



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



INTERVENÇÃO

JORGE CARLOS FONSECA



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

JORGE CARLOS FONSECA*

Excelências,

Lembraram-se de mim o Doutor e Amigo José de Faria Costa e a Universidade Lusófona, convidando-me para estar presente e proceder ao encerramento deste importante Colóquio internacional que assinala os quarenta anos do Código Penal português. Lembraram-se de quem, há precisamente onze meses, deixou o cargo de Chefe de Estado de um pequeno país africano e atlântico, amigo e próximo (talvez bem mais próximo do que suporão os distintos presentes e, quiçá, os responsáveis políticos em Portugal, ao longo dos tempos), que, numa declaração de arroubamento poético a que, aliás, amiúde, não conseguiu furtar-se, ainda que nas vestes de dirigente político, confessou constituírem as ciências criminais (o “crime”) uma das suas cinco grandes paixões no seu percurso de vida.

Paixão mitigada, porque insuficientemente realizada, pela partilha que o destino das cousas da vida e do mundo terá imposto se fizesse com a Liberdade, a política, a poesia e a bola. Paixão intermitente, quase diria sazonal, que se me espalhou, inicialmente em Coimbra, onde fui impedido de continuar os estudos e findar a licenciatura, pelos ditames da política de então (ainda era a vigência do Estado Novo), se transferiu e se aprofundou, anos depois, em Lisboa, com o assomo da Liberdade em Portugal, durante quase um

* Licenciado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Foi Assistente Graduado na Faculdade de Direito de Lisboa, Professor Associado na Faculdade de Direito de Macau e no Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde. Docente de Direito e Processo Penal no Instituto de Medicina Legal, em Lisboa. Investigador no Max-Planck Institut f. a.und i. Strafrecht (Freiburg). Presidiu às Comissões de elaboração dos novos Código Penal, Código de Processo Penal e Lei da Execução das Sanções Criminais, em Cabo Verde. É Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa, pela Universidade Federal do Ouro Preto (Brasil), pela Universidade Cheikh Anta Diop (Senegal), pela Universidade Portucalense e pela UNI-CEUB (Brasil). Titular da Medalha de Honra pela Universidade Hradec Kralové (República Checa) e da Medalha Ius Et Iustitia, pela Faculdade de Direito de Huelva (Espanha). Sócio Emérito do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Poeta e escritor. Foi Presidente da República de Cabo Verde em dois mandatos de cinco anos (2011-2021).

decénio, entre estudos, investigação e docência universitária, na companhia estimulante, criativa e de companheirismo de algumas das excelsas figuras aqui presentes como conferencistas, com trânsito por Freiburg im Breisgau, Macau, e, depois, Cabo Verde, após o triunfo da Liberdade e da Democracia nas ilhas minhas.

Sempre com as pausas e intermitências que a paixão da política e pela Liberdade foi exigindo, como se se tratasse de um sinuoso, mas invariavelmente apeteçido ritual enunciado pelos deuses.

Durante esse tempo — que, apesar das suspensões e interrupções a que aludi, atravessa as quatro décadas de vigência do código penal português que ora assinalamos e celebramos — e subtraindo os dez anos em que fui Presidente da República de Cabo Verde e os dois anos e alguns meses em que assumi a chefia da diplomacia cabo-verdiana, fui esse apaixonado e volúvel cultor do direito penal e das ciências criminais, no geral.

É certo que, na qualidade de Presidente da República, e por virtude das competências que constitucionalmente me eram conferidas, muitas vezes me vi obrigado a pronunciar-me sobre matéria penal (no sentido amplo), seja em intervenções oficiais por ocasião da abertura do ano judicial ou de efemérides como o Dia da Independência ou o Dia da Liberdade e da Democracia, seja em conferências em que era convidado a participar em actos de abertura ou de encerramento de eventos nacionais ou internacionais ou em encontros em universidades ou com jovens e profissionais da imprensa — ocasiões em que, amiúde, me referi criticamente, ou em jeito de advertência, aos rumos da política criminal seguidos ou a intenções ou soluções de reforma da legislação penal e afim, apelando a cuidados perante o canto das sereias do populismo penal em voga um pouco por todo o lado e já com ecos em Cabo Verde, em segmentos da sociedade e da comunidade jurídica local, sem esquecer sectores da governação e do poder político e judicial, em geral, invocando-se, sempre, abertamente ou de uma maneira mais enviesada, a *Strafbedürfniss der Bevölkerung* de que falava Sigmund Freud e ainda recentemente referida por Muñoz Conde num actual apontamento sobre o princípio da legalidade como fundamento do direito penal do Estado de direito¹. Mas, igualmente, nas várias ocasiões em que tive de avaliar legislação atinente ao direito

1 In *Revista Penal*, 50, Julho 2022, pp. 199 ss.

criminal para me decidir entre a promulgação, o veto político, a simples devolução para reavaliação do Governo [praxis que instituí durante os dois mandatos, com governos de cor política diferente, por me parecer conforme com a Constituição e seus princípios] ou o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade. Nomeadamente, tratando-se de algumas importantes e substanciais reformas levadas a cabo no meu país (2015 e 2021, designadamente) que, no meu entendimento, intentavam soluções e orientações de política criminal que levantavam dúvidas sobre uma sua adequação aos princípios de um direito penal próprio de um estado social e democrático de direito erigidos em princípios fundamentais constitucionalizados.

Mas um contacto mais próximo, mais fundo e denso, e bem mais abrangente, naturalmente o tive nas épocas em que investiguei e leccionei na Faculdade de Direito de Lisboa e no ISCJS, em Cabo Verde, na preparação de trabalhos académicos em Portugal (Lisboa e Coimbra) e na Alemanha e, sobremaneira, nos anos em que tive o privilégio e o gosto de dirigir os trabalhos de elaboração do anteprojecto do novo Código. Trabalhos que levaram dois anos, em regime de quase exclusividade, já na vigência da Constituição fundante de um Estado de direito democrático (em 1992), tendo sido entregue o texto do anteprojecto, acompanhado de uma extensa justificação, ao Governo em Julho de 1996. O novo C.P. acabaria por ser aprovado em Novembro de 2003, tendo havido antes, em Maio do mesmo ano, a aprovação da correspondente lei de autorização legislativa. A entrada em vigor verificou-se a 1 de Julho de 2004, sendo que, entre a data da entrega do anteprojecto e a aprovação, houve uma sua apresentação pública (com a participação, além do autor, entre outros, dos Professores Figueiredo Dias, Muñoz Conde e Teresa Beza), uma discussão pública do documento, com vários encontros restritos com magistrados, advogados, outros agentes da justiça, organizações sociais e uma Comissão Parlamentar de Acompanhamento e a posterior apreciação por uma Comissão Técnica de Acompanhamento, nomeada pelo Governo².

Em todas as etapas deste percurso, rasamente descrito, esteve presente, de um modo ou outro, numa medida ou outra, o código penal cujos quarenta anos de vida hoje aqui celebramos. Já enquanto embrião, diríamos, pois

2 Sobre o percurso de elaboração e aprovação do Código Penal de 2004, veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais em Cabo Verde — Vol. I, IPC*, Praia, 2001.

conhecemos, estudámos e discutimos, estando ainda em vigor o velho Código de 1886 (em parte, o de 1852) com as diferentes reformas nele incorporadas e a imensa legislação avulsa entretanto editada, o Projecto Eduardo Correia (1963-1966), nos seus propósitos político-criminais e soluções normativas, que viria a ser fonte directa e próxima do diploma de 1982, os alicerces sobre os quais se ergueria a tão almejada reforma global do direito penal português, como se expressava Figueiredo Dias em 1971, numa conferência proferida em Madrid³. Aprendemos, ensinámos, investigámos e publicámos, tendo como base o CP de 82, a doutrina sobre ele elaborada e a jurisprudência construída a partir de seus articulado e princípios.

