



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



INTERVENÇÃO

LUCÍLIA GAGO



REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL

EDIÇÃO ESPECIAL
ESTUDOS COMEMORATIVOS
DOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

INTERVENÇÃO

LUCÍLIA GAGO*

I. Já nos finais do século XIX, Adolf Merkel salientava que “a evolução do direito penal obedece à permanente tensão entre dois movimentos de sentido contrário: o abandono de áreas de criminalização e a conquista de novos espaços”.

Se as transformações sociais, culturais, tecnológicas, económicas ou mesmo políticas determinam a ponderação da necessidade de manutenção da criminalização ou de neocriminalização de determinadas condutas, demandam também ponderação em sentido contrário relativamente a outras antes entendidas como necessitadas de protecção penal.

A evolução do Código Penal de 1982 não foi alheia a essa tensão, garantindo, contudo — cremos que de modo equilibrado e proporcional —, o princípio de que o Direito Penal mantém a sua natureza de *ultima ratio*, à luz dos imperativos constitucionais de proporcionalidade em sentido amplo.

Desde a sua publicação, em 23 de Setembro desse ano, o Código Penal foi objecto de 55 alterações, tendo-se assistido também a um movimento de consagração de normas incriminadoras não codificadas, relativas a novas realidades carecidas de tutela penal ou a realidades pré-existentes que, até então, não tinham assumido dignidade penal.

Alterações que não se situaram apenas ao nível da criminalização, mas também da descriminalização.

Foi o caso, logo na primeira grande reforma de 1995 daquele compêndio legislativo, da descriminalização de algumas condutas contra a segurança do Estado e contra a autoridade pública, o que, conforme expresso no respetivo preâmbulo, numa manifestação do princípio da intervenção do Direito Penal como *ultima ratio*, encontrou fundamento “na consideração de que num

* Procuradora-Geral da República.

1 Citado in *Criminologia — O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, Reimpressão, Coimbra Editora, p. 398.

Estado de direito democrático estabilizado a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou formas análogas de actuação”, como escrevia Américo Taipa de Carvalho.

Na actual denominada “sociedade de risco”, o movimento de *neocriminalização* — em áreas como o ambiente, a saúde e biotecnologia ou a regulação económica — tem expandido as fronteiras do Direito Penal, muito além do Código Penal, antecipando a tutela penal.

Pese embora as diversas questões de dogmática que se colocam, desde logo em sede da função assumida pela teoria do bem jurídico, o Código Penal de 1982, nas suas sucessivas alterações, e também a legislação não codificada, acompanharam aquele movimento, reflectindo a evolução do pensamento dogmático e da estrutura axiológica que orienta o *dever-ser* na sociedade e a influência direta do Direito da União Europeia e de diversas Convenções Internacionais de que Portugal é parte.

Tal evolução não foi também imune à questão da necessidade de conciliar os valores da liberdade e da segurança, ou, dito de outro modo, à questão do equilíbrio “entre a garantia dos direitos individuais fundamentais e a defesa da sociedade e dos valores pessoais e comunitários”², sendo merecedora de destaque a atenção do legislador às penas e às suas finalidades.

Como se explana no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, “Não sendo o único instrumento de combate à criminalidade, o Código Penal deve constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade.”

Destacando, a propósito, *a inovação constante do artigo 40.º ao consagrar que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança é “a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”*, face à qual — conjugada com relevantes normas constitucionais, desde logo com o artigo 18.º da Constituição — a prevenção geral surge num primeiro patamar do desígnio das penas, numa perspectiva positiva, de integração, de reposição da confiança da comunidade na validade da norma jurídica violada e de reforço da consciência do *dever-ser*. Por respeito ao princípio da culpa, é afastada qualquer concepção retributiva da pena, impondo o Estado de Direito democrático um direito penal (re)socializador.

2 *Direito Penal - Parte Geral: Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Américo Taipa de Carvalho.

Este é um dos mais relevantes exemplos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na tradicional visão kantiana da rejeição da pessoa como instrumento, mas como sujeito responsável³, e dela deriva igualmente uma visão *solidarista* do sujeito enquanto membro da comunidade⁴.

