

- c) com a notificação do despacho de pronúncia ou equivalente;
- d) com a marcação do dia para o julgamento no processo de ausentes.

artigo 12.º

o disposto no n.º 4 do artigo 61.º apenas se aplica às penas por crimes cometidos após a entrada em vigor do código

artigo 13.º

o código penal revisto e o presente decreto-lei entram em vigor em 1 de outubro de 1995.

código penal

i

introdução (*)

1. o presente código penal baseia-se fundamentalmente nos projectos elaborados em 1963 («parte geral») e em 1968 («parte especial»), da autoria de eduardo correia.

aquele texto («parte geral»), correspondendo a uma visão unitária, coerente, marcadamente humanista e em muitos aspectos profundamente inovadora, foi saudado pelos mais proeminentes cultores da ciência do direito penal nacional e estrangeiro. destes salientem-se, a título exemplificativo, os nomes de hans-heinrich jescheck, presidente da associação internacional de direito penal, marc ancel, presidente da sociedade internacional de defesa social, e pierre canat.

pena foi que não tivesse sido mais rápida a aprovação desse projecto, pois muitas das suas disposições teriam um carácter altamente precursor - relativamente ao direito alemão e a outros projectos estrangeiros -, colocando-nos assim, com canat, «à la pointe même du progrès».

cumprido desde já dizer que, contrariamente àquilo que poderá parecer, mercê de análise menos reflectida, o diploma, na forma, quer no conteúdo das suas prescrições, não se afasta do que verdadeiramente de vivo há na tradição jurídica portuguesa, antes justamente o consagra. e isso mesmo parece ter sido compreendido e aceite pelas várias comissões de revisão que sobre o projecto tiveram oportunidade de se pronunciar, em vários tempos e em diferentes enquadramentos políticos, mas sempre compostas por homens - do mais variado cariz político e profissional - que se preocuparam e continuam a preocupar com as coisas do direito penal.

no entanto, e não obstante todo o esforço desenvolvido, o projecto inicial passou por várias vicissitudes, nunca tendo encontrado o espaço político necessário à sua consagração legal. a este facto não será estranho o fim e textura do presente sistema punitivo do código, que assenta, adianta-se, em coordenadas que mal caberiam nos quadros de uma concepção marcadamente repressiva.

a necessidade de fazer uma adequação da legislação ordinária ao novo espírito legislativo resultante do 25 de abril fez com que o último governo provisório fomentasse a ideia de tornar o projecto em viva realidade normativa de que o país tanto precisava. o impulso não esmoreceu, bem ao contrário, na vigência do ii governo constitucional. neste espírito, foi constituída uma comissão revisora, cujo trabalho serviu de base à proposta de lei n.º 117/i (diário da assembleia da república, suplemento ao nº 28 de julho de 1977). contudo, por razões da nossa história presente, bem conhecidas de todos, a assembleia da república não apreciou a mencionada proposta de lei.

na vigência do iv governo constitucional tentou-se decididamente realizar todo o plano arquitectural do ordenamento penal português. novamente foi apresentada uma proposta de lei (relativa à «parte geral») à assembleia da república, absolutamente coincidente com a enviada pelo i governo constitucional. no que toca à «parte especial», foi esta também revista no âmbito da justiça, resultando do seu trabalho um articulado que igualmente se enviou à assembleia da república, sob a forma de proposta de lei.

no entanto, aquele não foi o momento propício da cena política portuguesa para se encontrar o mínimo de consenso necessário às grandes empresas legislativas. porém, exprima-se lateralmente, muitas das traves mestras de um movimento legislativo mais vasto foram então lançadas. nesta esteira, publicaram-se dois diplomas legislativos de forte incidência dogmática na estrutura global do sistema penal português: o da reforma da organização prisional (decreto-lei n.º 267/76, de agosto) e o direito de mera ordenação social (decreto-lei n.º 232/79, de 24 de julho). integrando aquele movimento, apresentou-se ainda uma proposta de lei concernente à «legislação especial aplicável a jovens delinquentes dos 16 a 21 anos».

mas, se muito já foi feito, é indiscutível que falta consagrar o essencial, isto é, o código penal - partes geral e especial. empenhou profundamente o actual governo, que, depois de ter nomeado nova comissão de revisão, apresenta agora este diploma que, sem se afastar dos parâmetros dos projectos anteriores, sofre algumas importantes modificações que reflectem a reflexão e as novas orientações doutrinárias exigidas. preparado está também o diploma sobre a recuperação social, o essencial da realização da filosofia do código penal.

não deixará de se recordar, por fim, que o código, cuja vigência agora cessa, constituiu também, no seu tempo, um significativo avanço em relação à ciência criminal da época, o que terá contribuído para que ele se conservasse, fundamentalmente na sua estrutura inicial, a despeito das sucessivas alterações impostas por uma realidade criminológica em constante mutação.

(*) introdução constante do decreto-lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

ii

parte geral

2. um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico normativo uma culpa concreta. o princípio nulla poena sine culpa, combatido ultimamente em certos quadrantes do

pensamento jurídico-penal, embora mais, ou quase exclusivamente, contra a vertente que considera a culpa como fundamento da pena, ganhou o voto unânime de todas as forças políticas representadas no parlamento alemão, quando se procedeu à apreciação dos grandes princípios orientadores da reforma daquele sistema penal. acrescenta-se que mesmo os autores da reforma dão uma maior tónica à prevenção geral aceitam inequivocamente a culpa como limite de pena. e mais. podemos dizer que quer quer entrar em pormenores, que ele corresponde, independentemente da perspectiva em que se coloque o investimento, numa larga e profunda tradição cultural portuguesa e europeia.

no entanto, o atribuir-se à pena um conteúdo de reprovação ética não significa que se abandonem as finalidades da prevenção geral e especial nem, muito menos, que se sugira o alheamento da recuperação do delinquente. quanto à prevenção especial, sabemos que não há verdadeira antinomia entre esta finalidade e a culpa, já que, através da mediação axiológica que a pena penal exige a todos os membros da comunidade jurídica, se ergue, deste modo, a barreira inibidora da pena. contudo, a força dissuasora não nasce tanto da sua realidade heterónoma, mas antes da própria autonomia do agente, que salta a definição daquela pena fruto da participação, num determinado momento histórico, de toda a comunidade, ainda que mediada pelos órgãos constitucionalmente competentes.

a esta luz, não será, pois, difícil de ver que também a tónica da prevenção especial só pode ganhar sentido e eficácia através de uma participação real, dialogante e efectiva do delinquente. e esta só se consegue fazendo apelo à sua total autonomia, liberdade e responsabilidade.

