



Conselho Superior da Magistratura
Gabinete do Vice - Presidente

N/Refª 04-1068 D

*Distribuição =
CSE DLG.
L2, 30/01/2007
[Signature]*

Ex.mo Senhor
Dr. Osvaldo Sarmento e Castro
M.I. Presidente da Comissão de
Assuntos Constitucionais, Direitos,
Liberdades e Garantias
Palácio de S. Bento
1249-068 Lisboa

000923

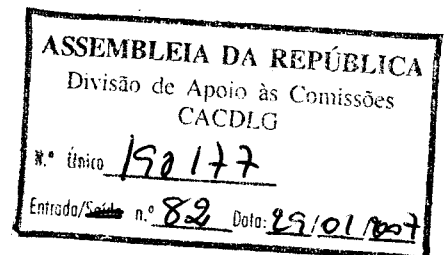
2007-01-29

Conforme acordado por ocasião da nossa última presença na A.R., em audiência que teve lugar perante a Comissão a que Vª. Exª. mui dignamente preside, tenho a honra de enviar, para os efeitos tidos por convenientes, um escrito contendo as considerações e observações do CSM acerca das alterações propostas para o Cód. Penal.

Com os melhores cumprimentos, pessoais, de elevada consideração

O Vice-Presidente

(António Cardoso dos Santos Bernardino)





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

NOTAS AO PROJECTO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

Em termos gerais, afigura-se-nos que esta revisão do CP se justifica plenamente, porquanto se torna imperioso adaptar o regime ainda em vigor a uma realidade que não é já a existente ao tempo da elaboração do Código. A realidade é diferente, mas as linhas mestras do Código de 1982 mantêm-se ainda hoje praticamente intocadas. E há matérias que reclamam soluções novas, como ficou patente v.g., no relatório da comissão presidida pelo Prof. Freitas do Amaral de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, que – como se sublinha na Exposição de Motivos – defendeu a restrição da pena de prisão à criminalidade mais grave, a diversificação das penas não detentivas, o reforço da liberdade condicional. Mas não só ...

Tal como consta expressamente da Exp. de Mot., as alterações propostas traduzem

- umas, em grande parte, o cumprimento de compromissos comunitários e internacionais, assumidos pelo Estado Português;
- outras, as recomendações constantes do relatório da dita Comissão da reforma do sistema prisional;
- outras ainda, a consagração legal de soluções jurisprudenciais, maxime do T. Const.; e
- outras ainda, uma resposta a novas valorações da comunidade e ao surgimento de novos fenómenos criminais.

Todavia, não existem, na proposta de lei em apreço, soluções que possam considerar-se estruturantes de um novo direito penal, ou seja, não se introduzem alterações significativas, fracturantes, no modelo penal do Código, na matriz conformadora deste.

Duas excepções (se é que o são) a esta ideia:

- as normas que consagram a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Esta responsabilidade, já afirmada em relação a diversos crimes, mas apenas em regimes penais avulsos (v.g. crimes económicos e fiscais), resulta agora amplamente alargada a muitos e diversos ilícitos penais e ganha assento no Código;
- a estatuição da possibilidade do cumprimento de penas privativas de liberdade, no todo ou em parte, em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios de controlo remoto.

Parece-nos transparecer, das alterações propostas, por um lado, algum endurecimento do sistema penal substantivo, designadamente com a neocriminalização de algumas



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

condutas e o agravamento da responsabilidade penal no que concerne a outras já tipificadas.

Noutros aspectos, porém, o sistema resulta suavizado. É o que acontece com as alterações no regime da concessão da liberdade condicional em caso de crimes contra as pessoas ou de crimes de perigo comum, alvo de condenação em penas de prisão superior a cinco anos; com a ampliação da medida da pena de prisão passível de suspensão na sua execução, de três para cinco anos; é o que sucede também com a já referida introdução de formas de execução da pena de prisão em ambiente domiciliário.

Numa análise global, não pode deixar de referir-se que, na sua generalidade, as alterações propostas merecem, a nosso ver, um sinal claro de aprovação, tendo em conta as necessidades a que visam dar resposta e as soluções que para isso consagram. Ao contrário do que se refere na Exp. de Mot., a revisão é extensa, atingindo um considerável número de normas, da Parte Geral e da Parte Especial, embora – repete-se – não abale, no essencial, as estruturas do Código.

