

MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS

PARECER

Outubro de 2006

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA	
Divisão de Apoio às Comissões CACDLG	
N.º Único	195431
Entrado/Saída n.º	189 Data: 01/03/2007

O ANTEPROJECTO DE MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS

Parecer

Solicitado à Associação Sindical dos Juizes Portugueses que se pronunciasse sobre o **anteprojecto de Lei de Mediação Penal**, cumpre assinalar o que de positivo encerra a referida proposta legislativa e o que, em nossa opinião, constitui matéria que deverá ser objecto de maior ponderação na versão final do documento.

1- Antes de mais, importa referir que optou o Governo, e bem, por se afastar da solução de atribuir a instituições fora do sistema judicial comum a complexa tarefa de proceder à mediação penal de adultos. Os objectivos pretendidos com a mediação penal encontram-se integrados no âmbito da prossecução dos fins do Estado, sendo o seu sistema judicial – entenda-se, os Tribunais Judiciais - a dirimir a conflitualidade criminal com total exclusividade.

Ao configurar o recurso à mediação penal no âmbito do processo penal e não como um instrumento extrajudicial de resolução de conflito, da responsabilidade de uma qualquer entidade estranha ou sem as garantias de independência próprias dos Tribunais Judiciais, assegura o anteprojecto um eficaz e, porque não, coercivo, instrumento de pacificação social¹.

2- O recurso à mediação penal fica liminarmente afastado sempre que o ofendido seja menor de 16 anos de idade; ou uma pessoa colectiva; ou quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual; bem como, no caso de crimes cujo procedimento criminal dependa de queixa, enquanto não houver arguido constituído.

¹ Justifica o legislador, a sua opção de uma forma inequívoca, afirmando, na exposição de motivos que acompanhou o anteprojecto, o seguinte: *“Pretende-se, deste modo, garantir uma aplicação efectiva da mediação: com efeito, se fosse um processo alternativo, a que os sujeitos recorressem em lugar de apresentarem queixa junto das autoridades, a sua utilização seria previsivelmente diminuta, por não haver ainda uma cultura de mediação e pelo desconhecimento e mesmo desconfiança inerentes a um mecanismo novo. Além disso, tal opção implicaria alterações no prazo de exercício do direito de queixa, para que a opção pela mediação não precludesse a possibilidade de um processo penal, e restringiria a possibilidade de mediação aos crimes particulares em sentido amplo, uma vez que, nos crimes públicos, o princípio da legalidade obrigaria a que houvesse sempre um processo penal”*.

Ora, se a exclusão do recurso à mediação quando os ofendidos sejam menores de 16 anos, ou quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual, pode ter justificação, atenta a fragilidade do ofendido, em razão da idade ou do crime em que foi envolvido, já não se entende o razão da exclusão do uso deste instrumento quando o ofendido seja uma pessoa colectiva, como veremos mais à frente.

3- Resulta do anteprojecto uma opção evidente quanto à forma de mediação, rejeitando o legislador o recurso à mediação indirecta, ou seja a possibilidade de o ofendido ou o arguido se fazerem representar, o que traduz no essencial o princípio purista e basilar da mediação penal restaurativa e que se prende com as chamadas relações “face a face” directas, mas não acompanha, como o devia fazer, os desenvolvimentos desse mesmo princípio e as diversas formas de estabelecer uma mediação “face a face” mediante a intervenção de outros “interessados”.

É de sublinhar, a este propósito, que o legislador não foi inocente quanto à terminologia adoptada ao denominar a “parte”², que vai participar na mediação com o arguido. A vítima que será chamada à mediação é unicamente o ofendido.³, mas que ofendido?

De acordo com o disposto no artigo 113º do Código Penal o ofendido é o “titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”. Pergunta-se então: o assistente e o lesado civil podem ser chamados à mediação?

Podem constituir-se assistentes no processo penal, de acordo com o disposto no artigo 68º do Código de Processo Penal, para além dos ofendidos, desde que maiores de 16 anos.⁴, também as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depende o procedimento, que são, no caso de morte do ofendido, ou na sua incapacidade, e por esta ordem; o cônjuge sobrevivendo não separado judicialmente de pessoas e bens, os descendentes e os adoptados, os ascendentes e os adoptantes, os irmãos e seus descendentes

². Utilizaremos a expressão “partes” embora com o significado mais amplo de “interessados”.

³. A exposição de motivos que acompanha o anteprojecto é clara nesta matéria, referindo expressamente que: “introduz-se apenas a mediação “directa” – ou seja, entre o arguido e o ofendido, sem possibilidade de estes se fazerem representar – por ser esta a modalidade mais consentânea com a filosofia inerente à mediação: participação activa das pessoas, restauração conjunta da paz social. É por essa razão que se refere “o ofendido” e não “o queixoso” ou “o assistente”, por não se querer abranger outros titulares do direito de queixa ou pessoas com a faculdade de se constituírem assistentes diferentes do ofendido”

⁴. No caso do ofendido ser menor de 16 anos poderão constituir-se como assistentes o seu representante legal e na sua ausência as pessoas que podem ser admitidas no caso de morte do ofendido. Como o regime de mediação penal agora em análise afasta desde logo a possibilidade de ser praticada quando o ofendido for menor de 16 anos, a questão de saber se os seus representantes podem intervir na mediação não se coloca.

e a pessoa com quem o ofendido vivia em condições análogas às dos cônjuges. Também podem ser admitidos a constituírem-se como assistentes qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influências, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou de subvenção.

De igual forma, poderão intervir no processo penal, como parte civil, deduzindo pedido de indemnização civil fundada na prática de um crime, de acordo com o disposto no artigo 74º do Código de Processo Penal, o lesado, entendendo-se ter legitimidade para o efeito *“a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente”*, podendo esse pedido ser formulado, também, unicamente contra pessoas com responsabilidade meramente civil – cfr. artigo 73º nº 1 do Código de Processo Penal, que assim passarão a intervir no processo penal.

Poderemos assim concluir que o recurso à mediação, tal qual foi pretendido pelo legislador, fica fortemente condicionado face à pluralidade de intervenientes susceptíveis de intervir no processo penal enquanto vítimas ou lesados.

Não se entendem as razões do legislador do anteprojecto para tal limitação, e, não sendo alterado, caberá ao aplicador da lei fazer uma leitura mais abrangente.

Começando logo pela vítima incapaz e cuja incapacidade ⁵ resulte, por exemplo, de surdez-mudez ou cegueira? Porque razão não pode o seu representante legal intervir por si no processo de mediação?

Nenhuma razão se descortina, pelo que haverá que se entender, de acordo com o disposto no artigo 71º da Constituição da República⁶, que o incapaz de governar a sua pessoa e bens por motivo diferente da sua incapacidade de entender ou de querer poderá sempre intervir no processo de mediação, sendo representado pelo seu legal representante se necessário.

Também não se percebe a razão de impedir a participação no processo de mediação dos lesados civis e dos responsáveis meramente civis. Se o que está em causa é a pacificação social perturbada pelo

⁵ Só há incapacidade de maiores de idade se esta for declarada por sentença proferida por tribunal no âmbito de processo próprio – cfr. artigos 138º e seguintes do Código Civil -, pelo que as incapacidades previstas no artigo 68º nº 1 al. d) do Código de Processo Penal, haverão de ter-se como as que como tal forem declaradas pelo tribunal competente.

