuel / THIBORD, Julia (note 30).

³³ DUFOURQ, Pauline, « Loi Climat et résilience : aspects de droit pénal », *Dalloz actualité*, février 2022, p. 2/5.

de cette mutation ne sont pas les mêmes selon que le dommage est causé par la manipulation de substances nuisibles ou par celle des déchets, ce qui ne semble pas très cohérent³⁴. Dans l'ensemble, le dispositif introduit par la nouvelle loi est à fois compliqué et lacunaire³⁵.

³⁴ Dans le premier cas de figure, l'écocide est caractérisé par une atteinte grave et durable à la santé, la flore et la faune, alors que dans le second cas de figure la caractérisation de l'écocide est fonction d'une atteinte grave et durable à la santé, à la faune, mais aussi à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau. De plus, il est étrange qu'une loi « Climat » ne fasse aucune référence explicite, dans les textes d'incrimination qu'elle crée, à la qualité de l'atmosphère terrestre et à la lutte contre le réchauffement climatique.

³⁵ Dans le détail, le nouveau dispositif prévoit :

- 1) L'aggravation des peines encourues au titre des infractions à la police des *déchets* en cas de *dégradation substantielle* de la faune ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau. Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 15000 euros d'amende (45000 pour les personnes morales) ;
- 2) L'aggravation supplémentaire pour les violations citées, en cas d'*atteintes graves et durables* à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau. Les peines dans ce cas s'élèvent à 10 ans d'emprisonnement et 4,5 millions d'euros pour les personnes physiques et jusqu'à 22 millions d'euros pour les personnes morales (écocide) ;
- 3) L'introduction d'une circonstance aggravante de *mise en danger délibérée* de l'environnement applicable à trois groupes distincts d'infractions déjà existantes, dont l'abandon de déchets si l'auteur n'a pas obtempéré à une mise en demeure) à la condition que l'on expose directement la faune, la flore ou la qualité de l'eau à un risque immédiat d'atteinte grave et durable. La peine s'élève alors à 3 ans d'emprisonnement et 25000 euros d'amende ;
- 4) La création d'un nouveau délit de *pollution générale* qui réprime le fait, en violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement d'émettre dans l'air ou de rejeter dans l'eau une ou plusieurs substances entraînant des *effets nuisibles graves et durables* sur la santé, la flore, la faune ou des modifications graves du régime normal d'alimentation en eau. Cette infraction non-intentionnelle est punie de 5 ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende ;
- 5) L'aggravation des comportements visés au point précédent au cas où ils seraient intentionnels. C'est alors que l'on parle encore d'*écocide*, délit frappé

De plus, certains concepts sont assez flous, comme celui de « atteinte grave et durable » ou celui de « dégradation substantielle ».

Il faut toutefois reconnaître que le gouvernement ne compte pas en rester là. Au contraire, il a promis d'effectuer un monitoring des résultats d'application du nouveau texte, en prévision d'éventuels ajustements futurs. Nous sommes en droit d'espérer qu'il reprendra bientôt le chemin des réformes dans ce domaine et qu'il prêtera une oreille plus attentive aux suggestions de la doctrine juridique.

Certes, réformer le droit de fond ne suffira pas. Cette communication ne concerne que le droit substantiel, elle ne touche pas à la procédure pénale, mais, par souci de complétude, il faut rappeler que l'inefficacité du droit pénal de l'environnement ne dépend pas uniquement des défauts et des lacunes du droit de fond. D'autres causes majeures résident dans les dysfonctionnements de la justice pénale. La pénurie de moyens, aussi bien matériels et technologiques qu'humains y est pour beaucoup. De plus, les juges ne sont pas toujours suffisamment formés au droit pénal de l'environnement et ont, parfois, du mal à maîtriser la complexité et les subtilités de cet outil si particulier. C'est pourquoi, le législateur, a aussi emprunté le chemin de la réforme de la justice pénale environnementale. Récemment, des nouveautés importantes ont vu le jour dans ce domaine, notamment grâce à l'adoption de la loi sur le Parquet européen³⁶ qui contient un volet consacré à la modernisation de la justice répressive en matière environnementale. Dans ce contexte, il suffira d'évoquer la création des pôles régionaux spécialisés dans le domaine des atteintes à l'environnement, ainsi que l'élargissement à la matière environnementale de l'instrument de la convention judiciaire d'intérêt public. Cette convention, au-

d'une peine de 10 ans d'emprisonnement, à laquelle s'ajoutent les mêmes amendes évoquées au point n°1.

³⁶ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen.

paravant prévue uniquement en droit pénal des affaires, constitue désormais une voie alternative aux poursuites qui s'ajoute à celles prévues par le code de procédure pénale et qui devient praticable en matière environnementale.

En conclusion, il est indéniable que les ombres et les lumières de la loi *Climat*, si longtemps attendue, nous alertent sur l'extrême complexité de la matière et sur les difficultés objectives qui jalonnent la voie menant au renforcement de la protection pénale de l'environnement. Ainsi, il ne fait aucun doute que cet objectif constitue un défi de premier plan pour le droit français. Il s'agit de l'une de ses nouvelles frontières qu'il faudra franchir si l'on veut réellement bâtir un nouveau modèle de société capable de conjuguer bien-être matériel, sensibilité écologique et justice sociale.

Le législateur semble vouloir relever le défi, mais il est encore loin de l'avoir gagné. Au final, nous avons brossé le portrait d'une œuvre réformatrice importante, mais, pour l'heure, totalement inachevée, pour ne pas dire, embryonnaire. Beaucoup reste à faire et le temps nous dira si l'engagement des pouvoirs publics est suffisamment solide pour conduire le navire du droit pénal à bon port après cette navigation périlleuse. L'enjeu est colossal. Il ne s'agit pas simplement d'améliorer la qualité d'une branche importante de notre droit, il s'agit de faire en sorte qu'il puisse, par la prévention et la répression de la criminalité environnementale, donner une contribution massive et efficace à la protection de la planète et, par ce biais, à l'édification d'une nouvelle société humaine où le bien-être matériel pourrait, enfin, se conjuguer avec un environnement sain, ce qui est aussi gage d'une plus grande justice sociale. Il ne nous reste plus qu'à souhaiter « bon vent » à tous ceux qui travaillent pour que cet objectif ambitieux soit atteint dans un délai raisonnable.

Bibliographie

- BERTELLA-GEOFFROY, Marie-Odile, « L'ineffectivité du droit pénal dans le domaine de la sécurité sanitaire et des atteintes à l'environnement », *Environnement*, n° 11, 2002, chronique n° 19.

- BON, Jean-André, *La causalité pénale*, LGDJ, Collection thèses, 2006, 369 pages.
- CITTI, Jean-Nicolas / PENNAFORTE, Manuel, « Les délits environnementaux prévus par le projet de la loi Climat », *Actu éditions législatives*, 26 avril 2021.
- DAOUD, Emmanuel / THIBORD, Julia, « Mise en danger de l'environnement, délit de pollution et écocide, que change la loi Climat ? », <https://rcpjm.ueri.br>, consulté le 1^{er} octobre 2022.
- DELAVAY, Alexandra, « Loi Climat et commande publique : *greenwashing* législatif ou vraie avancée ? », *Dalloz Actualité*, février 2022, p. 2 et s.
- DUFOURQ, Pauline, « Loi Climat et résilience : aspect de droit pénal », *Dalloz actualité*, février 2022, p. 1 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève / MANACORDA, Stefano / D'AMBROSIO, Luca (sous la direction de), *Dynamiques normatives du principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité juridique*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, rapport final, décembre 2016, 180 pages.
- GUIHAL, Dominique / ROBERT, Jacques-Henri / FOSSIER, Thierry, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 2016, 720 pages.
- LERAY, Grégoire / MONTEILLET, Vanessa, *Droit de l'environnement* – juin 2020/mars 2021, <https://www.dalloz-fr-scd-proxy-univ-brest.fr/documentation/Document?ctxt=0>
- LISSA-GEAY, Lorenza, « La réforme des délits environnementaux, un remède à la vulnérabilité de l'environnement ? », communication présentée à la journée d'étude *La vulnérabilité de l'environnement saisie par le droit pénal*, Brest, 30 mars 2022, (en cours de publication).
- MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} édition, 784 pages.
- MARECHAL, Jean-Yves, *J.C. Pénal Code*, article 121-3, fascicule n° 20.
- NEYRET, Laurent, *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, 485 pages.
- PARIZOT, Raphaële, « L'infraction de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2006, p. 2701 et s.
- PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.), « La répression des infractions environnementales. A la recherche de sanctions proportionnées, efficaces et dissuasives », *Énergies, Environnement, Infrastructures*, n° 12, décembre 2017, p. 36 et s.
- ROETS, Damien, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, p. 251 et s.
- TRICOT, Juliette, « Les infractions environnementales face au renouvellement des stratégies et techniques d'incrimination », *Énergies-Environnement-Infrastructures*, n° 12, 2017.