Centremo-nos, pois, em concretas alterações que evidenciam uma evolução do Código Penal no sentido de procurar conciliar os valores fundamentais da liberdade e da segurança, numa perspectiva de concretização do Estado de Direito, nas suas diferentes exteriorizações individuais e comunitárias, num movimento de crescente respeito pelos direitos das pessoas e pelo interesse comum em ver realizada uma sociedade justa e igualitária.

II. A dogmática penal, na perspectiva da protecção dos direitos das pessoas, tem-se orientado no sentido da tutela da liberdade, por contraposição à rígida imposição de cânones dogmáticos e morais.

O que surge, cremos, em resposta à própria evolução sociocultural das últimas décadas, num movimento pós-moderno, segundo o qual o Direito parte da vida, cola-se à realidade — como reflectia António Hespanha, nas *Promessas e Perigos do Pós-Legalismo*.

A não muito longínqua descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, mediante condições legalmente previstas, e, mais recentemente, os movimentos legislativos no sentido de criminalizar práticas de reorientação sexual, violadoras do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da identidade de género e da liberdade de orientação sexual, são [apenas] dois exemplos de como, para utilizar a expressão de Herbert Hart, o consenso social gera o Direito, tal como serão exemplo do humanismo solidário que Roxin tão bem reconhece à tutela penal.

Por outro lado, nos últimos anos assiste-se a um afastamento pelos Códigos Penais europeus da *matriz moralista da delimitação do bem jurídico* (nas

3 “Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio.”

4 Pedro Vaz Pato, in “Os fins das penas e a prática judiciária — algumas questões”, *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal* (acção de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira no dia 1 de Julho de 2011), p. 18.

palavras de Inês Ferreira Leite⁵), tendo a tutela penal abandonado a estrita perspectiva social da moralidade e passado a centrar-se na liberdade e, também, na dignidade da pessoa.

Seguindo essa perspectiva, a reforma do Código Penal operada em 95 veio deslocar os *crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, abandonando-se a concepção moralista (“sentimentos gerais de moralidade”), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais*⁶.

Foi precisamente a dignidade da pessoa humana — proclamada no artigo 1.º da Constituição — que, sendo erigida nalguns ilícitos nucleares, como o crime de violência doméstica, à categoria de bem jurídico tutelado, viu o respetivo âmbito de protecção reforçado nas várias reformas do Código Penal, desde logo na reforma de 1995.

Disso é exemplo a equiparação dos maus-tratos psíquicos aos maus-tratos físicos no tipo penal da violência doméstica e, bem assim, o hoje evidente preenchimento do tipo de violência doméstica contra criança ou jovem nas circunstâncias em que os maus-tratos são cometidos na sua presença.

As últimas — e recentes — alterações ao artigo 152.º foram sem dúvida no caminho da clarificação e da autonomização do valor jurídico que deve ser atribuído ao desenvolvimento saudável da criança e do jovem em contexto intrafamiliar.

Não obstante o aumento do limite da pena abstracta que resultou da reforma de 95, o crime deixou de ter natureza pública para o respectivo procedimento criminal passar a depender de queixa. Só três anos depois seria introduzida uma natureza híbrida em que era possível iniciar o procedimento criminal se o interesse da vítima o impusesse. Hoje, apesar da natureza pública do ilícito, continuamos a ser confrontados com a possibilidade de recusa de prestação de declarações perante a existência de laço familiar ou de coabitação que o justifique.

5 “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 21, Janeiro-Março de 2011, p. 30 [pp. 29-94].

6 Preâmbulo do DL 48/95, de 15/3.

Opção do legislador penal que reflecte o respeito por valores de autonomia decisória das vítimas relativamente ao que considera ser o seu interesse e uma forma de auto-protecção face à sua natural ambivalência no quadro da estrutura de relações intrafamiliares, mas que reclama aperfeiçoamento com vista a garantir quer a eficaz tutela penal quer a efectiva protecção das vítimas.

Protecção que se deverá concretizar através de mecanismos processuais penais sobre os quais não nos debruçaremos em profundidade nesta sede, relativos, designadamente, às condições em que as vítimas prestam declarações e à obrigatoriedade das declarações para memória futura de crianças vítimas de violência doméstica e que se encontrem em situação de risco elevado, conforme preconizado nas determinações contidas na nossa Directiva n.º 5/2019, de 15 de Novembro, instrumento hierárquico vinculativo para a magistratura do Ministério Público no qual se estabelecem procedimentos específicos de investigação de crimes de violência doméstica e de articulação entre as jurisdições criminal e de família e crianças, em particular no âmbito das Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica (SEIVD)⁷.