⁶ Artigo 71º nº 1 da Constituição da República: “ Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontram incapacitados”

cometimento de factos tipificados pela lei como crime, e se esses mesmos factos originam danos de natureza civil, exclusivamente ressarcíveis em sede criminal, que motivos ponderosos terá o legislador encontrado para os afastar?

Tomemos como exemplo um procedimento criminal típico por ofensa à integridade física por negligência previsto e punido pelo artigo 148º do Código Penal em consequência do desrespeito das regras legais de condução de veículo automóvel na via pública. O vulgar acidente de viação que veio a causar ferimentos, por exemplo, no peão que atravessava a estrada na passadeira aí existente, mostrando-se a responsabilidade civil do arguido validamente transferida por contrato de seguro para companhia seguradora.

A mediação correrá perante o peão, ofendido, e o condutor, arguido, mas se o que se pretende alcançar com a mediação for também o ressarcimento dos danos causados em consequência da conduta deste último, seria de todo proveitoso fazer intervir, ainda que numa fase final do processo de mediação, a sua companhia de seguros. E não se vê que desvantagens desse facto possam ocorrer, sendo certo que qualquer acordo sobre uma hipotética indemnização que o arguido possa celebrar, passará sempre pelo desembolso pecuniário da sua seguradora.

4- Entendeu-se, no anteprojecto, como vimos, que a mediação penal assentava essencialmente numa relação “face a face”, o que significa que, para o legislador, apenas é possível a obtenção de resultados, face aos fins em vista, quando o agressor for confrontado com o seu ofendido imediato, mas este, para além das restrições que acabamos de salientar, também não pode ser uma pessoa colectiva, exigindo-se que seja uma pessoa singular, de carne e osso, capaz de expressar sentimentos, exteriorizar emoções e obter satisfação moral, segundo os mecanismos psicológicos que lhe estão associados, próprios da sua condição humana.

As pessoas colectivas, não obstante poderem ser ofendidos, não serão, para o legislador, susceptíveis de justificar o recurso à mediação. A exclusão da mediação, no caso de o ofendido ser uma pessoa colectiva, em nada subverteria os fins da mediação, podendo manter-se o seu carácter de mediação directa, estabelecida numa relação “face a face” sendo a pessoa colectiva, como aliás por definição legal sempre o será, representada por quem a obrigasse, quem representasse os seus interesses, quem se preocupasse com a reparação susceptível de determinar o êxito do processo de mediação. Afastado fica também o recurso à mediação quando o Estado for o ofendido, o que se afasta largamente de uma

desejável abrangência do processo de mediação, havendo exemplos ao nível do direito comparado que nos permite afirmar que o caminho a seguir não será este. Anota-se, nesta matéria, a abertura da lei brasileira que inclusive concede, automaticamente, aos representantes dos organismos do Estado os poderes necessários para transaccionar sem terem que recorrer pontualmente à tutela⁷.

5- Mas vejamos então mais em pormenor o texto do anteprojecto.

Embora não se mostre dividido por capítulos ou títulos, o texto do anteprojecto encerra dois regimes distintos: 1º, para os crimes cujo procedimento criminal não depende de queixa; 2º para os crimes cujo procedimento criminal depende dessa mesma queixa. Regula o artigo 2º e o artigo 6º, respectivamente, essas situações.

6- Começamos pelo procedimento de mediação penal quando o processo não dependa de queixa – artigo 2º do anteprojecto.

É aplicável a mediação penal em processos por crime que seja punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão⁸.

Tal recorte leva-nos de imediato a interrogar se pode haver mediação penal quando o crime for punido com pena de prisão cuja moldura abstracta seja superior a cinco anos, atentos os poderes do Ministério Público quanto à fixação de competências.

O Código de Processo Penal contém no seu artigo 16º nº 3 norma que permite ao Ministério Público determinar a competência do tribunal singular para o julgamento de crimes cuja moldura abstractamente aplicável seja superior a cinco anos, o chamado “*método de determinação concreta da competência*”⁹, devendo para tanto, ou na acusação ou em requerimento, quando haja notícia superveniente de concurso de crimes, optar por este tribunal, ficando este último limitado a proferir decisão de condenação até aos cinco anos de prisão.

7. Cfr. Artigo 10º da LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001 “Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.”

8. Havendo que tomar em atenção as restrições acima apontadas, nomeadamente quando os ofendidos desses crimes não se integram no conceito de “ofendido”.

9. Cfr. sobre a problemática da aplicação do regime previsto no artigo 16º nº 3 do Código de Processo Penal JORGE DE FIGUEIREDO DIAS in “Jornadas de direito processual penal”, Ed. do Centro de Estudos Judiciários, A medina, Coimbra, 1988, páginas 18 a 20.

A decisão do Ministério Público terá que ser formada tendo em conta todas as circunstâncias determinantes para a aplicação ao arguido de uma pena, o que o leva a formular uma opinião orientada por critérios de estrita legalidade e objectividade, encontrando o limite de cinco anos de prisão como o mais ajustado à culpa do arguido e aos fins da punição.

Para que tal ocorra haverá o Ministério Público que concluir o inquérito e formular a decisão de deduzir acusação, estando assim na posse de uma forte convicção quanto à culpabilidade do arguido.

Ora, na economia do anteprojecto, como veremos de imediato, o recurso à mediação apenas deverá ser levado a cabo na fase final do inquérito, estando assim o Ministério Público ciente de todos os contornos susceptíveis de determinarem uma condenação.

Tal qual se encontra redigido o anteprojecto, entendemos não ser admissível que o Ministério Público se pronuncie em concreto quanto à medida da pena susceptível de ser aplicada ao arguido, socorrendo-se do mesmo processo de decisão a que está obrigado pelo artigo 16º nº 3 do Código de Processo Penal, não podendo desta forma encaminhar para a mediação o processo a que corresponda crime cuja pena seja de limite abstracto superior a cinco anos.¹⁰

Esse expediente, contudo, a ser expressamente previsto, não repugnaria os princípios restaurativos encerrados no anteprojecto, conferindo-lhe maior abertura e abrangência sob o impulso do Ministério Público ou mesmo das “partes” envolvidas.

7- Pretendeu o legislador que o processo de mediação, nos crimes cujo procedimento não dependa de queixa, apenas ocorresse no final do inquérito.

Aqui, nesta fase processual penal, e por força do disposto no artigo 283º nº1 do Código de Processo Penal, haverá que entender-se que correram já todos os actos de inquérito tendentes à recolha de indícios suficientes para submeter o arguido a julgamento, tendo o Ministério Público tomado a decisão de deduzir acusação com viabilidade de ser submetida a julgamento e aí ao arguido poder vir a ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança. Ou seja, a culpa do arguido foi indiciada com base nos actos de inquérito, não permitindo o anteprojecto o recurso à mediação noutra fase do inquérito.

¹⁰ Não deixa de ser curioso e merecedor de atenção o estudo de ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, in “Denominado Método Concreto e Estrutura Acusatória, Contributo para uma Solução de Continuidade (o Juiz, o Ministério Público e o Princípio da “Legalidade Aberta””, acessível no site da VERBO JURÍDICO.NET, defendendo a substituição do nº 4 do artigo 16º do Código de Processo Penal “por uma disposição que permita, em tais casos, suspender provisoriamente o processo”.