Poderá perguntar-se se era necessário uma alteração tão alargada, mas sempre se poderá dizer que mais vale uma só – e mais ampla – revisão do que andarmos em frequentes e restritas revisões, de carácter cirúrgico, multiplicando as situações perturbadoras do sistema de funcionamento dos tribunais, que qualquer revisão, por pequena que seja, sempre despoleta. Este Código, de revisões já tem a sua conta – esta é, em menos de 25 anos, a 21^a.

Não obstante a análise, globalmente positiva, que deixamos expressa, cremos que algumas das alterações propostas merecerão uma referência particular. Impossível é analisá-las a todas, ponto por ponto, face ao tempo disponível e aos objectivos desta audição.

Da Parte Geral

Art. 2º, nº 4:

A existência de decisão transitada em julgado deixa de constituir obstáculo à aplicação de lei mais favorável ulterior. Prescreve-se uma solução automática de cessação de execução de pena, para o caso de a parte da pena já cumprida atingir o máximo da pena prevista no regime mais favorável.

É uma solução que implementa jurisprudência constitucional, estabelecendo-se a conformidade do regime penal com o art. 29º, nº 4 da CRP.

Servindo interesses de justiça material, não se duvida que esta solução tende a excluir a segurança jurídica proporcionada pela estabilidade das decisões judiciais, potenciando ainda situações de difícil tratamento judiciário.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por outro lado, o texto do preceito deverá clarificar a dimensão da alteração introduzida, designadamente se a aplicação de lei penal mais favorável em relação a situações definitivamente sentenciadas se limita aos casos em que determine cessação de execução de pena, por parte da pena já cumprida atingir o máximo da pena prevista no regime mais favorável ou se, mais amplamente, compreende toda e qualquer situação de surgimento de lei penal mais favorável.

Certo é, porém, que perante situações de publicação de leis penais mais favoráveis, e dependendo da sua dimensão, poderão ser induzidos períodos de bloqueamento dos tribunais criminais.

Art. 11º:

Prevê a responsabilização penal das pessoas colectivas. Consubstancia a alteração mais radical do sistema, de entre as introduzidas.

O conceito de *pessoa que ocupa posição de liderança* e cuja acção pode determinar a responsabilidade penal da pessoa colectiva, constante do nº 4º, (para além das que integram órgãos sociais ou têm poderes de representação), integrado por “*quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da actividade*” é demasiado aberto, podendo gerar grandes dúvidas, em sede de operacionalidade, e conduzir à inaplicabilidade deste segmento normativo.

Poderá ainda perguntar-se se seria necessário ir tão longe na determinação da responsabilidade criminal – maxime, se o respeito pelos compromissos internacionais a que Portugal se acha vinculado justificará e exigirá, no campo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a criminalização das p.c. para a prática de um tão alargado leque de crimes desta natureza.

A dinâmica sócio-económica da sociedade actual, no entanto, impõe um: o crime de burla, nas suas várias modalidades, respondendo à circunstância de esta actividade criminosa aparecer, frequentemente, associada a práticas aparentemente comerciais, desenvolvidas por pessoas colectivas.

Mas, nem todas as p.c. respondem criminalmente: o n.º 2 exclui as pessoas colectivas públicas.

E qual o âmbito desta expressão legal, pessoas colectivas públicas?

Responde o n.º 3 que, além de outras, inclui na expressão as entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade.

Não se entende, nem vem explicada a razão, por que estas entidades – v.g., a BRISA – não estão sujeitas a responsabilidade criminal.

Quanto às penas aplicáveis (arts. 90-A a 90-M):

Não faz qualquer sentido o estabelecimento da pena de admoestação no elenco das penas aplicáveis a uma p.c.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A admoestação, enquanto “solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal”, visando fazê-lo interiorizar o carácter ilícito da sua conduta e a necessidade de evitar a prática de outros ilícitos, só tem sentido enquanto dirigida ao sujeito da pena – que é a própria p.c. e não o representante legal da p.c. ou entidade equiparada, nem qualquer pessoa que nela ocupe uma posição de liderança.

Art. 38º n.º 3:

Altera-se a idade mínima para a eficácia do consentimento, enquanto causa de exclusão da ilicitude – de 14 para 16 anos.

Este aumento da idade está associado à pretensão de incremento da tutela penal relativamente a crimes contra a integridade física, contra a liberdade e autodeterminação sexual, de que sejam vítimas menores.