é, na verdade, da conjugação do papel interveniente das instâncias auxiliares da execução das penas privativas de liberdade e do responsável e autónomo empenhamento do delinquente que se poderão encontrar os meios mais adequados a evitar a reincidência.

não se abandona o delinquente à pura expiação em situação de isolamento - cujos efeitos negativos estão cabalmente demonstrados - nem se permite que a administração penitenciária caia em estéréis omissões e empregue pedagogias que desvalorizam os valores do delinquente, muitas vezes, não se sente motivado nem, o que é mais grave, reconhece neles qualquer forma de participação. sabe-se que, na essência, o equilíbrio entre estes dois vectores nem sempre é fácil de alcançar, a rigidez das penas institucionais. no sentido de superar esta visão tradicional, o presente diploma consagra, articulada e coerentemente, um conjunto de medidas não institucionais que facilita e potencia, sobremaneira, aquele desejado equilíbrio de vontades. verifica-se a assunção conscienciosa daquilo a que a nova sociologia do comportamento designa por desdramatização do ritual e obrigam-se as instâncias de execução da pena privativa de liberdade a serem co-responsáveis pelo êxito ou fracasso reeducativo e ressocializador. pensa-se ser esta uma das formas que mais eficazmente pode levar à reintegração do delinquente na sociedade. acrescenta-se que toda a nova compreensão de encarar a panóplia punitiva em noutros países fortemente implantada com resultados satisfatórios.

pelo menos num determinado estágio de desenvolvimento das estruturas económicas, tais medidas mostram-se altamente operatórias num tipo de sociedade cujo denominador comum se assemelha ao padrão do nosso viver quotidiano.

3. por outro lado, sabe-se que o princípio da culpa, tal como está pressuposto no diploma, implica que medidas de segurança privativas da liberdade só existirão para os imputáveis. a solução do problema dos chamados «imputáveis perigosos» encontra-se fundamentalmente conseguida pela introdução da pena relativamente indeterminada. deste jeito, satisfaz-se a unidade de princípios compreensiva do diploma e dá-se resposta aos anseios legítimos - tanto mais legítimos quando se vive num estado de emergência - da comunidade jurídica, de ver protegido o valor da segurança, que, como facilmente também se depreenderá, só é honrado nos casos especialmente consagrados na lei. e não pode deixar de ser assim porque os homens a que este diploma se dirige são compreendidos como estruturas «abertas» e dialogantes capazes de assumirem a sua própria liberdade. com estas palavras, eles serão sempre um prius, nunca um posterius.

4. característico de toda a filosofia deste diploma é o modo como se consagra a problemática do erro. na verdade, e não se pode perspectivar-se como charneira de toda a problemática da culpa, já que é nele - quer se considere o erro sobre o facto (artigo 16.º) quer o erro sobre a ilicitude (artigo 17.º) - que o direito penal encontra o verdadeiro fundamento para ser considerado como direito penal da culpa. torna-se assim evidente, à luz deste diploma, que o agente só pode ser considerado culpado se tiver actuado com consciência da ilicitude do facto. porém, se tiver agido sem consciência da ilicitude e se o erro lhe for censurável, o agente «será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, que pode ser especialmente atenuada» (artigo 17.º, n.º 2). ficam, deste modo, protegidos não só determinados fins da prevenção, mas também o valor que todo o direito prossegue: a ideia de justiça.

5. não se desconhece que, amiúde, a fronteira entre o imputável e o imputável é extremamente difícil de traçar. daí a urgência da adopção de um critério que rigorosamente serialasse as várias hipóteses pela aferição das quais o agente infractor pudesse ser considerado imputável ou imputável. neste horizonte, o diploma faz apelo a um critério biológico integrado por componentes de nítido matiz axiológico, é dizer, «a comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas» (artigo 20.º). é, pois, necessário, para o agente ser considerado imputável, que consiga determinar-se pelo facto demonstrativo não só da criteriosa integração do elemento de valoração ética, mas também de carregado afluência da tradição correcionalista portuguesa, manifestando-se assim, neste ponto, como noutros, a inconsequência daquele pensamento que o código se não funda em raízes culturais portuguesas. para além disso, ao admitir-se um vasto domínio para a imputabilidade devido à definição de critérios que se afastam do mais rígido pensamento da culpa, permitir-se-á a maior reticentes na aceitação deste princípio a construção de um modelo baseado numa ideia que desliza para a responsabilidade social mitigada.

