



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

MARIA FERNANDA PALMA



**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>

40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

MARIA FERNANDA PALMA*

Magnífico Reitor da Universidade Lusófona
Senhor Professor Faria Costa, Caro Amigo
Caros Colegas e Ilustres Convidados

Antes mesmo de dar início a uma breve alocução sobre o significado, hoje, do Código Penal de 1982, deixem-me lembrar que neste preciso ano a Constituição liberal de 1822 fez 200 anos e que ela inscreveu no seu artigo 10º a perentória ideia de que o Direito Penal só seria legítimo no caso de ser estritamente necessário: “nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade”.

Esta máxima, que era oriunda da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (precisamente do seu artigo 8º), fundamentava o Direito Penal, como Direito do Estado, numa associação política racional de pessoas livres.

O Código de 1852-1886, que vigorou durante mais de um século com inúmeras alterações e vicissitudes, nunca se afastou em absoluto da génese liberal do movimento da codificação, mas é óbvio que tinha ficado desfasado historicamente durante o Estado Novo e carecia de reforma.

Mas o problema que se colocou durante o “Estado Novo” foi, sem dúvida, a inviabilidade de uma reforma que compatibilizasse uma conceção do Estado limitada por uma moral tradicional, visando a construção de um coletivo sedimentado em valores conservadores e assente numa perspetiva autoritária (contendo limitações aos direitos fundamentais, à própria liberdade de expressão do pensamento, e em que persistia uma anacrónica dimensão colonial), com uma Universidade que, sobretudo pela voz de Eduardo Correia¹, era guardiã do pensamento científico atualizado, das

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Autor da notável obra científica orientadora de várias gerações de estudantes de Direito Penal, entre outras obras, o seu manual *Direito Criminal*, 2 vols., Coimbra Editora, 1964, reimp.1971.

novas tendências internacionais sobre o problema penal, com contenção de ideias meramente retributivas e destaque para a defesa da sociedade e a ressocialização.

Aliás, também em Lisboa o pensamento de Cavaleiro Ferreira² contribuiu para a relevância do que na altura se entendia por princípio da culpa (na reforma de 1954, concretizada sobretudo na renúncia à fixidez das penas).

Em geral, a Universidade, que manteve a informação e os contactos académicos relevantes com a Europa, nomeadamente com a doutrina alemã, não era terreno fértil para um novo Código Penal de matriz autoritária, como aconteceu em Itália, e manteve acesa a luz do pensamento sobre o crime, a pena e os critérios da responsabilidade penal.

O projeto Eduardo Correia de 1963³ é exemplo manifesto dessa resistência universitária a um desvio autoritário da legislação penal⁴, apesar de leis esporádicas que, aplicadas à oposição política, criaram as famigeradas medidas de segurança para os opositores ao regime e os tribunais plenários de má memória.

Após a Revolução de 25 de Abril, tornava-se insustentável que o Código do século XIX, com as suas adaptações desfasadas do pensamento científico sobre o Direito Penal guardado nas Universidades, se mantivesse em vigor.

O Código de 1982 surgiu assim como um produto do pensamento penal da época, inspirado já em algumas reformas penais europeias, mas, ainda assim, tímido e algo antiquado em certas matérias como os crimes contra a liberdade sexual, que se inseriam nos crimes contra os fundamentos éticos e sociais da vida em sociedade, ou na matéria da interrupção voluntária da gravidez, em que apenas se poderia inferir sistematicamente a exclusão da ilicitude por estado de necessidade (e em relação aos quais só após 1984 veio a admitir-se a exclusão da ilicitude no crime de aborto nos casos de indicações).

Este novo Código, sistematicamente atualizado, influenciado determinantemente pelo pensamento de Eduardo Correia e pela sua Escola, que

2 Também as lições de Cavaleiro de Ferreira elevaram o pensamento penal português a um notável nível filosófico e científico; veja-se, a esse propósito, Maria Fernanda Palma, em *A Faculdade de Direito de Lisboa no seu centenário*, coord. Martim de Albuquerque e outros, vol. I, pp. 129-133, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

3 Cfr. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, Ministério da Justiça, Lisboa, 1963.

4 Cfr. Palma, Maria Fernanda, texto cit., loc. cit., *supra* nota 2.

procurava reunir culpa e prevenção especial⁵, sobretudo na figura altamente discutível da pena relativamente indeterminada, era, sem dúvida, um passo importante para um sistema penal do século XX. Era um Código bem organizado, bem articulado e com quadros racionais perceptíveis pelos tribunais.

Mas, como se evidenciou nos exemplos referidos, não era um Código totalmente ajustado à plena democratização da sociedade sobretudo em áreas como as finalidades das penas, a função das penas alternativas à prisão, a conceção e a tipificação dos crimes contra a liberdade sexual ou o tratamento da questão do aborto.

As reformas de 1995, 1998 e 2007, bem como as alterações intermédias, superaram progressivamente essas dificuldades.

Na estrutura sistemática, o Código de 1982 revisto funciona adequadamente. O problema que hoje nos interpela é saber se estamos de novo num momento de reforma. Vários momentos anteriores para além das grandes revisões introduziram importantes alterações como a transformação dos crimes de maus tratos e violência doméstica em crimes públicos, o alargamento dos casos de interrupção voluntária da gravidez, a despenalização do consumo de droga, a previsão de crimes contra animais e as alterações decorrentes da Convenção de Istambul em matéria de casamentos forçados ou de mutilação genital feminina. No entanto, a alteração operada nos crimes sexuais em 2019⁶, sobretudo no âmbito da violação, foi uma oportunidade perdida para efetuar uma reforma em sentido idêntico ao que ocorreu recentemente em Espanha⁷.