Devendo ter-se sempre presente que o recurso a tais mecanismos processuais, designadamente a declarações para memória futura, tem como finalidade proteger a vítima e obstar à sua revitimização, o que exige que sejam efetivamente atendidos e valorados em sede probatória, independentemente da posição que a vítima venha a adoptar quando, por exemplo, é indevidamente convocada para comparecer em audiência, sem que seja considerada a sua potencial revitimização.

No domínio dos crimes sexuais, o crime de violação é um dos exemplos de significativa evolução no sentido do reforço da protecção da liberdade e da dignidade da pessoa.

Com as alterações introduzidas ao Código Penal em 1998⁸, o tipo objectivo do crime de violação deixou de punir somente o acto praticado com violência ou ameaça grave, numa clara assunção de uma nova visão dos valores da liberdade sexual e da dignidade da pessoa. Visão que orientou as

7 <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

8 Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

alterações introduzidas em 2007⁹ e 2015¹⁰. Mais recentemente, através da Lei n.º 101/2019, foi aditado um número ao artigo 164.º do Código Penal, através do qual o legislador esclarece que por *constrangimento* deve entender-se, em síntese, o acto praticado contra a vontade cognoscível da vítima.

Perspectiva que igualmente se pode encontrar no agravamento das molduras penais nas várias alterações introduzidas entre 1995 e 2005 a este tipo penal.

Os dois exemplos apontados — crime de violência doméstica e crime de violação — revelam também a influência direta de normas internacionais convencionais no nosso Direito Penal e, em particular, no Código Penal.

Com efeito, as Convenções do Conselho da Europa, imbuídas no espírito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, têm servido de importantíssimo impulso para a progressão dos crimes contra as pessoas — o que sucede, em particular, com a Convenção de Istambul.

À luz desta Convenção, o sistema penal português tem conferido cada vez maior proteção às vítimas de crimes enquadrados no grande fenómeno da violência conjugal, de género e contra as mulheres, onde aqui também se incluem os crimes sexuais — vítimas que são hoje, por definição e imposição legal, especialmente vulneráveis.

No âmbito deste tipo de criminalidade tem sido discutida a adequação da natureza pública do crime, mormente do crime de violação. Nesta ponderação, ter-se-á de assinalar que, por um lado, nos crimes públicos, o Estado assume-se como o primeiro (e, por vezes, único) interessado na perseguição penal, atendendo à gravidade e à repercussão social dos factos e, por outro lado, que nos crimes sexuais haverá ainda que respeitar e considerar o interesse da vítima e os seus direitos fundamentais, potencialmente afetados com a necessária exposição no processo-crime da lesão da sua intimidade sexual.

Motivos pelos quais na doutrina, mais concretamente, a Professora Maria João Antunes, escrevia que “nesta matéria estamos na presença de crime que contende de uma forma particular com a esfera da intimidade, pelo que à vítima cabe decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob

9 Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

10 Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto.

pena, de outra forma, de poderem, frustrar-se as intenções político-criminais que, nestes casos, se pretenderam alcançar com a criminalização”¹¹.

Fundada nesta ordem de ideias, sinalizamos a proposta contida em parecer do Conselho Superior do Ministério Público¹² sobre projecto de Lei¹³ que visava alterar a natureza do crime de violação, tornando-o público. Proposta que deu origem ao actual n.º 4 do artigo 178.º do Código Penal, cujo regime híbrido permite ao Ministério Público ponderar, caso a caso, a instauração e o prosseguimento da acção penal, tendo sempre presente os especiais interesses da vítima.

Norma que permite adequar o actual Direito Penal português aos desideratos da Convenção de Istambul, numa lógica constitucional de concordância prática entre interesses conflitantes — o do Estado e da comunidade no exercício da acção penal e o da vítima, garantindo, desde logo, protecção contra potencial “revitimização” e estigmatização.

No plano das finalidades das penas e ainda na perspectiva da vítima — em particular, da vítima especialmente vulnerável — não poderemos deixar de assinalar a evolução da legislação no sentido de reconhecer, na esteira do moderno Direito Penal, a força atractiva da promoção da reparação da vítima enquanto factor positivo no restabelecimento da paz junto da comunidade e de cada vítima, constituindo-se assim também como um fundamental instrumento de prevenção.