Seria, assim, normal, previsível, que, de algum modo e nalguma medida, o autor material do edifício normativo penal de Cabo Verde projectasse aqueles contactos, conhecimentos, experiência, cultura e proximidade na feitura do que viriam a constituir, no essencial, as bases fundamentais da reforma que se corporizaria no novo Código Penal de Cabo Verde^{4/5}. Se a um tal condicionamento, mais de natureza pessoal e subjectiva, fizermos acrescer a circunstância de uma boa parte dos quadros jurídicos cabo-verdianos se formarem, naquela época, em Portugal, designadamente nas Escolas de Direito de Lisboa e Coimbra; o contínuo intercâmbio na área jurídica, e na jurídico-penal, em particular, de cabo-verdianos e portugueses, a que não se furtam os trabalhos de investigação ou de produção legislativa (permitam-me, aqui, lembrar com saudade e gratidão, o amigo, companheiro e cúmplice destas lides penais, devotado, profícuo e rico investigador e cultor da ciência criminal, Augusto Silva Dias); o facto de a Constituição cabo-verdiana, aprovada em 1992,

3 *A reforma do direito penal português — Princípios e orientações fundamentais*, in Separata do vol. XLVIII 1972 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.12. Cfr. idem, “O sistema sancionatório do Direito Penal Português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, 1984, p. 787, (“... apesar de todas as alterações sofridas pelo Projecto durante o tempo de gestação do novo código, as grandes intenções político-criminais que àquele presidiam em nada foram substancialmente modificadas, antes pelo contrário, em alguns pontos, reforçadas”).

4 De referir que além do já dito ou sugerido, o Projecto Eduardo Correia influenciou directamente em certas soluções do anteprojecto e do próprio C.P. cabo-verdiano, mesmo quando elas não foram acolhidas no Código português. É o caso do art.º 45 do Projecto sobre a não exigibilidade que, com formulação um pouco diferente, foi acolhido no art.º 45.º do anteprojecto nosso, hoje, art.º 44.º do Código de Cabo Verde. Mais à frente nos referiremos à cláusula de *inexigibilidade* no CP cabo-verdiano.

5 Naturalmente, muitas outras fontes teve o CP de Cabo Verde, com mais ou menos influência.

Foram-no, por exemplo, os Códigos espanhol e argentino, em processo de mudança na época, o da Guiné-Bissau, o da França e o de Macau ou o *Alternativ Entwurf* alemão.

num contexto nacional de “fome” de liberdade e de democracia e de ruptura com quinze anos de regime autoritário de partido único e a Constituição que lhe serviu como instrumento de legitimação jurídico-política (“traumatismo da ausência de direitos fundamentais” — chegou a proclamar-se⁶), ter igualmente como uma das fontes mais próximas a Constituição portuguesa de 1976⁷, sobretudo, na sua formulação saída das revisões de 1982 e 1989; os laços indesmentíveis de história, de cultura, e, em particular, de cultura e de tradições jurídicas com o antigo país colonizador, sem esquecer que a democracia portuguesa era a mais próxima e “acessível”, seria improvável ou, até, pouco natural, que o CP de Cabo Verde de 2004 [tributário do anteprojecto de 1996] não tivesse como fonte mais próxima o diploma português. Sobremaneira, na sua modelação fruto da importante reforma de 1995, cujos trabalhos e resultados acompanhámos de muito perto no processo de elaboração do anteprojecto de Código.

Um Código, porém, falamos do cabo-verdiano, reconhecidamente autónomo, com identidade própria, expressa, nomeadamente, em soluções diferenciadas, seja na Parte Geral, seja, sobretudo, na Parte Especial. Salieta este aspecto, de forma lapidar, por exemplo, Teresa Pizarro Beleza, nesta “leitura” do anteprojecto que, por comodidade, tomo de empréstimo: “ (...) [Note-se antes de mais o grande cuidado posto na sua elaboração, a que não falta a prova da ponderada consideração do Direito e Doutrina comparados, com particular atenção aos portugueses, que Jorge Carlos Fonseca tão bem e pormenorizadamente conhece.] O Autor levou a cabo um trabalho notabilíssimo, de informação e ponderação. Aproveitou cuidadosamente a sua sólida formação teórica e dogmática. Inspirou-se em leis de outras latitudes, onde elas se deixavam adaptar. Desviou-se onde devia, aproveitou o que de bom lhe pareceu nas fontes (...). A lei penal portuguesa será, aliás, ponto privilegiado das minhas considerações... não só é, naturalmente, a que conheço melhor, mas ela tem, juntamente com o ApCV, uma genealogia comum que é

6 Jorge Carlos Fonseca, “Do regime de partido único à democracia em Cabo Verde: as sombras e a presença da Constituição portuguesa de 1976”, in *Cabo Verde: Constituição — Democracia — Cidadania*, (Almedina, 2011), p. 200.

Wladimir Brito falou em “hambre de constitucionalismo” — “Um balanço da Constituição de 92”, in *Direito e Cidadania*, Número especial (1999), pp. 13-14.

7 Sobre as afinidades e diferenças entre as duas constituições, veja-se Jorge Carlos Fonseca, “Do regime ...”, pp. 175-210.

evidente não só nos antecedentes históricos partilhados, mas também numa empatia de conceitos, linguagem e valores fundamentais”⁸.

Na verdade, já pelas razões atrás aduzidas, já porque, sendo os dois países da mesma família jurídico-cultural, os conceitos e a “gramática” do direito penal tendem a ser aproximados, as diferenças entre os dois códigos, na Parte Geral, particularmente pensando na versão de 2004 (ou na do anteprojecto inicial) no caso cabo-verdiano e na de 1995, do português — que, para alguns, veio a corrigir algumas distorções graves, nomeadamente no domínio das medidas punitivas, e permitiu uma bem maior visibilidade às denominadas penas alternativas à prisão de curta duração⁹ ou, dito de outra forma, teve (a reforma) como intenção primordial “procurar que o CP de 1982 entre finalmente em vigor, nomeadamente através da aplicação das penas de substituição”¹⁰ — são seguramente menos visíveis do que as que resultam da comparação entre as disposições respectivas da Parte Especial. Porque — e digamo-lo, de uma forma muito sintética e compreensiva — se a primeira (a PG) é mais abstracta, densificadora de princípios e de critérios de valoração, ou, na expressão de Claus Roxin, “se compõe especialmente de regras de validade e de imputação”, as Partes Especiais concretizam em normas de conduta a protecção dos bens jurídicos seleccionados, de acordo com as intenções e proposições de política criminal¹¹. Ou, ainda, repetindo o que dissemos numa justificação das opções do anteprojecto de C.P, citando o preâmbulo do C.P. português de 1982, é na PE que “a dimensão dogmática da ilicitude (...) ganha verdadeiramente ressonância e acuidade (...) pois é aí que ela se confronta com as reais tensões impostas pela natureza do bem jurídico-penal que se quer proteger”¹².

8 Teresa Pizarro Beleza, “Um Código Penal para Cabo Verde”, in Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais...*, cit., p. 11.

9 Eduardo Maia Costa, *Nota Introdutória*, in *Revista do Ministério Público — As reformas penais em Portugal e Espanha*, Cadernos 7, 1995, p. 6.

10 Figueiredo Dias, *Actas...*, 466, também citado em Teresa Pizarro Beleza, “Como uma manta de Penélope”: sentido e oportunidade da Revisão do Código Penal (1995), in *Revista do Ministério Público - As reformas...*, cit., p. 38.

11 Claus Roxin, *Strafrecht — Allgemeiner Teil* — Band I — Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, Verlag C.H.Beck, Muenchen, 1997, §1, 15 e §7, 2; Jorge De Figueiredo Dias, *Direito Penal — Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2019, Cap. 1.º, 2, §14.

12 Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais...*, p. 30. Veja-se, sobre as relações entre a parte geral e a parte especial, a obra fundamental de Fincke, *Das Verhaeltnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, J.Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, *passim* (“... as normas fundadoras ou modificati-

Ainda assim, e porque este não é o lugar para grandes explicitações, num olhar perfunctório e comparativo dos dois diplomas, sempre poderemos mencionar diferenças nas opções de um e de outro na sistematização e no tratamento dogmático e específico de conceitos e soluções atinentes, nomeadamente: aplicação da lei no tempo-regime mais favorável ao agente (não ressalva do caso julgado no CP de Cabo Verde, sendo isso mais claramente assumido no anteprojecto, diga-se); regime de punição da omissão; responsabilidade das pessoas colectivas e actuação em nome de outrem; erro sobre as circunstâncias do facto (não previsão, no código de Cabo Verde, das situações de erro sobre proibições); inimputabilidade em razão de anomalia psíquica; punibilidade dos actos preparatórios; enunciação de causas de exclusão da ilicitude (o CP de Cabo Verde não explicitava, pelo menos, o consentimento do ofendido); regime das causas de desculpa, havendo, no CP cabo-verdiano uma cláusula expressa (e residual) de inexigibilidade, numa formulação que se aproxima da constante do art.º 45.º do Projecto Eduardo Correia, mas que não deixou de levar em conta, entre outros argumentos, os aduzidos nos debates havidos, em Portugal, da Comissão Revisora, incluindo os de Eduardo Correia¹³. Cláusula que acabou por não vingar, tendo sido eliminada na 1.ª Revisão Ministerial, e que constituiria uma consequência *geral* imposta por um direito penal de culpa¹⁴; autoria e comparticipação; ilicitude na comparticipação, explicitando-se, no diploma de Cabo Verde que a comunicação não se verifica de cúmplice para autor ou para quem seja como tal punido; autonomização da categoria da instigação, no CP de Cabo Verde; penas de substituição ou alternativas à prisão, bem mais benevolente, nesta matéria, o diploma português; prescrição, nomeadamente o disposto sobre suspensão e interrupção da prescrição do procedimento criminal, entre outras diferenças.

vas da punibilidade da Parte Geral são, por si só, materialmente incompreensíveis e apenas devem ser interpretadas em relação com uma norma da P.E.”; igualmente, o nosso *Crimes de empreendimento e tentativa*, Almedina, Coimbra, 1986, particularmente pp. 127-128 e nota 127.

13 Cfr. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Geral*, I Volume, AAFDL, s/data, pp. 256-260. Para uma fundamentação da regra no anteprojecto (e no Código), veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais...*, pp. 41-42. Cfr., igualmente, Eduardo Correia, “As grandes linhas da Reforma Penal”, in CEJ, *Jornadas...*, pp. 26-27.

14 Veja-se Jorge De Figueiredo Dias, *A reforma...*, cit., pp. 24-25, onde fundamenta a ideia na perspectiva de uma concepção de substracto material do juízo de culpa que já não no poder individual do agente de actuar de forma diferente, mas, sim, com “a actuação que seria de esperar do *homem conformado com as exigências da ordem jurídica*” (p. 25).

No que respeita à PE, como dissemos, os desvios foram mais pronunciados, não cabendo nesta singela comunicação fazer-se o elenco das muitas diferenças entre os dois Códigos, mesmo situando-nos nas suas versões originárias. A título meramente indicativo, referimo-nos a diferenças de sistematização, no geral, e ao tratamento dado aos crimes contra a vida e aos crimes sexuais, de que, por exemplo, Teresa Beleza se ocupou na apresentação pública do anteprojecto cabo-verdiano e em escrito publicado já referido na minha intervenção, sem olvidar, igualmente, um diferenciado olhar para outras categorias de crimes, como os ofensivos da honra, contra o património (em particular, os crimes de furto e de roubo)¹⁵ ou contra a justiça ou a fé pública.

O Código de Cabo Verde, no que respeita ao homicídio e, particularmente, às situações de maior gravidade, optou por distinguir entre duas áreas de razões de agravação: formas de execução e motivos, por um lado, características da vítima, por outro, escolhendo regimes diversos de agravação para as duas zonas de qualificação. Nomeadamente, fazendo depender a qualificação — e correspondente aplicação da pena de 15 a 25 anos de prisão — da verificação de um acentuado grau da ilicitude do facto ou da culpa do agente no segundo grupo de casos (agravação em razão da qualidade da vítima), numa opção que não deixou (e não deixa de merecer) reparos críticos, como os de Teresa Beleza. Afastou, como se pode deprender, depois de uma funda ponderação das vantagens e desvantagens do modelo, incluindo as dúvidas, as críticas e a polémica, sobretudo doutrinárias, suscitadas em Portugal, a técnica dos *exemplos-padrão*, não se ficando, porém, simplesmente por um modelo do tipo dos consagrados no Código ainda vigente no país na altura ou nos de França, Argentina, Itália ou Espanha.

Previu o homicídio a pedido da vítima, mas não um tipo de “homicídio privilegiado”, como no CP de Portugal, ou nos Códigos brasileiro, macaense, argentino, suíço ou alemão, entre outros, aplicando-se o regime da atenuação especial, previsto na PG, no quadro geral de uma preocupação de máxima simplificação da PE, evitando, sempre que possível, sucessivas interrogações ou alterações das regras da Parte Geral, designadamente em sede de concurso de crimes, de tentativa, de actos preparatórios ou funcionamento das regras sobre

15 Sobre os crimes contra o património no anteprojecto e no CP de 2003, veja-se a comunicação feita, na apresentação do primeiro, em Cabo Verde, por Muñoz Conde, “ Los delitos patrimoniales y económicos en el Código Penal Español de 1995 y en el Anteproyecto de Código Penal de Cabo Verde”, in *Direito e Cidadania* — N.º 2, 1997, pp. 125 ss.

circunstâncias¹⁶. Não puniu o CP de Cabo Verde a propaganda do suicídio e, mesmo relativamente à incriminação do auxílio ao suicídio, optava o anteprojecto (o que não foi retido pelo código aprovado) por exigir a presença de lesões graves como condição de punibilidade, não bastando a mera tentativa de suicídio. No entanto, o CP distinguiu, em termos de pena aplicável, o incitamento do mero auxílio ao suicídio, numa diferente avaliação do desvalor da acção num e noutra caso. Outrossim, puniu com ligeiramente maior severidade o homicídio a pedido da vítima. Neste caso, e apesar de ser claramente a motivação (altruística) do agente o fundamento basilar da atenuação da pena, relativamente ao homicídio *matricial*, entendeu-se não ser suficientemente forte e clara a “menor exigibilidade” do agente em comparação com a instigação ao suicídio, de forma a esbater ou compensar o evidente menor desvalor da acção e do resultado no caso de incitamento (ou auxílio) ao suicídio.

Por motivos afins dos atrás aduzidos, o diploma cabo-verdiano também não autonomizou o chamado homicídio preterintencional nem o “infanticídio privilegiado” (fomos, confessamo-lo, influenciados neste caso pelo teor da exposição de motivos do Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de España, de 1992)¹⁷, optando por solução idêntica à adoptada para o privilegiamento do homicídio (aplicação das regras da PG)¹⁸.

Idêntica aproximação metodológica e valorativa foi levada a cabo no âmbito dos crimes contra a integridade física e psíquica, ao consagrar as hipóteses de agravação pelo resultado, não prevendo o caso de morte da vítima. Entendeu-se que tal técnica legislativa só deveria operar lá onde não pudesse funcionar a regra do concurso ou, podendo intervir, não fossem obtidos, de forma satisfatória, os objectivos pretendidos de reprovação ou de prevenção¹⁹.

16 Cfr., neste sentido e para mais desenvolvimento, Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais...*, pp. 84 ss. A este propósito vale a pena revisitar Mantovani, para quem um dos cânones fundamentais cuja observância se impõe na elaboração de um código penal marcado pelos princípios da necessidade, da legalidade, certeza e clareza jurídicas é “desbastar o código penal de folhagem desnecessária para a política criminal sem qualquer subversão da prevenção geral, como são as normas derogatórias da parte geral” — “Sobre a exigência perene da codificação”, *RPCC*, ano 5, 2.º, 1995, pp.150-151.

17 Veja-se o nosso *Reformas Penais...*, p. 91 e nota 144.

18 Para mais pormenores sobre as opções referidas, muito sumariamente, no texto, veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais...*, pp. 81 ss. Veja-se, igualmente, sobre as relações entre a parte geral e a parte especial dos códigos (e do direito penal), Wolfgang Naucke, *Introdução à parte especial do Direito Penal*, trad. e notas de Augusto Silva Dias, AAFDL, 1989.

19 *Ibidem*, p. 92.

Nos “crimes sexuais”, a “agressão sexual” é o centro da tipificação (e já não a “violação”, nem a “coacção”, como no código português), aproximando-se — de acordo com a leitura feita por Teresa Pizarro Beleza — do tratamento dado pela lei canadiana, mas afastando-se dela (e aproximando-se das leis espanhola e francesa) na relevância atribuída à “penetração”, conceito que, com outros²⁰, é definido com pormenor (quase “excessivo”, interrogava-se Teresa Beleza) num dispositivo inicial. Aliás, a penetração é vista sempre como qualificativa: a variação da gravidade do crime depende fundamentalmente de haver ou não penetração, “enquanto característica do *acto*”, ainda segundo Teresa Beleza, autora que, ainda, menciona a circunstância de ela poder ser vista como agravadora da privação da liberdade, independentemente de qualquer relação com a possibilidade de uma gravidez²¹.

A protecção do *pudor*, enquanto tal, não tem lugar, mas tão-só a do abuso da inexperiência ditada pela idade muito jovem, desaparecendo, igualmente o *estupro*. A registar, ainda, como nota Teresa Beleza, que a especificação do género inexistente no CP cabo-verdiano, tornando-se a lei, nesse campo, “gramaticalmente neutra”²².

Dúvidas não pode haver, até por tudo o que, até aqui, foi dito, bem que em linhas de síntese e quase sempre gerais, de que o Código Penal aprovado em Cabo Verde em 2003 pretendeu ser — e foi-o, seguramente — tributário do ideário humanista, democrático e liberal (senão libertário) que iluminou, influenciou e serviu de fundamento às traves mestras da Constituição cabo-verdiana de 1992, verdadeiramente fundante do constitucionalismo moderno, do Estado de direito e de democracia no nosso país, rompendo com duas décadas e meia de um regime autoritário de partido único saído da independência do país.

Neste singelo e curto espaço dedicado ao encerramento de um colóquio, e para facilitar e tornar mais cómoda a minha tarefa, repito palavras que usei no documento que apresentei como apresentação e justificação do anteprojecto de novo Código Penal de Cabo Verde, em jeito de síntese de caracterização

20 Acto sexual e agressão sexual. Posteriormente, numa das importantes revisões do código, surge igualmente a noção de pornografia infantil.

21 Teresa Pizarro Beleza, “Um Código Penal...”, loc. cit., p. 18.

22 *Idem, ibidem*, p. 19.

do que veio a ser, no essencial, o CP de 2003: “Do ponto de vista do ideário político-criminal, ele é marcado pelos valores fundamentais consagrados pela Lei Fundamental de Cabo Verde, os quais, aliás, traduzem a idiosincrasia nacional cabo-verdiana: a crença na liberdade do Homem e a consequente aposta na responsabilidade pessoal; a dignificação da pessoa humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo; a renúncia a formas de tratamento que conduzam ou potenciem atitudes de conformismo e a técnicas de segregação incompatíveis com o respeito pela dignidade da pessoa humana; a aposta na recuperação do homem; o culto do humanismo e a defesa de uma antropologia otimista”²³.

Vimos já que, em certa e boa medida, as concretas soluções contidas nos diferentes preceitos do CP de Cabo Verde, mesmo na Parte Especial, a adopção de princípios e critérios estabelecidos na Parte Geral, explícita ou implicitamente ancorados na Constituição (legalidade, culpa, proporcionalidade, intervenção mínima, ressocialização), receberam influência da fonte portuguesa, sobretudo quando a avaliarmos na sua linha evolutiva, *maxime* após a revisão de 1995. Ora bem, elas foram cunhadas, mais do que “penetradas”, por considerações de política criminal próximas e afins das que, atrás, procurámos recortar em síntese, podendo nós dizer, sem hesitações, tratar-se de verdadeiros princípios constitucionais de política criminal²⁴.

Escasseiam-nos o tempo, o espaço e também o suficiente conhecimento actualizado da evolução do direito penal português (e do CP) para estarmos habilitados a um pronunciamento seguro e abalizado sobre o seu estado de

23 Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais...*, pp. 31-32.

24 Veja-se neste inequívoco sentido, José de Sousa e Brito, “A lei penal na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º volume, pp. 198-200. Igualmente, Figueiredo Dias, a propósito de alguns de tais princípios, nomeadamente o da culpa, o da necessidade — referido desde logo no n.º 2 do art. 18.º da CRP, e considerado pelo autor como, porventura, “o princípio político-criminal mais relevante de todo o texto constitucional — e o da socialização — “O sistema sancionatório do Direito Penal Português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, 1984, pp. 822 ss. Concretamente sobre o princípio da culpa, veja-se o mesmo autor, que fala, referindo-se ao valor jurídico-constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, em “elo inquebrantável por meio do qual a categoria jurídico-penal da culpa lança raízes no seio da Constituição democrática do Estado e dele se nutre. E não tenho dúvida em afirmar ser este nódulo inarredável aceite integralmente pelo novo Código Penal e constituir mesmo um ponto fulcral da sua concepção básica.” — “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, in CEJ, *Jornadas de Direito Criminal — O novo Código Penal Português e Legislação Complementar* 1983, p. 67.

saúde democrático, vale dizer a sua validade, a sua adequação aos critérios, princípios e soluções próprios de um direito penal de um Estado de direito liberal e com cariz social.

Mas do que conhecemos e acompanhamos, do que estudámos e ensinámos, a resposta parece-nos dever ser inequivocamente positiva, de acordo, aliás, com o que aqui neste qualificado colóquio ouvimos, da avaliação conhecida, feita, em momentos diferenciados, por abalizados penalistas e decisores judiciais portugueses, sobre a evolução, os avanços e recuos e a dimensão da vitalidade democrática do CP de 1982, apesar das dúvidas, das críticas, das insatisfações (agravação das penas em certas áreas da criminalidade, contínua “expansão” do direito penal (“normativa” ou “prospectiva”²⁵), criação de novos tipos de crime a outros sobrepostos ou por imposição de agendas politicamente correctas ou das instâncias internacionais, alargamento das incriminações de perigo, sobretudo de perigo abstracto, aumento de barreiras ao funcionamento da prescrição, etc., inclusivamente a menção de alguns à “resistência” do código às investidas ou tentações do fenómeno do populismo punitivo)²⁶, apesar das propostas e sugestões, dos reparos e das perspectivas que, ao longo destes quarenta anos, foram expressos, manifestados e esgrimidos. Aliás, tudo o que, ao fim e ao cabo, pode justificar esta rica e ajustada celebração.

25 Veja-se Silva Sánchez, *Aproximação ao direito penal contemporâneo*, Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 73 ss.

26 Eduardo Maia Costa, num tom mais forte de linguagem, fala de “uma vitória sobre as forças política e ideologicamente mais retrógradas” (referia-se, igualmente à reforma levada a cabo no país vizinho, Espanha), depois de mencionar “um mesmo humanismo liberal, temperado por uma (inevitável?) preocupação de segurança e autoridade” — loc. cit., p. 7.

Teresa Pizarro Beza, num escrito em tom crítico sobre a reforma de 1995 (“Como uma manta de Penélope”: sentido e oportunidade da Revisão do Código Penal (1995)), acentuando que nada nessa revisão autorizava a dizer-se que se estava perante um novo Código, pois a filosofia e as preocupações centrais do legislador não se alteraram no essencial, a propósito dos limites máximos gerais da pena de prisão, saúda a “resistência” da maioria parlamentar de então e o empenho pessoal do ex-Ministro da Justiça em não ceder a algumas pressões no sentido de agravar substancialmente as escalas das penas em termos de fazer disparar os máximos até à prisão perpétua ou a medidas que dela muito próximas ficariam” — in *Revista do Ministério Público — As Reformas...*, cit., p. 44.

André Lamas Leite, num artigo de opinião no jornal *Público*, a propósito dos 40 anos do CP, igualmente fala em “resistência” à prisão perpétua e, “no essencial, ao populismo penal reinante”, entendendo que, apesar de algumas alterações menos positivas (uma certa hipertrofia; algumas manifestações de puro simbolismo in consequente, como no caso da mutilação genital feminina, que, tirando a punição dos actos preparatórios, já se achava prevista), se manteve um diploma “fiel à nossa boa tradição humanista e ainda filho do Iluminismo”.

E o Código Penal do meu país? Após várias reformas efectuadas, nomeadamente duas mais relevantes pelas alterações que introduziram, em 2015 e 2021, pode dizer-se que é o mesmo, como parece consensual com o código português, mesmo tendo sido, nestes 40 anos, objecto de dezenas de alterações? A verdade é que, por muitas razões que aqui não cabe escarpelizar, as reformas penais em Cabo Verde não foram escrutinadas de uma perspectiva técnica ou científica, de uma avaliação crítica minimamente suficiente, adequada e sólida, para além de uma muito sumária nota introdutória a uma recente edição do Código Penal, da autoria do coordenador da comissão que presidiu à última reforma (2021)²⁷ e de uma ou outra apreciação — parcelar, como é natural — feita pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, requerida por nós, enquanto Presidente da República.

(Este espaço e este momento não nos permitem uma abordagem que não seja muito breve e perfunctória, esperando poder fazê-la, de um modo mais alargado, fundo e objectivo, noutra oportunidade e em lugar adequado.)

O olhar que pudemos lançar sobre tais reformas, com os limites e o sentido das competências que, num sistema de governo como o nosso (em muito semelhante ao português, diga-se), a Constituição estabelece e confere ao Presidente da República que fomos durante dois mandatos consecutivos de cinco anos, tempo, aliás, em que aquelas duas reformas (e outras alterações legislativas atinentes à matéria criminal)²⁸ tiveram lugar, foi o permitido pelos instrumentos de intervenção que lhe eram disponíveis: o poder de comunicação com a sociedade e as suas diferentes instâncias, a que acrescem os de diálogo com os órgãos de soberania com competência legislativa (*maxime*, o Governo), de fiscalização preventiva e sucessiva de fiscalização da constitucionalidade e de veto político.

Em múltiplas ocasiões e oportunidades, como Chefe de Estado, pude alertar publicamente para sinais e iniciativas legislativas que poderiam

27 *Código Penal* — Organização e introdução de Simão Monteiro, Pedro Cardoso Livraria/Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021, pp. 5-13.

28 Como, por exemplo, a lei de política criminal, o diploma que modifica o regime da execução da política criminal, a legislação relativa ao consumo e tráfico de substâncias estupefacientes, ou, ainda, uma limitada reforma realizada em 2013, em dois momentos, e considerada como ditada por razões circunstanciais, que incidiu sobre o regime de combate ao terrorismo e o seu financiamento, no primeiro, e sobre o regime jurídico de armas e munições.

descharacterizar o código penal²⁹, sobremaneira com repetidas mudanças normativas a traduzirem entorses, recuos, incongruências e contradições ou, até, erosão em linhas de política criminal e princípios fundamentais de um direito penal próprio de um Estado de Direito de feição liberal, tal como definido na Constituição da democracia de 1992. Em diferentes e sucessivas ocasiões, fiz o discurso da necessidade de pôr um travão às tentações da ideologia securitária e contidas em soluções acenadas pelo populismo penal, facilmente acolhidas em muitos sectores da sociedade, especialmente em contextos de dificuldades económicas e sociais, acentuadas em períodos de crise, com eco em certos segmentos de agentes da justiça, das elites políticas e culturais e nos meios de comunicação social, mencionando-se e fazendo-se apelo, amiúde, à “opinião pública” ou à “sociedade civil”. Fenómeno, como se sabe, que se verifica em várias latitudes e que, como deixámos ver, atinge também Portugal e não é dos dias de hoje³⁰.

Mas igualmente pude intervir através do veto político e do pedido de fiscalização da constitucionalidade junto do STJ (com competência em matéria de jurisdição constitucional até à entrada em funções do Tribunal Constitucional) e ao Tribunal Constitucional, tendo acabado, já em 2021 (ano em que terminei o exercício da função presidencial), por optar, perante a chamada quarta revisão ao Código Penal — considerada oficialmente como a “segunda mais importante e mais profunda operada ao Código Penal de 2003”³¹ — por promulgar o diploma, mas fazendo acompanhar a decisão de uma comunicação muito crítica dirigida ao Presidente da Assembleia Nacional e aos deputados — que tinham aprovado a lei de revisão por unanimidade —, explicando os motivos por que não me decidira pelo veto político. Nessa mensagem, curiosa e significativamente não divulgada pela imprensa,

29 Fi-lo, igualmente, relativamente a iniciativas pontuais e reformas em sede de processo penal ou de execução de sanções criminais.

30 Giovanni Fiandaca fala de tendência historicamente recorrente, especialmente entre os movimentos políticos que aspiram conseguir o poder para realizar — ao menos a nível propagandístico — mudanças políticas radicais e morais colectivas — “Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia”, in Stile, *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, 2011, pp. 135 ss. Cfr., igualmente, estudo de André Lamas Leite, “Nova penologia, *punitive turn* e direito criminal. Quo Vadimus? Pelos caminhos da incerteza (Pós-)Moderna, in *Direito Penal — Fundamentos dogmáticos e político-criminais — Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, cit., particularmente pp. 433 ss.

31 Simão Monteiro, loc. cit., p. 12.

contrariamente ao habitual, afirmava, entre outras coisas — e passo a citar, por comodidade de exposição —, o seguinte:

“(...) Não cabe ao Presidente da República gizar a política criminal para Cabo Verde, a qual, necessariamente, se verte em diplomas estruturantes da mesma como o Código Penal e o Código de Processo Penal. Cabe, sim, tal mandato à Assembleia Nacional, o Parlamento livremente escolhido pelos eleitores do nosso país e que reflecte a diversidade dos mesmos.

Assim, como sabemos, a alteração ao Código Penal é matéria de competência legislativa relativa da Assembleia Nacional. No caso vertente, depois de um anteprojecto de revisão, surgiu uma proposta de lei que seguiu a sua tramitação nessa casa da Democracia. E, em votação final global, o diploma que nos foi remetido mereceu a aprovação unânime de todas e de todos os Senhores Deputados dos distintos grupos parlamentares.

Não pode, assim, o Presidente da República, no entendimento que temos vindo a fazer das competências que a CRCV nos atribui, tentar, de algum modo, inviabilizar aquela que é uma decisão legítima e unânime de quem tem, nos termos da Lei Fundamental, competência para legislar sobre dada matéria tão sensível e central ao funcionamento do nosso sistema jurídico.

Assim, por muito que discorde das opções político-criminais vertidas no presente diploma, nas circunstâncias descritas, não seria, em nosso entendimento, um bom serviço aos cabo-verdianos que o Presidente da República usasse o veto político.

(...) Tal não implica que [, por imperativo de consciência e por se tratar de ramo de Direito a que, ao longo de toda uma vida, temos dedicado particular atenção e estudo,] não devamos dizer aqui, de forma clara, a V. Exas., que temos por errado o sentido geral político-criminal que vem sendo seguido em Cabo Verde. [Para os mais atentos, não se tratará de nenhuma novidade, uma vez que, em vários fóruns, cá e no estrangeiro,] [temos vindo a chamar a atenção, [no âmbito do chamado “poder da palavra” que assiste ao Chefe de Estado, em especial em um regime semipresidencialista como o nosso,] para aquilo que é uma tendência internacional de repercussões ainda não totalmente visíveis, qual seja o fenómeno do chamado “populismo penal”.] [E Vossas Excelências subscreverão, seguramente... a noção de que, se] a política criminal tem como último escopo servir de *padrão crítico*

tanto do direito constituído quanto do direito *constituendo*, as suas finalidades e as proposições devem ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição. E desta, a nossa constituição vigente, fluem, indiscutivelmente, princípios de política criminal que não esquecem a vertente liberal de um direito penal adequada aos princípios democráticos e do Estado de direito.

(...) Donde, continua a ser a certeza e eficácia punitiva, em tempo célere compatível com as garantias de defesa do arguido, aquela que, no plano axiológico e científico, melhores frutos oferece.

E a que temos assistido entre nós? Exactamente o oposto: a crença quase mirífica de que, elevando sistemática e sucessivamente as molduras penais abstractas, teremos uma sociedade com menos crime, a concepção de que, p. ex., a colocação de entraves cada vez maiores às penas de substituição e ao incidente de execução da pena de prisão que é a liberdade condicional, serão respostas prontas para a protecção de bens jurídico-penais e a ressocialização que, na verdade, são mandamentos jurídico-constitucionais para o legislador ordinário e que, por via deste diploma, conhecem uma maior dificuldade de compatibilização, passando uma mensagem típica dos movimentos de *just deserts* ou de procura de afirmação, *exasperada*, de um direito penal *simbólico* que não tenha em devida conta a noção de que a função primordial da intervenção penal é a de tutela — e tutela subsidiária — de bens jurídicos fundamentais.

Por certo, há neocriminalizações importantes e de saudar, como a do delito de perseguição, que, aliás, resultam de compromissos internacionais assumidos pelo Estado cabo-verdiano. E alguns outros aspectos, em sede da Parte Especial do Código Penal, que igualmente são de elogiar.

Tudo para dizer que, sendo a presente alteração do Código (a par de outras anteriores com o mesmo conteúdo de sentido político-criminal) aquela com cujas traves mestras político-criminais menos nos identificamos na História da democracia constitucional em Cabo Verde —, a unanimidade que em torno das presentes alterações se obteve na Assembleia Nacional, não poderia ter um desfecho, ao nível do processo legislativo, como explicámos, diferente do actual — a promulgação.

Serve esta mensagem, assim o espero, para suscitar a continuação do debate na Casa da Democracia e em toda a sociedade cabo-verdiana sobre que

Direito Penal queremos, cientes de que o Código Penal muito diz quanto ao grau de consolidação e maturidade de qualquer Estado de Direito (...).”

Antes desta reforma, houvera outra, também importante, em 2015³², que, segundo Simão Monteiro, “não pretendeu ser profunda... tanto mais que o legislador reconhecia... que o Código Penal de 2003 ainda era um ‘diploma moderno e muito actual nos seus princípios’ e que realizou vários princípios fundamentais decorrentes da Constituição da República, dotando Cabo Verde de soluções jurídicas penais de nível dos mais avançados do mundo”³³. Em todo o caso, pretender-se-ia atingir dois desideratos: “adequar o sistema punitivo endógeno a alguns normativos previstos em instrumentos jurídicos internacionais e introduzir alguns ajustes sugeridos pela experiência da sua aplicação, desde a sua vigência em 2004”³⁴. A verdade é que, a ilustrar o que atrás caracterizámos, esta reforma, além de outras alterações com alguma relevância³⁵, foi a que elevou o limite máximo geral da pena de prisão de 25³⁶ para 35 anos³⁷ (elevando-se, assim, logicamente, o limite máximo

32 Decreto-Legislativo n.º 4/2015, de 11 de Novembro.

33 Reproduzindo teor do preâmbulo do decreto-legislativo n.º 4/2015.

34 Ainda Simão Monteiro, loc. cit., p. 8.

35 Entre outras alterações, constam: a criação da pena de “permanência na habitação”, aplicável em situações de condenação a pena de prisão até 1 ano, ou até 2 anos, em certos casos especiais; o alargamento do leque de crimes passíveis de serem cometidos por pessoas colectivas; o que, na introdução de Simão Monteiro, chama de “densificação do regime das causas de justificação e de desculpa”, e que, afinal, se traduz em acrescentar o consentimento do ofendido no dispositivo de enumeração exemplificativa e criar duas normas sobre a sua relevância, alterando, assim, as fundamentadas opções do anteprojecto e do CP originário, na esteira, por exemplo, dos códigos brasileiro, alemão, austríaco, suíço, espanhol ou argentino (Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais...*, pp. 63 ss.; a tipificação de novos crimes como o peculato de uso (que vinha previsto, inicialmente, no anteprojecto, mas não ficara no código), corrupção de funcionários internacionais, desvio do poder, actos de facilitação da prostituição de menores, a pirataria marítima e outros crimes, sempre em decorrência de alegada vinculação de Cabo Verde a tratados ou outros instrumentos jurídicos do direito internacional.

36 Na elaboração do anteprojecto, estabelecemos um tecto para o limite máximo das penas de prisão (25 anos), e não mais abaixo disso, tendo em conta as necessidades de prevenção geral e da realidade social do país, que não acolheria uma redução drástica daquele limite. No fundo, não fomos imunes também — reconhecemo-lo — às expectativas e representações comunitárias. Procurámos escudarnos numa posição de um mínimo de realismo, de pragmatismo e de... contenção nas negociações das soluções. Veja-se, sobre esta concreta questão, o nosso *Reformas penais...*, pps. 66 ss., onde, além do mais, cotejamos os limites propostos para o nosso CP e os de outros diplomas e projectos, sem esquecer o do Prof. Eduardo Correia (limite máximo de 10 anos — e sua pertinente fundamentação), mas que, com naturalidade, também não foi recebido no Código de 1982.

37 Uma alteração tão radical, em ruptura clara com as opções de política criminal assumidas no anteprojecto e na versão originária do código, mas que, estranhamente, não é minimamente referida, muito menos justificada, seja no preâmbulo do diploma que aprovou a reforma, seja na introdução explicativa da actual versão do CP a que, por algumas vezes, aludimos neste texto.

para o concurso de crimes), elevou as penas previstas para as duas formas de homicídio agravado de 15 a 25 para 15 a 30 anos³⁸ e agravou as penas dos crimes sexuais, além de outros, num sentido crescendo que também atravessa a reforma seguinte (a de 2021, como mencionado e criticado na mensagem ao Parlamento, atrás recortada), [mas que vinha sendo alvitado, numa certa medida, na altura da discussão do anteprojecto, com menos vigor, não tendo conseguido impor-se na “arbitragem” feita entre as posições do autor do anteprojecto e as da comissão de acompanhamento e de outros agentes que participaram naqueles debates, e obtido acolhimento no texto do código aprovado em 2003³⁹;] introduziu o regime de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, de guerra e genocídio⁴⁰ — seguindo regras de direito internacional aplicáveis a Cabo Verde — mas, igualmente, aos crimes dolosos contra a vida⁴¹, ao mesmo tempo que alterava o regime de interrupção

38 A elevação da pena para o homicídio simples (doloso) de 10 a 16 para 12 a 18 anos foi feita na reforma de 2021 a que já aludimos.

39 A C.T.A.R.C.P sugeria, por exemplo, fazer subir as penas previstas no anteprojecto para o homicídio simples e o agravado de 10 a 16 e de 15 a 25 para, respectivamente, 12 a 18 e 15 a 25 anos de prisão. Ao fim e ao cabo, medidas de pena que acabaram por ser fixadas na reforma de 2015, exceptuando-se o limite máximo de 30 anos que nunca foi proposto, diga-se, pela dita Comissão. Para uma aproximação ao modo como esta questão dos limites da pena de prisão foi colocada por nós e debatida nomeadamente com a Comissão, cfr. Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais...*, pp. 66 ss.

40 Regime que depois, em 2021, foi estendido aos crimes de tortura, tratamento cruel, degradante e desumano.

41 Deve ser referido que, enquanto Presidente da República, requeri a fiscalização preventiva da constitucionalidade da lei de autorização legislativa que conferia ao governo poderes para tornar imprescritíveis os crimes mencionados no texto. Invocava a desconformidade do art.º 3.º (ponto 2.23.) com os princípios da dignidade da pessoa humana, da paz jurídica, da certeza e da segurança, da necessidade de imposição de pena e da proporcionalidade, que se extraem dos artigos 1.º, 2.º, 17.º, n.º 4, 29.º e 35.º, n.º 1, da Constituição da República. No entanto, os Juízes do STJ, enquanto Tribunal Constitucional (ainda não estava em funcionamento o Tribunal Constitucional autónomo), através do Parecer n.º 01/015, acordaram em não pronunciarem pela inconstitucionalidade da norma em questão, invocando, entre outros argumentos, e em síntese, entenderam que: “... a inaplicabilidade da prescrição em relação a determinado crime para além de submeter ao infractor a eterna ameaça de punição, faz com que o estado recupere o conceito de *jus puniendi* e com isso, quiçá inibir, em certa medida, a prática de tais crimes, do mesmo modo que reduz a sensação de impunidade hoje bastante enraizada na sociedade, pois enquanto o autor do delito viver, ele estará ao alcance da lei. Reclamam-no, quiçá, o direito à justiça efectiva, à memória, à verdade e, concomitantemente, o dever de lutar-se contra a impunidade e garante da paz e da segurança colectiva.

É que tal mudança terá, assim, um efeito de prevenção geral, seja de reafirmação contrafáctica da validade da norma violada, seja na perspectiva da dissuasão de futuros crimes de semelhante jaez, razão porque a assunção de tal medida não se queda por uma finalidade exclusiva, ou sequer primordialmente, retribucionista...”. Num outro registo de argumentação, o STJ, nas vestes de TC, afirma que a consagração da natureza imprescritível de certa categoria de crimes assume-se, assim, “como uma opção legal conforme à Constituição, em grande parte ditada ou reclamada pelas necessidades dos novos tem-

da prescrição do procedimento criminal, alargando os casos em que tal regime passa a aplicar-se (aproximando-se do vigente regime português nesta estrita matéria), o que, juntando-se às novas regras de suspensão, na prática torna quase materialmente impossível que aconteçam casos de prescrição⁴². Valeria aqui dizer que o legislador cabo-verdiano quis contrariar Faria Costa, pois, afinal, razão não tinha Gumercindo (mas, sim, El-Rei Dom Pedro), ao dizer que, para a maioria das “cousas humanas”, o tempo de todos os nossos tempos é “cousa” que tudo cura^{43/44}; alterou o regime da liberdade condicional, tornando, no geral, mais exigentes os pressupostos para a sua concessão, extinguindo a regra de concessão cumpridos cinco sextos da pena e exigindo cumprimento de cinco sextos para haver liberdade condicional, nos casos de condenação por 25 ou mais anos de prisão. [Numa justificação singela, curiosa e significativa, diz-se no preâmbulo do diploma a que nos vimos a referir, a propósito das alterações ao regime da liberdade condicional, que “... difusa a percepção de que os condenados a penas de prisão voltam depressa demais

pos e pela necessidade de adequação da legislação infraconstitucional aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado de Cabo Verde, aqui se ressaltando, por relevar, o Estatuto de Roma, que estatui o Tribunal Penal Internacional...”

O texto do pedido de fiscalização está publicado em Jorge Carlos Fonseca, *Magistratura de Influência*, Construir o desenvolvimento, em liberdade e com justiça, realizando a Constituição — Intervenções — 2014-2015.

42 Não nos parece que, igualmente, o regime instituído contribua para resolver, a contento, o tão propalado e discutido problema da morosidade da justiça (penal, no caso), além de não se mostrar favorecedor da exigência de que muito se fala, entre nós, da “produtividade” dos agentes da justiça. Num sentido afim, José de Faria Costa, loc. cit., 185 (“... admitir que todos os processos pudessem estar, *ad aeternum*, abertos... seria sintoma de intolerável ineficácia, inércia, e potenciará... um relaxamento, um delongar na perseguição penal que teria, entre outras coisas, o efeito perverso de tornar a máquina do Estado em tartaruga de Aquiles agora elevada à categoria de deusa toda absoluta, porque senhora de todo o tempo do mundo”).

Continuamos a considerar pertinentes as considerações feitas, há muito, por Figueiredo Dias, a respeito: “Só por isso, (ilegítimas) necessidades ‘absolutas’ de punição, baseadas em sentimentos de vingança e de retribuição, poderiam ser apontadas no sentido de fundar a imprescritibilidade” — *Direito Penal Português — As consequências jurídicas do crime* - §1132, p. 704.

43 José de Faria Costa, “O direito penal e o tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)”, in *Linhas de direito penal e de filosofia*, Coimbra Editora, 2005, p. 190.

Demais a mais, o regime contribui para aumentar o sentimento de desresponsabilização do sistema no seu todo, como temos vindo, ao longo dos anos, acentuado.

44 De certo modo, pode dizer-se que é a filosofia de fundo que tem presidido ao olhar sobre o instituto da prescrição que justifica o teor do Ac. N.º 500/2021, do TC de Portugal, sobre a aplicação no tempo de diploma que suspende prazos de prescrição, no contexto da COVID-19. Um interessante e crítico comentário de Nuno Igreja Matos (“A suspensão ‘Covid-19’ dos prazos de prescrição e o Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 500/2021”) pode ser lido em *Anatomia do Crime*, N.º 13, Jan-Junho/2021, pp. 113 ss.

ao convívio em sociedade. E muitos profissionais do direito, nomeadamente advogados e magistrados, numa forma reiterada propuseram que seja revisto o regime...”.]

Reforma essa, ainda, que cria um dispositivo (art.º 84.º-A) — a seguir ao que dispõe sobre a atenuação livre da pena — com a epígrafe “Colaboração relevante”, o qual permite a redução da moldura penal abstracta para metade nos seus limites mínimo e máximo ou a isenção ou dispensa da pena ao agente que colaborar com as autoridades judiciais. Esta cláusula geral, pois não está dirigida a crimes ou a categorias de crimes em especial, com pressupostos muito abertos⁴⁵, num quase cheque em branco, não fosse o caso de não ser imperativa a concessão do benefício ou “prémio”, surge inopinadamente, sem que vislumbramos uma única linha de argumentação justificando a sua consagração.

[Já de uma perspectiva de sistematização — colocado o artigo no capítulo das penas, e numa secção relativa à determinação e aplicação das penas, entre a atenuação livre da pena e a isenção da pena —, este instituto ou figura de “colaboração relevante” a sugerir figuras próximas como a colaboração ou delação premiada, conhecida do direito processual penal brasileiro, mas não dele originário historicamente, parece deslocado. Se fizermos acrescer as dúvidas sobre a exequibilidade do preceito, a sua natureza — substantiva penal ou processual penal — mas, sobremaneira, sobre a sua compatibilização com feixe de princípios e critérios, muitos com fundamento constitucional, próprios de um direito penal de feição democrático-liberal (igualdade, determinabilidade, lealdade processual, presunção de inocência, dignidade pessoal do arguido, independência judicial), arribando ao próprio fundamento ético do Estado de direito, a eminente dignidade da pessoa humana, cremos ser uma inovação infeliz, injustificada, dirigida a uma (quicá illusória) eficácia processual à *outrance*, e inadequada a um direito penal de um Estado de direito como Cabo Verde. De todo o modo, fora das apertadas fronteiras desta comunicação, é matéria que merece uma análise mais funda e cuidada, também atempada, noutra lugar⁴⁶.]

⁴⁵ No n.º 2 do artigo, considera-se “colaboração relevante” a prestação de colaboração de que resulte identificação de co-autores ou outros agentes do crime; descoberta de vítima ou vítimas de crimes com vida; identificação e descoberta de produtos do crime.

⁴⁶ Sobre a chamada colaboração ou delação premiada, veja-se Gomes Canotilho e Nuno Brandão, “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4000, pp. 16-38; P. Saragoça da Matta, “Delação premiada... o regresso da tortura”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel*

Neste momento, e com tudo o que pudemos, neste espaço, expor, falta responder à questão colocada: estamos ainda, em Cabo Verde, perante o mesmo Código Penal? Apesar das muitas alterações, particularmente as que, seja na PG, seja na PE, se traduzem, como procurámos explicitar e fundamentar, em desvios, entorses ou erosão das linhas essenciais de política criminal, quase sempre expressão de essencial sintonia com valores e princípios constitucionais? Apesar de, em particular na PE, haver sucessivos aumentos de pena para muitas categorias de crimes, incluindo dos limites mínimos (como, a título meramente indicativo, vimos nos homicídios), roçando as fronteiras estabelecidas pelo princípio da culpa⁴⁷, alargamento da punição da tentativa e de actos preparatórios, criação de crimes de perigo, especialmente de perigo abstracto, crescendo de imputação subjectiva a nível de dolo de perigo, normas penais em branco, generalização da técnica de agravações de tipos-base, sobreposição de tipos de crime e tipificação em nome de um direito penal simbólico, incorporação no código de incriminações ditadas por convenções e outros instrumentos de direito internacional ou, até, de crimes previstos em legislação avulsa? Apesar de, por esta via, se poder favorecer a existência de múltiplas direcções de política criminal ou até uma *tensão de sentido político-criminal* entre as disposições e critérios e princípios definidos na PG e os normativos da PE⁴⁸, geradora de materiais incongruências entre eles?

A nossa resposta é positiva, num sentido afim à dos que, em Portugal, partilham a mesma opinião e resposta. Apesar de tudo, pode concluir-se que a estrutura central do código se mantém, diria a sua *ossatura central*, designadamente a que se define pelos critérios e princípios contidos na Parte Geral, com as excepções já aqui assinaladas.

da Costa Andrade, Volume II, Universidade de Coimbra, 2017, 525 ss. Para uma perspectiva histórica, veja-se José Luis Guzman Dalbora, “Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo”, in *RPCC* 2, 2001, p. 209.

47 Veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Elementos para o estudo do Código Penal de Cabo Verde* — CADERNOS. 1 — Dados de um percurso legislativo — O decreto-legislativo de aprovação do Código Penal, Fundação Direito e Justiça, pp. 48-49; Sousa e Brito, in *Reforma do Código Penal*, Vol. III, pp. 104-106.

48 A este fenómeno, referiamo-nos, em geral, no *nosso* “Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à “criminalidade organizada” — Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, particularmente pp. 173-174.

Permanecem quase intocados os dispositivos sobre o princípio da legalidade e seus corolários, nomeadamente na aplicação do regime mais favorável ao agente, o lugar e o momento da prática do facto, regime da omissão, regras de imputação subjectiva, dolo, negligência, agravação pelo resultado, erro sobre o facto típico e sobre a ilicitude, inimputabilidade, actos preparatórios e tentativa, desistência e arrependimento activo, autoria e comparticipação, concurso de crimes, culpa na comparticipação, crime continuado, causas de desculpa, proibição de prisão perpétua e de pena de morte, limite da medida da pena pela medida da culpa, limites à duração das medidas de segurança, efeitos das penas e das medidas de segurança, finalidades das sanções criminais (direito penal do bem jurídico, ressocialização), proibição de cumulação de pena e de medida de segurança, suspensão da execução da pena de prisão (no essencial), penas alternativas (aqui, alterações bem-vindas, como o regime de prova ou a permanência na habitação, aproximando-se do regime previsto no diploma português), escolha e critérios de determinação da pena (no essencial), punição da reincidência...

[Algumas alterações foram positivas, como a clarificação do regime de punição das pessoas colectivas, o alargamento das penas alternativas à prisão, a introdução da medida de proibição de contacto com a vítima, em certos crimes (sexuais, contra a integridade física e psíquica, maus tratos ou os chamados crimes de VBG) ou, ainda, a criação de alguns tipos de crime, em decorrência da natural evolução do contexto nacional e internacional, nos planos social, cultural e económico e de novas realidades potenciadoras de condutas susceptíveis de atingir bens merecedores de tutela penal (casos de tráfico de pessoas, de desvio do poder ou, ainda, de incriminações que, sendo comunitariamente inaceitáveis, representem violações de valores da *solidariedade global* ou atinentes às sociedades de risco modernas⁴⁹), ou até de omissões ou insuficiências do código penal detectadas na sua aplicação. De referir, ainda, a incorporação no código

⁴⁹ Veja-se, por exemplo, Figueiredo Dias, reivindicando que os valores da *solidariedade global* ganhem novo significado e relevo no que chama a “refundamentação do sistema da justiça penal”, no contexto de uma “superação” do paradigma iluminista — “O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio”, in *Direito penal — Fundamentos dogmáticos e político-criminais — Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pp. 262-263.

dos crimes atinentes à interrupção da gravidez, já por se considerarem ultrapassadas as razões que, na altura da aprovação do CP, justificaram a sua manutenção em legislação própria.]

É, ainda, pois o mesmo Código Penal que, em ruptura com o velho código de 1886, ainda representa um avanço inequívoco, necessário e civilizacional. Mas as dúvidas, as reservas, as críticas que aqui apenas de uma forma muito sumária e rápida manifestámos — e que, no essencial, já havíamos assinalado em diferentes outras ocasiões e noutros fóruns, quanto às orientações e ao sentido geral das reformas que têm sido introduzidas no edifício do Código penal, designadamente, no plano da política criminal — deixam-nos um sentimento de dúvida e de alerta perante o futuro. É preciso ponderar o tempo e o modo de introdução de reformas que se mostrem necessárias, não *a quente* ou *à flor da pele*, com o intuito, quase sempre ilusório, de dar respostas imediatas a problemas sociais, económicos ou políticos favorecidos por tempos de mais dificuldades ou de crise ou a exigências e insatisfações de segmentos radicalizados da sociedade que clamam por vingança contra agentes de crimes considerados muito graves ou que causem enorme alarme social. Deve, ainda com Figueiredo Dias, recusar-se qualquer concepção penal baseada na “*expansão* da criminalização, que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de mera política estadual”⁵⁰. E — acrescentamos — instrumento que se revela, amiúde ou quase sempre, redutor e verdadeiramente ineficiente.

Vale sempre a pena reiterar a noção, ainda perfeitamente válida, de que, num Estado fundado na afirmação da eminente dignidade da pessoa humana e organizado em democracia, a intervenção do direito penal deve ser vista como uma última *ratio* da política social e subsidiária no contexto de um sistema estatal de controlo⁵¹. Que, num Estado de direito material, de cariz social, como o de Cabo Verde (ou o de Portugal), o direito penal só entra com os seus instrumentos de actuação, como acentuámos na justificação do anteprojecto do novo CP, citando Figueiredo Dias, “ali, onde se verifiquem

50 *Idem, ibidem*, p. 262.

51 “O princípio... representa a projecção do instrumento penal como *ultima ratio*. Por isso, no confronto com um sistema alternativo fechado e totalizante de tutela, a fragmentariedade exalta a aspiração liberal da moderna concepção de um direito penal constitucionalmente orientado...” - assim conclui, de forma compreensiva, Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português...*, I, p. 80.

lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem...”⁵².

Destarte, não cabe às reformas pretendidas do direito penal o objectivo de “corresponder às expectativas políticas”, ou eleitorais, mas também não como instrumento de mera facilitação da tarefa dos aplicadores do direito na incriminação de arguidos, como tem transparecido de algumas iniciativas reformistas.

Ao fim e ao cabo, o esforço realizado e a ser prosseguido por um direito penal e seus principais instrumentos fiéis aos valores, critérios e princípios próprios de um Estado de direito, que resista às investidas do populismo, da ideologia securitária e do direito penal simbólico, traduz-se e integra-se numa luta mais vasta pela afirmação e reforço do constitucionalismo democrático, do Estado de direito e da democracia. O que não pode ser interpretado como a defesa de uma política criminal de olhos vendados e desatenta às mudanças impostas por realidades novas, que deva, citando Figueiredo Dias, “proceder, progressiva e rapidamente, num contexto internacional global, à *integração* — perfeitamente possível sem contradições — destas conquistas num contexto social novo”⁵³.

52 “Os novos rumos da política criminal”, in *R.O.A.*, ano 43, 1983, Lisboa, 12. Uma revisitação a tais critérios e rumos é feita por Anabela Miranda Rodrigues, “Política criminal — Novos desafios — Velhos rumos, in *Liber Discipulorum...*, cit., pp. 207 ss., autora que propugna uma política criminal prática e diferenciada (p. 227).

A carência de tutela penal (“...a inexistência de meios alternativos eficazes de protecção jurídica...”) supõe, no entanto, a “dignidade penal da conduta”, “definida pela essencialidade do bem lesado ou posto em perigo, na perspectiva das condições da existência e realização dos fins do Estado de direito democrático e pelo desvalor das condutas incriminadas na dimensão de uma gravidade ética clara das mesmas...” — assim Fernanda Palma, “Constituição e Direito penal”, loc. cit., p. 25. Em sentido afim, Figueiredo Dias, dizendo que “...assim como a ideia da dignidade penal é o elo que liga e oferece consistência e sentido aos pressupostos de punibilidade do facto, o conceito de carência de pena é um dos operadores mais relevantes ao nível da doutrina da consequência jurídica, ligado como está às ideias da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou se quisermos, numa palavra, ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo...” — “Sobre a construção da Doutrina do Crime (Do Facto Punível)”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, p. 255. Faria Costa define assim a ideia: “a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”, in *Noções Fundamentais...*, 2.ª ed., 2009, p. 23.

53 Figueiredo Dias, “O problema do direito penal no dealbar...”, loc. cit., p. 270. Conclui, com acerto, o autor que a “reforma do sistema da justiça penal não pressupõe uma substituição revolucionária do paradigma penal atual, bem pelo contrário, impõe que nos mantenhamos fiéis às conquistas irrenunciáveis de democraticidade, de pluralismo ético e político, de secularização, que três séculos de razão crítica nos trouxeram. Exige, sim, que na base daquele paradigma (...) esteja presente e nítido um *quadro axiológico mínimo mas decisivo*, imediatamente derivado da convicção de que todo o Homem e toda a Humanidade são sujeitos comuns e solidários da responsabilidade pela vida no planeta”. O que implica pensar com decisão a ideia “dos *novos contratos sociais*” — p. 271.

O que vale tanto para Cabo Verde quanto para Portugal, num quadro mundial em que os riscos de sedução e de penetração das ideias ligadas a todo o tipo de autoritarismo são visíveis.

E não penso que, nessa luta, devam ficar de fora os cultores e estudiosos do direito penal, os investigadores e professores, os magistrados, advogados e outros servidores da justiça que lidam com a coisa criminal. Pode parecer excessivo ou romântico, descabido ou inadequado, talvez fruto de alguma ingenuidade, sugerir aqui — neste ambiente académico e universitário — que, de alguma forma, e pelo menos (por enquanto) no espaço dos países de língua portuguesa, surja a manifestação colectiva de uma tal disposição. A de denúncia do iliberalismo penal e de sintonia com os caminhos de afirmação de um direito penal democrático.

Termino, homenageando a figura do ilustre autor do Projecto de 1963, o Professor Eduardo Correia, os que estiveram à frente da reforma de 1995, de que se destaca o Prof. Figueiredo Dias, mas, igualmente, todos os penalistas, estudiosos, investigadores, professores, magistrados e advogados que, com o seu labor doutrinário, jurisprudencial, pedagógico, cívico e profissional, contribuíram para que este Código Penal português se mantenha, com altos e baixos, com a vitalidade que é demonstrada por estes quarenta anos de vigência.