A bondade da alteração é discutível, desde logo numa sociedade em que o amadurecimento dos jovens é cada vez mais precoce, designadamente em relação a condutas de cariz sexual. Mais ainda porque o aumento da idade não corresponde necessariamente à verificação dos elementos que sustentam a relevância do consentimento enquanto causa de exclusão da ilicitude, sendo que a necessidade destes elementos já estava afirmada na anterior redacção (e como tal se mantém), com a exigência de discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento.

Art. 43º:

Respeita à substituição das penas curtas de prisão e corresponde ao anterior art. 44º.

O n.º 1 aumenta de 6 meses para 1 ano a prisão que deve ser substituída por multa ou por outra pena não privativa da liberdade, o que será aceitável, na perspectiva de que passa a abranger mais casos de pequena e média criminalidade.

Todavia, há que ter em conta, no que toca à substituição por multa, o considerável aumento do quantitativo mínimo da pena de multa, previsto no art. 47º, que passa de 1 € para 5 €, que pode acarretar um significativo incremento nas penas curtas de prisão, por falta de pagamento da multa correspondente.

Ainda neste art. 43º há que saudar a alteração introduzida na anterior redacção prevista na proposta de lei para o n.º 3, que se reportava (não só, mas também) aos crimes praticados por titulares de cargos públicos no exercício da actividade para que tivessem sido eleitos, e que deu azo a comentários – na comunicação social e não só – que a apontavam como consagração de um privilégio para certas categorias de políticos, designadamente de autarcas, quando sujeitos à acção penal do Estado, ou seja, como visando, fundamentalmente, evitar a aplicação de penas de prisão a titulares de cargos políticos no exercício das suas funções.

A nova redacção, constante desta proposta, referindo o exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas, acomoda-se menos a essa crítica, demonstrando que o que se teve em vista foi consagrar uma forma complementar de o Tribunal



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

adequar a decisão às finalidades da punição. Mas, por isso, cremos que em vez de se impor, como poder-dever do juiz, a substituição da pena de prisão pela proibição do exercício da função, melhor traduziria as virtualidades da solução a sua consagração como mera faculdade do julgador, a ponderar perante as particularidades de cada caso. Isto é: em vez de a pena de prisão é substituída melhor se diria a pena de prisão pode ser substituída.

Alguma perplexidade suscita a formulação proposta para o n.º 7 deste artigo.

A pena substituída e a pena de substituição podem não ter a mesma duração.

Imagine-se que a pena de 3 anos de prisão, aplicada ao arguido, foi substituída por proibição do exercício de profissão por um período de 5 anos. E imagine-se ainda que, quando deste período de 5 anos estão decorridos 3, a pena de proibição, por força de o arguido ter cometido um crime, nas condições previstas na al. b) do n.º 5, é revogada.

De acordo com o disposto no n.º 7, parece que o condenado não terá de cumprir qualquer prisão, devendo a pena ser considerada extinta. Ou seja: o cometimento de um crime, dando lugar à revogação da pena de proibição de exercício de profissão, deveria dar lugar ao cumprimento da pena substituída (de prisão). Mas, como o tempo da prisão está coberto pelo de proibição de exercício de profissão já transcorrido, o condenado acaba por não ter pena a cumprir. Cometendo um crime, deixa de estar proibido do exercício de profissão, por via da revogação operada; e não cumpre prisão, porque o período temporal desta está esgotado pelo tempo da revogada pena de substituição.

Moral da história: a prática de um crime redundou num prémio para o condenado.

Art. 44º:

Consagra-se no art. 44º o regime de permanência na habitação, como forma de execução de pena de prisão não superior a um ano ou de remanescente, não superior a 1 ano, da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação de liberdade a que o arguido tenha estado sujeito em consequência de detenção, p.p. ou obrigação de permanência na habitação.

É uma inovação que se aplaude, podendo mesmo ter-se ido mais além, consagrando aquela solução – pelo menos nos casos previstos no n.º 2 – como verdadeira pena alternativa, transcendendo uma simples forma de execução da pena de prisão.

No entanto, nestes casos – que poderiam estar taxativamente previstos – não deveria deixar de ser incluída a necessidade de ponderação dos interesses da vítima ou de eventual agregado familiar onde se venha a executar a medida.