CRIMES CONTRA O AMBIENTE – EVOLUÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS (*)

SÓNIA FIDALGO

Professora Auxiliar
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: Neste estudo faz-se um percurso pelos crimes ambientais previstos no Código Penal, centrando-se as reflexões, fundamentalmente, no tipo legal de crime de poluição (artigo 279º). Fazendo-se referência à versão originária da norma, percorrem-se depois as principais alterações resultantes das revisões do Código Penal em 2007, 2011 e 2015. Faz-se, por fim, uma referência à Proposta de Diretiva relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que visa substituir a Diretiva 2008/99/CE.

(*) O texto que agora se publica corresponde à conferência apresentada no Colóquio Internacional *40 anos do Código Penal*, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 24 e 25 de novembro de 2022. Na conferência, longe de aspirarmos a um tratamento profundo do tema, apontámos apenas alguns dos problemas decorrentes da proteção do ambiente através do direito penal. Nesta publicação mantivemos o nosso propósito inicial, acrescentando apenas em notas de rodapé as referências bibliográficas necessárias.

Abstract: This study takes a look at the environmental crimes provided for in the Criminal Code, focusing mainly on the pollution offence (Article 279). With reference to the original version of the norm, the main changes resulting from the revisions of the Criminal Code in 2007, 2011 and 2015 are then analysed. Finally, a reference is made to the Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC.

Palavras-chave: crimes ecológicos; poluição; atividades perigosas para o ambiente.

Keywords: ecological offences; pollution; danger to the environment.

1. No momento atual, é já ocioso recordar que “um ambiente são constitui um valor fundamental da comunidade, uma condição indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo na comunidade”¹.

Na doutrina portuguesa, Figueiredo Dias foi o primeiro a considerar a questão do papel do direito penal na proteção do ambiente, num escrito de 1978². Nesse escrito, Figueiredo Dias defendia já a legitimidade da intervenção do direito penal neste domínio, concluindo que “os delitos ecológicos deveriam ser construídos como tipos que protegessem *imediatamente* bens jurídicos ambientais”, devendo, nesse contexto, ser punível “toda a pessoa – individual e coletiva – que, no exercício da sua atividade, desobedecesse às exigências (...) que as instâncias competentes em matéria de tutela do meio ambiente lhe dirigissem (...), ou que não observasse os con-

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um quarto de século depois”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 371.

² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente”, *Revista de Direito e Economia*, Jan./Jun. 1978, p. 3 s.

dicionamentos (...) relativos ao exercício da sua atividade, editados por aquelas instâncias”³.

Mais de 40 anos volvidos, as conclusões a que Figueiredo Dias chegou nesse escrito mantêm-se válidas na sua essência.

2. As posições assumidas por Figueiredo Dias no final da década de setenta não geraram, porém, nos anos subsequentes à publicação do escrito, controvérsia doutrinal significativa em Portugal. E, quando entrou em vigor o Código Penal de 1982, nele não se previa qualquer tutela do ambiente⁴.

E recorde-se que em 1982 a preocupação ecológica tinha tido já reflexo no contexto jurídico-constitucional. Na versão inicial da Constituição da República Portuguesa de 1976 figurava, entre os direitos de carácter social, no artigo 66º, a declaração segundo a qual “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”. Tal prescrição constituiria, no que aqui importa, fundamento de legitimação constitucional do legislador ordinário para – na medida em que o considerasse indispensável a uma proteção real e eficaz do bem jurídico ambiente – criar tipos de crimes ecológicos⁵.

3. Foi apenas na sequência da revisão do Código Penal de 1995 (por via do Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março), que o Código passou a conter duas incriminações de atentados ao ambiente: uma

³ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 372 (itálicos do autor); e DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 2), p. 6 s.

⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 372.

⁵ Sobre a autonomia, ao nível constitucional, do direito ao ambiente, bem como sobre a importância, da perspectiva jurídico-penal, da consagração expressa deste direito no texto constitucional, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Artigo 279º (Poluição)”, Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, §§ 3 e 5.

relativa aos “danos contra a natureza” (artigo 278º) e outra (de *carácter geral*) relativa à “poluição” (artigo 279º).

Recorde-se, porém, que só o artigo 279º (crime de poluição) foi da responsabilidade da Comissão Revisora de 1995. O artigo 278º foi introduzido pela revisão ministerial do anteprojeto apresentado pela Comissão. No entendimento da Comissão Revisora, o crime de poluição constituiria “tutela penal bastante dos bens jurídicos ecológicos” que se pretendia proteger⁶. Saliente-se ainda que esta ideia – que norteou o trabalho da Comissão – de restringir a tutela penal do ambiente não era fruto de uma menor consideração da missão que ao direito penal deve caber neste âmbito. Era sim o resultado de uma dupla preocupação: “a de que uma posição maximalista (ou fundamentalista) pudesse conduzir à existência de incriminações puramente simbólicas; ou inversamente, para assim não ser, que elas pudessem determinar uma asfixia da atividade industrial, económica e produtiva” no nosso país⁷.

4. É, pois, sobre o crime de poluição que vão incidir, fundamentalmente, as reflexões que se seguem.

Na versão originária do tipo legal de crime de poluição previa-se a punição de quem poluísse as águas, os solos, o ar, ou provocasse poluição sonora *em medida inadmissível*. A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis ao ambiente pressuporia, porém, uma “ponderação de interesses complexos e diversificados”. Ponderação esta para a qual o legislador penal não seria competente. Tal ponderação só poderia caber ao direito administrativo e aos agentes da sua realização⁸. Deste modo, o legislador português assumiu explicita-

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 374.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 374.

⁸ Precisamente nestes termos, DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 378 (itálicos do autor).

mente, no n.º 3 do artigo 279º, a cláusula de *accessoriedade administrativa* a que ficaria sujeito todo o crime de poluição. Podia ler-se nesta norma que a poluição ocorreria em medida inadmissível *sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariassem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas no artigo.*

Pretendia-se, com esta incriminação, a proteção imediata do ambiente enquanto bem jurídico coletivo⁹. O crime foi configurado como um crime de desobediência *qualificada*, em que a desobediência *implicava um dano para o ambiente*¹⁰, e a partir de uma cláusula de *accessoriedade administrativa de direito e de ato.*

Esta *accessoriedade administrativa* (cumulativa) em relação à norma *e* ao ato administrativo, sendo aquela que em maior extensão limitava a punibilidade, era também a que trazia vantagens mais evidentes de clareza e de concretização dos deveres que ao sujeito incumbiam. Tal dependência do direito penal do ambiente em relação ao direito *e* ao ato administrativo tinha, porém, como contrapartida a transferência para o direito penal do “défice de execução” do direito administrativo em matéria de proteção ambiental. A eficácia do direito penal do ambiente pressupunha que a administração não se demitisse da sua função, quer de produção normativa, quer de correta produção dos atos concretos necessários à realização das normas¹¹.

⁹ Referindo o ambiente como bem jurídico supra-individual, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda (nota 5), §§ 11 s.

¹⁰ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda (nota 5), §§ 35 e 37.

¹¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 386-7; e RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Artigo 279º (Poluição)”, Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade (orgs.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Vol. II, Coimbra: Gestlegal, 2022, § 43.

Acresce que a punibilidade da conduta dependia ainda, na versão originária do preceito, da cominação, feita pela administração, da aplicação das penas previstas na norma¹².

5. A previsão, em 1995, das incriminações de atentados ao ambiente gerou uma das mais profundas controvérsias na doutrina portuguesa nos anos subsequentes. As críticas foram as mais variadas¹³ e, no limite, levaram mesmo a questionar se *Vale a pena o direito penal do ambiente?*¹⁴.