III. Num outro âmbito de tutela penal, em que os interesses penalmente tutelados se assumem, essencialmente, como colectivos ou supra-individuais — embora as suas consequências se possam reflectir na esfera jurídica de pessoas individuais (colectivas ou singulares) —, merece destaque a atenção dada pelo legislador penal ao crime de corrupção.

11 Maria João Antunes, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, p. 896 e 897.

12 In <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938784e6d51775a6a4e6a4e4330324e6a63304c5451335a6d4974596a56684e4330774d574d7a4d57466c4d6a41344e6d59756347526d&fich=16d0f3c4-6674-47fb-b5a4-01c31ae2086f.pdf&Inline=true>

13 PL n.º 665/XII/4.ª (BE).

A corrupção — e, numa perspectiva mais abrangente, outros comportamentos ilícitos com ela conexos — constitui um domínio de realidades penalmente tuteladas em que a legislação penal — Código Penal e legislação não codificada — mais impressivamente sofreu alterações.

A corrupção é, na feliz caracterização de alguns autores, “um conceito volátil, fluido e flexível que varia no espaço e no tempo”¹⁴, é *um fenómeno “de geometria variável”, “poliédrico” ou “fragmentário”*¹⁵ que, considerando as multifacetadas formas que assume, tem sido definido de modo diverso e inconsistente.

Independentemente da definição assumida, cremos aceitar-se que os comportamentos corruptivos — sejam aqueles a que se atém a clássica repartição entre corrupção activa e passiva, sejam todos os demais comportamentos de natureza e características conexas ou similares — constituem, tal como expresso no Preâmbulo da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa¹⁶, “uma ameaça para o Estado de direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade”.

Contribuindo, assim, nas palavras de Eduardo da Silva Figueiredo, “(...) *inter alia*, para o desvio de fundos públicos e para a sua aplicação desigualitária e ineficiente, para a degeneração da representação política e erosão da legalidade democrática, para a degradação da confiança nas instituições, para a disfuncionalidade nos setores público e privado, para a proliferação do populismo iliberal, para o aumento da violência e da criminalidade, para o aprofundamento da desigualdade política, social e económica, para a desmoralização das forças sociais e para a violação de direitos fundamentais

14 Sousa, L. e Triães, J. (2008). *Corrupção e os Portugueses: Atitudes, Práticas e Valores*. Cascais, RCP Edições.

15 Adjectivações citadas in “Uma abordagem da Corrupção à Luz dos Direitos Humanos? Desafios e (Im)Possibilidades”, Eduardo António da Silva Figueiredo, autor a que igualmente pertence o resto da citação. Consultável em https://www.cpc.tcontas.pt/projetos/cpc_ciencia/edicao_02/Eduardo_Figueiredo_Uma_abordagem_da_corrupcao.pdf

16 Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26/10; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, de 26/10. Início de vigência em Portugal em 1/9/2002.

e humanos de todas as pessoas (e, especialmente, daquelas que se encontram em situações de maior vulnerabilidade)”¹⁷.

Ao que não pode deixar de se acrescentar a estreita relação dos comportamentos corruptivos com outras actividades criminosas, situadas designadamente no âmbito da criminalidade organizada, muitas vezes de matriz internacional, e da criminalidade económico-financeira em sentido amplo, designadamente do branqueamento de capitais.

Reconhecendo os efeitos perniciosos das condutas corruptivas no tecido social e económico e na estrutura do Estado, pondo em causa princípios fundamentais de igualdade e solidariedade, comprometendo “a proteção e a efetivação dos direitos e liberdades”¹⁸ dos cidadãos e consequentemente o Estado de Direito, o quadro normativo português foi objecto de relevantes alterações legislativas, acompanhando também as preocupações de várias instâncias internacionais. Tais alterações incidiram não apenas no reforço da tutela penal dos comportamentos tradicionalmente seu objecto, como igualmente na neocriminalização de outras condutas situadas em áreas que os tipos incriminadores já existentes não consentiam.

É sintomático que, decorrido apenas um ano sobre a entrada em vigor do Código Penal de 82, o Decreto-Lei 371/83, de 6 de Outubro, “na linha de uma política de pragmático combate à corrupção e outras fraudes e de moralização dos comportamentos administrativos”, tenha introduzido relevantes alterações aos tipos penais previstos nos artigos 420º a 423º daquele Código, na sua versão originária, deixando, contudo, inalteradas as molduras penais¹⁹.