6. outra questão particularmente importante neste domínio é a aceitação de que os imputáveis maiores de 16 anos

de 21 anos são merecedores de legislação especial, a que atrás se fez referência. esta ideia corresponde, por um lado, à consciencialização do que há de arbitrário - mas não intrinsecamente injusto - na determinação de certa idade como limite formal para distinguir o imputável do imputável. é justamente para atenuar os efeitos deste corte dogmático e para reconhecer o imprescindível que se vê com bons olhos um direito de jovens imputáveis que vise paredes meias, nos princípios e nos fins protectivos e reeducadoras, os fins do direito de menores. mas, se esta seria, já por si, uma razão que levaria ao acolhimento legislativo daquele direito para jovens imputáveis, outras motivações e razões mais arreigam a nossa convicção. salientamos não só as que decorrem dos efeitos menos estigmatizantes que este direito acarreta como também - em conexão com as sequelas e no seio deste ramo de direito - a maior capacidade de ressocialização do jovem que se abre ainda para jovens traumatizadas, como tal perfeitamente lúcido e compreensivo às solicitações justas e adequadas da ordem jurídica; 7. o código traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser impostas com um sentido pedagógico e ressocializador. simplesmente, a concretização daquele objectivo parece comprometer a existência da própria prisão. daí todo o conjunto de medidas não institucionais que já foram mencionadas noutro capítulo e medidas que, embora não determinem a perda da liberdade física, importam sempre uma intromissão mais ou menos profunda na condução da vida dos delinquentes. por outro lado, não obstante essas reacções penais não detentivas funcionarem como medidas de substituição, não podem ser vistas como formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento bem definido, com uma variedade de regimes aptos a dar adequada resposta a problemas específicos de diferentes zonas da delinquência.

7. todavia, é evidente que o combate às penas institucionais correria o risco de insucesso se o código se limitasse a estabelecer medidas substitutivas, sem fornecer, simultaneamente, o critério geral orientador da escolha das penas. a isso visa o código impondo ao tribunal que dê preferência fundamentada à pena não privativa da liberdade «sempre que ela se mostrar adequada para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprobção e prevenção do crime». aceita-se 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.

8. não se esgotam, porém, no conteúdo do artigo 71.º, os poderes concedidos ao juiz para, através da escolha e graduação da pena, alcançar a justa punição do agente e a realização do objectivo geral da prevenção do crime pelo tratamento do condenado.

deste modo, prevê-se uma atenuação especial da pena nos casos em que circunstâncias anteriores ou posteriores à ocorrência contemporâneas dele, diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente (artigo 73.º) ou quando a prisão conduzir à substituição da prisão por «prisão por dias livres» ou pela pena de multa (artigo 74.º).

mas o código consagra duas importantes inovações nesta matéria. na verdade, «pode o tribunal não aplicar qualquer pena se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral» (artigo 75.º, n.º 1). além disso, permite-se que, nos casos em que não estejam ainda cabalmente preenchidos aqueles pressupostos, o juiz possa não proferir a sentença, adiando-a para um momento posterior, na esperança de que o comportamento do delinquente, a reparação próxima do dano ou a confirmação da falta de especiais exigências de punição venham a justificar a dispensa de pena (artigo 75.º, n.º 2).

com tais medidas - que o comité de ministros do conselho da europa recomenda em resolução de março de 1976 e que já encontram já consagradas, por exemplo, na inglaterra, França (por recente lei de 11 de junho de 1975) e também na Alemanha (código penal, § 42.º) - espera o código dotar a administração da justiça penal de um meio idóneo de substituição de penas de prisão ou mesmo da pronúncia de outras penas que nem a protecção da sociedade nem a recuperação do delinquente parecem seriamente exigir.

9. já atrás se referiam as razões por que, no momento actual, não pode o código deixar de utilizar a prisão. mas fá-lo com plena consciência de que ela é um mal que deve reduzir-se ao mínimo necessário e que haverá que harmonizar o mal com a sua estrutura e regime com a recuperação dos delinquentes a quem venha ser aplicada.

no que toca às medidas institucionais, aboliu-se a diferenciação da prisão em várias espécies (como entre nós ainda existia com a prisão maior e a prisão correcional). o sentido da existência de diferentes espécies de prisão é, tradicionalmente, traduzir uma diferenciação de formas de retribuição, correspondentes à diversidade da natureza e gravidade dos factos que originam. daí que às espécies mais graves devessem corresponder certos efeitos próprios (como, por exemplo, a exclusão de lugares públicos ou a incapacidade de exercer certas funções).

a solução perfilhada neste domínio pelo código parte, desde logo, da ideia - em que os mais representativos cultores da doutrina penitenciária vêm desde há tempos insistindo - de que a execução das penas privativas de liberdade tão-só pode diferir em função da sua maior ou menor duração.

mas também não lhe é estranho outro pensamento fundamental: o de retirar à pena de prisão todo o carácter infamante. em consonância, de resto, com o disposto no artigo 65.º - outra novidade do código relativamente ao nosso direito actual - se proclama que «nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos». de acordo com estas ideias, há que alterar-se a legislação sobre o registo criminal, encontrando-se o respectivo projecto já elaborado.

outro aspecto a ter em conta numa leitura correcta do diploma é o que diz respeito às medidas consagradas com o objectivo de limitar o mais possível os efeitos criminógenos da prisão.

para além de um regime muito aberto de substituição da prisão por multa (artigo 43.º), há que referir que a prisão n

a 3 meses poderá ser cumprida por dias livres (fins de semana e dias feriados), para evitar, ou pelo menos atenuar, os perigos perniciosos de uma curta detenção de cumprimento continuado (artigo 44.º).

o mesmo propósito de, por um lado, furtar o delinquente à contaminação do meio prisional e, por outro lado, impedir a privação da liberdade interrompa por completo as suas relações sociais e profissionais justifica ainda a possibilidade prevista no artigo 45.º, de um regime de semidetenção.

considerada originariamente como um simples período de transição entre a prisão e a liberdade, a semidetenção (ou semiliberdade, como por vezes é também designada) foi de início utilizada no domínio da execução das longas penas constituindo uma última fase da pena que permitia ao recluso uma readaptação progressiva à vida normal. os resultados positivos desta experiência levaram, modernamente, o legislador a tentar um emprego diferente da medida. assim a lei de 11 de julho de 1970, por exemplo, em França, onde a lei de 11 de julho de 1970 (que modificou o artigo 723.º do código de processo penal) autorizou o tribunal a decidir desde logo a sujeição do réu ao regime de semiliberdade nos casos de infracção punível por curtas penas de prisão.

o mesmo caminho segue o código ao estabelecer um regime de semidetenção que permita ao delinquente prosseguir a sua formação ou actividade profissional normal ou os seus estudos.