A verdade é que, por razões diversas, nos anos subsequentes à previsão destas incriminações, as condenações por crimes ambientais em Portugal foram quase inexistentes.

6. O tipo legal de crime de poluição sofreu depois alterações em 2007, em 2011 e em 2015.

Em 2007, com a alteração do tipo legal de crime de poluição, o legislador pretendia dar “uma resposta mais eficaz a fenómenos

¹² O tempo mostrou que um grande número de condutas gravemente poluidoras ficava de fora do âmbito da incriminação, por falta de preenchimento de todos os elementos do tipo: fosse por se tratar de um espaço livre da normação administrativa, fosse por o agente laborar sem ter obtido quaisquer licenças (podendo inclusivamente tratar-se de atividades insuscetíveis de serem objeto de atos autorizativos ou proibitivos), fosse por as prescrições da administração não irem acompanhadas da necessária cominação (cf. MOURA, Souto de, “Discurso de abertura”, *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, *Studia Iuridica - Boletim da Faculdade de Direito*, 2005, p. 22; SANTOS, Cláudia Cruz, “O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado”, *Revista do CEDOUA*, 2000, p. 87; e PINTO, Inês Horta, “Direito Penal do Ambiente: a complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação”, *Direito Penal Especial, Processo Penal e os Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 1106.

¹³ Cf. a síntese apresentada por DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 375, bem como a bibliografia aí referida.

¹⁴ Título da obra de Paulo de Sousa Mendes, publicada em 2000 (*Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000).

criminais graves, como (...) os crimes ambientais”¹⁵. Na versão resultante da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o tipo objetivo de ilícito do crime de poluição passou a consistir em poluir águas, solos, ar ou provocar poluição sonora, de *forma grave*, em violação de disposições legais, regulamentares *ou* obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições.

Na revisão de 2007, o legislador substituiu, assim, a acessoriedade de direito *e* de ato por uma acessoriedade de direito *ou* de ato. Ou seja: a conduta passou a ser típica quer o agente viole disposições legais ou regulamentares, quer viole um ato administrativo. Na revisão de 2007 foi também eliminada a referência à cominação da aplicação das penas previstas na norma.

Estas alterações à redação da norma – que se mantêm na atualidade – teriam tido o significado de ampliação do âmbito da tutela penal, caso não tivessem sido – como foram – acompanhadas da introdução de novos elementos típicos. Como vimos, com a revisão de 2007, o tipo objetivo de ilícito passou a consistir em poluir de *forma grave*. O agente aturaria de *forma grave* quando prejudicasse, de modo duradouro, o bem-estar das pessoas na fruição da natureza; impedisse, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou criasse o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas (artigo 279º, n.º 3, na versão resultante da Lei n.º 59/2007). Continuando a configurar o crime como crime de desobediência, o legislador introduziu, assim, como novo elemento típico, a *gravidade da ação poluidora*¹⁶. Com a introdução deste novo elemento terá o

¹⁵ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, ponto 2.

¹⁶ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 30. Sobre a configuração típica adotada em 2007, cf., também, FARIA, Paula Ribeiro de, “Do direito penal do ambiente e da sua reforma”, *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 353, que, salientando que a gravidade da poluição passou “a depender mais de critérios

legislador pretendido acorrer ao cumprimento dos princípios da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal. Sem a exigência legal de contrariedade a um concreto ato administrativo, seria inaceitável que *qualquer* conduta que desrespeitasse uma disposição legal ou regulamentar em matéria ambiental passasse a ser suscetível de gerar responsabilidade penal. A introdução deste novo elemento traduziu-se, porém, numa certa *regressão antropocêntrica* no domínio do crime de poluição, uma vez que o carácter grave da conduta poluidora passou a ser revelado por referência a bens jurídicos de natureza individual¹⁷.

7. O tipo legal de crime de poluição voltou a sofrer alterações em 2011 e em 2015 – por via da Lei n.º 56/2011, de 15 de novembro (que pretendeu transpor a Diretiva 2008/99/CE, de 19 de novembro de 2008, relativa à proteção do ambiente através do direito penal, e a Diretiva 2009/123/CE, de 21 de outubro de 2009, relativa à poluição por navios), e da Lei n.º 81/2015, de 3 de agosto (que visou transpor “integralmente” as referidas Diretivas 2008/99/CE e 2009/123/CE).

de natureza material de prejuízo ou dano, mais próximos do bem jurídico, do que da oposição formal a regras e regulamentos”, considera, porém, que se trata de um crime de perigo abstrato. Já Souto de Moura, entendendo que a nova redação do artigo 279º “secundariza a desobediência, já que a prevê como mera possibilidade de preenchimento do tipo ao lado do desrespeito tão só de normas”, continua a encarar o crime de poluição como um crime de dano (MOURA, Souto de, “Crimes Ambientais”, *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 371-372); sobre a estrutura típica do crime de poluição na redação dada em 2007, v. ainda LOUREIRO, Flávia, “Estudo breve do art. 279º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (orgs.), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 477 s.

¹⁷ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 35. Referindo-se precisamente a esta *regressão antropocêntrica*, LOUREIRO, Flávia (nota 16), p. 472.

Tendo em conta a variedade de condutas puníveis, a diversidade de objetos sobre que pode incidir a ação, e ainda as diferentes configurações típicas adotadas pelo legislador ao longo da norma, “podemos identificar atualmente no artigo 279º do Código Penal não um, mas *vários* crimes de poluição”¹⁸. No momento presente, com exceção das condutas referidas nos n.ºs 7 e 8, o crime de poluição previsto no artigo 279º é configurado como um *crime de desobediência* a “disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições” (accessoriedade de direito *ou* de ato), em que a desobediência implica, nas condutas descritas nos n.ºs 1 e 2, a causação de danos substanciais para o ambiente ou, nos termos do n.º 3, a *suscetibilidade* de causar os referidos danos substanciais. Nesta medida, o crime de poluição previsto em qualquer destes números é um crime ecológico puro, que visa a proteção imediata do ambiente. Em qualquer dos casos, “o crime tem uma configuração complexa, em que acresce à desobediência ou o dano (n.ºs 1 e 2) ou o perigo (n.º 3) para o ambiente”¹⁹.

No n.º 1 do artigo 279º, encontramos um crime de poluição de *execução livre*, ao passo que, no n.º 2, o legislador descreve em várias alíneas os modos concretos de execução das condutas poluidoras. Trata-se, neste n.º 2, de um crime de *execução vinculada*²⁰.

Na revisão de 2011, o legislador deixou de fazer referência à *forma grave* da conduta poluidora e passou a referir a ação de poluição à provocação de danos substanciais ou à suscetibilidade de causar tais danos aos componentes ambientais²¹. Atualmente, poluição

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 26.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 31.

²⁰ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 33.

²¹ Refira-se que “danos substanciais” é também a expressão usada na Diretiva 2008/99/CE, relativa à proteção do ambiente através do direito penal (cf. Considerando (5) e artigo 3º, als. *a*), *b*), *d*) e *e*)).

com relevância penal é só a que cause ou seja suscetível de causar danos substanciais.

No n.º 6 do artigo 279º encontramos, em várias alíneas, uma densificação do conceito de danos substanciais que, em parte, é coincidente com a determinação do conceito de “forma grave” que encontrávamos já no n.º 3 da norma na versão conferida pela Lei n.º 59/2007. Ou seja, a densificação do conceito de danos substanciais continua, em parte – tal como em 2007 – a ser feita por referência a bens jurídicos individuais, reafirmando-se, assim, a *conceção antropocêntrica* do bem jurídico protegido²². Na generalidade das alíneas do n.º 6, para a densificação de um conceito indeterminado – *danos substanciais* –, o legislador utiliza outros conceitos indeterminados. É certo que o direito penal do ambiente terá sempre de acolher tipos incriminadores que permitam a adaptação da norma às alterações de carácter social e técnico sem que tenha de se proceder a alterações legislativas constantes no próprio Código Penal²³. Para tal, o legislador pode seguir um de dois caminhos: ou segue a via da acessoriedade administrativa, ou terá de recorrer a conceitos indeterminados²⁴. Na versão originária da norma, em 1995, o legislador tinha seguido assumidamente a primeira via. Com as alterações introduzidas no artigo 279º em 2007 e em 2011, mantendo embora a cláusula de acessoriedade administrativa, o legislador penal acabou por enveredar também pelo segundo caminho, com todos os riscos que lhe são inerentes²⁵. Não é por acaso que se vem salientado que, nos novos tempos, é mais no pla-

²² Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), §§ 36 e 37.