8- Esta solução foge aos princípios básicos para o uso de programas de justiça em matéria penal definidos pela Organização das Nações Unidas, bem como da *Recomendação n.º R (99) 19 da Comissão de Ministros dos Estados Membros*, ambas pugnando pela intervenção da mediação em qualquer fase do processo criminal. Ora nada nos desaconselharia permitir a mediação em qualquer fase do processo de inquérito, sendo de alguma utilidade, pelo menos no caso de confissão do arguido no decurso desta fase, a intervenção da mediação logo que tal ocorresse, tudo sem prejuízo de, frustrada a mediação, poder prosseguir a fase de inquérito até a consolidação dos indícios relativos à culpabilidade do arguido e à tomada da decisão de deduzir acusação.

O Ministério Público, para tomar a decisão de remeter o processo para mediação, haverá que ponderar em concreto se esse procedimento pode ou não responder suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

A prevenção do crime surge assim como ideia nuclear da decisão de remeter o processo para mediação. Esta opção do legislador é semelhante à que encontrou para a decisão de suspensão provisória do processo, no âmbito do disposto no artigo 281.º do Código de Processo Penal, devendo neste último, o Ministério Público, com a concordância do juiz, ponderar as vantagens daí decorrentes face às exigências de prevenção que no caso se fizessem sentir.

Decidida, unilateralmente pelo Ministério Público, sem carecer da intervenção de um juiz¹¹, a remessa do processo para mediação, comunica este tal decisão ao arguido e ao ofendido e, sem esperar pela posição destes, nomeia de imediato um mediador da lista oficial.

É este mediador que vai, posteriormente, obter o consentimento das “partes” para a prática da mediação.

¹¹. Entende-se a razão da dispensa da concordância do juiz para a remessa do processo para a mediação. Embora não ocorrendo no caso quaisquer razões que permitam desfrinçar um maior nível de exigência na decisão para a suspensão provisória do processo, que para ocorrer obriga à concordância do juiz, julga-se que esta decisão do Ministério Público deverá ser desacompanhada do juiz. Agora do que se discorda frontalmente é da opção do legislador de, havendo acordo na fase de mediação, o Ministério Público, decidir pela suspensão provisória do processo sem que o juiz tenha intervenção – cfr. Artigo 4.º n.º 1 do anteprojecto. O contacto com o juiz é fundamental e quantas e quantas vezes só na presença dele é possível a obtenção de um acordo, sentindo os intervenientes que a sua decisão, ainda que meramente homologatória, constitui uma cobertura de legalidade e de afirmação e reconhecimento dos direitos violados e da obrigatoriedade de cumprimento dos deveres e obrigações acordadas. Ao ser dispensado o juiz ao longo do processo de mediação penal, salvo melhor opinião, está-se a enfraquecer esse mesmo processo e a comprometer a sua exequibilidade prática.

Significa isto que não há quaisquer contactos entre o Ministério Público e os interessados com vista a ser torrada a decisão do recurso à mediação.

Não há, no caso, possibilidade de admissão processual de iniciativa da vítima ou do arguido tendente a determinar a remessa do processo para a mediação. Não se alcança que vantagens daí possam ocorrer, sendo certo que sempre seria preferível possibilitar, pelo menos à vítima, a petição da mediação, deixando-a livremente expressar junto do Ministério Público o que pretende do processo, e que meios entende serem susceptíveis de os alcançar.

A inclusão no anteprojecto desta possibilidade, não só constituiria um passo decisivo para integração da vítima na arquitectura processual penal, como também resultaria em ganho de tempo face à possibilidade de somente, numa fase em que o mediador já foi nomeado e já tomou conta do circunstancialismo do caso, acabar o ofendido por recusar liminarmente o recurso à mediação.

9- Não sendo obtido o consentimento, livre e esclarecido, de ambas as “partes” para se iniciar o processo de mediação, então regressam os autos à fase em que se encontravam e o Ministério Público deduzirá acusação, situação que, em nosso entender, se revela incompatível com o recurso a outros meios previstos no Código de Processo Penal, nomeadamente o arquivamento em caso de dispensa de pena ou a suspensão provisória do processo, e mesmo que assim não se pretenda, haverá sempre consequências dessa recusa quando o juiz de julgamento tiver que ponderar a possibilidade do recurso à suspensão da execução da pena subordinada ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta ou acompanhada de regime de prova.

10- É curioso notar que o anteprojecto, não obstante entender o processo de mediação como um processo informal e flexível, acaba por exigir dois documentos escritos. Um quando as “partes” aceitam participar no processo de mediação, assinando um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e um outro, caso o processo tenha obtido êxito final, onde se reduzera a escrito os termos precisos da mediação alcançada.

Tal formalismo, mesmo no âmbito de um processo que se pretende flexível e informal é de todo fundamental face aos condicionamentos psicológicos que ocorrem quando é solicitada a assinatura de uma pessoa, conferindo ao acordo alcançado uma certeza e exequibilidade que doutro modo poderia ser perdida.

11- Quando o procedimento criminal depende de queixa – artigo 6º do anteprojecto – uma vez apresentada esta, e constituído o arguido, o Ministério Público não terá que praticar mais nenhum acto de inquérito, remetendo logo os autos para o processo de mediação.

Nestes casos o legislador não obriga o Ministério Público a fazer qualquer apreciação sobre as vantagens do processo de mediação relativamente à satisfação das exigências de prevenção do crime.

É uma solução, interessante e que se resume no fundo ao encaminhar o conflito criminal para uma via próxima da resolução da conflitualidade civil, deixando às “partes” total disponibilidade sobre a ofensa, unicamente limitados a encontrarem uma solução de acordo que não pode incluir sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido, nem deveres cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses.

12- Não nos repugna que o sistema punitivo do Estado venha, no futuro, a ser enquadrado por outros princípios, constituindo a Justiça Restaurativa precisamente um paradigma de uma nova postura face ao entendimento sobre o que deverá ser tido como cometimento de um crime e as necessidades de reacção face a esses comportamentos, sendo que a prioridade passará a ser não a punição cega do agressor mas sim a definição das necessidades da vítima e o ajustamento da sanção do agressor a essas mesmas necessidades, mediante um processo que o leve a tomar consciência do desvalor da sua conduta.

Tal novo paradigma, implicará, forçosamente, que se abandonem os procedimentos vigentes e que os intervenientes processuais clássicos alterem as suas competências, passando a coexistir novos intervenientes e novos operadores forenses como o sejam agora os mediadores.

13- Ao contrário do que balizava a conduta do Ministério Público no âmbito dos crimes cujo procedimento dependia de queixa – cfr. artigos 49º e seguintes do Código de Processo Penal – que estava dependente da iniciativa do queixoso e do arguido que, particularmente, e por sua iniciativa poderiam obter um dado acordo e originar uma desistência de queixa, passará agora a ser obrigatoriamente encaminhado o processo para os serviços de mediação, cabendo ao Ministério Público tomar essa iniciativa.

É o próprio sistema que introduz o princípio da composição obrigatória e através do mediador procura encontrar a reacção criminal mais ajustada ao caso.

14- Também resulta claro do texto do anteprojecto que acaba por ocorrer uma excepção ao disposto no artigo 116º nº 2 do Código Penal, pois havendo acordo entre ofendido e arguido este equivale a uma desistência de queixa, podendo no entanto, em caso de incumprimento deste acordo, ser renovado o procedimento criminal – cfr. artigo 6º nº 6 do anteprojecto.