Em 1987, a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, veio prever, pela primeira vez, os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos cometidos no exercício de funções, entre os quais os crimes de corrupção e outros crimes de similar natureza, assim colmatando, em conjugação com o regime legal

17 In “Uma abordagem da Corrupção à Luz dos Direitos Humanos? Desafios e (Im)Possibilidades”, pág. 11 e 12, na assumpção dos efeitos da corrupção expostos por outros autores.

18 *Idem*.

19 Entre as quais se destaca o alargamento do conceito de funcionário e a possibilidade de isenção da pena para qualquer dos agentes e não apenas ao agente da corrupção activa, e a extensão de soluções previstas no Código Penal a outros comportamentos mercedores de igual tratamento. Deixa, contudo, alteradas as molduras penais.

relativo aos deveres e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos previsto na Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, uma evidente lacuna de punibilidade.

Relevante neste domínio, a revisão de 95, inspirada noutros Códigos Penais europeus, reintroduziu a incriminação do tráfico de influência (artigo 335.º) que havia sido eliminado pelo Código de 1982, o que visou, nas palavras de Maia Gonçalves, “colmatar eventuais lacunas na incriminação de condutas manifestamente censuráveis e que, sem ele, poderiam escapar à punição por impossibilidade de subsunção a tipos afins ou conexos, designadamente aos de corrupção, de burla e de abuso de autoridade por funcionários”²⁰, tendo obedecido, no entender de Leal Henriques e Simas Santos²¹, “a propósitos de moralização do Estado e resulta de situações criadas pela modernização e globalização da vida em sociedade”.

Não obstante os tipos legais incriminadores de comportamentos corruptivos revelarem dificuldades de aplicação prática de todos conhecidas, só em 2001, impelido pelo direito convencional, o legislador penal veio introduzir relevantes alterações.

O que fez com a introdução na ordem jurídica portuguesa da inovadora incriminação de corrupção de agentes públicos estrangeiros no âmbito do comércio internacional²², com o alargamento da incriminação do crime de tráfico de influência, com a simplificação da descrição típica dos crimes de corrupção para acto ilícito e acto lícito, com o ajustamento das incriminações específicas dos titulares de cargos políticos à evolução do Código Penal nesta matéria e, ainda, com a criminalização dos actos de corrupção envolvendo funcionários europeus ou agentes públicos de outros países da União Europeia, bem como os actos de corrupção no sector privado²³.

20 In *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, Almedina, p. 1030.

21 In *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3.ª Ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000, p. 1471.

22 Cfr. a Lei n.º 13/2001, de 4 de Junho, que, dando cumprimento ao disposto na Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, aditou o artigo 41.º -A ao DL n.º 28/84, de 20/1. A Convenção foi adoptada em Paris em 17.12.1997, sob a égide da OCDE, e ratificada por Portugal em 31 de Março de 2000 (Decreto Presidencial n.º 9/2000 e Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000).

23 Cfr. as alterações introduzidas pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, em cumprimento das obrigações decorrentes para Portugal da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, e da Acção Comum do Conselho, de 22.12.1998, e pela necessidade de tornar mais eficaz a repressão penal das condutas corruptivas e similares.

Até 2010, essencialmente por força de imposições internacionais e da União Europeia, as intervenções legislativas intermédias em áreas também conexas com os crimes de matriz corruptiva, incidiram, no que se tem como mais relevante, na inserção do crime de branqueamento no Código Penal e na profunda reformulação do regime de responsabilidade criminal das pessoas colectivas, abarcando também os crimes de corrupção e similares²⁴ e na reformulação do *regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva*²⁵.

Ainda no âmbito substantivo, assinala-se a reformulação operada pela Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, da inserção sistemática e da previsão dos tipos de crime de corrupção no comércio internacional e no sector privado, criando assim, um regime específico de repressão penal destes comportamentos²⁶.

Apenas em 2010, com a revisão operada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, que procedeu à 25.ª alteração ao Código Penal, teve lugar uma profunda alteração à codificação do fenómeno corruptivo, acompanhada pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, no âmbito do regime dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos²⁷, que, a partir daquela lei (e até à recente Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro), passou também a aplicar-se aos titulares de altos cargos públicos.