é no quadro desta política de combate ao carácter crimínogeno das penas detentivas que se deve ainda compreender a medida prevista nos artigos 61.º e seguintes para a liberdade condicional. definitivamente ultrapassada a sua compreensão como medida de clemência ou de recompensa por boa conduta, a libertação condicional serve, na política do código, um fim bem definido: o de criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinquente possa equilibradamente recobrar o sentido de orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão.

com tal medida - que pode ser normalmente decretada logo que cumprida metade da pena (artigo 61.º, n.º 1) - o código fortalece as esperanças de uma adequada reintegração social do internado, sobretudo daquele que sofreu um afastamento mais prolongado da colectividade. assim se compreendem, por um lado, a fixação de mínimos de duração do período da liberdade condicional (artigo 61.º, n.º 3) e, por outro, a obrigatoriedade da pronúncia dela, decorridos quinquenta e seis sextos da pena, nos casos de prisão superior a 6 anos (artigo 61.º, n.º 2). por outro lado, a imposição de certas condições na concessão da liberdade (artigo 62.º, com referência aos n.os 2 e 3 do artigo 54.º) e a possibilidade do apoio de assistência social (artigo 62.º, com referência ao artigo 55.º) atenuarão, certamente, a influência de várias «componentes exteriores de perigosidade», com o que melhor se garantirá o sucesso de uma libertação definitiva.

10. é, contudo, nas medidas não detentivas que se depositam as melhores esperanças.

assim, e desde logo, na multa, que, ao lado da prisão, o código consagra como outra das penas principais. medida superior por excelência da prisão, a sua importância só poderá ser inteiramente avaliada em face do que dispõe a «parte especial» do código, onde se faz dela um largo uso, com o que, aliás, se dá cumprimento às mais insistentes recomendações da doutrina e da penologia modernas.

o código utilizou o sistema dos «dias de multa», o que permite adaptá-la melhor tanto à culpa como às condições económicas do agente, e, como já atrás houve ocasião de referir, estabeleceu ainda o princípio da conversão em multa da pena de prisão inferior a 6 meses, salvo se o cumprimento da prisão se entender necessário para prevenção de futuras infracções (artigo 63.º, n.º 1).

a referência especial merece o regime proposto para o caso de não pagamento da multa. face à proibição da sua conversão em prisão (que é o sistema tradicional, praticado ainda na generalidade dos países), houve que definir um regime variado, embora se propusesse tornar realmente efectiva a condenação, não deixasse de tomar em conta uma vasta gama de motivos (desde a simples recusa, sem motivo sério, de pagar até aos casos em que a razão do não cumprimento não é imputável ao agente) que podem levar ao não pagamento da multa.

daí a regulamentação extensa dos artigos 46.º e 47.º que prevê o pagamento diferido ou em prestações, o recurso à utilização dos bens do condenado, a substituição, total ou parcial, da multa por prestação de trabalho em obras e oficinas do Estado ou de outras pessoas de direito público e, finalmente - mas só se nenhuma dessas outras modalidades de cumprimento puder ser utilizada -, a aplicação da prisão pronunciada em alternativa na sentença, pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, podendo embora a prisão ser atenuada ou decretar-se mesmo a isenção da pena sempre que o agente prove que lhe não é imputada a razão do não pagamento. por outro lado, optou-se pela punição autónoma do agente que se tenha intencionalmente colocado em condições de não poder pagar a multa ou de não poder ser ela substituída pela prestação de trabalho (artigo 47.º, n.º 5).

11. outras medidas não detentivas são a suspensão da execução da pena (artigos 48.º e seguintes) e o regime de prova (artigos 53.º e seguintes).

substitutivos particularmente adequados das penas privativas de liberdade, importa tornar maleável a sua utilização. os limites formais, na medida do possível, de limites formais, por forma a com eles cobrir uma apreciável gama de infracções puníveis por prisão. assim se prevê a possibilidade da suspensão da execução da pena ou da submissão do delinquente ao regime de prova sempre que a pena de prisão não seja superior a 3 anos.

é evidente, todavia, que a pronúncia de qualquer destas medidas não é nem deve ser mera substituição automática das penas como reacções penais de conteúdo pedagógico e reeducativo (particularmente no que diz respeito ao regime de prova) devem ser decretadas quando o tribunal concluir, em face da personalidade do agente, das condições da sua vida e das circunstâncias indicadas no artigo 48.º, n.º 2 (aplicável também ao regime de prova por força do artigo 53.º), serem elas medidas adequadas a afastar o delinquente da criminalidade.

competete ao tribunal essa indagação e a escolha responsável que sobre ela vier a fazer entre a suspensão da execução e o regime de prova. se se é tentado, muitas vezes, a confundi-los, é bom sublinhar que se trata de dois institutos distantes com características e regimes próprios.

com efeito, a condenação condicional, ou instituto da pena suspensa, correspondente ao instituto do sursis contido no artigo 48.º, n.º 2), é uma suspensão da execução da pena que, embora efectivamente pronunciada pelo tribunal, não chega a ser cumprida. entender que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delinquente da criminalidade e satisfazer as necessidades de reprobção e prevenção do crime (artigo 48.º, n.º 2). a possibilidade de imposição de certas obrigações ao réu (artigo 49.º), destinadas a reparar o mal do crime ou a facilitar positivamente a sua readaptação social, reforça o carácter pedagógico desta medida que o nosso direito já de há muito conhece, embora em termos não totalmente coincidentes com os que agora se propõem no código (v. g., em matéria de pressupostos).