Seria, assim, mais cauteloso, permitir a medida nos casos do nº2 apenas para situações muito restritas, objectivas e taxativas, como por exemplo: gravidez de risco, doença terminal, deficiência física ou doença grave sem prejuízo de, em função dos resultados, no futuro se alargar o âmbito da medida.

Nos termos do nº4, a revogação de tal medida de cumprimento da pena e regime de permanência na habitação implica o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência. Ora se uma das causas da revogação pode ser o facto de o condenado infringir repetidamente os deveres decorrentes da pena, designadamente, ausentando-se da residência, como é que depois se desconta por inteiro os dias em que ele se ausentou? Não será mais um benefício indevido que está a ser concedido ao condenado?

Art. 45º:

- Prisão por dias livres

O alargamento deste regime, de penas de prisão até 3 meses a penas de prisão até 1 ano, com o inerente aumento do número de períodos possíveis (de 18 para 72, cada um com duração mínima de 36 e máxima de 48 horas) afigura-se-nos algo desadequado no tocante à sua amplitude.

Por exemplo, o cumprimento de uma pena de (260 dias) prisão por dias livres em 52 períodos significa o encarceramento do arguido durante todos os fins-de-semana de um ano inteiro.

Idêntica desadequação se verifica relativamente à execução, em regime de semi-detenção, da pena de prisão até um ano, pois também aqui se verifica (art. 46º) idêntico alargamento (de pena de prisão até três meses para pena de prisão até um ano).

Art. 47º, n.º 2

Já se falou, no tocante ao art. 47º n.º 2, das consequências que pode acarretar a elevação do limite mínimo do valor diário da multa para 5 €. Acrescentaremos que tal alteração não pode considerar apenas razões de mera actualização monetária, devendo ter-se também em conta a natureza da pequena criminalidade (crimes de injúrias, desobediência, ofensas corporais condução de veículos sob o efeito do álcool ou sem habilitação legal) e as qualidades dos sujeitos a quem são frequentemente aplicadas penas de multa de valor reduzido.

Acresce que, em todos os sistemas penais, a pena curta de prisão vem sendo apontada como um mal a evitar sempre, dado o profundo efeito estigmatizante que comporta, comprometendo os fins ressocializadores da pena. No caso português, a situação é tanto mais grave, quanto se tenha presente a total ausência de ambientes prisionais minimamente adequados a eventuais condenados em tais penas curtas de prisão.

Arts. 50º a 57ª

– Regime de suspensão da execução da pena de prisão.

A pena de prisão susceptível de ser suspensa aumenta de três para cinco anos.

Esta solução é discutível, não colhendo identidade de julgamento, mesmo entre nós, membros do CSM.

Numa das perspectivas, pode considerar-se positiva esta solução, tendo em conta as elevadas molduras penais previstas para muitos crimes, designadamente crimes contra o património, e que conduzem, em muitas situações, à aplicação de pena de prisão



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

superior a três anos, mas em que se verificam razões para a suspensão da execução da pena.

Já nos parece discutível a regra segundo a qual o período de suspensão tem de ter duração igual à da pena de prisão declarada suspensa. Não há identidade entre as razões que podem levar à suspensão da pena e os motivos atendíveis para a fixação do quantum concreto da pena. A solução proposta cerceia a liberdade do juiz na apreciação das circunstâncias do caso concreto. Igualmente deve criticar-se a obrigatoriedade de sujeição a regime de prova das situações em que a pena cuja execução é suspensa se situa entre 3 e 5 anos, nos termos do art. 53º, nº3 do Projecto de Revisão.

De referir ainda que, ao contrário do texto actual (art. 50º, nº5), não está agora prevista a data a partir da qual se conta o período da suspensão, o que pode dar lugar a dificuldades de aplicação do instituto.

Art. 58º:

Positiva a ampliação do âmbito de aplicação da pena de trabalho a favor da comunidade: de crimes concretamente punidos com prisão não superior a um ano para crimes punidos com prisão não superior a dois anos. Mas sendo a prestação de trabalho a favor da comunidade uma pena substitutiva da de prisão, seria talvez mais acertado manter o sistema actual, em que a pena de substituição tem a sua própria moldura [entre 36 e 380 horas], dentro da qual, segundo os critérios gerais, o juiz a fixa em cada caso concreto. A proposta de alteração, em que cada dia de prisão é substituído por 1 hora de trabalho comunitário, com um máximo de 480 horas, é mais rígida, mais limitativa para o juiz e pode conduzir a uma exagerada dimensão da pena substitutiva, que extravase mesmo das finalidades da punição.