²³ Cf. HEINE, Günter, “Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 300.

²⁴ Cf. MOURA, Souto de, “O crime de poluição: a propósito do art. 279.º do projecto de reforma do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, n.º 50, 1992, p. 26.

²⁵ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 39.

no da determinabilidade do que no plano da proibição da analogia ou da retroatividade que reside o grande perigo para a consistência do princípio *nullum crimen*²⁶.

8. Por via da Lei n.º 81/2015, de 3 de agosto (que, como vimos, visou transpor “integralmente” a Diretiva 2009/123/CE, que alterou a Diretiva 2005/35/CE, relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infrações), o legislador introduziu no tipo legal de crime de poluição ainda um *outro* crime de poluição: o crime de *poluição por navios* (n.ºs 7 e 8, do artigo 279º). Na sequência da transposição da referida Diretiva, o nosso Código Penal passou a prever a punição do agente que efetue descargas de substâncias poluentes por navios, de forma isolada ou reiterada, das quais resulte deterioração da qualidade da água (artigo 279º, n.º 7)²⁷.

A configuração típica deste crime de poluição por navios previsto no n.º 7 do artigo 279º é completamente distinta da que se encontra nos n.ºs 1, 2 e 3 da mesma norma. O crime de poluição por navios é um crime de dano. A conduta é punível sempre que a descarga cause *deterioração* da qualidade da água (a lei não exige que cause “danos substanciais”), quer essa deterioração tenha resultado de uma única

²⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime* (Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo - colaboradores), Coimbra: Gestlegal, 2019, Cap. 8º, § 16.

²⁷ Encontramos no artigo 2º da Diretiva 2005/35/CE as definições de “descarga”, de “substâncias poluentes” e de “navio”. Substâncias poluentes são as “substâncias abrangidas pelo anexo I (hidrocarbonetos) e anexo II (substâncias líquidas nocivas a granel) da Convenção Marpol 73/78” (artigo 2º, n.º 2). Descarga é “qualquer forma de lançamento de produtos efetuada por um navio, nos termos do artigo 2º da Convenção Marpol 73/78” (artigo 2º, n.º 3). Navio é “uma embarcação de qualquer tipo, independentemente do seu pavilhão, que opere no meio marinho, incluindo embarcações de sustentação hidrodinâmica, veículos de sustentação por ar, submersíveis e estruturas flutuantes” (artigo 2º, n.º 4).

descarga (grave), quer de várias descargas (menos graves) que, individualmente consideradas, não causem uma deterioração da qualidade da água, mas, do seu conjunto, resulte tal deterioração²⁸.

9. Já na revisão de 2011 o legislador havia introduzido no Código Penal um outro crime ecológico, ao lado dos “tradicionais” crimes de *danos contra a natureza* e de *poluição*: o crime de *atividades perigosas para o ambiente* (artigo 279º-A). O legislador português entendera ser necessário criar um tipo legal de crime autónomo, em que se previsse a punição de um conjunto de condutas perigosas para o ambiente referidas na Diretiva 2008/99/CE e que “não encontra[va]m paralelo nas estruturas típicas contidas nos artigos 278º e 279º”²⁹. Assim, por via da Lei n.º 56/2011, de 15 de novembro, o legislador integrou no mesmo tipo legal de crime, sob a designação (excessivamente) ampla de “atividades perigosas para o ambiente”, condutas muito distintas. Em rigor, nesta norma encontramos dois crimes diferentes: o crime de transferência de resíduos (n.º 1) e o crime de produção, importação, exportação, colocação no mercado ou utilização de substâncias que empobrecem a camada de ozono (n.º 2).

Atendendo à designação do tipo legal de crime, bem como à sua inserção sistemática – entre o crime de poluição (artigo 279º) e o crime de poluição com perigo comum (artigo 280º) – não restam dúvidas de que o bem jurídico que o legislador pretendeu proteger com a incriminação é o ambiente. Na revisão do Código Penal de 2011, o legislador assumiu que o ambiente é um bem jurídico que

²⁸ Cf. Considerando 10 da Diretiva 2009/123/CE, e artigo 5º-A, n.º 3 da Diretiva 2005/35/CE na redação dada pela Diretiva de 2009. Para mais desenvolvimentos sobre o tipo legal de crime de crime de poluição por navios cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia (nota 11), § 52 s.

²⁹ Cf. Proposta de Lei n.º 10/XII, *DAR - II Série A 21/XII/1*, de 31-08-2011, p. 115.

merece proteção penal não apenas perante condutas que causem um dano a este bem jurídico, mas também perante condutas que para ele representem um perigo. Como vimos, por via da Lei n.º 56/2011, passaram a ser puníveis condutas *suscetíveis de causar* danos substanciais à qualidade do ar, da água, do solo, ou à fauna ou à flora, nos termos do artigo 279º, n.º 3. E passaram a ser puníveis ainda as condutas perigosas para o ambiente tipificadas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 279º-A. A questão que se coloca é a de saber se, com a criminalização das condutas previstas no artigo 279º-A e atenta a configuração típica do crime, será ainda o ambiente o bem jurídico que estará a proteger-se *de modo imediato*³⁰.

10. No domínio do direito penal do ambiente, nos tipos legais de crime já existentes, o legislador tem, assim, multiplicado a referência a condutas que atentam contra o ambiente, tornando os tipos cada vez mais complexos. Por outro lado, tem vindo a criar novos tipos legais de crime. O legislador português deixou, assim, de contrariar a tendência – que havia (e bem) tentado contrariar aquando da revisão de 1995 – para multiplicar “os tipos de delitos ecológicos, cada um concebido de sua maneira, em função das soluções dos conflitos que, para cada espécie de atividade poluidora, o legislador *penal* pense ter encontrado”³¹.

No que diz respeito às sanções, nas sucessivas revisões dos tipos legais de crime ecológicos o legislador tem procedido a uma agravamento generalizada das penas e, em alguns casos, eliminou a referência à pena de multa alternativa³².

³⁰ Para mais desenvolvimentos sobre o tipo legal de crime de atividades perigosas para o ambiente cf. RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Artigo 279º-A (Atividades perigosas para o ambiente)”, Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade (orgs.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Vol. II, Coimbra: Gestlegal, 2022.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 378 (itálicos do autor).

³² Por via da Lei n.º 81/2015, o legislador agravou, designadamente, as penas

11. Apesar desta intervenção do legislador penal no domínio do ambiente, vem sendo salientado por muitos um desfasamento crescente entre a resposta da justiça penal à criminalidade ambiental e os atentados ao ambiente que se verificam na prática³³.

Nos anos de 2019/2020 a Comissão Europeia procedeu à avaliação da Diretiva 2008/99/CE relativa à proteção do ambiente através do direito penal e, em outubro de 2020, publicou as suas conclusões. A Comissão concluiu que as definições do que constitui criminalidade ambiental que constam da Diretiva não são claras, comprometendo a eficácia das investigações, das ações penais e da cooperação transfronteiriça. Concluiu também que os níveis de sanções não são suficientemente eficazes nem dissuasivos em todos os Estados-Membros. E concluiu, ainda, que o procedimento de deteção, investigação e punição da criminalidade ambiental é ineficaz. Foram identificadas falhas na aplicação da legislação em todos os Estados-Membros e debilidades em todas as fases do procedimento (por parte das entidades inspetivas, das entidades policiais, do Ministério Público e dos tribunais). Foram identificadas, nomeadamente, falta de recursos, formação insuficiente, falta de conhecimentos especializados e debilidades na cooperação e na partilha de informações³⁴.

Por tudo isto, a Comissão Europeia apresentou, em 15 de dezembro de 2021, uma Proposta de Diretiva relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que visa substituir a Diretiva de 2008.

previstas no artigo 279º desde a revisão de 2011 (n.ºs 1, 2, 3, 4, 5), e eliminou a pena de multa alternativa (n.ºs 1, 2).