diferentemente, o regime de prova - a probation de inspiração inglesa e norte-americana - é uma das grandes novidades do código. o sistema proposto, e que corresponde à sua forma mais pura, consiste na suspensão da própria pronúncia da pena ficando o agente submetido a um período de «prova» em meio livre (que pode durar de 1 a 3 anos, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação), que servirá para avaliar até que ponto é o delinquente idóneo a uma reinserção comunitária. o tribunal poderá impor ainda ao delinquente certas obrigações ou deveres destinados a assegurar a sua readaptação (artigo 54.º, n.os 2 e 3).

mas o que verdadeiramente caracteriza esta medida - e lhe confere aquele sentido marcadamente educativo e correctivo - é sempre a distinção da simples suspensão da pena - é, por um lado, a existência de um plano de readaptação social e a submissão do delinquente à especial vigilância e controlo da assistência social especializada.

daí que, como forma de tratamento essencialmente individual, haja que pôr o maior cuidado na selecção dos delinquentes, devendo criteriosamente indagar-se das condições pessoais de cada um. e isto porque, repete-se, com a utilização do regime de prova não se espera só o mero efeito útil de substituir a prisão, uma vez que se acredita no seu alto valor ressocializador, mas, por uma larga experiência, francamente positiva, em vários países, como, por exemplo, a Inglaterra, a Suécia ou os Estados Unidos da América.

para aqui deixar registadas as notas mais salientes do regime deste instituto, importa lembrar ainda que a lei procurou atrás se disse, fazer mergulhar esta medida não institucional nas próprias estruturas de controlo social não formal, e a sociedade a colaborar na compreensão do fenómeno do crime e na recuperação dos delinquentes. e muito sinceramente espera-se que uma tal experiência sirva também para uma melhor informação do público em geral sobre as vantagens e limitações das medidas substitutivas da prisão, no sentido de uma cada vez mais ampla e clara aceitação das formas de tratamento penal dos delinquentes, sem privação da sua liberdade.

12. para encerrar este capítulo das modalidades de reacção penal importa dizer alguma coisa sobre duas medidas de tratamento também novidade no nosso direito e que igualmente se integram no quadro de combate às penas detentivas. referem-se à admoestação (artigo 59.º) e à prestação de trabalho a favor da comunidade (artigo 60.º).

quanto à primeira - de que a legislação estrangeira nos oferece, entre outros, o exemplo da Jugoslávia, onde esta medida é conhecida desde 1959 -, trata-se de uma censura solene, feita em audiência pelo tribunal, aplicável a indivíduos culpados de factos de escassa gravidade e relativamente aos quais se entende (ou por serem delinquentes primários ou por nele não ter vivo um sentimento da própria dignidade, por exemplo) não haver, de um ponto de vista preventivo, a necessidade de serem utilizadas outras medidas penais que importem a imposição de uma sanção substancial.

quanto à segunda, trata-se igualmente de uma medida aplicável ao agente considerado culpado pela prática de crime. corresponde a pena de prisão, com ou sem multa, não superior a três meses e consiste na prestação de serviços gratuitos nos períodos não compreendidos nas horas normais de trabalho, ao estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou mesmo a entidades privadas que o tribunal considere de interesse para a comunidade.

as experiências de outros países apontam-lhe seguras vantagens. assim, para além de representar uma possibilidade de substituição da prisão, a prestação de trabalho a favor da comunidade parece ter encontrado mesmo (cite-se, por exemplo, o caso da Inglaterra, onde a medida também é experimentada desde 1972) reacções favoráveis por parte do próprio público em geral.

o facto de, nesta modalidade de execução penal, o trabalho do delinquente ser directamente introduzido no circuito da produção de bens ou serviços de interesse comunitário, ao lado da actividade normal dos cidadãos livres, deve ter contribuído para a boa aceitação desta medida, que o código prevê seja controlada por órgãos de serviço social (artigo 60.º, n.º 5).

13. quando, todavia, pelas razões atrás invocadas, não seja possível empregar toda a gama de medidas não institucionais, tenha de cominar uma pena de prisão, torna-se claro que se devem fazer todos os esforços para combater o efeito desmoralizante que se lhe aponta. é aqui que se abre o vasto campo da execução das penas de prisão.

o domínio da execução sempre mereceu, entre nós, a mais viva atenção, não só de práticos como de teóricos. inscrito no amplo movimento de reforma feito sentir em diversos países, foi já elaborada a reforma sobre a execução de penas privativas de liberdade, em vigor desde 1 de Janeiro de 1980.

pretendeu-se trilhar um caminho que progressivamente trouxesse a execução para o domínio do jurídico, ultrapassando o em que fora deixada ao arbítrio de uma administração toda poderosa, ressaltando a posição jurídica do recluso.

a realização dos ideais de humanidade, bem como de reinserção social assinalados, passam hoje, indiscutivelmente, pela assunção do recluso como sujeito de direitos ou sujeito da execução, que o princípio do respeito pela sua dignidade

aponta de forma imediata.

a própria ideia de reeducação não se compadece com a existência de duros e degradantes regimes prisionais ou apenamentos corporais, pressupondo antes a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, enquanto por esse modo se funda o sentido de responsabilidade do recluso, base imprescindível de um pensamento ressocializador.

assinala-se, portanto, um decisivo movimento de respeito pela pessoa do recluso que, reconhecendo a sua autonomia e dimensão como ser humano, assaca à sua participação na execução um relevantíssimo papel na obra de reinserção social que não só a sociedade como também o recluso são os primeiros interessados.

um último aspecto que é importante salientar diz ainda respeito às dificuldades que origina a falta de estruturas para um bom termo um tratamento minimamente eficaz. a sua realização requer, desde logo, meios e pessoal competente e a problemática relacionada com o pessoal encarregado da execução coloca-se cada vez com mais acuidade e relevância pela atenção que lhe é dedicada no referido diploma legislativo, bem como pela preocupação de dotar com formação adequada o pessoal encarregado da assistência social. a esta ordem de preocupações corresponde, de resto, a elaboração de um diploma que cria os serviços de auxílio à reinserção social dos delinquentes.