15- O processo de mediação é todo ele dirigido por mediadores independentes. Estes estão obrigados a observar os deveres de imparcialidade, neutralidade, independência, confidencialidade e diligência, devendo recusar ou interromper o processo de mediação caso não assegure a observância daqueles deveres - cfr. artigo 9 do anteprojecto.

É importante referir que o mediador está igualmente obrigado ao dever de confidencialidade – artigo 10º do anteprojecto – o que significa que todo o processo de mediação ficará salvaguardado quanto ao que aí for dito ou confessado. E entende-se que assim seja pois não é possível, no caso de ser frustrada a mediação e o processo prosseguir os seus termos normais, tendentes ao julgamento por um juiz, que venha este a ser influenciado pelo facticidade apurada em sede de mediação.

No fundo, e sem nunca se perder de vista o princípio constitucional de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da decisão de condenação, tudo se passa na mediação no pressuposto que o arguido assume responsabilidade criminal, só assim haverá alguma utilidade no seu prosseguimento. Ora, o simples facto de o arguido ou do ofendido não chegarem a acordo, mesmo após terem aceite participar no processo de mediação, não pode jamais servir de princípio de culpa ou de presunção desta para efeitos de apreciação de prova em julgamento. Não podendo o mediador ser testemunha no caso, nem servirá para a formação da convicção do juiz de julgamento quanto à facticidade da acusação ou da contestação quaisquer factos que tenham ocorrido no processo de mediação e que lhe tenham sido transmitidos em julgamento pelo ofendido ou pelo arguido.

O mediador deverá ter mais de 25 anos de idade, estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, ter licenciatura ou experiência profissional adequadas, ser pessoa idónea para o exercício da actividade e ter o domínio da língua portuguesa – artigo 12º nº 1 do anteprojecto.

É indiciador de falta de idoneidade do mediador, entre outras circunstâncias, o facto de ter sido condenado por sentença transitada em julgado pela prática de crime doloso – artigo 12º nº 2 do anteprojecto.

O mediador terá que ter uma licenciatura académica ou experiência profissional adequadas. Significa isto que para ser admitido como mediador haverá sempre que ter um determinado perfil de conhecimentos, ou provenientes de uma licenciatura adequada, ou da sua própria experiência profissional, igualmente adequada. Não nos dizendo o legislador o que entende por “adequada”.

Deverá aqui imperar o bom senso de quem está responsável pela admissão dos mediadores. “Adequada” será, sem quaisquer dúvidas, uma licenciatura ou uma experiência profissional que tenha permitido ao candidato a mediador obter conhecimentos específicos na área das ciências humanas/sociais. O objecto do seu trabalho será, invariavelmente um conflito humano, determinado pela colisão ou afrontamento de direitos. Nada nos leva a afirmar que a licenciatura em direito seja a preferível, agora o que já é possível defender é que os conhecimentos jurídicos são fundamentais para a progressão do processo de mediação.

Um mediador cuja base de conhecimentos advenha do estudo da psicologia, ou da assistência social, carecerá sempre de ser formado numa perspectiva de aquisição de conhecimentos jurídicos, podendo assim transportar, de uma forma pluridisciplinar – até porque irá exercer só, desacompanhado de qualquer outro mediador – todo um leque de conhecimentos e sensibilidades que lhe permitam obter êxito no processo de mediação que conduz.

A aptidão profissional do mediador haverá de ser considerada como fundamental para o êxito da iniciativa que agora se pretende implementar, não podendo, em momento algum da selecção ser descurada as vantagens que uma “adequada” formação possa ter para o efeito.

A abertura ao mundo e às diversidades culturais e sociais do mesmo e a inexistência de preconceitos sejam de que espécies forem permitirá ao mediador encetar o processo de mediação sem quaisquer reservas.

16- O mediador deverá também ser pessoa idónea. Entendeu o legislador que revela falta de idoneidade o facto de ter o mesmo sido condenado, por decisão transitada em julgado pela prática de crime doloso.

É curiosa a adopção desta formulação, podendo ser encontrada formulação semelhante noutros diplomas recentes.¹², significando tão somente que procura o legislador aferir da idoneidade do candidato com base nos seus antecedentes criminais, não trilhando o caminho de tornar automático o impedimento de acesso à função unicamente pelo cometimento de um crime.¹³.

17- Os mediadores serão designados pelo Ministério Público de acordo com uma lista, devendo ser garantida a designação sequencial – artigo 11º nº 2 al. c) do anteprojecto.

Revela-se aqui uma fragilidade do anteprojecto. A ausência da criação de um corpo de mediadores com vínculo profissional gera a criação de mecanismos de selecção sem critérios ajustados, e no caso a selecção será sequencial, percorrendo-se a lista dos mediadores. Não é este o melhor caminho.

O mediador pode ser um mediador especializado ou simplesmente vocacionado. Não ferirá a sua imparcialidade o facto de poder ocorrer a sua especialização. As diversidades culturais ou étnicas dos mediados talvez justificassem, naturalmente, uma diferenciação e especialização dos mediadores. O critério de escolha jamais permitirá encontrar o melhor mediador para o caso em concreto.

18 - O recurso à mediação é um processo assente no consentimento “livre e esclarecido” por parte do ofendido e do arguido, devendo os intervenientes serem esclarecidos sobre os seus direitos e deveres e das finalidades e regras aplicáveis ao processo.

Mas, mesmo havendo consentimento, pode não haver processo de mediação. Para tanto, basta que o mediador conclua que o ofendido ou o arguido não “reúnem condições para participar no processo de mediação” – nº 6 do artigo 2º do anteprojecto.

Não esclarece o legislador quais os casos em que, havendo consentimento, prestado de forma livre e esclarecida, pelo ofendido e pelo arguido, o mediador pode entender não estarem reunidas as condições para realizar o processo.

Haverá assim que interpretar os fins do anteprojecto, e facilmente se concluirá que, visando o processo de mediação “*encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito*” contribuindo assim “*para a restauração da paz social*” – nº 1 do artigo 3º do anteprojecto – a verificação

¹². Cfr. artigo 14º nº 2 da Lei 5/2006 de 23 de Fevereiro a propósito da aferição da idoneidade dos requerentes a uma licença de uso e porte de arma, sendo que nesse diploma, haverá a possibilidade de uma espécie de reabilitação judicial do condenado para efeitos da obtenção da referida licença, o que não acontece no anteprojecto da mediação e que é pena.

¹³. Ver o que se disse a propósito da idoneidade do mediador do Julgado de Paz em anotação anterior (nota 94).

por parte do mediador, de quaisquer circunstâncias, que determinem de imediato a conclusão de inviabilidade de êxito no processo, deverão ser impeditivas do seu início.

Essas circunstâncias deverão ser aferidas face aos intervenientes, à sua personalidade ou às suas expectativas no processo. Um ofendido que procure obter, pelo processo de mediação, uma reparação desproporcional aos seus danos, ou que use tal possibilidade para levar o arguido a acordar matéria que não está na sua disponibilidade ou que se mostre desajustada face à natureza dos danos, levará o mediador, logo nos contactos iniciais a concluir pela inviabilidade do recurso a este expediente. De igual forma, um arguido que se envolva no processo de mediação com alguma espécie de reserva mental quanto aos fins da mediação, procurando obter assim unicamente a suspensão do processo, também não deverá ser encaminhado para esta forma de intervenção processual.