³³ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que substitui a Diretiva 2008/99/CE, p. 3.

³⁴ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que substitui a Diretiva 2008/99/CE, p. 9 e 12.

Nesta Proposta mantém-se a generalidade das infrações já previstas na Diretiva de 2008 e acrescentam-se muitas outras (artigo 3º). O método utilizado na Proposta de Diretiva é o da remissão para outros atos legislativos da UE, ou seja: os Estados-Membros devem considerar infrações penais certas condutas praticadas em violação do disposto em (inúmeros) Regulamentos ou noutras Diretivas do Parlamento Europeu e/ou do Conselho.

No que diz respeito às sanções, a Proposta de Diretiva adota o sistema do *mínimo da pena máxima* (artigo 5º). E os mínimos referidos são, na generalidade dos casos, mais elevados que os limites que encontramos no nosso Código Penal para a punição das condutas que integravam já a Diretiva de 2008³⁵.

Se esta Proposta de Diretiva vier a tomar a forma de Diretiva, prevê-se que a breve trecho haja novas alterações em matéria de crimes ambientais em Portugal. Haverá, uma vez mais, um alargamento do leque de condutas típicas e é de esperar também um agravamento das penas.

12. Saliente-se que na Proposta de Diretiva pode ler-se que “o recurso a sanções administrativas pelos Estados-Membros se revelou, até à data, insuficiente para garantir o cumprimento das regras em matéria de proteção do ambiente, o que exige medidas mais rigorosas em matéria de prevenção e luta contra a criminalidade ambiental”³⁶. Mas a verdade é que a Comissão concluiu que o direito penal também não se tem revelado eficaz na proteção do ambiente.

³⁵ Note-se, a título meramente exemplificativo, que no nosso Código Penal se prevê para a conduta descrita no artigo 279º, n.º 2, al. *a*), uma pena até 5 anos de prisão, ao passo que, de acordo com a Proposta de Diretiva, a conduta em causa deve passar a ser punida com uma pena máxima não inferior a 6 anos de prisão (cf. artigo 3º, n.º 1, al. *a*), e artigo 5º, n.º 3).

³⁶ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do ambiente através do direito penal e que substitui a Diretiva 2008/99/CE, p. 6.

É de questionar, por isso, se em vez de se ampliar o leque de condutas criminalmente puníveis e de se agravar as penas aplicáveis, a atuação não deveria incidir, para já, apenas nas *causas dessa ineficácia da intervenção penal*: falta de recursos, formação insuficiente, falta de conhecimentos especializados, debilidades na cooperação entre as diversas entidades.

13. O legislador penal (europeu e nacional) parece ter vindo a esquecer que o propósito do direito penal do ambiente não é o de alcançar uma proteção do ambiente em si mesmo e como um todo. Como vem ensinando Figueiredo Dias há já mais de 40 anos, não é, seguramente, propósito do direito penal do ambiente alcançar a resolução do (grave) problema ambiental que sobre todos tanto pesa³⁷.

Não temos dúvidas em responder afirmativamente à questão de saber se *Vale a pena o direito penal do ambiente?*³⁸ Temos, porém, muito mais dúvidas na resposta se a pergunta for “Vale a pena este (o atual) direito penal do ambiente”?

Bibliografia

- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um quarto de século depois”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 371 s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente”, *Revista de Direito e Economia*, Jan./Jun. 1978, p. 3 s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime* (Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo - colaboradores), Coimbra: Gestlegal, 2019.
- FARIA, Paula Ribeiro de, “Do direito penal do ambiente e da sua reforma”, *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 341 s.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (nota 1), p. 377.

³⁸ Título da obra de Paulo de Sousa Mendes, publicada em 2000 (nota 14).

- HEINE, Günter, “Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 289 s.
- LOUREIRO, Flávia, “Estudo breve do art. 279º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (orgs.), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 455 s.
- MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000.
- MOURA, Souto de, “O crime de poluição: a propósito do art. 279.º do projecto de reforma do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, n.º 50, 1992, p. 15 s.
- MOURA, Souto de, “Discurso de abertura”, *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, *Studia Iuridica - Boletim da Faculdade de Direito*, 2005, p. 22 s.
- MOURA, Souto de, “Crimes Ambientais”, *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 359 s.
- PINTO, Inês Horta, “Direito Penal do Ambiente: a complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação”, *Direito Penal Especial, Processo Penal e os Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 1086 s.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Artigo 279º (Poluição)”, Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Artigo 279º (Poluição)”, Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade (orgs.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Vol. II, Coimbra: Gestlegal, 2022.
- RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Artigo 279º-A (Atividades perigosas para o ambiente)”, Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade (orgs.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Vol. II, Coimbra: Gestlegal, 2022.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado”, *Revista do CEDOUA*, 2000, p. 81 s.

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO^(*)

JORGE CARLOS FONSECA

Antigo Presidente da República de Cabo Verde

É um prazer feito de emoção voltar a Coimbra e, em particular, a esta Casa, no âmbito de um convite que me privilegia sobremaneira, permitindo-me rever Mestres, velhos companheiros destes saudosos espaços, afinal, segundo relato de um velho inimigo, hoje, depois da morte, meu admirador confesso (falo, naturalmente, de registo poético de cerca de duas décadas e meia), o território onde teve lugar o quarto e derradeiro momento de meu nascimento, nos finais dos anos sessenta. Regresso, pois, à Escola onde dei os primeiros e decisivos passos nas coisas do direito e, em especial, do

* Por opção do autor, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

crime, mas também ao sítio onde se terá dado a completude de um ser-com-os-outros, ainda com dezasseis anos de idade, vindo das ilhas do Verde Cabo.

Um sentimento de gratidão e de alegria também, porque me dá a possibilidade de, nalguma medida, voltar, diria com mais vagar e mais amplitude, a lidar com “as coisas do crime” – uma das paixões de minha vida – , e no contexto de um congresso que reúne cultores do direito penal e outras ciências penais de elevada dimensão científica e académica, circunstância que o nível das comunicações aqui proferidas, verdadeiramente à altura dos pergaminhos da Universidade de Coimbra, e, em especial, da sua ímpar Escola de Direito, acaba por confirmar de forma categórica. Escola toda ela estreitamente ligada ao Código Penal cujos quarenta anos de vigência ora assinalamos e celebramos, com propriedade e justiça, com destaque natural e legítimo para a figura de insigne cultor das ciências criminais, Mestre, Humanista e senhor de obra singular e pioneira, o Professor EDUARDO CORREIA, de quem ainda pude ter o privilégio de ser aluno nos princípios dos anos setenta.

Retorno, um ano após ter deixado a honrosa e apaixonante função de Chefe de Estado de um pequeno país africano, amigo e próximo.

Paixão intermitente, diria quase diria sazonal, que se me espalhou, em primeira mão, precisamente nesta Coimbra do encantamento, onde fui impedido de terminar a licenciatura, pelas circunstâncias e pelos ditames da política de então (ainda era a vigência do Estado Novo), se transferiu e se desenvolveu, anos depois, em Lisboa, com o assomo da Liberdade em Portugal, com trânsito por Freiburg im Breisgau, Macau, e, depois, Cabo Verde, após o triunfo da Liberdade e da Democracia.

Sempre com as intermitências que a paixão da política e pela Liberdade foi exigindo, como se se tratasse de um sinuoso, mas invariavelmente apetecido, ritual enunciado pelos deuses.

Durante esse tempo – que, apesar das interrupções a que aludi, atravessa as quatro décadas de vigência do Código Penal Português

– fui esse apaixonado e volúvel cultor do direito penal e das ciências criminais, no geral.

É certo que, na qualidade de Presidente da República, e por virtude das competências que constitucionalmente me eram conferidas, muitas vezes me vi obrigado a pronunciar-me sobre matéria penal, ocasiões em que, amiúde, me referi criticamente ou em jeito de advertência, aos rumos da política criminal seguidos ou a intenções ou soluções de reforma da legislação penal e afim, apelando a cuidados perante o canto das sereias do populismo penal em voga um pouco por todo o lado e já com ecos em Cabo Verde, em segmentos da sociedade e da comunidade jurídica local, sem esquecer sectores da governação, do poder político e judicial, em geral, e da imprensa, invocando-se, sempre, abertamente ou de uma maneira mais enviesada, a *Strafbedürfniss der Bevölkerung* de que falava SIGMUND FREUD. Fenómeno, como se sabe, que se verifica em várias latitudes, atinge também Portugal e não é dos dias de hoje, fazendo-se apelo frequente à «opinião pública» e à «sociedade civil».