14. a dimensão dogmática da ilicitude, segundo alguns autores, só ganha verdadeira ressonância e acuidade na parte dos códigos penais, pois é aí que ela se confronta com as reais tensões jurídicas impostas pela natureza do bem jurídico que se quer proteger. mas não só nesse aspecto. com efeito, é na rigorosa definição dos elementos do tipo que em direito penal o rigor se concretiza o princípio da tipicidade. é este trabalho, tantas vezes árduo e difícil, o melhor garante da liberdade dos cidadãos, que não pode deixar de ser apoiado, como o faz o diploma, de forma clara e inequívoca, pelo princípio da proporcionalidade extensivo às próprias medidas de segurança. por isso, a ilicitude, numa certa visão das coisas, tem de estar enformada por uma determinação típica e evitar a utilização de cláusulas gerais e tipos abertos. em devido tempo ver-se-á que assim acontece «parte especial».

mas o lugar privilegiado e clássico da ilicitude é a parte geral dos códigos. neste sentido, o código consagra a ilicitude como elemento essencial da acção típica, jungindo àquela as causas que a excluem. neste particular, há que realçar a abertura do sistema na medida em que não enuncia de forma taxativa as diferentes causas de exclusão de ilicitude, antes faz uma enunciação indicadora. mais uma vez se verifica, e nunca será demais lembrá-lo, um espaço nomenclatural que apela à criatividade actividade do juiz. o julgador não tem, pois, de ater-se unicamente às prescrições legais; ele pode procurar, a partir da melhor hermenêutica, a mais justa solução para o caso concreto.

15. no sentido de um maior alargamento da responsabilidade penal admite-se a punibilidade pela actuação em nome de outrem quando o agente actuou «voluntariamente como titular dos órgãos de uma pessoa colectiva, sociedades ou associações de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime não se encontra (artigo 12.º, n.º 1) certos elementos que a lei seguidamente descreve. em termos de política criminal consegue-se, assim, a infiltração consequente do direito penal em áreas extremamente sensíveis e cuja criminalidade cai normalmente na categoria das «cifras negras». é claro que esta actuação não basta. tem de ser acompanhada do conveniente incremento e aplicação das contra-ordenações. de qualquer maneira, já grande parte da criminalidade - talvez a qualitativamente mais perigosa - se alberga e se serve das pessoas colectivas, fica sob a alçada do direito penal. saliente-se, neste contexto, a regra da responsabilidade criminal das pessoas singulares (artigo 11.º) - corolário da concepção do princípio da culpa enunciação da possibilidade de a lei abrir excepções, em casos justificados, no tocante à responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

16. ligada a uma ideia pedagógica, norteadada pelo fermento da participação de todos os cidadãos na vida comum, com limites em termos limitados, a equiparação da omissão à acção. desta forma, «a comissão de um resultado por omissão só ocorre quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado» (artigo 10.º). é fácil de ver que a consagração ilimitada daquela equiparação levaria a terríveis injustiças, e o preceito que nasce com ela uma intencionalidade de justiça transformar-se-ia, perigosamente, no seu contrário. a existência do dever jurídico, que impede o resultado, é, hoje, o ponto mais extremo que legalmente se pode conceber no sentido de alargar a equiparação da omissão à acção no domínio do direito penal. de qualquer forma, a solução adiantada corresponde aos ensinamentos da doutrina e do direito comparado e fundamenta-se na ideia mais vasta e profunda da solidariedade social, a que o princípio do código civil de seabra não era estranho.

17. um outro ponto extremamente importante é o que se prende com a problemática da vítima. esta, fundamentalmente a partir da 2.ª guerra mundial, começou a ser objecto de estudos de raiz criminológica que chamaram a atenção para a manobra muitas vezes pouco cuidada, como era encarada, não só pela opinião pública, mas também pela doutrina do direito penal. a vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: estado-delincente-vítima.

correspondendo a este movimento doutrinário, o diploma admite - para lá, independentemente da responsabilidade criminal emergente do crime (artigo 128.º) - a indemnização dos lesados (artigo 129.º). por outro lado, sabe-se que mesmo em economias indiscutivelmente mais fortes do que a nossa ainda não se consagrou plenamente a criação de um seguro que indemne o lesado, quando o delincente o não possa fazer. num enquadramento de austeridade financeira rememora a legislação especial a criação daquele seguro. no entanto, para que a real indemnização da vítima possa ter algum conteúdo de praticabilidade, concede-se ao tribunal atribuir ao lesado, a seu requerimento, os objectos apreendidos em resultado do produto da sua venda, o preço ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime pagos ao estado ou ao seu favor por força dos artigos 107.º a 110.º, e as importâncias das multas que o agente haja pago (artigo 129.º, n.º 3). por consequência, ao ponto de afectar as próprias multas à satisfação do direito do lesado de ver cumprido o pagamento da indemnização. julgamos que ficam, deste jeito, acautelados os reais interesses dos lesados, mormente daqueles que

vítimas da chamada criminalidade violenta.

de resto, não é só na «parte geral» que o código se revela particularmente atento aos valores e interesses que releva a posição da vítima. há toda a necessidade de evitar que o sistema penal, por exclusivamente orientado para as exigências contra o crime, acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas do próprio crime. tal perigo assume, como é sabido, particular acuidade no domínio dos crimes sexuais, em que o sistema penal pode, afinal, funcionar mais contra a vítima do que contra o próprio delinquente. daí que, embora aderindo decididamente ao movimento de descriminalização, o código não tenha descurado a ponderada consideração dos interesses da vítima. como é ainda em nome dos mesmos interesses que o código multiplica o número de crimes cujo procedimento depende de queixa do ofendido e que oportunamente serão referidos.

iii

parte especial

18. poderá dizer-se, sem risco de erro, que a «parte especial» é a que maior impacte tem na opinião pública. é através da comunidade politicamente organizada que eleva determinados valores à categoria de bens jurídico-penais. nem todos os bens colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. mas é aqui que fundadamente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal.