As tímidas alterações introduzidas no artigo 164º do Código Penal estiveram aquém das necessidades do tempo presente e do que exige a total proteção dos direitos das vítimas mais vulneráveis, em geral, mas não necessariamente, as mulheres, em relações de poder sexual.

5 Cfr. Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, I, ob. cit., p. 315 e ss.

6 Sobre essa alteração, cfr. Pedro Caeiro, “Observações sobre a projectada reforma dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, Comissão dos Assuntos Constitucionais, A.R., Lisboa, 2019 e criticamente Maria Fernanda Palma, “Os crimes sexuais na reforma penal portuguesa”, e ainda *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 15, pp. 11-21, AAFDL, Lisboa, 2022.

7 Cfr. Elena Ceballos e outros, coord. Miguel Ángel Hernandez, *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022.

É apenas a esse tema que dedicarei as minhas palavras finais, para suscitar a reflexão sobre dois tópicos: Estamos num momento de reforma dos crimes sexuais? Quais as questões mais relevantes e a sua relação com os princípios constitucionais de Direito Penal?

Quanto à primeira questão, a resposta poderá ser afirmativa por várias razões:

1.^a — Há um impulso europeu no sentido da recolocação dos fundamentos do crime de violação e da atuação do sistema sobre os agentes desses crimes. Tal impulso plasma-se num projeto de diretiva que orienta os sistemas penais para a redefinição dos crimes sexuais e sobretudo a violação, dando relevância à ausência de consentimento explícito como base da incriminação. Nessa linha, aliás, é claríssima a reforma espanhola.⁸

2.^a — Há cada vez mais a consciência da importância em áreas aparentemente menos nucleares, como na proteção de dados, da exigência de consentimento explícito.

3.^a — A consciência da autonomia sexual como base da dignidade de cada pessoa, mesmo no seio das relações familiares, torna-se indiscutível e necessariamente um objetivo do Estado de Direito democrático.

Contra a configuração do tipo ou tipos incriminadores da violação com base no desrespeito do consentimento ou na ignorância consciente do consentimento, suscita-se o argumento da dificuldade de provar o dolo do agente e das probabilidades elevadas de erro no âmbito das relações sexuais culturalmente dominantes.

Este argumento, que pode seduzir os tribunais a braços com as dificuldades da equivocidade da prova, tem-nos remetido para uma situação legislativa em que a tipificação objetiva do facto é condicionada pela tipificação subjetiva. Assim, são as dificuldades de configuração e prova do dolo que debilitam a afirmatividade do comportamento lesivo dos bens jurídicos em causa.⁹

O atual artigo 164º do Código Penal, através do critério estabelecido no seu n.º 3, em que se define o constrangimento como qualquer meio empregue

8 Ob. cit., loc. cit., p. 275 e ss.

9 Cfr. Maria Fernanda Palma, “Os crimes sexuais na reforma penal portuguesa” cit., em *Anatomia do Crime*, n.º 15 e “Los Delitos Sexuales en La Reforma Penal Portuguesa: Nuevas Comprensiones de lo Humano y El Principio de la Necesidad de la Pena”, em Elena Ceballos, *Los Delitos Contra la Libertad Sexual*, ob.cit., pp. 225-231.

para a prática dos atos de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal, anal, oral de partes do corpo ou objeto contra a vontade cognoscível da vítima, vem admitir que o comportamento típico, a violação do bem jurídico, se desvanecerá quando não seja cognoscível a vontade da vítima pelo agente ou pelo homem médio.

Assim, a violação é subjetivada, é definida pelas possibilidades médias de conhecimento em contactos culturais, e não é feita a separação entre o comportamento lesivo do bem jurídico — a liberdade sexual — e as representações medianas do agente no contexto cultural.

Diferentemente da maioria dos comportamentos típicos em que o consentimento objetivo é diferenciado do subjetivo — por exemplo, no homicídio, o tipo objetivo é a morte da outra pessoa e o tipo subjetivo o dolo (conhecimento e vontade), cuja inexistência se traduz num caso de erro excludente do dolo, no caso da violação é logo delimitada a conduta típica objetiva a pretexto da ausência de cognoscibilidade da vontade da vítima (dispensando o consentimento). Esta subjetivação do comportamento típico afasta indícios manifestos de crime e paralisa a investigação criminal.

A necessidade de elevar o patamar de reprovabilidade da violação impede esta subjetivação. O Direito Penal, tal como Almeida Garrett dizia do teatro, é uma forma de civilização, mas não prospera onde ela não existe.

A exigência de reforma nesta e noutras matérias é a herança do espírito reformador de 1822, que se manteve no desafio do projeto Eduardo Correia e no novo Código de 1982, na revisão de 1995 (em que foi fundamental a figura de Figueiredo Dias), nas reformas de 1998 e 2007, orientadas para a proteção das vítimas vulneráveis e de novos bens jurídicos, nas quais a Faculdade de Direito de Lisboa esteve representada ao mais alto nível pelos Ministérios da Justiça e da Administração Interna e pela Unidade de Missão para a Reforma Penal.

Em todos os casos, as reformas políticas receberam o pensamento cultivado da Universidade. Estou certa de que assim continuará a ser no futuro, num Estado de Direito democrático orientado para a defesa dos direitos fundamentais e para a erradicação de injustiças e discriminações.