Somente a apreciação cuidadosa das vontades e intenções dos intervenientes na aceitação do processo de mediação, e a formação de um juízo de valor por parte do mediador quanto às reais vantagens deste expediente, atentas as suas finalidades, e uma análise de probabilidades de êxito quanto a essas mesmas finalidades, é que justificarão o seu início. Caso contrário, caberá ao mediador informar o Ministério Público da inexistência de condições para a mediação, prosseguindo o processo os seus termos, ou seja, sendo deduzida acusação.

19- No decurso do processo de mediação, o ofendido e o arguido devem comparecer pessoalmente, não sendo possível fazerem-se representar. Tal obrigatoriedade é de assinalar como positiva, permitindo-se assim, pela proximidade que se vai criar, o despoletar de toda uma diversidade de sentimentos e emoções que serão benéficas para ambos. A recriação do drama criminal, e o seu tratamento analítico, em local neutro, controlado e mediado por alguém tido como independente, constitui uma espécie de catarse dos intervenientes.

*

Em conclusão, o anteprojecto agora em apreço, constitui sem sombra de dúvida um passo gigantesco na institucionalização da mediação penal, permitindo, se assim houver vontade, estabelecer em definitivo um novo comportamento no seio do sistema punitivo do Estado, e alargando os horizontes para uma reforma mais profunda deste mesmo sistema, onde as vítimas dos crimes, e os seus responsáveis possam encontrar uma base de pacificação e reintegração social mais ajustada à condição humana e às carências e expectativas sociais da actualidade, **sendo parecer da Associação Sindical**

dos Juizes Portugueses que, adoptadas as sugestões assinaladas, será, a futura Lei, um valioso instrumento processual e sem dúvidas um primeiro passo para a adopção de um sistema penal adaptado às necessidades actuais.

Outubro de 2006

CÓDIGO PENAL
PARECER SOBRE O PROJECTO DE REVISÃO

Setembro de 2006

PROJECTO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

Parecer

I. **Apreciação genérica.**

Antes de mais, importa atentar no âmbito da proposta de revisão para que se percepcione também o âmbito de algumas das observações críticas que irão ser efectuadas.

Uma primeira constatação para referir que há vários anos que se torna imperioso rever o diploma fundamental que é o Código Penal, desde a sua última revisão. Têm, esparsamente, sido efectuadas alterações pontuais, ao sabor de opções políticas conjunturais ou por decorrência de algumas obrigações internacionais. Foi constatado, porém, que se tornava necessário alterar algumas questões até hoje mantidas estáticas, nomeadamente no domínio das penas, de modo a adaptar o regime vigente a uma realidade diferenciada, em relação à matriz do Código de 1982, que se mantém praticamente inalterada. Questões como a alternatividade à pena de prisão, por um lado, e a ampliação do leque de penas não detentivas, por outro, são inelutavelmente matérias a abordar.

Nesse sentido vale a pena lembrar o trabalho efectuado no âmbito na anterior legislatura pela Comissão presidida pelo Prof. Freitas do Amaral, que estudou aprofundadamente a situação do país no que respeita à aplicação das penas e propôs alterações relativamente consensuais ao regime fixado.

Muitas das soluções agora apresentadas merecem uma inequívoca apreciação positiva por virtude das necessidades que visam suprir e pela adequação das propostas normativas apresentadas. Vale a pena sublinhar a adequação aos novos mecanismos internacionais decorrentes, por exemplo, da aplicação do mandado de detenção europeu, das alterações no domínio da expansão da possibilidade de aplicação da pena de trabalho a favor da comunidade, do alargamento da moldura penal para a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão (se bem que com algumas dúvidas de princípio e reticências de natureza técnica), de algumas soluções no domínio da parte especial que compatibilizam a lei

portuguesa com normas internacionais e realidades criminosas preocupantes, como é o caso do crime de tráfico de pessoas e alguns crimes de natureza sexual envolvendo menores, entre outras.

Conforme é referido na exposição de motivos constata-se a necessidade de proceder a alterações do Código Penal por virtude de obrigações comunitárias e internacionais.

Se tudo isto é certo, e o projecto não omite essa realidade, atente-se na referida exposição de motivos. Aí se refere que *“a revisão abrange modificações materiais propriamente ditas, aditamentos e meros ajustamentos formais. O seu âmbito é circunscrito, compreendendo um número limitado de regimes e mantendo incólume, no essencial, o sistema do Código Penal de 1995”*.

Ora, a primeira constatação genérica que se pode visualizar é a contradição resultante da exposição de motivos referida e a realidade constatada no enorme número de artigos alterados, quer na parte especial, quer na parte geral.

A amplitude das alterações efectuadas na proposta, mais explicitamente na parte especial onde são alterados, modificados e criados, grande conjunto de tipos criminais, obviamente, vão muito para além da intenção demonstrada na exposição de motivos.

E se uma tal amplitude, por si só, não é em abstracto passível de crítica, porque legítima, não pode omitir-se que a modificação de tipos penais de uma forma tão abrangente, deverá implicar um consenso social alargado, quer no domínio técnico, quer no domínio político. A legitimação de uma lei penal também decorre da sua necessidade e por isso o direito penal só deve intervir naquelas situações de *ultima ratio*, ou seja, quando outros sistemas sancionatórios não consigam, pelos seus meios, atingir os fins pretendidos. Por outro lado, as expectativas comunitárias a uma *“paz jurídica”* não devem assentar em posições dogmáticas fracturantes.

Por isso, há que ponderar a criminalização de certos comportamentos de uma forma inequívoca de maneira a que a sua necessidade seja efectivamente assente nessa *ultima ratio*. Uma análise rápida das propostas da parte especial suscita, desde logo, não só muitas dúvidas como sérias críticas ao âmbito da reforma agora iniciada. Veja-se, a título de exemplo, a que voltaremos, o que se passa com algumas alterações aos crimes contra a vida, com o crime de importunação sexual agora proposto, com algumas soluções para grande parte dos crimes sexuais sobre a introdução de objectos ou parte do corpo, com o alargamento da criminalização da perturbação da vida privada aos telefonemas para telemóvel, com a

realização de actividades não autorizadas de natureza desportiva ou análoga no âmbito do crime de condução perigosa de veículo rodoviário, com os atestados falsos, e mesmo o crime de utilização de menor na mendicidade, entre outros.

Algumas destas situações serão específica e mais aprofundadamente tratadas.

Insiste-se e questiona-se, no entanto, se será necessária uma tão grande alteração no quadro criminal português, sabidas as consequências que modificações profundas no domínio da lei penal substantiva trazem para a segurança jurídica, quer no âmbito da consciência da ilicitude quer, a jusante, na aplicação prática da lei. E aqui importa sublinhar que não basta a existência de leis substantivas penalizadoras. É necessário ponderar a sua aplicabilidade, nomeadamente atentar à *law in action*.

Uma outra chamada de atenção importa referir neste contexto genérico. Trata-se de sobreposição de papéis que, por vezes e de uma forma sistemática, é constatável em determinados períodos legislativos: substituir o papel da jurisprudência na interpretação das leis pela intervenção legislativa sistemática, em contextos em que claramente não seria necessário. Há um papel para o legislador e há um papel para o intérprete.