os juízos sobre a dignidade punitiva e a necessidade de punição de determinada acção ou omissão estão longe de ser homogêneos de um ponto de vista ético-político. não sem fundamento reconhece-se que no discurso do poder punitivo fazem surgir grandes problemas de legitimação do próprio poder. é, sobretudo, na «parte especial» que, de forma mais impressionante, se espelham as linhas de força das concepções político-ideológicas historicamente triunfantes. daí que a «parte especial» do código penal de uma sociedade plural, aberta e democrática, divirja sensivelmente da «parte especial» do código penal de uma sociedade fechada sob o peso de dogmatismos morais e monolitismos culturais e políticos. é o que a experiência histórica e a lição do direito comparado demonstram com particular evidência.

tanto pela sistematização seguida como pelo conteúdo da ilicitude concretamente tipificada, 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, embora particulares mundivindências morais e culturais, não põem directamente em causa os bens jurídico-penais nem desejam causar intoleráveis danos sociais. noutros termos, o código circunscreve o âmbito do criminalmente punido a um mínimo tendencialmente coincidente com o espaço de consenso ínsito em toda a sociedade democrática.

19. a sistematização oitocentista e tradicional arrancava da ideia da primazia do estado. neste sentido, a generalidade das codificações começavam por definir os crimes contra o estado. mas é evidente que a própria sistemática não pode ser considerada como axiologicamente neutra; ela é reveladora, entre outras coisas, do lugar que se concede ao homem no mundo. o código assume o princípio que obteve clara consagração constitucional.

pelo pouco que já se disse, mas pelo muito que ficou implícito no que concerne ao carácter axiologicamente prioritário do homem, não se deve estranhar que a «parte especial» abra justamente pelos «crimes contra as pessoas» (título i). este modo, um corte radical - altamente salutar - com o sistema tradicional que só vem dignificar a cultura e a doutrina portuguesas. mas esta compreensão, no desenvolvimento do seu fio lógico, leva a remeter os «crimes contra o estado» (título v) para lugar derradeiro. facilmente se apreenderá que esta sistematização tem de ser olhada pelo seu lado positivo: ela representa a afirmação da dignidade da pessoa, mas não significa o menoscabo dos interesses e valores que o estado assume e sintetiza em determinado momento histórico.

20. os «crimes contra a paz e a humanidade» (título ii) são uma inovação no nosso ordenamento jurídico de enorme ressonância doutrinal e que assume uma qualificação de ponta na necessidade de se tipificar determinadas condutas em nome dos valores que a comunidade internacional reconhece como essenciais ao seu desenvolvimento;

21. o título iii «dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade», é um dos mais extensos do presente código. contudo, todos os seus tipos legais de crime são susceptíveis de serem integrados no mesmo denominador comum: não deixem de apresentar autonomia dogmática, pelo menos no que toca ao bem jurídico que visam proteger. assim, neste título envolvidos, entre outros, os crimes contra a família, crimes sexuais e crimes contra os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos. todavia, um dos pontos mais salientes deste título consiste na consagração dos chamados «crimes de perigo comum» a que mais à frente teremos oportunidade de nos referir. segue-se a este capítulo o dos crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas, que fecha, também significativamente, este título.

22. na ordenação valorativa que norteia a estrutura sistemática da «parte especial», o título iv trata dos «crimes contra o património». propugna-se também aqui uma ordem que contraria a visão saída do liberalismo radical. a esta contraria uma concepção que, com uma ou outra variação, arranca de formas de propriedade que se não confinam à mais estrita compreensão do ius utendi et abutendi. além disso, adiante-se, o título encima a expressão «contra o património» e a «propriedade», o que é já de si revelador da mutação - inquestionavelmente virada para um maior alargamento - que se operou na tónica deste campo tão sensível da vida jurídica.

23. numa outra perspectiva podemos dizer que o código, nesta «parte especial», não deixa igualmente de acompanhar as modernas tendências do pensamento penal. mas só as seguiu depois de madura e ponderada reflexão e ainda quando em correspondência com os valores que o direito penal não pode deixar de defender.

de qualquer modo, podem-se surpreender duas grandes tendências neste domínio. por um lado, um forte sentido de descriminalização, e, por outro lado, uma vocação para a chamada neocriminalização, sendo esta quase exclusivamente

aos crimes de perigo comum. é que numa sociedade cada vez mais técnica e sofisticada nos instrumentos materiais seus consequentes perigos e riscos, a pessoa e a própria comunidade são frequentemente agredidas. facto a que o penal não podia ficar indiferente, como se pode constatar pelas lições do próprio direito comparado.

24. deve, por outro lado, afirmar-se que não se incluíram no código os delitos antieconómicos, de carácter mais muito melhor enquadráveis em lei especial, segundo, aliás, a tradição jurídica portuguesa e a ideia de que o direito penal tem natureza pragmática. na mesma linha se devem colocar os delitos contra o ambiente. por idênticas razões não se incluem infracções previstas no código da estrada, cuja especificidade reclama tratamento próprio. é claro que o combate a este de ilícito pode ser levado a cabo não só pelo direito penal secundário mas também pelo direito da mera ordenação. somos outra vez confrontados a ter de entender que o combate à criminalidade é matéria de estrutura englobante, pode prescindir de outros ramos de direito sancionatório.

25. paralelamente àquela característica não deve esquecer-se - e foi isso o que o código teve presente - que o direito deve sempre actuar como ultima ratio. e quando, nos casos evidentemente menos graves, as partes em conflito se resolvem naturalmente e saudável não dever o direito penal intervir. a concretização desta ideia atingiu-se através da necessidade, nos casos especificados na lei, de o procedimento criminal depender de queixa. isto é, sempre que uma política criminal o exige (para salvaguarda de outros bens de natureza institucional, v. g., a família), retirou-se a certas infracções a qualificação de crimes públicos. o que, sem ser a mesma coisa, pode compreender-se como parte de um movimento de discriminação e de afluência.