Mas, igualmente, sempre que tive de avaliar legislação atinente ao direito criminal para me decidir entre a promulgação, o veto político, a simples devolução para reavaliação do Governo ou o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade. Nomeadamente, tratando-se de algumas importantes reformas levadas a cabo no meu país (2015 e 2021, designadamente) que, no meu entendimento, intentavam soluções e orientações de política criminal que levantavam dúvidas sobre uma sua adequação aos princípios de um direito penal próprio de um estado social e democrático de direito erigidos em princípios fundamentais constitucionalizados.

Mas um contacto mais próximo e bem mais abrangente naturalmente o tive nas épocas em que ensinei, investiguei e preparei trabalhos académicos, em Portugal, em Cabo Verde ou na Alemanha e, sobremaneira, nos anos em que tive o privilégio e o gosto de dirigir os trabalhos de elaboração do anteprojecto do novo Código. Trabalhos que levaram dois anos, já na vigência da Constituição da democracia (1992), tendo sido entregue o texto ao Governo,

acompanhado de uma extensa justificação, em Julho de 1996, acabando por ser aprovado em Novembro de 2003 e entrado em vigor a 1 de Julho de 2004.

Em todas as etapas deste percurso, esteve presente, de um modo ou outro, numa medida ou outra, o código penal cujos quarenta anos de vida hoje aqui celebramos. Já enquanto embrião, diríamos, pois conhecemos, estudámos e discutimos, estando ainda em vigor o velho Código de 1886 (em parte, o de 1852) com as diferentes reformas nele incorporadas e a imensa legislação avulsa entretanto editada, o Projecto EDUARDO CORREIA, particularmente o da Parte Geral (1963), nos seus propósitos político-criminais e soluções normativas, algumas vezes pioneiros, subscrevendo os que, como FIGUEIREDO DIAS, sublinharam o facto de que ele ia bem mais longe e mais fundo do que as propostas político-criminais dominantes, por exemplo, em sede de reconformação das reacções criminais, precedendo, até, de alguns anos, nesse domínio do sistema sancionatório, o *Alternativ- Entwurf* alemão. Projecto, que viria a ser fonte directa e próxima do diploma de 1982, os alicerces sobre os quais se ergueria a tão almejada reforma global do direito penal português, como ainda se expressava FIGUEIREDO DIAS, em 1971, numa conferência proferida em Madrid. Aprendemos, ensinámos e investigámos, tendo como base o CP de 82, a doutrina sobre ele elaborada e a jurisprudência construída a partir de seus articulado e princípios.

Seria, assim, normal e previsível, que, nalguma medida, o autor material do edifício normativo penal de Cabo Verde projectasse aqueles conhecimentos, experiência, cultura e proximidade na feitura do que viriam a constituir, no essencial, as bases fundamentais da reforma que se corporizaria no novo Código Penal de Cabo Verde. Se a um tal condicionalismo, fizemos crescer a circunstância de uma boa parte dos quadros jurídicos cabo-verdianos se formarem, naquela época, em Portugal, designadamente nas Escolas de Direito de Lisboa e Coimbra; o contínuo intercâmbio na área jurídica, e na jurídico-penal, em particular, de cabo-verdianos e portugueses, a que não se furtam os trabalhos de investigação ou de

produção legislativa; o facto de a Constituição cabo-verdiana, aprovada em 1992, num contexto nacional de “fome” de liberdade e de democracia e de ruptura com quinze anos de regime autoritário de partido único e a Constituição que lhe serviu como instrumento de legitimação jurídico-política (“traumatismo da ausência de direitos fundamentais” – chegou a proclamar-se), ter igualmente como uma das fontes mais próximas a Constituição portuguesa de 1976, sobretudo, na sua formulação saída das revisões de 1982 e 1989; os laços indesmentíveis de história, de cultura, e, em particular, de cultura e de tradições jurídicas com o antigo país colonizador, sem esquecer que a democracia portuguesa era a mais próxima e “acessível”, seria improvável ou, até, pouco natural, que o CP de Cabo Verde de 2004 não tivesse como fonte mais próxima o diploma português. Sobremaneira, na sua modelação fruto da importante reforma de 1995, cujos trabalhos e resultados acompanhamos de muito perto no processo de elaboração do anteprojecto de Código.

Um Código, porém, falamos do cabo-verdiano, reconhecidamente autónomo, com identidade própria, expressa, nomeadamente, em soluções diferenciadas, seja na Parte Geral, seja, sobretudo, na Parte Especial.

Na verdade, já pelas razões atrás aduzidas, já porque, sendo os dois países da mesma família jurídico-cultural, os conceitos e a “gramática” do direito penal tendem a ser aproximados, as diferenças entre os dois códigos, na Parte Geral são seguramente menos visíveis do que as que resultam da comparação entre as disposições respectivas da Parte Especial. Porque – e digamo-lo, de uma forma muito sintética e compreensiva – se a primeira (a PG) é mais abstracta, densificadora de princípios e de critérios de valoração, ou, na expressão de CLAUS ROXIN, “se compõe especialmente de regras de validade e de imputação”, as Partes Especiais concretizam em normas de conduta a protecção dos bens jurídicos seleccionados, de acordo com as intenções e proposições de política criminal.

Ainda assim, e num olhar perfunctório e comparativo dos dois diplomas, sempre poderemos mencionar algumas diferenças nas

opções de um e de outro na sistematização e no tratamento dogmático de conceitos e soluções relativas, nomeadamente a: aplicação da lei no tempo-regime mais favorável ao agente (não ressalva do caso julgado no CP de CV); regime da omissão; responsabilidade das pessoas colectivas; erro sobre as circunstâncias do facto (não previsão, no código de CV, do “erro sobre proibições” e diferente solução para o erro sobre os pressupostos de facto de causa de desculpa); inimputabilidade em razão de anomalia psíquica; causas de exclusão da ilicitude (o CP de CV não explicitava, pelo menos, o consentimento do ofendido); causas de desculpa, havendo, no CP cabo-verdiano uma cláusula expressa (e residual) de inexigibilidade, numa formulação que se aproxima da constante do art.º 45.º do Projecto Eduardo Correia, mas que não deixou de levar em conta, entre outros argumentos, os aduzidos nos debates havidos, em Portugal, da Comissão Revisora, incluindo os de EDUARDO CORREIA; autoria e participação; ilicitude na participação; autonomização da instigação; penas de substituição ou alternativas à prisão, bem mais benevolente, nesta matéria, o diploma português, entre outras.

No que respeita à PE, como dissemos, os desvios foram mais pronunciados, não cabendo nesta singela comunicação fazer-se o elenco das muitas diferenças entre os dois Códigos. Bastaria referir-nos às de sistematização, no geral, ao tratamento dado aos crimes contra a vida (diferentes modelos de agravação no homicídio, não havendo, por exemplo, a técnica dos *exemplos-padrão*; não punição da propaganda do suicídio; inexistência de um tipo de homicídio privilegiado e não autonomização do homicídio preterintencional, deixando que se apliquem as regras da PG; penas diferenciadas para o incitamento e o auxílio ao suicídio; e aos crimes sexuais, sem olvidar, igualmente, um diferenciado olhar para outras categorias de crimes, como os ofensivos da honra, contra o património (em particular, os crimes de furto e de roubo) ou contra a justiça ou a fé pública.

Dúvidas não pode haver de que o Código Penal aprovado em Cabo Verde em 2003 pretendeu ser – e foi-o, seguramente – tribu-

tário do ideário humanista, democrático e liberal que iluminou, influenciou e serviu de fundamento às traves-mestras da constituição cabo-verdiana de 1992, verdadeiramente fundante do constitucionalismo moderno, do Estado de direito e de democracia no nosso país, rompendo com duas décadas e meia de um regime autoritário de partido único saído da independência do país.