Tendo presentes estas básicas noções, a proposta legislativa agora em apreciação vai nesse sentido em algumas soluções. Veja-se o caso paradigmático da solução encontrada para o artigo 30º a propósito do crime continuado e o caso do artigo 78º, sobre o regime do conhecimento superveniente do concurso.

Ainda em termos genéricos há que questionar se a adopção de determinadas soluções agora propostas, nomeadamente no âmbito das penas, não poderiam ser mais arrojadas, permitindo um maior leque de penas alternativas. É por exemplo o caso da chamada “prisão domiciliária” que apenas reveste no projecto uma situação de modalidade de execução, quando porventura poderia permitir um contorno mais abrangente de molde a ser uma verdadeira pena alternativa.

II. Apreciação em concreto

Parte Geral

Responsabilidade das pessoas colectivas (artigo 11º).

Sendo uma das alterações substantivas mais relevantes que decorrem da revisão, até pela distorção (senão mesmo modificação) do paradigma da responsabilidade criminal das pessoas singulares até agora vigente, a matéria em causa deve ser alterada de uma forma particularmente cuidada.

Assim questiona-se o amplo conjunto de crimes que se pretendem incluir no catálogo que permite a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Se é doutrinamente pacífica a admissibilidade da responsabilidade das pessoas colectivas em determinados tipos de crime onde são visualizáveis com alguma frequência a prática de delitos produzidos pelas próprias empresas ou pessoas colectivas, o conjunto de crimes referenciado e que consta no projecto vai muito para além deste princípio.

No que respeita à compatibilização com os compromissos internacionais assumidos por Portugal, nomeadamente a Decisão Quadro 2004/68/JAI de 22 de Dezembro de 2003 relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, o respeito por esse compromissos não implica a criminalização das pessoas colectivas para a prática de quase todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual como é proposto.

Seria por isso de repensar a solução maximalista que agora se propõe no sentido de a restringir apenas aos casos que são referidos na Decisão Quadro referida ou noutros instrumentos normativos a que Portugal se vinculou.

Por outro lado e já no que respeita às penas aplicáveis às pessoas colectivas importa referir que não faz qualquer sentido cominar uma pena de admoestação (artigo 90º- C) a uma pessoa colectiva. Trata-se, dir-se-ia de um contra-senso. Sendo a admoestação uma censura solene e oral, a cominar pelo juiz a quem cometeu um determinado crime, fazendo-o perceber o carácter ilícito da sua conduta e a necessidade de evitar outros ilícitos, no caso das pessoas colectivas trata-se de aplicar ao representante

da pessoa colectiva esses princípios. Ora, não é aquele representante mas a pessoa colectiva que é o sujeito da pena.

Artigo 30º - crime continuado

Não se vislumbra qual o sentido útil da alteração proposta, nem mesmo que seja necessário fazer qualquer alteração a esta matéria. Trata-se de matéria doutrinal e jurisprudencialmente solidificada onde qualquer alteração poderá criar desequilíbrios desnecessários, porque geradores de mais instabilidade dogmática e, por via dela, de maiores dificuldades à prática.

Artigo 43º nº 3 (substituição da pena de prisão a determinados crimes)

Salientando-se a curiosidade da solução, nomeadamente ao criar uma nova pena de substituição aplicável a alguns sujeitos em concreto, vale a pena atentar no eventual e previsível espectro de utilização da norma que se aplicará essencialmente aos crimes praticados por titulares de cargos públicos. Poderá desde logo questionar-se em que outros crimes pensou o legislador quando formulou a norma. Com aquela previsão facilmente se perceberá o alcance da mesma: evitar a aplicação de penas de prisão a crimes cometidos por titulares de cargos políticos no exercício das funções.

Entende-se, no entanto, que não deve a mesma ser uma imposição, um poder-dever do tribunal, mas antes dever consubstanciar uma faculdade à disposição do julgador, a ponderar em função do caso concreto.

Ao contrário do nº 1 do artigo, onde o poder-dever do juiz é uma imposição em relação a todos os crimes onde se aplique uma pena de prisão não superior a 1 ano, no nº 3 é preciso atentar que se trata de um crime específico onde, como se referiu maioritariamente, os sujeitos serão apenas os titulares de cargos públicos, funcionários públicos ou agentes da Administração e por isso os sujeitos a quem se aplicará mais frequentemente essa medida.

Artigo 44º (regime de permanência na habitação)

No que respeita ao regime de permanência na habitação, vulgarmente denominada “prisão domiciliária”, que claramente é uma aposta a aplaudir, entenderíamos como mais adequado, numa perspectiva de alargamento do leque de penas alternativas à disposição do tribunal para enfrentar o restrito leque deste tipo de penas, que a prisão domiciliária fosse consagrada como uma verdadeira pena alternativa e não como medida de execução da pena de prisão.

Assim certamente se alargaria a sua utilização por parte dos tribunais.

Suspensão da execução da pena de prisão

No que se refere à possibilidade de suspender a pena de prisão aplicada em medida não superior a 5 anos, valerá a pena questionar se uma pena destas (mesmo que obrigatoriamente acompanhada de regime de prova) não é susceptível de afectar expectativas comunitárias na administração da justiça penal, expectativas essas que, até onde for possível, não devem ser desbaratadas. Por outro lado, ainda quanto à suspensão da execução da prisão, não é fácil descortinar a razão da necessária coincidência entre o período de suspensão e a medida concreta da pena, prescrita no n.º 5 do artigo 50º, pois as razões (exclusivamente preventivas) que podem levar à suspensão da execução da pena não esgotam as razões que concorrem para a determinação da medida dela.

Liberdade condicional (art. 61º e seguintes)

A possibilidade de liberdade condicional quando atingida metade da pena, em todos os casos (portanto, mesmo para os crimes contra as pessoas e para os crimes de perigo comum, punidos com pena superior a 5 anos, nos termos do artigo 61.º, n.º 4, do Código em vigor), traduz uma solução demasiado benevolente num modelo penal que já o é o bastante. Também aqui se desconsidera em demasia as expectativas comunitárias em relação à administração da justiça penal relativamente a criminalidade que já entra na definição da grande criminalidade e que afecta particularmente as pessoas, assim funcionalizadas ao objectivo notório de esvaziar pura e simplesmente os estabelecimentos prisionais.

Desconto das penas (artigo 80º)

No que se refere à novidade do regime do desconto (artigo 80.º) englobar, agora, medidas privativas da liberdade mesmo que aplicadas em processo diferente daquele no qual o arguido veio a ser condenado, afigura-se-nos que ela é susceptível de criar mais confusão do que resolver qualquer uma, que se não descortina. Desde sempre, em caso de cúmulo jurídico, o preceito em causa era entendido como abrangendo todas as medidas privativas da liberdade aplicadas em qualquer dos processos que integrasse o cúmulo. Não se conhece excepção a esse entendimento.

Coisa diferente é pretender que o desconto, agora, abrange medidas privativas da liberdade aplicadas em processos que não foram sequer integrados em cúmulo jurídico efectuado no processo no qual se veio a fazer desconto (por exemplo, uma prisão preventiva aplicada no âmbito de um inquérito que veio a ser arquivado). Mas, nesse caso, não só é discutível o desconto de medida que não tenha nenhuma conexão com o processo em se efectua o desconto, como, sendo essa a inovação, se antolham desde já as maiores dificuldades práticas de comunicação entre os processos.