26. de notar, como particularmente saliente na «parte especial», é também o abaixamento generalizado da moldura penal. só não acontece nos tipos que visam combater a chamada criminalidade violenta. compreende-se que delinquentes e repressão mais intensa, quando se sabe que a definição da conduta incriminadora e da respectiva injunção penal reflecte os órgãos democráticos de um estado constitucionalmente organizado em moldes pluralistas.

27. outro ponto que importa sobressair - já dele se falou - é o do rigor com que cada tipo legal de crime foi definido. uma das prescrições incriminadoras houve o meticuloso cuidado de sempre se traçarem os elementos do tipo da forma clara e imediatamente compreensível, porque só assim, repete-se, e nunca será demais dizê-lo, se honra em toda a extensão o princípio da tipicidade, um dos baluartes das garantias constitucionais do cidadão.

28. nos crimes contra as pessoas importa destacar, como inovação legislativa, a participação em rixa (artigo 151.º). tem grande importância prática que vem solucionar, através da sua autónoma configuração, graves problemas que se levantam na problemática da comparticipação, sendo, para além disso, um elemento fortemente dissuasor da prática, quantas vezes irreflectida, de disputas e de esforços que nascem pequenos, mas cujos efeitos podem ser altamente danosos.

29. outra questão que suscitou particular interesse foi a da protecção da vida privada (capítulo vi). é de todos sabido que a massificação no acesso a meios e instrumentos electrónicos veio a favorecer a intromissão alheia e ilegítima na esfera privada das pessoas. a isto há que atalhar, para protecção dos últimos redutos da privacidade a que todos têm direito. a definição de específicos tipos legais de crime que protejam aquele bem jurídico. mas se estas razões não bastassem, fundamental seria também apoio indiscutível ao prescrever no n.º 1 do seu artigo 33.º: «a todos é reconhecido o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.» a que se junta, no n.º 2, o conteúdo da seguinte norma programática: «estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.»

30. a violação do dever de solidariedade social (omissão de auxílio - artigo 219.º) afigura-se como outra questão, agora sob o título «dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade», onde facilmente se detecta o cunho da equilibrada conduta que deve ser, pelo menos para o direito penal, a solidariedade social. de outra banda, como já tinha ficado sugerido, falámos da omissão, aquele preceito contemplará os casos ou as situações em que a inexistência do dever jurídico de socorro aberrações e injustas absolvições.

31. tal como já dissemos, os crimes de perigo comum (título iii, capítulo iii) constituem a consagração de uma linha de pensamento da política criminal que acha necessária a intromissão do direito penal para salvaguardar certos bens jurídicos que a nossa sociedade tecnológica põe em perigo. desde a clássica figura do incêndio e perigo de incêndio (artigos 253.º e 254.º) passando pela explosão (artigo 255.º), libertação de gases tóxicos (artigo 258.º), inundação e avalanche (artigo 263.º) até às epizootias (artigo 271.º), culminando nos crimes que prevêm a violação das regras de segurança das comunicações, surpreendidos por tipos legais que indiscutivelmente se ligam a condutas que violam determinadas regras exigidas para a prestação de serviços, bens e instrumentos que a civilização material proporciona.

o ponto crucial destes crimes - não falando, obviamente, dos problemas dogmáticos que levantam - reside no facto de as condutas cujo desvalor de acção é de pequena monta se repercutem amiúde num desvalor de resultado de efeitos muitas vezes catastróficos. clarifique-se que o que neste capítulo está primordialmente em causa não é o dano, mas sim o perigo. o direito penal, relativamente a certas condutas que envolvem grandes riscos, basta-se com a produção do perigo (concreto ou abstracto) para que dessa forma o tipo legal esteja preenchido. o dano que se possa vir a desencadear não tem interesse dogmático imediato. pune-se logo o perigo, porque tais condutas são de tal modo reprováveis que merecem imediata censura ético-social. adiante-se que devido à natureza dos efeitos altamente danosos que estas condutas ilícitas podem desencadear o legislador penal não pode esperar que o dano se produza para que o tipo legal de crime se preencha. o direito penal faz recuar a protecção para momentos anteriores, isto é, para o momento em que o perigo se manifesta.

32. ainda no seio deste título (iii) urge considerar a problemática das «organizações terroristas» e da criminalidade que delas resulta. houve - se cotejarmos o articulado actual com o imediatamente anterior - uma mudança de colocação sistemática.

retiram-se estes crimes do título v, «dos crimes contra o estado», e integram-se no título iii, unicamente por se julgar actividades não ofendem, pelo menos directamente, os valores do estado. é indiscutível que este tipo de criminalidade deve ser combatido pela lei penal de forma severa, mas para lá da adopção de todas as garantias - como as consagradas no artigo 31.º - há que ter consciência que este é um dos casos particulares em que a lei penal, só por si, tem pouquíssimo efeito preventivo. do seu lado tem de existir uma consciencialização da comunidade no sentido de ser ela, em primeira instância, o crivo inicial daquela criminalidade.

33. nos crimes contra o património, nomeadamente furto e roubo, abandonou-se por incorrecta, ineficaz e susceptível de provocar injustiças relativas, a técnica de a moldura penal variar conforme o montante do valor real do objecto da infracção. em linha, ainda aqui, da descriminalização, rectius da despenalização, tipificou-se o furto formigueiro, figura que contém uma zona de pequena criminalidade de grande incidência prática nos tempos modernos.

34. definiu-se a infidelidade (artigo 319.º) - novo tipo legal de crime contra o património - cujo recorte, grosso modo, abrange situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. além disso, ensina a criminologia e a política criminal que estes comportamentos não são tão raros como se pensa. vista se julga. de mais a mais, no mundo do tráfico jurídico, a regra de ouro é a confiança e a sua violação pode, em muitos casos, ser mais grave do que a infracção em si.