Como escrevi no documento de apresentação e justificação do anteprojecto de novo Código Penal de Cabo Verde, em jeito de síntese de caracterização do que veio a ser, no essencial, o CP de 2003: “Do ponto de vista do ideário político-criminal, ele é marcado pelos valores fundamentais consagrados pela Lei Fundamental de Cabo Verde, os quais, aliás, traduzem a idiosincrasia nacional cabo-verdiana: a crença na liberdade do Homem e a conseqüente aposta na responsabilidade pessoal; a dignificação da pessoa humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo; a renúncia a formas de tratamento que conduzam ou potenciem atitudes de conformismo e a técnicas de segregação incompatíveis com o respeito pela dignidade da pessoa humana; a aposta na recuperação do homem; o culto do humanismo e a defesa de uma antropologia optimista”.

Escasseiam-nos o tempo, o espaço e também o suficiente conhecimento actualizado da evolução do direito penal português (e do CP) para estarmos habilitados a um pronunciamento seguro e abalizado sobre o seu estado de saúde democrático, vale por dizer a sua validade, a sua adequação aos critérios, princípios e soluções próprios de um direito penal de um estado de direito democrático e com cariz social.

Mas do que conhecemos e acompanhamos, do que estudámos e ensinámos, a resposta parece-nos dever ser inequivocamente positiva, de acordo, aliás, com o que aqui neste qualificado colóquio ouvimos, da avaliação conhecida, feita, em momentos diferenciados, por abalizados penalistas e decisores judiciais portugueses, sobre a evolução, os avanços e recuos e a dimensão da vitalidade

democrática do CP de 1982, apesar das dúvidas, das críticas, das insatisfações (agravação das penas em certas áreas da criminalidade, contínua “expansão” do direito penal, novos tipos de crime a outros sobrepostos ou por imposição de agendas politicamente correctas ou das instâncias internacionais, alargamento das incriminações de perigo, sobretudo de perigo abstracto, aumento de barreiras ao funcionamento da prescrição, inclusivamente a menção de alguns à “resistência” do código às investidas ou tentações do fenómeno do populismo punitivo), apesar das propostas e sugestões, dos reparos e das perspectivas que, ao longo destes quarenta anos, foram expressos, manifestados e esgrimidos. Aliás, tudo o que, ao fim e ao cabo, pode justificar esta rica e ajustada celebração. Curioso e significativo, aliás, é o facto de, já pouco tempo após a entrada em vigor do Código de 1982, FIGUEIREDO DIAS ter feito uma espécie de apelo à resistência contra um “discurso contraditório”, secundado por “uma opinião pública sensível ao mercado do crime e do medo, organizado por certos meios de comunicação social – de *just deserts* e de *law and order*, nestes termos que, creio, ainda hoje, em alguma medida, poderão ser esgrimidos: “Enquanto este Código Penal estiver em vigor o poder político não poderá deixar de sustentar as suas intenções político-criminais mais profundas e de se opor a que elas se vejam a cada momento contrastadas...”.

E o Código Penal do meu país? Após várias reformas efectuadas, nomeadamente duas mais relevantes pelas alterações que introduziram, em 2015 e 2021, pode dizer-se que é o mesmo, como parece consensual com o código português? A verdade é que, por muitas razões que aqui não cabe escarpelizar, as reformas penais em Cabo Verde não foram escrutinadas de uma perspectiva técnica ou científica, objecto de uma avaliação crítica minimamente adequada e sólida.

Em várias ocasiões, pude intervir em jeito de alerta para sinais e iniciativas legislativas que me pareciam traduzir-se em recuos, desvios ou incongruências de uma perspectiva de um direito penal próprio de um Estado de Direito.

Fi-lo, igualmente, através do veto político e do pedido de fiscalização da constitucionalidade junto ao STJ (com competência em matéria de jurisdição constitucional até à entrada em funções do Tribunal Constitucional) e ao Tribunal Constitucional, tendo acabado, já em 2021, por optar, perante a chamada quarta revisão ao Código Penal, por promulgar o diploma, mas fazendo acompanhar a decisão de uma comunicação muito crítica dirigida ao Presidente da Assembleia Nacional e aos deputados – que tinham aprovado a lei de revisão por unanimidade –, explicando os motivos por que não me decidira pelo veto político. Nessa mensagem, afirmava, entre outras coisas – e passo a citar, em síntese e por comodidade de exposição – o seguinte:

“(...) Não cabe ao Presidente da República gizar a política criminal para Cabo Verde (...). Cabe, sim, tal mandato (... (a) o Parlamento livremente escolhido pelos eleitores do nosso país

(...) E, em votação final global, o diploma que nos foi remetido mereceu a aprovação unânime de (...) os (...) Deputados(...) Não pode, assim, o Presidente da República(...) tentar (...) inviabilizar aquela que é uma decisão legítima e unânime de quem tem (...) competência para legislar sobre dada matéria tão sensível e central ao funcionamento do nosso sistema jurídico.

Assim, por muito que discorde das opções político-criminais vertidas no presente diploma, nas circunstâncias descritas, não seria, em nosso entendimento, um bom serviço aos cabo-verdianos que o Presidente da República usasse o veto político.

(...) Tal não implica que (...) não devamos dizer aqui, de forma clara, a V. Exas., que temos por errado o sentido geral político-criminal que vem sendo seguido em Cabo Verde (...) a política criminal tem como último escopo servir de *padrão crítico* tanto do direito constituído quanto do direito *constituendo*, as suas finalidades e as proposições devem ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores (...) que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição. E desta (...) fluem, indiscutivelmente, princípios de política criminal que não esquecem a

vertente liberal de um direito penal adequada aos princípios democráticos e do Estado de Direito.

(...) continua a ser a certeza e eficácia punitiva, em tempo célere compatível com as garantias de defesa do arguido, aquela que, no plano axiológico e científico, melhores frutos oferece.

E a que temos assistido entre nós? Exactamente o oposto: a crença quase mirífica de que, elevando sistemática e sucessivamente as molduras penais abstractas teremos uma sociedade com menos crime, a concepção de que, p. ex., a colocação de entraves cada vez maiores às penas de substituição e ao incidente de execução da pena de prisão que é a liberdade condicional, serão respostas prontas para a protecção de bens jurídico-penais e a ressocialização que, na verdade, são mandamentos jurídico-constitucionais para o legislador ordinário e que, por via deste diploma, conhecem uma maior dificuldade de compatibilização, passando uma mensagem típica dos movimentos de *just deserts* ou de procura de afirmação, *exasperada*, de um direito penal *simbólico* que não tenha em devida conta a noção de que a função primordial da intervenção penal é a de tutela – e tutela subsidiária – de bens jurídicos fundamentais.

“(...) Tudo para dizer que, sendo a presente alteração do Código (a par de outras anteriores com o mesmo conteúdo de sentido político-criminal) aquela com cujas traves-mestras político-criminais menos nos identificamos na História da democracia constitucional em Cabo Verde, a unanimidade que em torno das presentes alterações se obteve na Assembleia Nacional, não poderia ter um desfecho, ao nível do processo legislativo, como explicámos, diferente do actual – a promulgação.

Serve esta mensagem, assim o espero, para suscitar a continuação do debate na Casa da Democracia e em toda a sociedade cabo-verdiana sobre que Direito Penal queremos, cientes de que o Código Penal muito diz quanto ao grau de consolidação e maturidade de qualquer Estado de Direito (...).”

Antes desta reforma, houvera outra, também importante, em 2015, que, além de outras alterações com alguma relevância, foi

a que elevou o limite máximo geral da pena de prisão de 25 para 35 anos (elevando-se, assim, o mesmo limite máximo para o concurso de crimes), elevou as penas previstas para as duas formas de homicídio agravado de 15 a 25 para 15 a 30 anos e agravou as penas dos crimes sexuais, além de outros, num sentido crescendo que também atravessa a reforma seguinte; introduziu o regime de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, de guerra e genocídio – seguindo regras de direito internacional aplicáveis a Cabo Verde – mas, igualmente, aos crimes dolosos contra a vida, ao mesmo tempo que alterava o regime de interrupção da prescrição do procedimento criminal, alargando os casos em que tal regime passa a aplicar-se (aproximando-se do vigente regime português), o que, juntando-se às novas regras de suspensão, na prática torna quase impossível que aconteçam casos de prescrição; alterou o regime da liberdade condicional, tornando, no geral, mais exigentes os pressupostos para a sua concessão, extinguindo a regra de concessão, cumpridos cinco sextos da pena, e exigindo cumprimento de cinco sextos para haver liberdade condicional, nos casos de condenação por 25 ou mais anos de prisão.

