Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Senhoras e Senhores Deputados

I – Introdução

Agradeço, em meu nome pessoal e em nome do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa, o amável convite para esta audição. Com o decurso dos anos e das legislaturas, o Instituto nunca se recusou a dar a sua contribuição para o debate legislativo na Assembleia da República. Por outro lado, também tem convidado, com frequência, representantes dos grupos parlamentares para participarem em iniciativas universitárias.

Esta interação é, sem dúvida, muito importante para a definição das orientações mais adequadas na área da política criminal. Na verdade, a Universidade não pode viver hoje numa torre de marfim e as políticas públicas não devem esquecer a contribuição da Ciência do Direito Penal. Por isso, creio até que uma colaboração institucional mais estável, envolvendo a realização de estudos de apoio a decisões legislativas, poderá contribuir para a formação de uma política criminal mais justa, equilibrada e eficaz.

Os projetos sobre os quais me deverei pronunciar com base numa metodologia crítica caraterística do pensamento jurídico concretizam uma tendência legislativa geral, concebendo uma especial proteção de pessoas que, em virtude da idade, apresentam limitações físicas ou psíquicas que as diminuem no exercício de direitos fundamentais relacionados com a sua autonomia e dignidade. Apoiando-nos na própria Constituição, verificamos que todo o pacote legislativo relacionado com as chamadas pessoas idosas parece ter como vértice, no plano dos princípios invocados e invocáveis, mais do que no plano da concretização legislativa proposta, a proteção contra a discriminação

no exercício de direitos fundamentais, em função da idade e das decorrentes limitações físicas e psíquicas.

Todavia, convém que o sentido da *mens legislatoris* seja claro, pois existe uma natural polissemia de sentidos na proteção de adultos com limitações inerentes à sua idade. Em que se traduz tal polissemia? Trata-se, segundo penso, de todo o direito protetivo irradiar para um direito limitativo, quando a tutela é desnecessária, desproporcionada e, sobretudo, sobrepõe à defesa da liberdade e da autonomia dos visados a salvaguarda de interesses sociais e de terceiros.

A consciência crítica quanto a esta tensão tem, no Direito que visa proteger as pessoas idosas, uma particular incidência. Com efeito, desde logo, uma lógica de proteção objetiva de interesses, que atenda ao "verdadeiro interesse do idoso", à imagem de uma certa conceção do "verdadeiro interesse da criança", não tem, a meu ver, respaldo constitucional. Aqueles que se pretende proteger são adultos que sempre geriram a sua vida e apenas estão física e mentalmente limitados. Não se tornaram crianças, a quem o Estado tenha de assegurar a aquisição futura de autonomia. Estão apenas confrontados com barreiras no exercício da sua autonomia, que a sociedade deve eliminar ou atenuar para lhes permitir obter uma qualidade de vida adequada, idêntica à de pessoas plenamente autónomas. Mais incisivamente do que com as crianças, em que o conflito entre autonomia e interesse objetivo não está suprimido, sobretudo nas situações em que têm o direito de ser ouvidas, as pessoas idosas carecem de uma proteção para a autonomia, uma proteção como titulares de direitos e não como meros visados.

Estabelecida uma base constitucional deste tipo, impõe-se uma consequência concetual importantíssima - a de que não há uma condição de idoso como *capitis diminutio* quanto a direitos ou quanto a deveres. Assim, um limite de idade para exercer direitos como os inerentes à capacidade eleitoral ativa ou, na vida privada, para a

realização de negócios jurídicos, constituição de associações, para o casamento ou mesmo para procriar, é algo que nunca pode ser compatibilizado com o Estado de direito democrático. E o mesmo sucederia com uma espécie de idade máxima de inimputabilidade penal, questão já colocada em casos jurisprudenciais em que se julgaram antigos agentes nazis com mais de 90 anos, apesar de nesses casos se dever ter em conta, na medida da pena, uma proporcionalidade adequada a uma eventual reintegração na sociedade.

As medidas protetivas devem ter em consideração não um critério formal, como acontece com o conceito de criança ou mesmo em certos aspetos da proteção social como o acesso a cuidados de saúde ou o direito à pensão de pessoas de uma faixa etária, mas antes uma condição concretamente associada à idade. Está em causa uma limitação de capacidades tipicamente associada à idade avançada, mas que não é específica desse sector da população e não decorre causal e inexoravelmente dele, podendo não se verificar. Tratar-se-á, portanto, de medidas protetivas numa dupla perspetiva: acesso a direitos iguais e proteção em função das incapacidades associadas, em concreto, à idade.

É neste contexto que analisarei as normas incriminadoras agora propostas e que correspondem à integração, no Código Penal, de um novo título relativo à tutela penal dos direitos fundamentais de pessoas idosas. Não começarei por questões de pormenor e ainda formais, que são objeto de meras opções de técnica legislativa, como saber se devem existir um título autónomo e mesmo tipos de crimes autónomos, mas por uma questão que me parece fulcral, que corresponde à questão de princípio na tutela penal de pessoas idosas. Trata-se da relação de adequação e proporcionalidade entre a definição de crimes específicos contra idosos por sujeitos particulares (mesmo como titulares de funções públicas institucionais), a liberdade e autonomia das vítimas e a responsabilidade do Estado de direito democrático.