Salienta-se a inovatória consagração do crime de “recebimento indevido de vantagem” (artigo 372.º), mantendo-se, a par, a previsão da “corrupção activa” (artigo 374.º). A corrupção passiva para acto lícito e ilícito deixou de estar prevista em diferentes artigos, passando a conformar os n.ºs 1 e 2 do artigo 373.º, foram aditadas duas novas normas referentes à “Agravação” e “Dispensa ou atenuação de pena” (artigos 374.º-A e 374.º-B), foram alargados

24 Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

25 Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto — reformulou as incriminações que já em 1991 tinham sido introduzidas pelo DL 390/91, de 10 de Outubro, e no qual se assumiu expressamente a tutela de interesses supra individuais *lealdade, a correção da competição e do seu resultado e o respeito pela ética na actividade desportiva*.

26 O que pretendeu dar cumprimento às imposições decorrentes da Convenção da ONU contra a Corrupção, adoptada em 31 de Outubro de 2003, assinada por Portugal em 11.12.2003 e ratificada em 21 de Setembro de 2007, através do Decreto Presidencial n.º 97/2007 e da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, e à já referida Convenção da OCDE.

27 Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

os prazos de prescrição e ampliou-se o conceito de funcionário previsto no artigo 386.º do Código Penal.

Todo o referido quadro normativo viria a ser objeto de novas alterações com a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, em resposta às recomendações feitas pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção (GRECO), pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). Destaca-se a inserção dos crimes de corrupção no sector privado e no comércio internacional no elenco de crimes que, em 2010, viram o prazo de prescrição alargado, o agravamento das molduras penais do crime de tráfico de influência, a punição da tentativa do crime de corrupção activa, o alargamento da tipicidade dos crimes de peculato e peculato de uso às coisas imóveis e o alargamento das situações equiparadas ao conceito de funcionário.

Finalmente, na sequência da actividade desenvolvida pelo Grupo de Trabalho criado para definição de uma estratégia anticorrupção²⁸, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de Abril, aprovou a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, que, sem descurar a vertente repressiva, incidiu, na sua essencialidade, na vertente preventiva.

Em sua concretização, a Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro introduziu alterações ao Código Penal e às demais leis que integram o quadro normativo substantivo²⁹ — Código Penal e legislação não codificada — em matéria de corrupção e criminalidade similar.

No contexto evolutivo sintetizado, merecem igualmente menção as novas incriminações introduzidas pelas Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro, em matéria de urbanismo, as quais pretenderam abarcar outras realidades que, não raro, tinham subjacente a violação ilícita dos deveres de função, não sendo contudo objecto de tutela penal directa.

Área que, pelos valores imanentes, com clara protecção constitucional, reclamava essa tutela penal, quer do ponto de vista da protecção dos valores

28 Criado por despacho dos membros do Governo das áreas das finanças e da justiça, de 21 de Fevereiro de 2020.

29 Bem como a outros diplomas legais, desde logo o Código de Processo Penal.

que devem conformar a actuação administrativa — e que consabidamente eram reiteradamente violados —, quer ainda na perspectiva da protecção de direitos fundamentais.

Foram, assim, introduzidos no Código Penal, o crime de “violação das regras urbanísticas” praticado por particular (artigo 278.º-A), o mesmo crime praticado por funcionário (artigo 382.º-A) e, na Lei n.º 34/87, de 16 de julho, ainda o mesmo crime praticado por titular de cargo político (artigo 18.º-A).

Subjacente a esta incriminação está a protecção de interesses e valores comunitários, centrados no desenvolvimento económico e social, na preservação da natureza e na melhoria da qualidade do ambiente, na protecção do património ecológico, cultural e arquitectónico, não lhe sendo, no entanto, estranha a tutela da integridade do exercício de funções públicas pelo funcionário, como defende Paulo Pinto de Albuquerque³⁰.

Estão, pois, em causa direitos e valores com assento constitucional cuja defesa constitui tarefa fundamental do Estado (artigo 9.º, als. b), d) e e) da CRP) e cuja protecção foi tradicionalmente atribuída à área do direito administrativo.

Poderá, por isso, questionar-se a necessidade de intervenção do Direito Penal, desde logo em atenção ao princípio da intervenção mínima.