Art. 61º:

Com o desaparecimento do actual n.º 4, generaliza-se o regime de concessão da liberdade condicional a partir do meio da pena, desaparecendo a limitação da sua concessão apenas aos 2/3, que existia quanto a condenações em pena de prisão superior a 5 anos por crimes contra as pessoas ou de perigo comum.

Esta solução – que poderá tender para um esvaziamento dos estabelecimentos prisionais – dificilmente encontrará eco positivo ao nível da consciência ético-jurídica da comunidade e das suas expectativas, uma vez que estão aqui em causa crimes de gravidade acentuada e que afectam particularmente as sensibilidades individuais. A sua implementação é, por isso, questionável.

Certo é, porém, que o direito penal tem também um papel pedagógico na conformação daquela consciência, cabendo-lhe, por vezes, mais do que expressá-la, impulsioná-la a evoluir.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O art.º 75º

Refere-se aos pressupostos da reincidência e não sofre qualquer alteração. Contudo, uma vez que além da natureza de medida de coação a medida de permanência na residência com controlo à distância passa a ser também uma forma de execução da pena de prisão, seria de consagrar expressamente, no nº2, que também não conta para a reincidência o tempo durante o qual o agente cumpriu medida de permanência na habitação.

Art.79º, nº 2:

Opta-se por uma das soluções prescritas pela doutrina para tratamento das situações de crime continuado em que uma das condutas que integra a continuação criminosa só é supervenientemente conhecida.

Dadas as teses existentes sobre a questão, e mesmo dando por adquirida a utilidade do instituto do crime continuado - o que é discutido em ordens jurídicas como a alemã – é sempre duvidosa a bondade de uma solução legislativa sobre a questão.

Esta solução, em concreto, contraria doutrina e jurisprudência importantes, que consideravam a existência de caso julgado como impeditiva de nova condenação sobre uma conduta não considerada na continuação. Tratando-se da substituição da pena transitada por outra mais grave, podem colocar-se dúvidas sobre o acerto da solução. Certo é, no entanto, que outra doutrina e jurisprudência a defendem.

Art. 80º:

- Desconto da detenção, prisão preventiva ou permanência na habitação sofrida num processo, na pena que deva ser cumprida em qualquer outro processo:

A solução vai ser de muito difícil tratamento, sobretudo por não lhe ter sido estabelecida qualquer limitação: nem a da conexão entre o processo em que ocorreu a condenação em pena de prisão e aquele(s) em que o condenado sofreu a p.p. ou a detenção, nem a do concurso entre os respectivos crimes, nem qualquer limite temporal. Um “crédito” de privação de liberdade de um processo de há 20 anos vai ser tido em conta num processo por um crime de há meses, em que houve condenação em pena de prisão? Um dia de detenção à ordem de um inquérito que vem a ser arquivado deverá ser descontado numa pena de prisão por um crime cometido depois desse arquivamento, sem qualquer conexão com a conduta anteriormente investigada?

Isto, para além das dificuldades práticas de comunicação entre os processos!

Parece-nos ser uma solução a rever, por se reportar a questão muito complexa e que não está suficientemente trabalhada.

Arts. 90º-A a 90º-M: prescrevem as penas aplicáveis às pessoas colectivas.

No art. 90º-G, que prescreve a pena de injunção judiciária, parece faltar a prescrição de uma solução sobre quem ou de que entidades pode o tribunal lançar mão para fiscalizar o cumprimento da injunção imposta. Veja-se que, no caso da pena de vigilância judiciária, se prescreve especificamente uma solução para a questão.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Art.º 116º, nº4

Novo em relação ao actual preceito permite ao ofendido menor depois de perfazer 16 anos pôr termo ao processo por desistência quando a queixa tenha sido apresentada pelo seu representante legal ou pelas pessoas indicadas sucessivamente no nº2 do art.º 113º ou quando o procedimento criminal tenha sido iniciado pelo M.º Público nas condições previstas no nº5 do art.º 113º entre as quais se inclui a falta de discernimento do menor para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa. Será que o menor já tem maturidade ou discernimento para desistir se os não tinha, por exemplo, dois meses antes para exercer a queixa e estando em causa um arguido como por exemplo, o pai ou a mãe, será de admitir a desistência da queixa?

Art. 118º:

Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, o procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos.

É uma norma que pode provocar o arrastamento indefinido do processo – por 20 anos, se for caso disso – e fomenta erros judiciais. A prova – nestes casos essencialmente testemunhal - acaba por se perder, por se diluir no tempo, acabando por não se fazer justiça.

A solução do projecto do PSD (21 anos) é menos criticável, na medida em que diminui o problema em dois anos.

Justificava-se, mesmo, a nosso ver, a eliminação da norma, aplicando-se as regras gerais do C. Penal em matéria de prescrição.

Da Parte Especial

Art. 132º: (homicídio qualificado)

Como já se referiu, o Projecto de Revisão sob análise não veio introduzir reformas estruturais nos modelos adoptados no C.P.

Um exemplo disso mesmo é não ter merecido qualquer alteração o sistema de previsão de tipos de crime base, a partir dos quais se desenvolvem outros que consagram formas qualificadas desse crime, por contraposição a outros ainda, que prevêm formas privilegiadas desse mesmo crime.

O caso do art. 132º é relevante, quer por constituir o exemplo típico de tal técnica legislativa, quer por servir de referência a outros tipos de crime, que para o seu teor remetem. Em qualquer caso, manteve-se a solução de consagração de exemplos padrão, de funcionamento não automático.

Alteração significativa é a introduzida no elenco das circunstâncias que podem revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente (n.º 2 do preceito).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Assim, surge como circunstância qualificativa o facto de o agente cometer o crime contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em primeiro grau.

A equiparação à relação conjugal de relações de união de facto entre indivíduos de diferente ou do mesmo sexo é uma opção político-legislativa que é adoptada noutros tipos criminais (v.g., art. 145º – ofensa à integridade física qualificada, art. 152º – violência doméstica, art. 154º/4 - coacção) e que não nos parece ser importante discutir nesta sede.

O que deve dizer-se é que, relativamente a relacionamentos entre indivíduos do mesmo sexo, estão a cobrir-se com o manto protector do direito penal – que, como se assinala na Exp. Mot., constitui a última ratio da política criminal do Estado – situações de facto a que a lei civil não confere (ainda) qualquer tutela jurídica.

Parece, pois, que não deverá ser dispensada a ponderação sobre se se identifica, na comunidade, um consenso em relação a esta matéria, consenso que deve estar sempre subjacente às prescrições do direito penal.

Não menos importante – e a merecer aplauso – é a consideração, entre as já existentes, de ódio racial, religioso ou político – de novas circunstâncias qualificativas – de ódio gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima (n.º 2.f)), bem como a de ser o crime praticado contra membro da comunidade escolar, demonstrando a atenção do legislador a fenómenos de violência em meio escolar que se vêm registando com preocupante frequência e violência.

Entre as entidades referidas na al. l) regista-se, como novidade, a inclusão de membro de comunidade escolar.

Justificar-se-ia, a nosso ver, incluir também “os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos” (os mediadores), que o art. 386º/3.d) equipara a funcionários, para certos efeitos, (tal como, v.g., os magistrados).

Art. 152º - Violência doméstica

O art. 152º actual referencia as diversas situações e condutas que integram os crimes de maus-tratos e infracção de regras de segurança.

A presente proposta de lei autonomiza, no art. 152º, o crime de violência doméstica, e remete para os novos arts. 152º-A e 152º-B os de maus-tratos (abrangendo comportamentos exteriores às situações de “comunhão de vida”) e de violação de regras de segurança.

A sistemática do art. 152º é deficiente, pois acolhe, no elenco dos possíveis sujeitos passivos/ofendidos de um crime chamado de violência doméstica, pessoas que não coabitam com o agente do crime.

O crime é de violência doméstica. Doméstica vem do latim domus, que significa casa. Violência doméstica pressupõe, pois, coabitação, vivência na mesma casa.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Mal se vê, assim, como pode falar-se de violência doméstica em relação a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; ou relativamente a progenitor de descendente comum em 1º grau. E que, nos termos do nº 2, sendo feita tal exigência de coabitação para o caso da vítima ser pessoa particularmente indefesa, além do mais, em razão da idade, se agrave a pena quando o facto for praticado contra menor (pessoa particularmente indefesa) no domicílio comum. Se a vítima, neste caso, é o menor que coabita com o agente, a agravação da pena não tem justificação, na medida em que não existe qualquer elemento novo no tipo que justifique a agravação.

No nº5 do mesmo preceito está prevista a possibilidade de se aplicar a pena acessória de afastamento, da residência da vítima ou do local de trabalho desta, podendo fiscalizar-se o cumprimento desta medida por meios técnicos de controlo à distância. Sendo de aplaudir esta medida, desde logo um reparo para o facto de, tratando-se de uma pena acessória, não estarem previstos os pressupostos da sua aplicação, ao contrário do que acontece relativamente a outras penas acessórias.

Por outro lado, um alerta para o facto de que da aplicação desta medida, face aos meios de controlo actualmente existentes, poder advir um resultado inverso ao pretendido, isto é, possibilitar ao agressor aproximar-se da vítima – confiante no sistema - sem ser detectado. É que a pulseira electrónica actualmente existente permite detectar se o arguido está ou não num determinado local só sinalizando a sua ausência quando o mesmo se afasta do raio de acção que lhe é permitido. Não tem ele, pois, qualquer interesse em inibir o sinal. Contudo para o efeito pretendido - sinalizar a presença do arguido sempre que ele tente aproximar-se da vítima, é fácil ao arguido impedir a difusão das ondas da pulseira e prevenir a sua detecção, frustrando o objectivo do controlo.

Arts. 153º e 155º: só se justifica comentar o aperfeiçoamento da solução sistemática adoptada, com equiparação dos tratamentos da ameaça e da coacção, e com harmonização com outras circunstâncias em que a qualidade da vítima (remissão para o já referido art. 132º, nº 2, al. 1)) ou as circunstâncias da acção justificam a qualificação do crime.

Arts. 160º a 179º: Crimes de tráfico de pessoas, rapto, tomada de reféns, coacção sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, fraude sexual, lenocínio, importunação sexual, abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, actos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores, pornografia de menores, inibição do poder paternal e proibição do exercício de funções.

As profundas alterações propostas correspondem ao reforço da tutela penal relativamente a determinadas categorias de pessoas, sendo aqui que mais se verifica a intenção de assegurar o cumprimento de obrigações internacionais do Estado Português.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

É de realçar, desde logo, a criação (art. 160º) de um crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos, que tem, assim, um âmbito mais alargado do que o crime de tráfico de pessoas actualmente tipificado no art. 169º.

Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (arts. 163º a 179º) salienta-se o alargamento das condutas incriminadas – v.g. previsão da introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Parece-nos, porém, excessiva e criticável a consagração de um crime de importunação sexual nos termos amplos constantes do art. 170º da proposta de lei. Substitui o crime de actos exhibicionistas do actual art. 171º – mas alarga o âmbito deste, incriminando também a conduta de quem constranger outra pessoa a “contacto de natureza sexual”. O princípio que deve orientar a intervenção do direito penal na sociedade, segundo o qual este só deve intervir em situações de ultima ratio [i.e., quando outros sistemas sancionatórios não consigam, pelos seus meios, atingir os fins pretendidos] parece ter sido aqui ultrapassado, com a consequência de virem a cair no âmbito do preceito e punidas com prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, situações desagradáveis, constrangedoras, mas não tão graves que reclamem protecção penal – como sejam os encostos nos transportes públicos.

Uma outra nota, ainda: no art.º 174º pune-se a conduta daquele que mediante o pagamento ou outra contrapartida praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos. Fará sentido alargar o âmbito da protecção até aos 18 anos e não fazer depender este crime de queixa nesse caso? Note-se que esse limite é de 16 anos, no caso do art.º 173º, que pune a pratica de actos sexuais com adolescentes abusando da sua inexperiência.

Art. 204º, nº 2:

Ao manter-se o mínimo da pena em 2 anos de prisão para o crime de furto qualificado, quando se verificarem as circunstâncias previstas no 2 do art.º 204º, está-se a diminuir bastante o campo de aplicação da substituição da pena de prisão, quer por multa, quer por permanência na habitação quer por prestação de trabalho a favor da comunidade. A excessiva medida do limite mínimo da pena resulta ainda, por exemplo, da comparação com o crime de roubo simples, que pressupõe o uso de violência sobre a vítima, em que são violados dois bens jurídicos diversos – integridade física e património – e em relação ao qual o mínimo da pena de prisão é de 1 ano.

Art. 206º - restituição (da coisa furtada ou ilegitimamente apropriada) ou reparação (integral dos prejuízos causados)

Com o novo n.º 1, consagra-se a possibilidade de extinção da responsabilidade criminal, mediante a concordância do ofendido e do arguido, até à publicação da



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

sentença em 1ª instância, nalguns casos de furto qualificado ou de abuso de confiança, desde que tenha havido restituição ou reparação.

São casos em que estão em causa interesses patrimoniais de cariz eminentemente privado e de valor patrimonial significativo, sendo a solução de aplaudir, na medida em que permite adequar, em múltiplas situações da prática judiciária, a reacção do sistema penal aos verdadeiros interesses em presença: estando acautelado o interesse que a norma incriminadora especialmente pretende proteger e sendo da vontade do titular desse interesse (e do arguido) pôr termo ao processo, nada justifica a sua continuação.

Art. 256º (Falsificação de Documentos):

As alterações introduzidas nesta norma referem-se apenas a novas formas de documentos e às novas vias da suas falsificação.

Perdeu-se uma oportunidade para a solução de uma questão em que a doutrina e a jurisprudência propõem soluções absolutamente contrárias. Entendo, no sentido da doutrina e contra a jurisprudência obrigatória fixada, que inexistente concurso efectivo entre os crimes de falsificação de documento e de burla, quando o documento é mero instrumento da burla. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já parece ter admitido a inevitabilidade da alteração. Neste projecto, porém, nada se resolveu sobre a questão.

Art. 260º (Atestados falsos)

O novo n.º 3 (da proposta de lei) aparece com uma abrangência genérica (*Na mesma pena incorre quem*). Mas não é a toda e qualquer pessoa que a norma visa aplicar-se – é apenas aos profissionais referidos nos n.ºs anteriores.

Essa precisão deve ser concretizada no texto normativo que, nestes termos, se encontrar deficientemente construído.

Art. 273º (Incêndio florestal)

A autonomização deste tipo de crime, e o pormenorizado tratamento legal que a norma lhe confere, traduz, sem dúvida, a adequada resposta às exigências da comunidade nesta matéria.

Aplauda-se a inovação.

Art. 274º (Energia nuclear)

A redacção deste artigo é equívoca. Querendo aplicar-se aos factos descritos nos artigos 272º e 273º, referencia apenas, nas suas alíneas, os n.ºs 1, 2 e 3 que, ao que parece, são apenas os do art. 272º.

Importa ajustar as alíneas ao corpo do preceito.

Art. 279º (Poluição)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Redacção deficiente. O inciso “*de forma grave*”, que se segue à alínea c) do n.º 1, deve ser colocado a seguir a aquelas disposições: “Quem, não observando ...aquelas disposições, *de forma grave*:

a) ...

Art. 290º

Parece haver discrepância nas penas previstas nos nºs 2 e 3, no que toca aos respectivos limites mínimos.

Não se compreende que no n.º 3 – em que o perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é criado por negligência, o limite mínimo seja de 2 anos, enquanto no caso de tal perigo ser dolosamente criado (n.º 2) esse limite seja de 1 ano.

Deverá corrigir-se esta contradição, certamente procedente de puro lapso.

Art. 291º n.º 2 (Condução perigosa)

Sancionam-se aqui as práticas conhecidas por *street racing*, dando resposta a um fenómeno que é importante combater por esta forma. De aplaudir a inovação.

Art. 296º:

Neste crime, designado na proposta como utilização de menor na mendicidade e não exploração como consta do actual Código, deveria também restringir-se a idade do menor aos 16 anos.

Pretendeu-se, de acordo com o que é referido na exposição de motivos, punir não só aqueles casos em que se mande uma criança pedir esmola mas também aqueles em que o agente se faça acompanhar de um menor para pedir esmola. Contudo temos algumas reservas quanto a que, prevendo-se apenas a utilização, se abranja também a própria exploração do menor para o exercício da mendicidade, situação que não cabe também na previsão do tráfico de menores e que será tanto mais grave quanto o agente o faça de forma reiterada, quase como modo de vida. Deveria pois ir-se mais longe, tal como sugere a Proposta apresentada pelo Partido Socialista, punindo-se tal conduta de forma mais grave nos casos em que se explore o menor para mendigar, tal como quando essa prática seja reiterada.