Reforma essa, ainda, que cria um dispositivo (art.º 84.º-A) – a seguir ao que dispõe sobre a atenuação livre da pena – com a epígrafe “Colaboração relevante”, o qual permite a redução da moldura penal abstracta para metade nos seus limites mínimo e máximo ou a isenção ou dispensa da pena ao agente que colaborar com as autoridades judiciárias. Esta cláusula geral, pois não está dirigida a crimes ou a categorias de crimes em especial, com pressupostos muito abertos, num quase cheque em branco, surge inopinadamente, sem que vislumbremos uma única linha de argumentação justificando a sua consagração, sem olvidar as sérias dúvidas sobre uma sua compatibilização com um feixe de princípios e critérios, muitos com fundamento constitucional, próprios de um direito penal de feição democrático-liberal (igualdade, determinabilidade, lealdade processual, presunção de inocência, dignidade pessoal do arguido, independência judicial), arribando ao próprio fundamento ético do Estado de direito, a eminente dignidade da pessoa humana.

Neste momento, e com tudo o que pudemos, neste espaço, expor, falta responder à questão colocada: estamos ainda, em Cabo Verde, perante o mesmo Código Penal? Apesar das muitas alterações, seja na PG, seja na PE, que podem representar erosão das linhas essenciais de política criminal, em essencial sintonia com valores e princípios constitucionais? Apesar de haver sucessivos aumentos de pena em muitas categorias de crimes, incluindo dos limites mínimos, roçando as fronteiras estabelecidas pelo princípio da culpa, alargamento da punição da tentativa e de actos preparatórios, criação de crimes de perigo, especialmente de perigo abstracto, crescendo de imputação subjectiva a nível de dolo de perigo, normas penais em branco, generalização da técnica de agravações de tipos-base, sobreposição de tipos de crime em nome de um direito penal simbólico? Apesar de se poder favorecer a existência de múltiplas direcções de política criminal ou até uma *tensão de sentido político-criminal* entre as disposições e princípios definidos na PG e os normativos da PE, geradora de materiais incongruências entre eles?

A nossa resposta é positiva, num sentido afim à dos que, em Portugal, partilham a mesma opinião e resposta. Apesar de tudo, pode concluir-se que a estrutura central do código se mantém, diria a sua *ossatura central*, designadamente a que se define pelos critérios e princípios contidos na Parte Geral, com as excepções já aqui assinaladas.

Permanecem quase intocados os dispositivos sobre o princípio da legalidade e seus corolários, regime da omissão, regras de imputação subjectiva, dolo, negligência, agravação pelo resultado, erro sobre o facto típico e sobre a ilicitude, inimputabilidade, actos preparatórios e tentativa, desistência e arrependimento activo, autoria e participação, concurso de crimes, culpa na participação, crime continuado, causas de desculpa, proibição de prisão perpétua e de pena de morte, limite da medida da pena pela medida culpa, limites à duração das medidas de segurança, efeitos das penas e das medidas de segurança, finalidades das sanções criminais, proibição de cumulação de pena e de medida de segurança, suspensão

da execução da pena de prisão (no essencial), escolha e critérios de determinação da pena, punição da reincidência...

Algumas alterações foram positivas, como, a título meramente ilustrativo, a clarificação do regime de punição das pessoas colectivas, o alargamento das penas alternativas à prisão (como o regime de prova ou a permanência na habitação), a introdução da medida de proibição de contacto com a vítima, em certos crimes ou, ainda, a criação de alguns tipos de crime, como resposta a novas realidades potenciadoras de condutas susceptíveis de atingir bens mercedores de tutela penal (casos do tráfico de pessoas, de desvio do poder ou, ainda, de incriminações que, sendo comunitariamente inaceitáveis, representem violações de valores da *solidariedade global* ou atinentes às sociedades de risco modernas).

É, ainda, pois o mesmo Código Penal que, em ruptura com o velho código de 1886, ainda representa um avanço inequívoco, necessário e civilizacional. Mas as dúvidas, as reservas, as críticas que aqui apenas de uma forma muito sumária e rápida manifestámos, quanto às orientações e ao sentido geral das reformas que têm sido introduzidas no edifício do Código Penal, deixam-nos um sentimento de dúvida e de alerta perante o futuro. É preciso ponderar o tempo e o modo de introdução de reformas que se mostrem necessárias, não *a quente* ou à flor da pele, com o intuito, quase sempre ilusório, de dar respostas imediatas a problemas sociais, económicos ou políticos favorecidos por tempos de mais dificuldades ou de crise ou a exigências e insatisfações de segmentos radicalizados da sociedade que clamam por vingança contra agentes de crimes considerados muito graves ou que causem enorme alarme social. Deve, ainda com FIGUEIREDO DIAS, recusar-se qualquer concepção penal baseada na “*expansão* da criminalização, que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de mera política estadual”. E – acrescentamos – instrumento que se revela, amiúde ou quase sempre, redutor e verdadeiramente ineficiente. Por isso que, em Cabo Verde, e desde a revisão constitucional de 1999, temos sugerido –

até agora sem sucesso – a introdução de um *princípio de reserva de código (penal)* como um potencial remédio para o fenómeno.

Vale sempre a pena reiterar a noção, ainda perfeitamente válida, de que, num Estado fundado na afirmação da eminente dignidade da pessoa humana e organizado em democracia, a intervenção do direito penal deve ser vista como uma *ultima ratio* da política social e subsidiária no contexto de um sistema estatal de controlo. Que, num Estado de Direito material, de cariz social, como o de Cabo Verde (ou o de Portugal), o direito penal só entra com os seus instrumentos de actuação, como acentuámos na justificação do anteprojecto do novo CP, citando FIGUEIREDO DIAS, “ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem...”.

Destarte, não cabe às reformas pretendidas do direito penal o objectivo de “corresponder às expectativas políticas”, ou eleitorais, mas também não o de se constituir instrumento de facilitação da tarefa dos aplicadores do direito na incriminação de arguidos, como tem transparecido de algumas iniciativas reformistas.

Ao fim e ao cabo, o esforço realizado e a ser prosseguido por um direito penal e seus principais instrumentos fiéis aos valores, critérios e princípios próprios de um Estado de Direito, que resista às investidas do populismo, da ideologia securitária e do direito penal simbólico, traduz-se e integra-se numa luta mais vasta pela afirmação e reforço do constitucionalismo democrático, do estado de direito e da democracia. *Não podemos ser pelo estado de direito selectivamente! Retalhá-lo e escolhermos a parte que nos convém mais cumprir.*

O que não pode ser interpretado como a defesa de uma política criminal de olhos vendados e desatenta às mudanças impostas por novas realidades.

O que vale tanto para Cabo Verde quanto para Portugal, num quadro mundial em que os riscos de sedução e de penetração das ideias ligadas a todo o tipo de autoritarismo são visíveis.

E não penso que, nessa luta, devam ficar de fora os cultores e estudiosos do direito penal, os investigadores e professores, os ma-

gistrados, advogados e outros servidores da justiça que lidam com a coisa criminal. Nenhum fórum seria mais adequado e representativo para que tomasse corpo a iniciativa – a estender-se, pelo menos, a outros espaços afins – de denúncia do iliberalismo penal e de sintonia com os caminhos de afirmação de um direito penal democrático.

Termino, reiterando a homenagem à figura do ilustre autor do Projecto de 1963, Professor EDUARDO CORREIA, aos que estiveram à frente da reforma de 1995, de que se destaca o Professor FIGUEIREDO DIAS, Mestre de muitas gerações, de cujo magistério doutrinário e científico beneficiaram também um sem número de profissionais, estudiosos e reformadores para além das fronteiras de Portugal e a quem, sem sombra de dúvidas, muito deve o direito penal de Cabo Verde. Homenagem que se estende igualmente, à ímpar Escola coimbrã de ciências criminais, sem olvidar todos os penalistas, estudiosos, investigadores, professores, magistrados e advogados que, com o seu labor doutrinário, jurisprudencial, pedagógico, cívico e profissional contribuíram para que este Código Penal Português se mantenha com a vitalidade que é demonstrada por estes quarenta anos de vigência.