Assim, o que devemos desde logo debater é se existe ou deverá existir uma certa repartição da proteção social do Estado, como *prius* de qualquer tutela penal que possa obnubilar a referida responsabilidade. Esta discussão abrange tanto os crimes com a configuração do abandono como crimes que envolvam a extorsão ou a coação patrimonial das vítimas idosas. Com efeito, será preciso refletir sobre se o modo como se desenham as incriminações assenta numa ausência de proteção do Estado, remetendo para as famílias ou para instituições (privadas ou públicas), carenciadas de meios financeiros e humanos, a proteção das pessoas idosas que precisem de cuidados intensos.

Onde o Estado não disponibilizar (mesmo que seja por razões de distribuição e necessidade) meios de proteção social básicos às vítimas idosas, podem ser criminalizados, genericamente, os familiares e as instituições? A responsabilização criminal pode apelar a critérios morais desligados de uma política social ativa de proteção das pessoas idosas? Nesta reflexão, o ponto de partida é o reconhecimento de uma responsabilidade do Estado pelas carências das pessoas idosas que não seja apenas residual e a assunção de uma responsabilidade das famílias e instituições que dependa de deveres legais de assistência bem definidos (atribuídos a pessoas que tenham outras a seu cargo e possuam capacidade para realizar essas funções).

O que pode estar em discussão é, assim, saber se a responsabilidade do Estado, mesmo que subsidiária, é mais do que residual e se algumas das incriminações não partem do pressuposto de que a responsabilidade pelo cuidado dos idosos é exclusivamente das famílias, independentemente das suas condições e abstraindo de terem assumido legalmente esse papel. A perspetiva de uma minimização da responsabilidade do Estado justificará, sem dúvida, uma ampliação dos tipos incriminadores e uma escolha político-criminal amplificadora dos crimes de abandono.

No entanto, independentemente da justificação política de uma opção criminalizadora, a exigência de que o Direito Penal constitua a *ultima ratio* da política criminal do Estado, não substituindo políticas sociais, e o princípio restritivo em matéria de limitação de direitos fundamentais consagrado no artigo 18º, nº2, da Constituição, impedem uma linear adaptação das normas incriminadoras a situações que envolvam uma incapacidade económica e social dos agentes. Onde não existir um consenso ético prévio e onde não for indiscutível uma opção social, a criminalização de condutas de abandono familiar, em contexto de carência de meios, pode tornar-se desproporcionada.

II – Análise dos tipos de crimes

Clarificada a questão de fundo e os limites constitucionais que, nesta matéria, presidem às criminalizações, terá pleno sentido discutir os concretos tipos incriminadores.

Vejamos, então, cada um deles:

1 - Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, sem que se mostre assegurada a sua representação legal.

O problema que este tipo incriminador suscita é não fazer depender de nenhuma informação médica ou mesmo judicial a avaliação do agente, bastando-se com a notoriedade, conceito excessivamente normativo e subjetivo, e apoiando-se em fórmulas vagas como a tomada de decisões de forma autónoma e esclarecida.

Sendo correto incriminar quem aceite praticar um ato notarial relativamente a incapaz, os indícios da capacidade não podem estar dependentes de uma apreciação empírica sem informação qualquer pericial. Com efeito, desse modo estar-se-ia a comprimir a própria liberdade e autonomia negocial das vítimas.

Assim, perceciona-se logo neste preceito a polissemia de sentidos do Direito de proteção dos incapazes. Mesmo que não se exija uma formal incapacidade civil, não deveriam existir critérios orientadores dos tribunais? Tal como está redigida, a norma não apresenta uma descrição típica que compatibilize uma situação objetiva com uma perceção meramente subjetiva.

2 - Negar o acolhimento ou a permanência de pessoa idosa em instituição pública ou privada destinada ao internamento de pessoas idosas, por recusa desta em outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens ou em efetuar disposição patrimonial a favor da instituição em causa.

Nesta proposta de norma incriminadora, é descrita uma prática abusiva relativa a uma pessoa em situação de grave necessidade, reprovável moralmente, e explicável, muitas vezes, pela carência das instituições de apoio. A necessidade de incriminação não deriva de práticas bilaterais como sucede no crime de burla mas de procedimentos de gestão que se institucionalizaram socialmente, ocupando um território não controlado pelos poderes públicos, não regulamentado e sempre remetido para práticas privadas. Comportamentos que seriam indiscutivelmente censuráveis no plano ético, enquanto expressão de aproveitamento de necessitados, tornaram-se modos correntes de financiamento de instituições de apoio social.