O enquadramento da realidade tutelada pelos novos crimes em referência, e a, pelo menos aparente, *insuficiência dos mecanismos sancionatórios do Direito Administrativo*, ou a sua ineficácia constituirão, assim, a justificação da tutela penal daqueles comportamentos.

Tal como entende o Professor Costa Andrade “a carência de tutela penal dá expressão ao princípio de subsidiariedade e de *última ratio* do direito penal”. Para “que a tutela penal seja adequada e necessária para a prevenção da danosidade social” haverá que lançar mão de um “duplo e complementar juízo: em primeiro lugar um juízo de necessidade por ausência de alternativa idónea e eficaz da tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados

30 *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2.ª Edição, 2010, p. 1015.

no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade³¹.

Todo o percurso evolutivo da tutela penal de comportamentos corruptivos, a par com os diversos mecanismos que foram sendo criados para reforçar a eficácia daquela tutela, revela o esforço do legislador penal em encontrar meios de reacção eficazes, impulsionado ou não por obrigações internacionalmente assumidas, mas seguramente impulsionado pela realidade inegável da não contenção de um fenómeno altamente corrosivo das estruturas do Estado e de direitos fundamentais inalienáveis.

Sem esgotar as alterações operadas, e em apertada síntese, das mesmas resulta a procura de uma melhor resposta às dificuldades probatórias decorrentes da natureza e complexidade deste tipo de criminalidade a que corresponderam *alterações de tipicidades relativamente aos crimes já previstos*, o agravamento da reacção penal em sede de molduras penais, a previsão e correcção de mecanismos de dispensa ou atenuação da pena *político-criminalmente justificados* tendo presentes as específicas características desta criminalidade, desde logo o designado “pacto de silêncio”, a responsabilização criminal das pessoas colectivas e o seu ajustamento a incriminações inicialmente excluídas do seu âmbito, o alargamento dos prazos de prescrição do procedimento criminal em medida ajustada à natureza, características e complexidades destes crimes, a concretização da norma contida no n.º 3 do artigo 117.º da Constituição relativamente aos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos cometidos no exercício de funções.

A par, e tendo em vista conferir tutela penal a realidades não contidas na tipicidade dos tradicionais crimes de corrupção, regista-se igualmente, em regra por impulso externo, uma forte tendência neocriminalizadora, reveladora, para alguns, de um excesso de intervenção penal, mas que a defesa dos direitos e valores que lhe são imanentes não deixa de justificar em prol da efectivação plena do Estado de Direito.

Não deixamos, contudo, de acompanhar Damião da Cunha, em afirmação de 2016³², que, sem prejuízo dos avanços registados, mantém actualidade: “Não se podendo censurar os propósitos do legislador nacional, em particu-

31 In *RPCC* 2, 1992, pp. 186-190.

32 “As Alterações Legislativas em Matéria de Corrupção (A Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril, e suas consequências)”, in *Revista Julgar Online*, Novembro de 2016, p. 51.

lar quando está em causa a “atualização” de soluções, a correção de soluções legislativas menos felizes e sobretudo o contribuir para uma mais efectiva repressão da corrupção, a verdade é que a complexidade jurídica da matéria, a sua especialização temática — nomeadamente pelas ligações a outros domínios, mesmo para efeito de redação das incriminações — exigem que as legítimas (mesmo que, porventura, discutíveis) opções político-criminais, aprovadas no Parlamento, sejam vertidas em letra de lei, com apoio ou assessoria técnico-jurídica qualificada. Com efeito, a dificuldade conceitual do tema, a dispersão normativa (a corrupção encontra-se regulada em diversos Diplomas), não podem ser circunstâncias justificativas para uma concretização legal ‘amadora”.

Em qualquer caso, em fenómenos criminais como o crime de corrupção e infracções conexas cujas raízes históricas e efeitos nefastos são bem conhecidos, importa que, a montante da reacção penal e para que a jusante se possam obter resultados eficazes, se implemente e concretize uma verdadeira política de prevenção transversal a todos os sectores da sociedade.

Creemos que apenas a conjugação de mecanismos eficazes de prevenção, aliados a mecanismos de reacção penal repressiva proporcionais e situados no limite das necessidades de tutela penal, permitirão, também neste domínio, enfrentar os desafios das transformações tecnológicas, sociais, culturais e económicas, que, a um nível global, se sucedem a um ritmo que o Direito, e não só o Direito Penal, tem dificuldade de acompanhar.