Queixa (artigo 116º)

O respeito pela autonomia do menor que perfaça 16 anos, implica que a remissão do n.º 4 do artigo 116.º se restrinja às hipóteses em que o menor não possua discernimento para entender o alcance e o significado do exercício da queixa. Fora dessa hipótese, nomeadamente quando se trate de queixa apresentada pelo representante legal de menor de 16 anos ou na hipótese da alínea b) do n.º 5 do artigo 116.º, ao menor deveria ser assinalado, de forma inequívoca, o direito (potestativo, digamos) de *opor-se* ao prosseguimento do processo.

Parte especial

A preocupação de tutela em várias normas incriminadoras das pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, mesmo que *do mesmo sexo*, nos mesmos termos em que são protegidas as

peçoas casadas ou que, sendo de sexos diferentes, vivam em condições análogas às dos cônjuges [artigo 132.º, n.º 2, al. b), e 152.º, n.º 1, al. b)], é duvidosa na medida em que antecipa a tutela penal de tais comunidades de vida à tutela civil e, sobretudo, porque, sem o consenso social alargado que deveria presidir à selecção das condutas puníveis (e modo de punição delas), as reconhece como sendo reconduzíveis, ainda que por analogia (como não podia deixar de ser), àquelas formas de relação conjugal juridicamente protegidas *a se*.

Acresce, que no que respeita ao crime de violência doméstica (artigo 152.º) o mesmo está notoriamente construído sobre o pressuposto (ao menos nas mais das suas descrições típicas) de que existe, de facto e à partida, uma relação de superioridade física do agente em relação à vítima. É o que resulta das hipóteses de violência sobre progenitor ou sobre pessoa particularmente indefesa. É esse, de resto (apesar da lei não o dizer, como é claro), o substrato sociológico da incriminação da violência sobre o cônjuge – leia-se, no plano dos factos, do elemento masculino sobre o feminino (ao menos nas formas mais evidentes de violência física). Ora, esse caldo sociológico não se verifica quando ambos os cônjuges sejam do mesmo sexo. Nessa medida a protecção da família enquanto composta por cônjuges do mesmo sexo tem um notório – e apenas esse – valor de bandeira ideológica, uma função, por assim dizer, promocional.

Depois, ainda quanto à incriminação da violência doméstica, temos por duvidosa a incriminação, enquanto tal e sem mais, dos maus-tratos sobre o ex-cônjuge. É que sendo o bem jurídico tutelado, agora e ao menos reflexamente, a instituição familiar, é discutível que maus-tratos praticados já fora da vigência da comunidade conjugal (digamos, 10 anos depois da dissolução do casamento), como expressão mínima da comunidade familiar, mereçam tutela autónoma das incriminações “base” da ofensa contra a integridade física, ameaças, etc.

Por outra banda, a aparente abertura da incriminação da violência doméstica com o “basta-se” a lei com maus-tratos *intensos*, inculcando que basta um episódio para a consumação do crime, não só vem adicionar ao tipo mais um conceito indeterminado de difícil preenchimento (conceitos em que, de resto, a história de tal incriminação é singularmente rica e que – de par com a sua constante mutação – justificam muita da dificuldade de aplicação dela), como vai contra o que se julga ser a tendência geral das legislações dos países do nosso universo jurídico-cultural. Aconselhar-se-ia, aqui, alguma prudência. Prudência que, obviamente, nada tem que ver com o coonestar tais práticas, mas antes com a

necessidade de “dar espaço” à instituição familiar para a resolução dos seus conflitos, até onde for possível. A via dos crimes semi-públicos (*v. g.*, a ofensa à integridade física) parece mais adequada a esse desiderato.

Homícidio qualificado (132º)

A qualificativa que se pretende introduzir não leva em consideração a realidade criminológica subjacente ao crime entre cônjuges (por regra). As condições gerais em que tais homicídios ocorrem, as mais das vezes são, ao contrário de uma situação de especial censurabilidade, passíveis de serem enquadradas em situações de privilegiamento. Não se vê por isso qual a razão de ser de tal alteração.

Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

a) Artigos 164º nº 1 alínea b), nº 2 alínea b), 165º, 166º, 167º, 171º nº 2, 173º nº 2: introdução do tipo “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos”, equiparando-a a actos sexuais de relevo como a cópula, coito anal ou coito oral.

Trata-se de uma solução dogmaticamente discutível porquanto se equiparam a actos sexuais de relevo graves e perfeitamente identificados que põem em causa de uma forma inequívoca a liberdade sexual, como são a cópula, o coito anal e o coito bucal, actos muito diferenciados que podem ou não assumir características graves. Veja-se, por exemplo, que poderemos estar perante uma prática sexual violenta, como seja a introdução do punho, ou apenas (em termos de gravidade objectiva) a introdução de um dedo mindinho, vulgarmente conhecida pela manipulação (situações que já se enquadravam no conceito de acto sexual de relevo e cabiam por isso nos nºs 1 dos artigos citados). Quanto à introdução de objectos importa referir que há situações em que estão em causa ofensas à integridade física e não crimes contra a liberdade sexual. Assim, na primeira situação estão em causa crimes contra a integridade física. Na segunda situação, importa referir que se trata de situações que são já enquadradas pelo nº 1 dos artigos em causa.

Artigo 170º - Importunação sexual

Trata-se de um novo crime que substitui o anterior crime de actos exhibicionistas, alargando claramente o âmbito da punição a quem constranger outros a ter contactos de natureza sexual.

Desde logo se questiona se este crime não colide com o princípio que deve presidir à criminalização de condutas ou seja o princípio da “*ultima ratio*” de intervenção do direito penal na sociedade. Trata-se de um alargamento porventura excessivo de uma criminalização que, como estava, protegia e assegurava a tutela do bem jurídico *liberdade sexual*, na medida em que o sujeito passivo é o próprio objecto do prazer de quem pratica esses actos, aos quais por regra anda associada uma parafilia.

Ora, o alargamento do tipo nos termos previstos vai muito para além desse mínimo insuportável criminalizando por exemplo situações desagradáveis, mas de duvidosa gravidade que permitam a intervenção do direito penal, como sejam os “*encostos*” nos transportes públicos, os “*piropos*”, etc.

Artigo 172º - Abuso sexual de crianças

Em relação à alteração do tipo agora proposto, apenas se questiona a eliminação da agravção do tipo, no caso da prática de actos sexuais com criança com uma finalidade lucrativa.

Não só este facto é claramente típico de uma agravção da ilicitude da conduta, como também parece decorrer de todo o código uma perspectiva penalizadora da prática de crimes sexuais com menores contra o pagamento de uma remuneração ou retribuição, nomeadamente com o novo tipo de crime do artigo 174º

Artigo 173º - Actos sexuais com adolescentes

A alteração proposta faz uma distinção clara entre actos sexuais de relevo genericamente entendidos e os específicos actos sexuais já hoje objecto de criminalização. Ao criminalizar-se a prática de outros actos sexuais de relevo para além da cópula, coito anal e coito bucal, está a enveredar-se por uma perspectiva neocriminalizadora com algum significado, quer do ponto de vista criminológico, quer do ponto de vista sociológico.

Importa atentar que no crime de actos sexuais com adolescentes (e não com crianças) o que está em causa é o abuso da inexperiência da vítima. Todos os actos sexuais de relevo praticados com abuso de inexperiência da vítima menor de 16 anos e maior de 14 passarão agora a ser crime. Pergunta-se se será este caminho absolutamente necessário em função de uma política de *ultima ratio* subjacente à intervenção do direito penal como “ordenador” de comportamentos, por um lado, e também tendo em atenção as próprias especificidades do conceito de acto sexual de relevo.

Violação de domicílio (190º n.º 2)

No que respeita ao crime de violação de domicílio, questiona-se se é adequado, sem mais, equiparar, na mesma descrição típica, a conduta daquele que com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa telefonar para a sua habitação ou (como agora se propõe) *para o seu telemóvel* (artigo 190.º, n.º 2). Tal comportamento, a ser criminalizado, devia ser autonomizado noutra norma ou ao menos noutra número dessa norma, pois o que está nela em causa é a protecção da privacidade, a paz e o sossego *dentro do espaço habitacional*. A aparente desindexação do comportamento, agora previsto, do requisito formal, que é o da transposição do espaço físico da habitação, torna questionável a sua utilidade efectiva, pois muitos outros tipos legais (injúria, ameaça, etc.) são susceptíveis de cobrir os mais dos comportamentos censuráveis praticados através do telemóvel. Admite-se, porém, que há comportamentos susceptíveis de causarem relevantes danos psicológicos (*v.g.*, ansiedade) que dificilmente serão abrangidos pelos preceitos preordenados à protecção da honra, da liberdade, etc. É o que sucede, por exemplo, com aquilo que os ingleses chamam de *stalking*: chamadas efectuadas para o telefone ou telemóvel de outra pessoa em que quem faz a chamada se coloca em silêncio e depois desliga.

Artigo 206º (extinção da responsabilidade criminal em relação a crimes contra o património)

A possibilidade de extinção da responsabilidade criminal agora prevista no artigo 206.º n.º 1, não é mais do que a consagração em forma de lei, e para crimes públicos, de algo que a prática judiciária há muito conhece para crimes semi-públicos e particulares: a desistência de queixa contra o pagamento de montante peticionado como reparação cível. Trata-se de mais um passo no processo de “privatização”

da lei penal, que parece razoável como forma de tutela dos interesses da vítima, notando-se que parece não haver lugar à extinção da responsabilidade no caso de nisso não haver acordo, mesmo havendo reparação total.

Crime de violação de obrigação de alimentos (250º)

O novo n.º 2 do artigo 250º, relativo à violação de obrigação de alimentos, é especialmente criticável e em tudo dispensável. Dispensável, porque era já entendimento uniforme (veja-se, para a doutrina, DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p., 631, § 35 e s.) que a previsão do n.º 1 da citada norma abrangia as situações estruturalmente análogas às acções livres na causa (artigo 20º n.º 4). Criticável porque, procurando alargar o âmbito da incriminação, restringe-o na verdade: para a condenação do agente (no caso do novel n.º 2) não basta que tenha agido com dolo enquanto elemento subjectivo geral da ilicitude (em qualquer das suas modalidades), como sucedia até agora; necessário é um elemento subjectivo especial da ilicitude (vulgo, dolo específico), qual seja a “intenção de não prestar alimentos”. Por essas razões impõe-se deixar a norma intocada.

Atestados falsos (Artigo 260º)

O novo n.º 3 do artigo 260º, suscita, igualmente, uma questão pertinente (que não se refere aos excessos e que poderá levar e susceptíveis de levarem os médicos a pura e simplesmente deixarem de atestar coisa que só a eles compete). Nele se diz que “na mesma pena [prisão até 2 anos ou multa até 240 dias] incorre quem passar atestado ou certificado referido nos números anteriores, *ignorando se correspondem à verdade os factos deles constantes*”. A equivocidade dessa incriminação está em poder levar à conclusão de que com ela se equipara, para efeitos sancionatórios, um comportamento doloso a um comportamento que na sua estrutura típica se reconduz a um erro sobre a factualidade típica (artigo 16º, n.º 1) e que, quando muito poderá ter o significado de ser comportamento negligente. Se essa leitura é correcta, deveria discriminar-se, para efeitos sancionatórios, o comportamento doloso do comportamento negligente.

Mas a leitura correcta não será esta. Trata-se, também, de um delito doloso uma vez que se deve entender que está implícito na incriminação que o agente sabe, e sabe de ciência certa, que ignora se os factos que atesta correspondem ou não à verdade. A solução é algo estranha, mas se é esta, então tal número (o novo n.º 3) é desnecessário, sendo mais curial, para evitar confusões, integrar esse novo e menos exigente estado subjectivo no n.º 1 da norma e em substituição do que está lá previsto. Se assim for feito, já se sabe que ela é susceptível de englobar, por maioria de razão, o elemento subjectivo que está hoje descrito nela

Crime de Associação criminosa (299.º n.º 5)

Questiona-se a opção de que só existirá uma associação criminosa se se estiver em presença de três ou mais pessoas; se será uma opção verdadeiramente pensada em função de alguma realidade criminológica nesta matéria. Então duas pessoas não podem, só por si, consubstanciar uma associação criminosa?

Crime de resistência e coacção a funcionário (347.º n.º 2).

Questiona-se a real valia do n.º 2 do artigo 347.º, que manda aplicar a mesma pena aplicável ao já antes descrito crime de resistência e coacção sobre funcionário àquele que desobedeça a sinal de paragem de (entre outros) agente policial e contra ele dirija veículo, com ou sem motor, que conduza. É questionável a equiparação da violência efectiva sobre funcionário a uma mera ameaça de violência (dirigir o veículo contra o funcionário). Abre-se agora a possibilidade de equiparar, para efeitos punitivos, aquele que agride barbaramente um guarda, para impedir que ele identifique o agressor, e aquele que, para não ser identificado, desobedece à ordem de paragem e dirige sobre ele a bicicleta que conduz.

353.º (violação de imposições, proibições ou interdições)

Também a nova redacção do artigo 353.º (violação de imposições, proibições ou interdições) parece equívoca. No sentido de deixar claro (se necessário fosse) que também imposição, proibição ou

interdição imposta por decisão proferida em processo sumaríssimo goza da tutela penal do artigo 353.º (coisa que, segundo cremos, já resultava claro do disposto no artigo 397.º n.º 2 do CPP), o ARCP acaba por criar mais uma fonte de confusão interpretativa. Com efeito, ao referir-se, sem mais, à “*pena aplicada em processo sumaríssimo*”, inculca que se nessa forma de processo for aplicada pena de proibição *enquanto pena de substituição* (como agora é possível nos termos do artigo 43º, nº 3), também tal decisão goza da tutela do artigo 353.º. E isso é criticável.

Criticável porque, no caso de violação de proibição imposta, *enquanto pena de substituição* (nos termos do já referido 43º, nº 3), por decisão final condenatória (não importa qual), a consequência é (deverá ser) a revogação da pena de substituição e o cumprimento da pena substituída (artigo 43º, nº 5), consequência à qual não deve acrescer (como parece não acrescer em todas as outras hipóteses previstas no artigo 353.º, que se referem a proibições, interdições e imposições fixadas *como pena acessória ou medida de segurança*), o processamento e eventual julgamento pelo crime previsto na norma em análise.

Por isso, uma redacção razoável do preceito seria esta: “*Quem violar imposições, proibições ou interdições determinadas por sentença criminal ou decisão proferida em processo sumaríssimo, a título de pena acessória ou de medida de segurança não privativa da liberdade ...*”.

É este o parecer da ASJP.