O controlo preventivo exigirá, logo à partida, penas de prisão para impedir essas práticas ou serão adequadas, por exemplo, sanções de

demissão, proibição do exercício de atividade ou cancelamento da licença de funcionamento da instituição? Observe-se que situações muito intensas de aproveitamento lucrativo desproporcionado de bens dos necessitados já estarão integradas nas previsões dos crimes de extorsão (artigo 223º) ou de usura (artigo 226º do Código Penal). Em geral, a criminalização deveria ser precedida de sanções contraordenacionais nos casos de violação de deveres nos procedimentos de acolhimento dos idosos pelas instituições

3 - Abandonar pessoa idosa em hospitais ou outros estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde, quando a pessoa idosa se encontre a cargo do agente.

Esta conduta refere-se a uma situação social expressiva da falta de soluções sociais estáveis nas famílias, caraterística da desagregação da família tradicional, de tipo patriarcal e modelo rural, para uma família reduzida, por vezes monoparental (mãe, pai e filhos ou apenas um dos progenitores e filhos) de tipo urbano, incapaz, em termos de habitação e de condições sócio económicas, de manter integrados no seu seio os avós ou outros parentes mais idosos - sobretudo em situações de prestação de cuidados constantes e intensos de saúde. O problema da relevância ética negativa destas situações não é o *prius* mas o *posterius* das condições de organização do trabalho e da assistência familiar.

Não defendo uma "inocente culpabilidade", para utilizar as palavras de uma autora francesa, Marie de Solemne, relativamente a estes comportamentos sociais, mas não é, em princípio, o plano da pura responsabilidade moral que pode justificar, segundo os princípios do Direito Penal, a criminalização de comportamentos. Desde Pufendorf e Beccaria, a matriz de criminalização de condutas compartilha com a moral um mínimo de convergência ou um denominador comum, mas

diferencia-se pela objetividade dos interesses protegidos, que se repercute em danos sociais, pela objetiva carência da sua tutela e ainda pela legitimidade da restrição de direitos fundamentais dos que estão comprometidos com o contrato social.

Assim, o ponto de partida para a intervenção penal será uma ofensividade e danosidade de interesses existenciais objetivos e definidos, numa alusão à combinação do *harmprinciple*, de que fala a moderna doutrina anglo-saxónica, com o princípio da offensivitá, acalentado pela doutrina italiana. Também na perspetiva de visões sociopsicológicas da Criminologia, que entendem o crime como expressão de um interacionismo simbólico, o que explica o comportamento criminoso, desviante, tem a ver com um modo de interpretar a realidade social e o seu valor, que merece ser analisado criticamente.

Os comportamentos de abandono em instituições que prestam cuidados de saúde, não expondo os atingidos a riscos para a vida ou a integridade física, correspondem a uma rejeição de atribuições e responsabilidades por quem tem a seu cargo as pessoas idosas, atingindo, sobretudo no plano dos interesses partilhados, a distribuição social e as exigências da sociedade. Porém, tais comportamentos não são interpretáveis como diretos comportamentos de risco caraterísticos do tradicional abandono.

O apelo ao Direito Penal, como tem sido frequente, por exemplo, em Itália, pode conduzir, enquanto medida de pressão psicológica, à definição de uma nova espécie de abandono em que o interesse a proteger seria uma dissuasão de comportamentos dos familiares, no sentido de aliviar as instituições hospitalares. Está em causa uma outra ideia de abandono, não diretamente orientada para a proteção das vítimas, mas das instituições e da sociedade em geral, que funcionaria como definição da quebra do contrato social em matéria de saúde e assistência, independentemente de o Estado cumprir os seus próprios

deveres de proteção relativamente a um grupo de cidadãos especialmente vulneráveis.

Em suma, esta incriminação remete para a censurabilidade do abandono enquanto crime de perigo contra a vida, apesar de consistir fundamentalmente, no plano da danosidade social, num crime contra a sociedade. E, assim sendo, a nova incriminação teria de se ancorar numa lógica de proporcionalidade, em que o nível da responsabilidade penal pressuporia o cumprimento, por parte do Estado social, das tarefas de apoio familiar e sempre de proteção das pessoas idosas em situação de especial carência de cuidados.

Deste modo, a incriminação deveria, a meu ver, ser delimitada no plano da tipicidade - e não apenas em sede de culpa -, nos casos de falta de respostas legais e institucionais efetivas de apoio social, de que os titulares dos deveres careçam para poderem cumprir os seus deveres de assistência às pessoas a seu cuidado. Em suma, não se deverá procurar sediar numa consciência ética difusa e associada a condutas de extrema gravidade, como o tradicional crime de abandono, comportamentos cuja gravidade depende de um esclarecido e justo relacionamento entre o Estado e os cidadãos sobre o âmbito dos seus deveres legais (e não meramente morais) bem como das condições concretas para o cumprimento desses deveres por parte de quem tenha fortes restrições sociais e careça de apoio social.

Lisboa, 16 de fevereiro de 2016

Maria Fernanda Palma

(Professora Catedrática de Direito Penal e Presidente do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa)