

SEPARATA

RPDC N.º 1 (2021)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



*Direito penal do bem jurídico e direito penal expansionista: “gémeos separados à nascença”?**

António Miguel Veiga

Juiz de Direito; Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
antonio.miguel.veiga@gmail.com

Resumo: O presente estudo começa por tentar estabelecer uma ligação entre o princípio da dignidade humana enquanto referente axial do nosso ordenamento jurídico-constitucional e aquelas que são, depois, as suas marcas e projecções fundamentais no domínio penal, visando-se igualmente constatar se o denominado *direito penal expansionista* se preocupa ou não, em algumas das suas criações normativas, por respeitar aquelas mesmas projecções. Em tal contexto, analisam-se seguidamente diversos exemplos normativos contemporâneos, em três áreas temáticas distintas (legislação antiterrorista, direito penal sexual e direito penal da família), correspondentes a outras tantas manifestações do aludido *expansionismo*, seja no *enforcement* securitário que impõe ou nos modelos comportamentais (do ponto de vista sexual ou familiar) que entende moral e socialmente adequados e exige dos seus destinatários. Chamando-se, finalmente, a atenção para a circunstância de, apesar de *na prática das coisas* relegarem para um segundo plano princípios ligados à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, adoptarem as referidas manifestações expansionistas um discurso amiúde baseado na ideia de protecção comunitária ou até mesmo individual.

Abstract: This paper begins by establishing a connection between the principle of human dignity, as an essential foundation of the Portuguese legal system, and its main signals and projections in criminal matters,

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

with a view also to establishing whether or not the so-called *expansionist criminal law* tends to respect such projections. In this context, the paper then proceeds to assess several contemporary normative examples of said *expansionism* in three different thematic areas (antiterrorism, legislation related to sexual offences and family-related legislation), both in the security-driven enforcement that it imposes and in the morally and socially adequate behaviour that it demands. Finally, the paper draws attention to the fact that those expansionist manifestations, whilst discarding protection of fundamental rights, are often promoted in the name of the protection of the community or even of individual rights.

Palavras-chave: dignidade humana; bem jurídico; direito penal expansionista

Keywords: human dignity; legal interest; expansionist criminal law

1. Introdução. Aproximação ao tema

1.1. O valor da dignidade pessoal constitui algo de absolutamente basilar nos Estados de Direito contemporâneos e suas expressões normativas mais relevantes.¹ Isto, em uma era marcada, pelo menos em termos comunicacionais,² pela cada vez maior consciencialização da necessidade de respeito pelos direitos humanos e seu estruturante papel na mundividência hodierna.

Mas o que, em tese, merece o aplauso de qualquer espírito democrático e amante da liberdade, exigirá, nos tempos que vivemos, uma análise e uma dissecação um pouco mais aprofundadas. Não, note-se, quanto àquilo que constitui uma evidência para, como dissemos, qualquer espírito democrático e humanista, a saber, o primado e a força eticamente fundantes do valor da pessoa (e do que representa *ser-se pessoa, livre e responsável*)³ enquanto razão e referencial das emanações normativas de um Estado de Direito. O ponto terá

¹ E a Constituição de um verdadeiro Estado de Direito começa por ser o alobre essencial do respeito e promoção da dignidade humana: assim, na ordem jurídica portuguesa, preceitua o artigo 1.º da Lei Fundamental que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (...)».

² Em muitos casos, este tenderá a configurar o nó górdio do problema que tentaremos analisar nas presentes linhas. É que o poder mediático e comunicacional das grandes proclamações de princípios conduz, por vezes, a que se olvide o essencial dos temas e reste “mascarado” o real dissídio existente entre a substância dos valores invocados e as concretas propostas apresentadas pelo legislador como supostamente idóneas à protecção daqueles mesmos valores.

³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996, Fascículo 1.º, pp. 32 e ss.

mais – e sobretudo – que ver com a concreta percepção da *dignitas* que parece estar subjacente a determinadas criações contemporâneas do legislador, e o modo como tal percepção encontra (ou não) eco junto da comunidade a que as referidas normas se destinam.

Coloquemos, pois, a questão nos seguintes termos: tudo o que – por vezes com o estrépito mediático próprio da barganha política – a lei apresenta como essencial à protecção de lídimos valores pessoais e colectivos, sê-lo-á, realmente?

O problema (que, de modo consciente, resumimos na brevíssima interrogação acabada de formular) mostra-se particularmente candente em áreas, como a jurídico-penal, nas quais mais de perto se tocam a liberdade e a esfera de autonomia íntima dos cidadãos. Mas suscita ainda, e *pour cause*, estouta reflexão (ancorada em uma perspectiva simétrica à que presidiu à aludida pergunta): terá sentido, nos dias de hoje, pensar-se na autonomia da pessoa como um obstáculo a determinadas iniciativas que, anunciadas como tendendo à promoção da dignidade humana, rapidamente se revelam destinadas à obtenção, pura e simples, de um clima geral de protecção comunitária assente na inocuização de direitos individuais?

Em uma palavra: ter-se-ão os anseios gerais de segurança comunitária transformado, por força da evolução dos tempos, em algo de semelhante a uma verdadeira *némesis* da liberdade pessoal e de tudo o que esta é suposto envolver?

Tentaremos reflectir um pouco sobre o problema, a partir de alguns exemplos recentes do nosso⁴ direito penal positivado, e do caminho marcadamente *expansionista* que o mesmo, em sociedades plurais e democráticas como aquela em que felizmente nos movemos,⁵ parece cada vez mais decidido a trilhar.

⁴ Falamos do “nosso” direito penal, mas compreendemos bem que, para um país como Portugal, os problemas a este nível suscitados não revestirão uma particular originalidade ou singularidade face a outras ordenações do mesmo espectro normativo, cada vez mais moldadas e definidas pelos entes de cariz internacional de que fazem parte: o mais premente, óbvio e contemporâneo exemplo é, como se intui, o da União Europeia e sua aspiração à construção de um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, enquanto princípio programático enunciado no n.º 2 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE).

⁵ Parecendo-nos também relativamente evidente que, pela própria *natureza das coisas*, as impostações por nós enunciadas perderão grande parte do sentido quando transpostas para regimes político-jurídicos próprios de Estados ditatoriais ou autoritários, nos quais, como se sabe, a liberdade e os direitos humanos em geral “valem” pouco. Aí, as questões agora colocadas nada terão (infelizmente) de “estranho” ou dissonante relativamente a uma matriz axiológico-valorativa não democrática que, como se percebe, é conatural a esses mesmos Estados. No entanto, se mudarmos o plano de análise para a realidade do Estado de Direito democrático, ao qual «(...) incumbe não apenas “respeitar” os direitos e liberdades fundamentais, mas também “garantir a sua efectivação», e «(...) defender os direitos de liberdade não só perante o Estado, mas também perante terceiros (...)» (JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 208, com itálico dos Autores), bom, cremos que a dignidade humana, enquanto limite contra qualquer

1.2. Impõem-se, porém, e desde já, duas notas prévias, em homenagem àquilo que releva do mais elementar bom-senso e da noção, que não deveremos perder, da realidade que nos rodeia.

Por um lado, importa deixar a advertência de que não contém as presentes linhas a pretensão de fornecer uma resposta fechada e apodíctica à questão (quando colocada em termos genéricos e mais ou menos “etéreos”) de saber se a dignidade e liberdade pessoais e as garantias constitucionais a estas inerentes terão necessariamente de ressentir-se sempre que a lei penal pensa na protecção comunitária como primacial móbil da sua intervenção. Basta que estejamos atentos e sensíveis à enorme complexidade do mundo actual, com o constante agudizar de conflitos internacionais de dimensões cada vez mais abrangentes e até mesmo ubiqüitárias (e pense-se, a este propósito, no magno exemplo do fenómeno terrorista),⁶ para compreendermos que as soluções *prima facie* acabadas constituirão porventura algo impossível (e até indesejável) de alcançar. Desde logo, porquanto a susceptibilidade lesiva de valores pessoais e comunitários revelada por cada problema é una e amiúde irrepitível, e exigirá, por isso, uma atenção igualmente específica quanto aos concretos antídotos normativos a adoptar.

Sem embargo, e por outro lado, afigura-se-nos também indesmentível que, não obstante as especulações teórico-filosóficas que a resposta à interrogação formulada (recorde-se, liberdade e dignidade pessoais *versus* segurança comunitária?) possa merecer, algumas mexidas legislativas contemporâneas parecem revelar uma “marca de água” relativamente comum, em obediência a uma ideia programática que, também ela, se entremostra comum: a de um progressivo afastamento do direito penal enquanto ordem de validade destinada à protecção de específicos bens jurídicos, e a aproximação a um projecto político-normativo preocupado com estratégias globais de pendor assumidamente securitário ou, em determinados casos, até mesmo moralista.

manifestação de totalitarismo, ganha – *também* no domínio normativo e político-criminal subjacente – o significativo papel de crivo aferidor do efectivo (des)respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

⁶ Para a percepção de diversas diferenças de fundo entre as manifestações terroristas típicas de grande parte do século XX, essencialmente circunscritas a domínios espaço-geográficos mais ou menos bem definidos, e as que marcam os últimos anos, de cariz cada vez mais global, *vide* NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares / Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 134 a 136, em comentário ao crime previsto no artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, e as referências bibliográficas aí constantes. À questão do terrorismo e à abordagem normativa que de tal realidade é feita pela generalidade das ordens jurídicas voltaremos, no entanto, daqui a pouco, no ponto 5.

2. De que realmente falamos quando falamos de dignidade e liberdade pessoais?

2.1. Tratando-se de um princípio estruturante do nosso ordenamento jurídico-constitucional (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa – CRP),⁷ o princípio da dignidade humana revela-se, por isso mesmo, pólo originador (embora transcendendo-o)⁸ de todo um conjunto de valores e princípios densificadores – quer no próprio universo axiológico constitucional, no tocante ao essencial dos direitos, liberdades e garantias pessoais e direitos económicos, sociais e culturais comuns,⁹ quer, depois, nas diversas constelações normativas da lei ordinária¹⁰ – que parecem comungar, todos eles, de um certo ideário, de um espectro valorativo próprio da multitude de dimensões e realidades inerentes ao ser humano.¹¹

⁷ É igualmente evidente a positivação da dignidade humana na ordem jurídica internacional, seja esta de dimensão universal ou regional: assim, vejam-se, por todos, os Preâmbulos da Carta das Nações Unidas (CNU), da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) ou da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (sobre o tema, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?”, *Revista Jurídica Portucalense*, N.º 21, 2017, pp. 261 a 264).

⁸ Essa transcendência traduz, desde logo, a circunstância de se tratar de um princípio estruturante da própria consciência jurídica colectiva e do património ético-jurídico por que se rege e no qual busca sentido para a sua existência. Neste sentido, o princípio da dignidade humana é ainda anterior à sua primeira e mais lídima objectivação, precisamente a plasmada no texto constitucional, e permite colorir e aferir, em termos de congruência, a própria intencionalidade axiológico-normativa supostamente reconhecível aos múltiplos direitos positivados em homenagem àquele princípio fundamental. Assim, enquanto “base” da República (e do *geist* comunitário que lhe subjaz), o princípio da dignidade humana surge, como pertinentemente advoga MARIA LÚCIA AMARAL, *fora e antes* do sistema dos direitos fundamentais, antes constituindo um *quid* de dimensão essencialmente *objectiva*. Ou seja, não se confundindo com um mero direito subjectivo, valendo, sim, como verdadeira “premissa antropológica” da subsequente consagração do sistema de direitos fundamentais em que se desdobra e relativamente ao qual se arvora em referente de sentido, ajudando as tarefas de índole prática da sua interpretação e integração [“O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 13, 2007, pp. 4 e 5, e também *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 162 a 167; no mesmo sentido, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição Portuguesa Anotada* (coordenação de Jorge Miranda e Rui Medeiros), Tomo I, 2.ª ed., revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em anotação ao artigo 1.º, pp. 82 e 83].

⁹ A propósito, JORGE MIRANDA, “A Constituição e a dignidade da pessoa humana”, *Didaskalia*, Ano XXIX (1999), p. 473, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pp. 79 e 80, e MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República* cit., pp. 163 a 166.

¹⁰ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, Volume I, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2018, pp. 73 a 76.

¹¹ E isto, ainda que, como nota MARIA LÚCIA AMARAL, tenha sido, desde sempre, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português algo prudente quanto à definição do princípio da dignidade humana e, a montante, da própria ideia de “dignidade humana”, apelando sobretudo à negação da instrumentalização da pessoa, ao impedimento de tornar esta um simples *objecto ou meio* ao serviço de finalidades que lhe são exteriores (“O princípio da dignidade...” cit., pp. 5 e 6, e, de modo paradigmático, cfr. Acórdão n.º 28/2007, de 6 de Março de 2007, disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

Não sendo (evidentemente) nosso propósito lograr uma suposta exaustividade na matéria, permitimo-nos, ainda assim, ressaltar algumas de tais dimensões, absolutamente indispensáveis à presente análise.

Ergue-se, em primeiro lugar, a valia ôntica do ser-se *pessoa* e o que este simples dado representa enquanto realidade *a se*,¹² independentemente do concreto contexto em que a pessoa, *qualquer pessoa*, circunstancialmente se encontre.¹³ Tratar-se-á, se quisermos, da noção mais absoluta do estatuto do ser humano, da ideia quase kantiana do “homem como fim”, nunca como meio,¹⁴ cuja racionalidade e poder de escolha moral não admitem uma qualquer instrumentalização da pessoa ao serviço de interesses – individuais ou colectivos – alheios.¹⁵

Todavia, a natureza indeclinável da *socialidade humana*, isto é, do necessariamente estar e interagir com os outros¹⁶ – e o que a inevitabilidade de tal facto¹⁷ deverá convocar em termos de estruturação democrática de uma qualquer sociedade –, permite o desejável apartamento de uma configuração conceptual da dignidade humana de tal modo “etérea” ou hiperbolizada que não atenda à evidência de que o homem só se afirma plena e genuinamente nas suas múltiplas experiências intersubjectivas.

Por fim, mas não menos essencial (sob pena de, não sendo tal aspecto considerado, cairmos no mais óbvio e claro *caos existencial*), a consciência

¹² A mundividência medieval foi bem diversa, pois que ancorada em uma concepção de dignidade humana dependente de todo um conjunto de elementos exógenos – a ligação ao divino, a função ou cargo desempenhados, a riqueza material acumulada – que a despersonalizavam e faziam obscurecer a valia da pessoa pelo simples facto de existir. No essencial, e como bem acentua MÁRIO REIS MARQUES, «devido à sua heteronomia, uma vez que não se enraiza no indivíduo, a *dignitas* medieval não potencia o desenvolvimento individual, não privilegia o estatuto autonómico da condição humana» [“A dignidade humana como *prius* axiomático”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume IV (organização de Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 542].

¹³ Sobre este aspecto, com desenvolvimento, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A revolução e o direito”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 206 e 207, e “Pessoa, direito e responsabilidade” cit., p. 33; igualmente com muito interesse, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÊS, *Constituição...* e Tomo I cits., pp. 80 a 82.

¹⁴ A propósito, ANTÓNIO CORTÊS, “O princípio da dignidade humana em Kant”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXXXI, 2005, pp. 606 e 607.

¹⁵ Com desenvolvimento, focando este aspecto, CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 34, N.º 102, 2014, pp. 178 a 188.

¹⁶ JORGE MIRANDA, “A Constituição...” cit., pp. 474 e 479 a 481.

¹⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 297.

de que a consideração da pessoa e da sua dimensão relacional pressupõe a existência de uma ordem reguladora que respeite e promova tais realidades, por forma a que qualquer uma delas – a ideia do *eu* enquanto entidade diversa da *communitas* mas que nela se integra – não sobreleve sobre a outra e a aniquile ou menospreze de modo injustificado.¹⁸

O último ponto é sumamente importante, pelo que desvela de um dos dramas que desde sempre acompanham o homem enquanto ser social: a possibilidade de agir com os outros e de movimentar-se no seio da comunidade, mas por uma forma tal que, estando-lhe vedada a pura arbitrariedade egoística, a estrita lógica de um “quero, posso e mando”,¹⁹ não venha também a redundar, como há pouco enfatizámos, em uma sua instrumentalização a interesses – públicos ou privados – alheios e redutores da sua valia ontica pessoal.²⁰ É que, como bem se compreende, a relação pessoa-comunidade, depois inevitavelmente transportada para a relação pessoa-Estado, comporta, pela sua própria natureza e razão de ser, inevitáveis pólos de tensão dialéctica particularmente candentes e decisivos, geradores de genuínos testes à promoção da esfera autónoma e responsabilizadora do referido *eu* no contexto mais vasto dos múltiplos *eus* organizados no tecido comunitário envolvente. Afigurando-se-nos, por isso mesmo, que a assunção normativa do valor dignidade pressuporá sempre a obrigação do reconhecimento de um mínimo invulnerável que se imponha a todos os poderes públicos na hora de configurar o estatuto jurídico da pessoa e da aludida esfera de autonomia que mais intimamente a toca.

2.2. Todas as dimensões que vimos focando, pressupondo algo de praticamente consensual em termos de património ético-axiológico das sociedades democráticas contemporâneas, obteve uma consagração normativa bem mais recente do que *a priori* poderíamos supor. Com efeito, a ideia de dignidade enquanto *quid* axial depois densificável em múltiplas direcções da vivência humana corresponde ao culminar de uma (diacrónica e) progressiva consciencialização de que a autonomia da pessoa não lograria uma sua eficaz e ampla protecção face ao Estado somente com a consagração de direitos como a liberdade ou a igualdade entre os cidadãos.²¹ Não só porquanto a liberdade

¹⁸ JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição...* e Tomo I cits., p. 84.

¹⁹ Esta sugestiva expressão, colhemo-la junto de ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, in “Profecia sobre a Pessoa no Mundo Global”, *Cadernos de Bioética*, Ano XII, N.º 30, 2002, p. 33.

²⁰ A isto se refere também, de modo expresso, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 28/2007 cit.

²¹ A consagração de direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade, surpreendendo-a nós na emblemática divisa setecentista francesa da *liberté, égalité et fraternité*, continua a estar intimamente ligada a uma certa mundividência apreensível pela necessidade de protecção do indivíduo perante as forças

ou a igualdade, apesar de garantidas pela lei formal, poderão, ainda assim, e como há pouco sugerimos, não evitar uma eventual instrumentalização e subalternização da pessoa a determinados interesses pragmáticos (porventura até mesmo ilegítimos) da *realpolitik* estatal, mas também porque, «(...) com o decurso do tempo, com o desenvolvimento das modernas sociedades tecnológicas, o Estado deixa de ser o único contraponto de eleição. O desenvolvimento científico-tecnológico, a mundialização dos mercados financeiros e a tendência para a instituição de um mundo darwiniano, fazem aumentar o risco de desumanização. A noção predominante de liberdade vê-se então acompanhada pela de respeito pela dignidade da pessoa humana».²²

Assente esta realidade (e mesmo percebendo, pois, que a actual *societate do risco*²³ constitui algo de bem mais complexo, multiforme e transcendente à tradicional *potestas* pública), importará não perder de vista que a necessidade de respeito pela dignidade humana, nas diversas refracções em que este princípio se expressa e concretiza (*maxime*, no reconhecimento de uma indeclinável esfera de autonomia²⁴ e liberdade inerente à pessoa, mas também na necessidade de protecção da sua vulnerabilidade),²⁵ traz a suportá-la todo um património axiológico e valorativo que acaba por constituir o alfofre enformador da actividade – qualquer que ela seja – de *ius imperium* por parte do Estado e dos diversos poderes públicos em geral.

3. As expressões mais relevantes do princípio da dignidade humana no campo do direito penal

3.1. Como vem sendo afirmado por diversa doutrina e jurisprudência, o axioma da dignidade humana perpassa pela esmagadora maioria dos

– desproporcionadas e amiúde “desumanizadas” – do Estado. Neste sentido, parecerá subjazer a tal concepção uma ideia essencialmente negativa e defensiva do estatuto individual da pessoa, pela limitação que impõe ao poder de “atropelo” do Estado, e não tanto pelas obrigações sociais de cariz positivo que poderia impor a este ente público [a propósito, JAMES WHITMAN, “The two western cultures of privacy: dignity versus liberty”, *Yale Law Journal*, Volume 113 (2003-2004), p. 1214].

²² MÁRIO REIS MARQUES, “A dignidade humana...” cit., p. 546.

²³ Sobre a *societate do risco*, FEDERICO STELLA, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell’Innocente e la Tutela delle Vittime*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 3 a 8.

²⁴ Parecendo-nos ser esta concepção de autonomia jurisdicção ínsita à pessoa a explicar realidades básicas do ordenamento civilístico, como as categorias de direito subjectivo e – aqui, pelo contraponto de responsabilização que aquela autonomia convoca – imputabilidade (a propósito, e respectivamente, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, pp. 41 a 44, e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume LXXXII, 2006, pp. 506 e 507).

²⁵ Assim, exactamente, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição...* e Tomo I cits., p. 84.

fulcrais princípios vigentes na área penal de um qualquer Estado de Direito de feição não iliberal. Afirmar que bem se compreenderá se pensarmos nos delicadíssimos interesses que constituem o seu âmbito de aplicação prática, quer em termos da *lex scripta* positivada, quer em termos dos intuitos político-criminais que tal *lex* visa servir, quer, ainda, em termos da dogmática que, ao longo dos tempos, foi reflectindo e procurando divisar os fundamentos ético-normativos dos referidos *ius* positivo e política criminal ao mesmo associada.

Façamos, pois, uma brevíssima alusão aos ditos princípios.

3.2. Desde logo, o princípio da legalidade e tipicidade penais (artigo 1.º do CP) revela-se de uma incomensurável importância no evitamento de um hipotético exercício do *ius puniendi* sem seguros estalões interpretativos na integração das condutas verberadas pela ordem jurídica. Com efeito, antolha-se-nos claro que o juízo de desvalor ínsito ao tipo legal de crime deve apresentar-se ao intérprete e aplicador da lei (e, antes disso, e por maioria de razão, ao agente) sob a forma de uma *lex stricta e coerta*.²⁶

Em sentido muito próximo – e decorrente – do anterior, merece também especial referência o princípio da proibição da analogia *in mala partem*, ou seja, em desfavor do agente, com o fundamental alcance de não poder ser ele condenado pela prática de um facto que não esteja definido arquetipicamente, em termos perceptíveis e inteligíveis, em lei penal prévia. Assim restando vedada ao intérprete a possibilidade de, a fim de escorar uma decisão condenatória, se socorrer de uma construção típica que, não prevendo a natureza do caso *sub iudicio*, entenda, todavia, análoga.²⁷

Mercê dos deletérios efeitos que a censura penal de uma conduta é susceptível de desencadear (com a aplicação de penas que lhe está normalmente associada), o juízo subjacente aos ditames penais ora nomeados revela-se, segundo se crê, evidente: só com o domínio e conhecimento de todos os elementos (normativos e descritivos) necessários às suas escolhas comportamentais poderá ser o agente devidamente responsabilizado e, porventura, censurado por haver agido como agiu, ou seja, *contra o direito*.

²⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional ‘*nullum crimen sine lege*’ e a analogia no campo das causas de justificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º (2001), N.ºs 3924 e 3925, pp. 72 e 73, e JOSÉ DE FARIA COSTA, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º (2001), N.º 3933, pp. 361 e 362.

²⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 385 e 386, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional...” cit., pp. 72 e 73.

E o mesmo fundamento nos é inculcado pelo princípio da não retroactividade da aplicação da lei penal, pois o aludido juízo de censura pressupõe, a todas as luzes, que o agente, no momento da sua actuação, saiba com o que pode “contar”, em termos de valoração existente no ordenamento jurídico-penal quanto àquela actuação (àquele facto típico), não sendo posteriormente “surpreendido” com uma norma verberadora que, aquando da actuação, ainda não existia no seio do mesmo ordenamento.²⁸

O respeito pela dignidade pessoal mais autêntica impõe, pois, que as garantias acabadas de mencionar sejam, todas elas, operantes e respeitadas pelo aparelho estatal (este, aqui entendido no sentido amplo de entidade legiferante e julgador e aplicador do direito) no momento em que impõe determinados comportamentos aos cidadãos e posteriormente deles exige contas pelas eventuais *deviances* perpetradas.

3.3. Outro dos mais intuitivos reflexos da protecção da dignidade humana no mundo jurídico-penal (entendido este, também aqui, não só em termos estritamente normativos, mas com o prolongamento político-criminal que sempre lhe estará subjacente) é o que toca o *princípio da culpa*.²⁹

Ideia-charneira do sistema penal, a máxima de que “não há pena sem culpa, e a medida da pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa” corporiza a simples mas decisiva imposição, já atrás focada, da não instrumentalização daquele que comete um crime a favor de propósitos que ultrapassam a lúdima função punitiva do Estado e evitando, assim, que se transforme o exercício desse *ius puniendi* em uma operação de preventiva intimidação e neutralização, pelo medo, da generalidade dos membros da comunidade jurídica.³⁰

A antecedente ideia pressupõe estoutra, absolutamente incindível de uma mundividência humanista e liberal, assente na perspectiva da responsabilidade e liberdade enquanto dimensões essenciais da onticidade humana: a pessoa não é livre sem ser responsável, e não se pode exigir responsabilidade ao

²⁸ Chamando MANUEL CAVALheiro DE FERREIRA muito justamente a atenção para a circunstância de se tratar este princípio geral da não retroactividade da lei penal, previsto no n.º 3 do artigo 29.º da CRP, de uma verdadeira *garantia institucional*, que não pode ser excepcionado pela lei ordinária (*Lições de Direito Penal*, Volume I, 2.ª ed., correcta e aumentada, Editorial Verbo, Lisboa, 1987, p. 22; quanto à razão de ser da apontada garantia constitucional, JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I cits., p. 495).

²⁹ Assim, e por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES / SUSANA AIRES DE SOUSA / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO), 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 72 e 73.

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., p. 61.

agente da prática de um crime que não seja livre.³¹ Pelo que no princípio da culpa (penal) como decorrência do princípio da dignidade humana vai sempre ínsita a possibilidade de “agir de outra maneira”,³² sendo precisamente a escolha, livre e esclarecida, do agente pela via do ilícito a fundamentar o juízo de censura em que a culpa, afinal, se traduz.³³

3.4. Outra, ainda, das mais importantes refracções penais do princípio da dignidade humana – e de um relevo cada vez mais “atacado” pela (em muitos casos, lamentável) idiosincrasia dos tempos – tem que ver com a chamada concepção “material” ou teleológico-funcional e racional do crime: «(...) *teleológico-funcional*, na medida em que se reconheceu definitivamente que o conceito material de crime não podia ser deduzido das ideias vigentes a se em qualquer ordem extrajurídica e extrapenal, mas tinha de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria *função* que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-penal (...)»; e «(...) *racional*, na medida em que o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”); ou, o que é dizer o mesmo, *de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena*».³⁴

Falar de dignidade penal e carência de pena põe-nos, pois, em inevitável confronto com o *quid* que transporta racionalidade, sentido e legitimidade à imposição de penas em um Estado de Direito: a ideia de bem jurídico. Bem jurídico que, portanto, estará longe de reconduzir-se apenas a (embora também o seja) uma fórmula de interpretação da finalidade e intuito do legislador ao criar um determinado tipo legal de crime.³⁵ Com efeito, indo muito para além disso, o conceito de bem jurídico deve traduzir, «(...) em primeira linha, um qualquer conteúdo material, uma certa “corporização” (deve ser, nesta acepção, “substanciável”), para que possa arvorar-se em

³¹ Desenvolvendo a questão, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996, Fascículo 1.º, pp. 32 a 41.

³² Expressamente, nestes termos, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 250 e 251.

³³ A jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional é, neste sentido, bastante abundante. A propósito de tal jurisprudência, e com sentido crítico, vejam-se MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da dignidade...” cit., pp. 8 e 9, e BENEDITA MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade...” cit., pp. 158 a 162.

³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., pp. 129 e 130, com itálicos do Autor, que neste segmento seguimos de muito perto; em sentido convergente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2 (1992), Fascículo 2.º, pp. 178 a 182.

³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., pp. 131 e 132.

indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização (...). Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e, nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional».³⁶

É precisamente no cenário ora mencionado que, em nosso juízo, mais poderemos divisar a profunda e umbilical relação existente entre o princípio da dignidade humana e a ideia de bem jurídico.

Desde logo, porquanto tal visão do “direito penal do bem jurídico”, como é hoje praticamente consensual na doutrina portuguesa³⁷ – e cujo acerto nos parece óbvio –, revela a existência de um *princípio constitucional não escrito*³⁸ de relevância e significado tão essenciais à promoção e preservação da eminente dignidade humana no ordenamento jurídico-penal quanto o antes aludido princípio da culpa.

Depois, e não menos importante, dado que a perscrutação (que não apenas hermenêutica, mas do inerente sentido ético-normativo) do concreto bem jurídico adscrito a cada figura típica criada pelo legislador penal permite perceber se, *in casu*, o interesse, bem ou valor consagrado por esse mesmo tipo

³⁶ *Ibidem*, pp. 132 e 133.

³⁷ Sobretudo a partir da teorização que, a propósito da matéria, resultou da lição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, podendo ver-se, como síntese, os seus “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 33 a 35, e, mais centrado na *praxis* jurisprudencial do nosso Tribunal Constitucional, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º (2016), N.º 3998, pp. 252 a 265. Na doutrina alemã, com visão semelhante, cfr. as posições, entre outros, de CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova” (tradução para português de Susana Aires de Sousa, revista por Jorge de Figueiredo Dias), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23 (2013), N.º 1, pp. 10 a 12, WINFRIED HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (tradução de Patricia Ziffer), *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral*, Año 12, 1989, N.º 46/47, pp. 281 a 285, e ainda BERND SCHÜNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal” (tradução para português do Brasil de Luís Greco), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 13, Volume 53, 2005, pp. 14 a 18.

³⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., pp. 250 e 251; no mesmo sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, “Problemática penal no Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 19, Volume 92, 2011, pp. 17 a 21, e, mais recentemente, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, pp. 51 a 54.

se inscreve no património axiológico-constitucionalmente protegido, e, por consequência, cumpre, ou não, a ordem jurídico-penal a sua lúdima função de promoção subsidiária de bens jurídico-penais.

O agora exposto decorre, em toda a sua evidência, do essencial postulado insito ao n.º 2 do artigo 18.º da nossa Constituição, o qual, ao referir-se aos direitos fundamentais, nos mostra qual deverá ser, em um Estado de Direito, o crivo aferidor da legitimidade de cada incriminação: a garantia de que, sem cedências a moralismos, metanóias ou projectos de “felicidade existencial” impostos de modo heterónimo, a pessoa será respeitada na sua essência de dignidade, mas ao mesmo tempo dela se exigindo, *pour cause* e como contrapartida, o respeito por valores tidos por essenciais à livre realização *dessa mesma pessoa e de qualquer pessoa*, comunitariamente integrada. Por consequência, semelhante grelha de análise permitir-nos-á compreender se os tipos incriminatórios, mesmo que gerados pelos melhores propósitos – até porventura muito louváveis do ponto de vista humano³⁹ –, se deslegitimam ou não a si próprios e à função que constitucionalmente lhes é cometida.

O que, por fim, nos mostra também a fortíssima conexão de sentido que sempre intercederá a ordem jurídico-constitucional (seja no núcleo essencial dos direitos fundamentais que se desprendem dos direitos, liberdades e garantias, seja na gama dos direitos de participação social, económica e política) e a ordem jurídico-penal (seja no chamado “direito penal primário” ou “de justiça”, seja no “direito penal secundário”),⁴⁰ em termos tais que a segunda vai buscar a sua razão de ser e legitimação essenciais ao espólio axiológico de primeira.⁴¹

³⁹ Hiperbolizando, de modo propositado, a questão, imaginemos que o Estado, preocupado com a *felicidade* dos seus cidadãos enquanto essencial modo de obtenção da plena realização pessoal dos mesmos, decidia criminalizar os comportamentos de quem, sem uma razão válida, deixasse de cultivar as respectivas *relações de amizade*, transformando-as em “não relações”. Conquanto a generalidade das pessoas não negue, seguramente, o *valor humano da amizade* e o que esta comporta de extraordinariamente decisivo e gratificante na vida de muitos de nós, o pretendido exagero do exemplo mostra-nos, segundo se pensa, a absoluta ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade) de uma hipotética criminalização da conduta de quem, sem motivo algum, “deixasse de ser amigo” de outrem. Porquê? Pela simples, mas decisiva, razão de que a amizade, enquanto valor *a se*, ligada aos relacionamentos interpessoais do ser humano, não pode ser divisada como bem jurídico inscrito na gama de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, cuja protecção deva ser levada a cabo pelo direito penal; em uma simples expressão, à amizade não é reconhecível *dignidade penal*, pois não pertence ao núcleo essencial de condições dos quais depende o livre e autónomo desenvolvimento ético da pessoa em sociedade. Ora, não obstante, repita-se, o evidente exagero do exercício imaginativo por nós proposto, parece-nos, ainda assim, e como melhor veremos no ponto 7. do presente estudo, não estar o respectivo espírito muito distante do legislador penal português em um específico domínio do nosso direito penal da família, mais concretamente em uma das modalidades típicas do crime de subtracção de menor, previsto no artigo 249.º do CP

⁴⁰ Sobre a distinção clássica entre o “direito penal de justiça” e o “direito penal secundário”, cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, pp. 28 e 29.

⁴¹ A propósito, *vide* também JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A lei penal na Constituição”, *Estudos Sobre a Constituição*,

Perspectivar as coisas de modo diverso equivaleria, parece-nos, a admitir ao direito penal uma função de mera protecção de vigência de normas (e qualquer que fosse o fundo axiológico destas, mesmo que totalmente apartado e dissonante da intenção normativa originada na mencionada ordem constitucional de bens),⁴² e não, como devia, de protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

3.5. Igualmente os seguintes princípios de direito penal radicam, na sua génese, em uma compreensão e valoração axiomática da dignidade humana.

Pense-se, e entre outros: no princípio segundo o qual uma das finalidades inerentes à aplicação de penas é o da reinserção social do agente [artigo 40º do nosso Código Penal (CP)], assim permitindo desvelar um projecto *integrador* (que não somente *castigador*) enquanto móbil legitimador e fundamentante do exercício do *ius puniendi*,⁴³ a que poderemos ainda aduzir as importantíssimas exigências constitucionais de que nenhuma pena pode assumir um carácter infamante ou degradante, nem envolver como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (n.º 4 do artigo 30º da CRP),⁴⁴ tudo em um contexto de respeito por um básico *princípio de humanidade* na aplicação da lei penal.⁴⁵

Volume II (coordenação de Jorge Miranda), Petrony, Lisboa, 1978, pp. 197 e 198, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal”, *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal* (organização de António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004, pp. 53 a 57, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Constituição e Crime”. *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pp. 118 e ss., e JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23 (2013), N.º 2, pp. 167 e ss. Para uma compreensão das coisas segundo a qual a própria juridicidade penal poderá assumir um «(...) carácter materialmente fundante ou constituínte, em situações excepcionais (...)», nas quais «(...) o legislador ordinário estará autorizado a transformar em bens jurídico-penais valores ou interesses que não encontram uma correspondência imediata ou directa no texto constitucional», JOSÉ DE FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º (2012), N.º 3974, p. 284. O que, no nosso entendimento, não impedirá que deva manter-se a exigência de analogia axiológica substancial e de unidade de sentido global entre as ditas ordens (constitucional e penal).

⁴² CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico...” cit., pp. 10 a 12, BERND SCHÜNEMANN, “O direito penal...”, pp. 14 a 18, e, desenvolvadamente, RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, “Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico?” (tradução para português de Augusto Silva Dias), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15 (2005), N.º 4, pp. 511 e ss.

⁴³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 72 e 73.

⁴⁴ Reconhecendo a exigência constitucional em causa como filiada na ideia de dignidade humana, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÊS, *Constituição...* e Tomo I cits., p. 85.

⁴⁵ A propósito deste *princípio de humanidade*, veja-se MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da dignidade...” cit., p. 10.

3.6. Finalmente, a garantia constitucional de que a aplicação do direito penal – sobretudo na sua feição repressiva, ligada à aplicação de penas – ocorrerá por *via jurisdicional* (artigos 29.º e 202.º da CRP), manifesta, segundo nos parece, uma outra óbvia conexão de sentido com a preocupação de respeito pela dignidade humana no campo jurídico-penal. Com efeito, tratando-se de uma função que, pela natureza das coisas, reúne todas as potencialidades para se traduzir em uma séria restrição de direitos fundamentais (*maxime*, da liberdade) dos cidadãos, compreende-se bem o cometimento funcional em causa, em termos decisórios, ao tribunal, entidade responsável por que, a existir uma restrição daqueles direitos, ocorra a mesma por via de uma decisão tomada em um contexto processual pautado por regras que atendam a um *fair trial* e possibilitem todas as garantias de defesa ao visado (artigo 32.º da CRP).

3.7. Tudo o que vimos expondo constitui, como bem sabemos, o fruto de importantíssimas e seculares conquistas civilizacionais, muitas delas amadurecidas a par (e *pour cause*) da própria ideia de Estado de Direito liberal, plural e (em muitos casos) laico, assente no já amiúde aludido postulado da proeminência do valor da dignidade da pessoa e do que a esta envolve em termos de direitos fundamentais enquanto *prius* legitimador da própria ordenação jurídica positiva.

Ora, na nossa contemporaneidade, e pelo menos no plano dos princípios enunciados, a exigência do respeito pelos direitos fundamentais continua a ser invocada a propósito de qualquer criação normativa.

E, todavia, no mundo jurídico-penal efectivo, as coisas vêm mudando significativamente...

4. O “expansionismo do direito penal”: brevíssima referência

4.1. Quando aplicada à multitude de manifestações legislativas e político-criminais dos tempos mais recentes, a expressão “expansionismo” poderá revelar a (perigosa e errónea) susceptibilidade de aglutinar em uma categoria definitiva uniforme algo que, na essência das coisas, corresponde a uma miríade de motivações e propósitos em si mesmos distintos e até porventura contraditórios.⁴⁶

⁴⁶ Para uma caracterização geral do movimento jurídico-penal *expansionista* dos últimos anos, suas causas (essencialmente radicadas em uma sensação comunitária de insegurança e em fenómenos de identificação da maioria social com as vítimas), características e marcas mais salientes, cfr. THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo” (tradução para italiano de Renzo Orlandi), *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2014, pp. 79 a 86.

Efectivamente, conhece-se, desde logo, a teorização assente no denominado “direito penal de duas velocidades”, a saber, na coexistência de um direito penal de feição mais clássica, tal como o conhecemos (e procurámos esboçar, em termos muito esquemáticos, nas linhas antecedentes), destinado à protecção subsidiária de bens jurídicos individuais, e um direito penal movido por princípios, esquemas de compreensão e, sobretudo, de aplicação, mais “flexíveis”, a entrarem em campo sempre que estejam em causa interesses colectivos mais ou menos indeterminados e sem vítimas referenciais individualizáveis.⁴⁷

Pensemos, depois, no (cada vez mais omnipresente) *direito penal da segurança*, na sua essência orientado por preocupações de combate à perigosidade que se supõe endógena ao delinquente, e independentemente de razões centradas na culpabilidade do mesmo, tudo em nome de uma ânsia cada vez mais crescente de segurança comunitária.⁴⁸

E finalize-se este brevíssimo esboço com a indispensável menção ao celeberrimo *direito penal do inimigo*, com a fundamental concepção do facto do agente como desautorização da norma e ataque à sua vigência, servindo a pena (e o direito penal, *lato sensu*), antes do mais, como forma de garantia de reafirmação daquela vigência normativa; a partir de tal impostação básica, conhecem-se a procura do efeito simbólico do direito penal, proveniente de um legislador que pretende mostrar-se atento e decidido, e o recrudescimento do sentido da punição, com o alargamento da mancha da punibilidade e o minguinto das garantias processuais ao dispor do agente (nos casos mais graves relegado à condição de “inimigo do direito”).⁴⁹

Qualquer uma destas linhas de análise dos “novos tempos” do direito penal (ou, pelo menos, de um *certo* direito penal) nos mostra, ainda que por perspectivas algo diversas, a óbvia realidade de mudança que, de um modo aparentemente imparável, vem revolvendo a forma de as sociedades ocidentais hodiernas lidarem com grande parte das manifestações criminosas com que, cada vez mais frequentemente, se vêem confrontadas.

E chamar à colação, como essencial alfofre originador de tais novas tendências, a já por nós atrás referida *sociedade do risco* e as suas inúmeras

⁴⁷ A propósito, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p.125.

⁴⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 33 a 35.

⁴⁹ Sobre isto, GÜNTHER JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (tradução para castelhano de Manuel Cancio Meliá), in GÜNTHER JAKOBS e MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 21 e ss., e MANUEL CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo?”, in Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 65 e ss.

fontes de perigo para muitos interesses individuais e comunitários, ou, em outra via, um hipotético (e nem sempre demonstrado)⁵⁰ gradual e inexorável incremento da criminalidade nos últimos anos, mostrar-se-á, porventura, redutor e desadequado, do ponto de vista criminológico, para melhor se compreender a razão de ser daquelas mesmas tendências, ancoradas que estão em múltiplos factores de natureza sociocultural, política, psicológica e, evidentemente, jurídica.

Um aspecto, quanto a nós, será, no entanto, insofismável: a sociedade global, “instantânea” e altamente mediatizada que a todos envolve tem vindo a revelar-se o contexto perfeito para que os aludidos “novos tempos” do direito penal hajam rumado em um determinado sentido, marcado por bem definidas e precisas preocupações.

4.2. O sentido a que nos reportamos apreende-se, antes do mais, pela tentativa (quase obsessiva, diríamos) de criação, pelo sistema penal e respectivas manifestações normativas e intuitos político-criminais a que tende, de uma imagem de máxima *eficácia* na procura da protecção comunitária relativamente àqueles que o próprio sistema vai apodando de “ameaça” (os “terroristas”, os “pedófilos” ou os “corruptos”, só para citarmos alguns dos actualmente mais óbvios nomeados).⁵¹ Assim, paralelamente à principal mole dos criminosos “comuns” (porquanto não perpetradores de determinadas e específicas formas de criminalidade), existem aqueles que, como há pouco dissemos, mercê da sua *perigosidade* e do tipo de ilícitos penais praticados, merecem da ordem jurídico-penal um especial “cuidado” nos antídotos normativos para eles encontrados.⁵² Logo, o grau de *enforcement* revelado pelos referidos antídotos é amiúde apresentado, em uma lógica de afirmação do próprio sistema, como inquestionavelmente idóneo à protecção comunitária que diz prosseguir.⁵³

Característica que nos parece igualmente inegável é a que se desprende de um expansionismo (e digamo-lo assim, à falta de melhor expressão) “temático”, no sentido de que a preocupação de eficácia protectiva da comunidade abarca cada vez mais matérias, tidas como potencialmente ameaçadoras de uma certa ideia de organização social. Não espantando, por

⁵⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 34 e 35.

⁵¹ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português de Condenados por Crimes Sexuais contra Menores no Actual Panorama do Expansionismo Jurídico-Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 31 e 32.

⁵² De algum modo parecendo estar aqui em causa, neste específico sentido, uma ideia de “direito penal de duas velocidades”, uma para os criminosos “comuns”, outra para os especialmente *perigosos*.

⁵³ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 31 e 32.

isso, que, a par do endurecimento geral em termos de reacções penais, amiúde se alargue a punibilidade a diversos tipos de comportamentos entendidos como em si mesmos geradores de extremo perigo para os múltiplos bens e valores que se pretende proteger (arvorando-se a figura dos crimes de perigo, sobretudo os de perigo abstracto, como o mais lídimo exemplo de semelhante visão das coisas),⁵⁴ tal como, de um modo mais amplo, passam a ser punidos os actos preparatórios,⁵⁵ conexos ou consequenciais da matéria entendida como “ameaçadora” da segurança comunitária, assim se antecipando a censura penal a estádios cada vez distantes de um vislumbre de efectiva lesão de bens jurídicos.

Depois, e dentro de toda esta lógica, a tendência para a progressiva erosão de algumas garantias penais essenciais parecerá o “natural” passo seguinte de afirmação do sistema, em homenagem à própria ideia de que a protecção comunitária sempre sobrelevará eventuais “obstáculos” de cariz mais eminentemente individual, ligados à defesa de direitos fundamentais do indivíduo enquanto destinatário da ordenação e reacção penais do Estado.⁵⁶ Compreendendo-se, por isso, a afirmação, por parte de alguma doutrina francesa, de que assistimos à emergência de um *droit pénal liquide*, com a

⁵⁴ Neste sentido podendo dizer-se, com FEDERICO STELLA, que rumamos, de modo claro, para um modelo de direito penal do “perigo para o futuro”, assente no comportamento proibido, que não no efectivo dano causado (*Giustizia e Modernità...*, p. 4). Em tese, quanto à fixação da tutela penal em estádios cada vez mais preventivos e antecipatórios de um prenúncio de facto lesivo, vide THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale?...” cit., pp. 84 e 85, MANUEL CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo?” cit., pp. 79 a 86, e ainda PAOLO GALLO, “Il dopo 11 Settembre: un nuovo concetto giuridico di ‘pericolo’. Tra libertà individuale ed esigenze di tutela della sicurezza collettiva”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 2007, N.º 2-3, pp. 432 e ss.

⁵⁵ Entre nós, a regra geral continua a ser, nos termos do artigo 22.º do CP, a de que «os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário». Regra geral que, do ponto de vista substancial, sofre uma clara derrogação na nossa legislação antiterrorista, cujo crime substancial – o *crime de terrorismo em sentido próprio* – surge essencialmente definido no n.º 1 do artigo 2.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 4.º, ambos da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, enquanto os demais tipos de crime constantes de tal artigo 4.º se reconduzem, ao cabo e ao resto, a *factos materialmente preparatórios* do facto típico de terrorismo em sentido próprio (assim, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 45 e 46). A propósito deste paradigma, embora centrados nas normas antiterroristas italianas, PAOLO GALLO, “Il dopo 11 Settembre...” cit., p. 432, e GIUSEPPE MARINO, “Lo statuto del ‘terrorista’: tra simbolo ed anticipazione”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2017, 1, pp. 47 e 48.

⁵⁶ «Protecting the public takes precedence over the privacy of criminals», enfatizou, em um discurso proferido em 7 de Outubro de 2009, Dominic Grieve, “Ministro-sombra” da Justiça do Partido Conservador inglês, então na oposição ao Governo Trabalhista (a propósito, TERRY THOMAS / DAVID THOMPSON, “Making offenders visible”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Volume 49, N.º 4, 2010, p. 341). Note-se que o problema, disso estamos inteiramente convictos, não é explicável por influências ou perenças a correntes deste ou daquele espectro político-ideológico; a questão tem mais que ver, segundo nos parece, com o efectivo *exercício do poder político* e com uma determinada ideia ou percepção (infelizmente amiúde não muito afastada da realidade), por parte dos detentores de tal poder, daquilo que, nos tormentosos tempos que experimentamos, a mole indistinta da comunidade pretende.

diluição (*rectius*, postergação) dos princípios da exigência da culpa do agente e da legalidade na estrita e rigorosa definição das condutas típicas ao mesmo assacáveis enquanto fundamentos e balizas da respectiva censura jurídico-penal.⁵⁷

Teremos, pois, uma *diluição do princípio da culpa*, no sentido de que, a par de uma *função de neutralização futura* do agente pelo facto ilícito que cometeu no passado⁵⁸, se pretende igualmente cometer ao direito penal uma *tarefa de progressiva despersonalização* do delinquente, pela perda definitiva de vários direitos inerentes ao seu estatuto de cidadão.⁵⁹

⁵⁷ CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin du droit pénal: l’émergence d’une politique criminelle de l’ennemi”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2016, N.º 3, pp. 651 a 656.

⁵⁸ A mencionada *neutralização* poderá ser levada a cabo através de múltiplas formas, quase sempre ancoradas na imposição de que a pena e o respectivo cumprimento não garantirão, por si só, as exigências pessoais e sociais nascidas com o mal praticado pelo agente e a *perigosidade* pelo mesmo revelada (CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., p. 654). Ao cabo e ao resto, parece-nos ser esta imposição a explicar, por exemplo, o mecanismo da generalidade dos sistemas de registo de condenados pela prática de crimes sexuais, existentes em diversos países do denominado “mundo ocidental” a que pertencemos, a vigorarem *posteriormente* à expiação das penas aplicadas. E isto, como veremos daqui a pouco, apesar de o legislador português não admitir ser essa sua visão da *perigosidade* dos condenados pela prática de crime(s) sexual(is) sobre menores um dos verdadeiros fundamentos da inscrição no registo, antes invocando, falaciosa e eufemisticamente (para dizermos o mínimo...), como uma das finalidades do instituto, «(...) o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade (...)» (artigo 3.º do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto). Já na nossa vizinha Espanha, a *libertad vigilada* enquanto *medida de seguridad* não privativa da liberdade aplicável (embora não só) a sujeitos imputáveis, condenados por crimes sexuais ou por delitos de terrorismo, é anunciada pelo legislador penal, de um jeito bem mais assumido, como instrumento de controlo judicial a efectivar *posteriormente* ao cumprimento da pena privativa da liberdade, mas que terá sempre em conta, até para efeitos de ser decidida a aplicação ou não de tal medida, a *perigosidade* do condenado [cfr. artigos 96.º/n.º 3-3.ª), 106.º, 192.º/n.º 1 e 579.º-bis/n.º 2, todos do *Código Penal* espanhol; sobre os fundamentos e verdadeiros intentos desta *medida de seguridad*, PILAR OTERO GONZÁLEZ, *La Libertad Vigilada Aplicada a Imputables: Presente y Futuro*, Dykinson, Madrid, 2015, essencialmente pp. 41 e ss.].

⁵⁹ Uma evidente manifestação desta lógica de redução dos direitos fundamentais dos cidadãos condenados por delitos criminais graves, encontramos-la na recente discussão política, travada em França, sobre a possibilidade de *déchéance de nationalité* relativamente àqueles que hajam praticado actos terroristas graves. A questão surgiu com uma renovada veemência – quer a impulso de algumas forças da oposição, quer do próprio Governo então em funções –, após os atentados ocorridos em Paris e Saint-Denis, em Novembro de 2015, e dos quais resultou mais de uma centena de mortes. Independentemente dos argumentos que em tal específico contexto acabado de referir hajam sido esgrimidos, será difícil, pelo menos na base político-criminal da questão, não encontrar paralelismo entre a solução da *déchéance de nationalité* e a lógica da remessa ao estatuto de “não pessoas” daqueles que, na visão de um *direito penal do inimigo*, são tidos como “inimigos do Estado e do Direito” [a propósito da discussão francesa a que nos referimos, vide CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., pp. 655 e 656; em termos mais especificamente sociológicos, VINCENT GEISSER, “Déchoir de la nationalité des djihadistes 100% made in France: qui cherche-t-on à punir?”, *Migrations Société*, Volume 27, N.º 162 (2015), pp. 3 a 14; também a propósito da homologia da questão da perda da nacionalidade com o *direito penal do inimigo*, cfr., com interesse, a cortante crítica de NIEVES SANZ MULAS, “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, N.º 1410, pp. 10:1 e ss.].

E teremos, também, a *diluição do princípio da legalidade*, pois que, atendendo à há pouco aludida antecipação da tutela penal a etapas nas quais a perpetração do facto típico não corresponderá ainda, pelo menos *prima facie*, à colocação em perigo do bem jurídico que serve de referente à incriminação, ficam criadas as condições para que o nexos existente entre aquela perpetração do facto típico e o mundo intelectual-volitivo do agente passe a ser quase indiferente ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, com o elemento objectivo a ser sobrevalorizado, de modo relativamente óbvio, ao elemento subjectivo do tipo, uma vez praticado o facto material (e independentemente do *porquê* e do *intuito* que presidiram a essa mesma prática), o direito penal (*eficiente e antecipatório* e, por isso, *gerador de confiança pública*) estará legitimado a intervir.⁶⁰

4.3. Outra característica a surpreender no programa penal expansionista (e que, quase pela *natureza das coisas*, não pode deixar de estar ligada a uma tendência de movimentação legiferante que se rege por impulsos e reacções ao que pensa ser o pulsar comunitário) tem que ver com uma deriva legislativa de contornos *paternalistas*.⁶¹ Se, como facilmente se compreenderá, não foi somente através de tal via paternalista que a denominada “crise do conceito material de crime” encontrou (e encontra) expressão,⁶² foi *também* por ela que pudemos assistir a um cada vez maior “descentramento” da função, já atrás enfatizada, do direito penal enquanto ordem de validade destinada à tutela subsidiária de bens jurídicos, para se transmutar, em muitos casos, em uma forma (seguramente a mais fácil e atractiva) de (tentativa de) resolução de importantes problemas sociais, assumindo uma “ética” e uma “moral” que decerto não lhe competiria apadrinhar. Como agudamente vem sendo notado por diversa doutrina, se a sistemática penetração do direito penal por elementos da mundividência expansionista teve como resultado o recuo e esbatimento de algumas das construções clássicas da sua parte geral (pensemos no que há pouco dissemos acerca da punibilidade dos actos preparatórios e da proliferação de figuras assentes em crimes de perigo abstracto, cada vez mais assumidas pelos ordenamentos jurídicos hodiernos), é também notória a multiplicação

⁶⁰ CHRISTINE LAZGERES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., pp. 651 e 652; no mesmo sentido, OLIVIER DÉCIMA, “Terreur et métamorphose. À propos de la loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme”, *Recueil Dalloz*, 192^e année, 2016, N.º 31 / 7700^e, p. 1828.

⁶¹ Sobre o paternalismo jurídico, MANUEL ATIENZA, “Discutamos sobre paternalismo”, *DOXA* N.º 5 (1988), pp. 203 e ss.

⁶² Cfr., quanto a alguns dados recentes relativos a tal crise, a análise de MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 54 a 58.

típica da parte especial,⁶³ ou seja, de diversos tipos legais de crime cuja sustentação em termos de bem jurídico referencial será, no mínimo, discutível. Discutível quer porque, em alguns casos, e por muitos esforços hermenêuticos que se empreendam, o bem jurídico não é de todo divisível a partir da incriminação em causa;⁶⁴ ou discutível porque, em outros casos, o bem jurídico, embora perceptível, não revela, a luz alguma, a analogia substancial com a ordem jurídico-constitucional de valores eleitos pelo Estado de Direito como verdadeiramente fundamentais.

E nada disto tem que ver, de modo directo ou necessário, com as diversas bolsas de perigo surgidas, quase exponencialmente, com a também já aludida *sociedade de risco* contemporânea, a qual viu radicar muitas das suas fontes propulsoras em domínios há apenas umas dezenas de anos atrás quase inexistentes, com as consequentes manifestações lesivas dali advindas para bens jurídicos de feições essencialmente colectivas (caso da protecção do meio ambiente, por via da tipificação dos crimes de poluição, ou da defesa da saúde pública, com a definição dos crimes de tráfico de estupefacientes), só mais recentemente entendidos como indispensáveis ao adequado equilíbrio e sã subsistência comunitária. Nem tem que ver com a “actualização”, nos tempos contemporâneos, de arquétipos comportamentais já antes existentes e vistos como penalmente relevantes, embora sem o referente tecnológico próprio da sociedade globalizada do presente (como aconteceu, por exemplo, com a panóplia de tipos legais entretanto surgidos e que se filiam na figura matricial da “clássica” burla e nos comportamentos à mesma similares: burla nas comunicações, acesso ilegítimo de dados ou burla tributária).

Diversamente, a questão está relacionada com temas bem mais ínsitos à efervescência do pulsar social, amiúde ampliada pelos meios de comunicação social, e às reivindicações propugnadas por este ou aquele grupo ou franja representativos de determinadas visões morais tidas por relevantes na comunidade.⁶⁵ O que, em si mesmo, nada teria de especialmente pernicioso, se o Estado não incorresse na “tentação” de adoptar algumas dessas mesmas

⁶³ THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale?...” cit., pp. 79 e 80.

⁶⁴ O que, para uma certa visão das coisas, que não reconheça à categoria do bem jurídico o fundamental papel aferidor da legitimidade das incriminações constituídas ou a constituir, nada terá de pernicioso. Como tentámos já transmitir nas presentes linhas, não é esta, de todo, a nossa perspectiva, pois temos muita dificuldade em admitir que o direito penal reduzido a mero instrumento de protecção da vigência de normas não conduza, *ipso facto*, à coonestação do (puro e irrefreado) voluntarismo do legislador, orientado pelo pragmatismo estratégico que em cada momento bem entenda prosseguir.

⁶⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 31 e 32.

visões, vazando-as na lei penal, apenas ou sobretudo para fins de uma suposta pacificação social. «O poder político, do qual são esperadas respostas político-criminais fundadas, passou a oferecer-nos respostas que são apenas politicamente correctas, não “político-criminalmente correctas”». ⁶⁶ E áreas como o direito penal sexual ou o chamado direito penal da família mostraram-se particularmente expostas a tais manifestações de *paternalismo* ou *moralismo legal*.

4.4. Vejamos agora aquilo que, no nosso entendimento, consubstancia um pequeno leque de exemplos dos ímpetus expansionistas mais recentes do legislador penal português. Exemplos relativamente aos quais se justificará a realização do “teste” do «(...) tema das relações entre o direito penal e a Constituição (...), “testando” as vias doutrinárias e jurisprudenciais capazes de avaliar a sua legitimidade no âmbito de tais relações». ⁶⁷

O que nos remete para duas realidades distintas, mas profundamente ligadas entre si: por um lado, a da perscrutação, na Constituição, dos concretos referentes axiológicos legitimadores (porventura até impositores) das criminalizações em causa; por outro lado, a da busca, igualmente na ordem normativa constante da Lei Fundamental, dos princípios que podem servir de barreiras limitadoras ou contentoras das figuras típicas ou similares alcançadas. ⁶⁸

Consequentemente, através da realização de tal “teste”, tentará compreender-se a verdadeira razão de ser do surgimento das criações normativas em causa, quais os valores que estarão na base dos bens jurídicos (quando divisáveis) tendencialmente protegidos ou promovidos por essas mesmas criações, e, não menos importante, se entre as intenções anunciadas pelo legislador penal e a realidade “nua e crua” da concretização legal dos seus produtos existirá ou não uma verdadeira e genuína comunhão de sentido.

5. Alguns traços expansionistas da legislação antiterrorista portuguesa

5.1. O crime de terrorismo previsto na Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, começou por ser a “tradução”, então actualizada, do que constava no

⁶⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 35.

⁶⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 31.

⁶⁸ Focando esta dupla realidade conexcionada com a criminalização e a protecção dos direitos fundamentais, NUNO BRANDÃO, “Direitos fundamentais e lei penal”, *Reformas Penales en la Península Ibérica: a “Jangada de Pedra”?* (coordinadores María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues y Adán Nieto Martín), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 49 a 51.

artigo 301.º do CP (por aquela Lei revogado), mantendo, assim, a mesma fisionomia típica, quer do ponto de vista objectivo, quer subjectivo. Desde então (2003) até à actualidade, o dito diploma, consagrador do principal conjunto de normas de combate ao terrorismo, sofreu inúmeros aditamentos e alterações⁶⁹, essencialmente resultantes da necessidade de a nossa ordem jurídico-penal se adaptar aos ditames e princípios veiculados pelos entes internacionais dos quais o Estado português faz parte integrante.

Nesta delicadíssima matéria, o propósito do diploma em causa tem revelado ser cada vez mais abrangente, ambicioso e antecipatório em termos de leque de comportamentos a que foi atribuindo relevância penal, dentro de um *iter* visto como conducente à perpetração dos actos *material ou substancialmente terroristas*, definidos no n.º 1 do artigo 2.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 4.º, ambos da Lei n.º 52/2003. Tal *iter* – amiúde longo, complexo e as mais das vezes “sem retorno” por parte de quem o percorre – foi sendo, pois, objecto de sucessivas cristalizações típicas, contidas nos n.ºs 2 a 13 do artigo 4.º da aludida Lei: assim, para além da qualificação de crimes “comuns” praticados com vista ao cometimento de factos terroristas,⁷⁰ o incitamento público ao terrorismo, o acesso a conteúdos (*maxime* informáticos) incitadores da prática de factos terroristas com o propósito de recrutamento, o recrutamento enquanto realidade *per se* considerada, o treinamento para a perpetração de tais factos ou para a adesão a organizações de cunho terrorista, a realização de viagens para um território diferente do Estado de residência ou de nacionalidade do agente com os mencionados fins ou a sua tentativa, a facilitação dessas mesmas viagens ou a inerente tentativa, passaram a constituir tipos legais de crime autónomos⁷¹ (aos quais poderemos ainda, com especial relevo, aduzir a

⁶⁹ Para uma menção do essencial das referidas alterações legislativas, MARIA JOÃO ANTUNES, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutriniais* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 7 a 11, em comentário ao artigo 1.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

⁷⁰ Note-se, quanto a estes crimes “comuns” – crimes de furto qualificado, roubo, extorsão, falsificação de documentos, burla informática e nas comunicações e falsidade informática –, aos quais correspondem molduras penais agravadas por efeito do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que, apesar de se inscreverem no estágio (muito) preparatório de uma possível actividade de terrorismo (e daí a razão de ser da apontada agravação punitiva), não têm a comandá-los uma finalidade directamente terrorista. Especificando esta opção legislativa, ainda no domínio do artigo 301.º do CP português, cfr., em comentário a tal preceito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal Português*, Tomo II (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 1183 e 1184; especificamente sobre o n.º 2 do artigo 4.º da citada Lei n.º 52/2003, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 52 a 54.

⁷¹ Cuja análise não se compadece, e como é evidente, com os circunscritos propósitos do presente

figura do financiamento do terrorismo), nascidos ao longo dos últimos anos e, mais exactamente, à medida que atentados de enorme gravidade foram ocorrendo (não só, mas de modo muito relevante) no denominado “mundo ocidental”,⁷² assim gerando nas respectivas populações uma compreensível sensação de insegurança e um crescente temor pelos tempos vindouros.

Como sempre foi mais ou menos consensual entre a nossa doutrina, o bem jurídico essencialmente protegido pelo crime de terrorismo (em sentido material) interno, tal como se desprende do artigo 4.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 2.º, ambos da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, toca a *paz pública interna*, «(...) enquanto garantia das condições que permitem à comunidade posta sob a protecção de certo Estado viver em segurança e tranquilidade».⁷³

Já o crime de terrorismo de cunho internacional, previsto na norma remissiva do artigo 5.º, referida também ao n.º 1 do artigo 2.º e ao n.º 1 do artigo 3.º, sempre da mesma Lei, dirige-se à tutela da paz pública internacional, *prima facie* entendida como o equilíbrio relacional dos vários membros da comunidade internacional entre si considerados.⁷⁴

Só que, como também já alvitrámos, partindo do *cuore* da actuação terrorista, o legislador português (como, aliás, a generalidade dos seus congéneres europeus) foi-se afastando na direcção de uma tutela penal cuja conexão com a protecção da paz e segurança públicas se antolhará menos imediata e óbvia, pois que antecipada para patamares cada vez mais distantes da perpetração do facto materialmente terrorista.

O que nos revela, essencialmente, duas realidades: por um lado, a antes aludida tendência expansionista da lei, ao “converter” em crimes de terrorismo autónomos um conjunto de actos preparatórios (praticados com

trabalho, remetendo-se, por isso, para o comentário de NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 43 a 156.

⁷² Relembremos, a tal propósito, os atentados ocorridos em 11 de Setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, 11 de Março de 2004 na capital espanhola, 7 de Julho do ano seguinte em Londres, 13 de Novembro de 2015 em Paris e Saint-Denis, 22 de Março de 2016 em Bruxelas, 14 de Julho do mesmo ano em Nice, 17 de Agosto de 2017 em Barcelona, 1 de Outubro seguinte em Marselha, 11 de Dezembro de 2018 em Estrasburgo e 2 de Novembro de 2020 em Viena.

⁷³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 135.º (2005), N.º 3935, p. 71.

⁷⁴ A propósito do bem jurídico protegido pelo crime de terrorismo internacional, *vide* ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 158, em comentário ao crime previsto no artigo 5.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

uma específica intenção terrorista)⁷⁵ do terrorismo substancial; por outro lado, o recuo da tutela penal, mesmo dentro do referido *iter* preparatório, a um estágio no qual, em determinados casos, por força da mobilização da figura do *crime de empreendimento*,⁷⁶ até a *tentativa do próprio acto* equivalerá à consumação do crime (exemplo flagrante da viagem ou tentativa de viagem com intenção terrorista – n.ºs 10 e 11 do artigo 4.º),⁷⁷ alargando-se também a punibilidade (não com o recurso às regras gerais da comparticipação, *maxime* da cumplicidade) ao comportamento daquele que “organizar” ou “facilitar” o acto (ou a tentativa do acto) proibido (e isto, note-se, ainda que a viagem nem venha sequer a ser efectivamente tentada ou efectivada – n.º 12 do mesmo artigo 4.º).⁷⁸

5.2. Não obstante todo o acabado de expor, e sem embargo das principais excepções que a seguir referiremos, entendemos, contas feitas, que o essencial alargamento punitivo ínsito à Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, sobretudo se comparado com outros ordenamentos jurídico-penais europeus, acaba por reger-se por critérios de alguma proporcionalidade e contenção, ponderadas as restrições de direitos que impõe e os valores e interesses (como dissemos, a paz e a segurança públicas) que pretende proteger.

Com efeito, não obstante a mencionada antecipação de tutela penal, parece-nos que, em geral, lidamos com a previsão de diversas figuras típicas reveladoras de outras tantas vias de colocação em perigo da paz pública.

⁷⁵ Acerca do que seja essa “intenção terrorista”, prevista no n.º 1 do artigo 2.º do diploma legal que vimos mencionando, cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA / INÉS GODINHO / PEDRO SÁ MACHADO, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutriniais* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 18 a 21, em comentário ao referido preceito.

⁷⁶ Em tese, quanto à figura dos crimes de empreendimento, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., p. 367.

⁷⁷ Sobre o crime de viagem com finalidade terrorista enquanto crime de mero empreendimento, essencialmente ligado à necessidade de enfrentamento, pelas ordens jurídicas, do fenómeno dos denominados *foreign terrorist fighters*, e problemas interpretativos que é aquele tipo de crime apto, em concreto, a suscitar, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 127, 128, 132 a 144 e 147.

⁷⁸ A opção não foi, por parte do legislador, seguramente “inocente”, atento o alargamento da margem de actuação que, em termos processuais penais, a opção por um tipo de crime como o previsto no n.º 12 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 possibilita às entidades investigatórias e autoridades judiciais, quer em termos de meios de obtenção de prova (por exemplo, buscas ou revistas), quer de eventual aplicação de medidas coactivas. Com efeito, o auxílio ora em causa, entendido como eventual cumplicidade da prática dos crimes contidos nos n.ºs 10 e 11 do mesmo artigo 4.º, e não enquanto crime autónomo *a se*, levaria a uma atenuação especial da pena principal (n.º 1 do artigo 27.º do CP) e faria depender a punição do “cúmplice” da comprovação da prática de actos de execução da viagem por parte do beneficiário do apoio (NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 150).

Como se nos antolha relativamente claro, não será apenas o facto materialmente terrorista (com tudo o que o envolve em termos de expressividade deletéria) a destruir ou a fazer perigar as condições de manutenção segura da comunidade. De modo particularmente emblemático, actos como o recrutamento ou treino para fins terroristas constituirão, em si mesmos, algo de idóneo à postergação do dito panorama de segurança, desde que realisticamente se admita como ínsita à própria ideia de segurança uma generosa dose de “ânsia” pela tranquilidade interior que nos permita olhar a nós próprios e ao que nos rodeia *sem medo*.⁷⁹ E, também por isso, afigura-se-nos que, embora em termos algo mais longínquos, a questão das viagens efectuadas com vista ao treino terrorista, à adesão a uma organização terrorista ou à prática de factos substancialmente terroristas (embora sem justificar a mobilização da figura dos crimes de mero empreendimento,⁸⁰ nem a autonomização, como crime *a se*, do apoio à realização de tais viagens) conterà ainda a aptidão bastante para colocar em causa aquele clima de segurança.⁸¹⁻⁸²

⁷⁹ Afigurando-se-nos algo difícil de entender como poderiam ser jurídico-penalmente toleradas actividades do jaez do recrutamento e, ainda em maior medida, do treinamento terrorista (bastando pensar, por exemplo, em um campo de treino onde se soubesse ser ministrado o ensinamento do manejo de armas de fogo e explosivos, tendo em vista a preparação de “operacionais” para a futura perpetração de atentados), porventura a pretexto da tese de que ainda nada de lesivo trariam para a segurança pública...

⁸⁰ Pois parece-nos que «(...) não é indiferente, do ponto de vista da perigosidade para o bem jurídico, que o agente tenha ou não chegado ao destino e assim podido (ou não) concretizar o seu propósito de adesão a uma organização terrorista ou de cometimento de um acto terrorista» (NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 145).

⁸¹ Questão que se poderá colocar, todavia, é a de saber se, de acordo com uma lógica de proporcionalidade em sentido estrito, o legislador português terá feito a ponderação devida entre a gravidade do ilícito, em si mesmo considerado (realização da viagem), sem a ocorrência de um qualquer facto terrorista subsequente, e a gravidade da pena imposta legalmente (a propósito, propugnando uma pena abstracta mais baixa, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 147 e 148).

⁸² Contra, ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, para quem a incriminação das ditas viagens corresponderá a uma criação do legislador penal que não obtém “aprovação” nos testes da *adequação* e da *necessidade* que deverão ser apanágio dos tipos legais de crime. Desde logo, porquanto a referida incriminação acabará por revelar-se apta a conduzir a uma maior segregação dos “interessados” na realização das viagens em questão, os quais, por essa circunstância, aliada à baixa pena cominada pelo tipo, não se sentirão dissuadidos a deixar de efectuar tais deslocações, amiúde contribuindo, nos casos em que ocorra uma eventual aplicação de pena de prisão, para um aumento da radicalização, em ambiente prisional, assim potenciando o fenómeno que a incriminação *ab initio* pretendia evitar; assim, aduz o AUTOR que a matéria em causa deveria ser remetida para o âmbito contra-ordenacional, onde, por via de restrições à faculdade de viajar (com a apreensão dos documentos necessários a tal – por exemplo, o passaporte), poderia ser combatido, muito mais a contento, o fenómeno das viagens para a adesão a organizações, treinos ou a realização de factos materialmente terroristas [“As obrigações internacionais de criminalização impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas no âmbito do combate ao terrorismo”, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume I (coordenação de José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira e Pedro Garcia Marques), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020,

5.3. Onde, a nosso ver, o legislador português (e perdoe-se-nos a expressão) perdeu completamente “a mão” foi na criação de um injustificado *delito de pensamento*,⁸³ no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, o qual preceitua que, «quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respectivos actos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias».

Configurado essencialmente como forma de fazer face aos fenómenos de *radicalização ideológica* que amiúde se iniciam e processam por via dos meios comunicacionais típicos dos nossos dias (e de que a *Internet*, como

pp. 302 e 303]. Conquanto reconheçamos a valia dos fundamentos acabados de expor, não partilhámos semelhante visão das coisas, por três razões essenciais. Em primeiro lugar, porquanto nos parece que a questão deve ganhar o seu palco de análise, antes de tudo, no reconhecimento ou não de *dignidade penal* ao tema das viagens de que vimos falando, atento o substrato factual (objectivo e subjectivo) que as envolve e a pertinência de, em maior ou menor grau, fazerem perigar a paz pública, na acepção por nós acima já referida. Depois, dado que, reconhecendo-se dignidade penal à matéria, mesmo com os limites a que também já nos reportámos, se nos afigura igualmente (e ponhamos à margem desta equação o recurso à figura dos crimes de mero empreendimento e a autonomização do apoio à viagem como crime *a se*) que a *necessidade* de intervenção do direito penal existe, não se revelando a categoria da contra-ordenação social meio idóneo, nem sequer eficaz, à pacificação dos interesses e bens envolvidos. É que os n.ºs 10 e 11 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 [«quem, por qualquer meio, viajar (...)»] não partem, e bem, do princípio de que as viagens de que ora cuidamos sejam necessariamente efectuadas de um modo “regulamentar” ou “oficial” (no sentido de cognoscível ou, pelo menos, devidamente controlável pelas autoridades – *maxime*, administrativas – com competência na matéria); pelo contrário, será bem mais crível que, na grande maioria dos casos, lidemos com viagens realizadas de forma e por vias clandestinas, para as quais, portanto, contaria pouco uma eventual interdição do direito de viajar ou uma apreensão dos documentos (passaporte e outros) tidos por indispensáveis pelo comum dos cidadãos que pretenda deslocar-se para um território diverso do seu Estado de nacionalidade ou residência. Finalmente, e em terceiro lugar, porque, reconhecendo nós embora como possíveis a segregação e o aumento dos radicais, em ambiente prisional, a partir dos condenados pela prática do crime de viagem para fins terroristas, não nos parece ser essa uma razão político-criminal forte o bastante para desfazer a valia de tudo o que acabámos de expor, pois terá aquele fenómeno que ver, essencialmente, com a finalidade das penas e sua execução (área na qual, e como é evidente, deverá também o Estado investir cada vez mais, por forma a tentar apontar frutíferas vias socialmente reintegradoras aos condenados). Não tem que ver com o que, *a montante*, justifica a incriminação (pois, mal comparado, não nos parece, por exemplo, que a dignidade e necessidade de criminalização do tráfico de substâncias estupefacientes, pelo menos nas situações mais graves, possam ser rebatidas pela observação – infelizmente algumas vezes comprovada pela realidade – de que nos estabelecimentos prisionais também ocorre a actividade de tráfico...).

⁸³ À semelhança do que, igualmente mal, fez o legislador francês com o artigo 421-2-5-2 do respectivo *Code Pénal*: sobre isto, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 75 a 80, ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Limites constitucionais à (excessiva) antecipação da tutela penal nos crimes de terrorismo. Anotação às decisões n.ºs 2016-611 Q.P.C. e 2017-625 Q.P.C. do Conselho Constitucional francês”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27 (2017), N.º 2, pp. 428 e ss., especialmente 438 a 440, e ÉLIE STELLA, “Terrorisme et Internet, nouveaux enjeux juridiques”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, N.º 2, 2015, pp. 328 a 330.

todos sabemos, é um dos mais óbvios expoentes),⁸⁴ o tipo legal ora aludido, para além de tecnicamente elaborado de uma forma confusa e defeituosa (pois apenas se reporta àquele que age com “o propósito de ser recrutado”),⁸⁵ acaba por traduzir um injustificado e desnecessário ataque à liberdade de pensamento.

Um ataque injustificado, porquanto não se compreende bem como o acesso às mensagens de incitamento enquanto realidade *a se*, tendo a susceptibilidade de revelar “inclinações” humanamente preocupantes, possa representar, ainda assim, um fenómeno comportamental dotado de uma específica carga gravosa justificadora de uma incriminação autónoma.⁸⁶

Um ataque desnecessário, dado que, se é certo que o tipo exige que a tal acesso presidam uma “intenção terrorista” e um “propósito de recrutamento”, ocorrendo ainda o uso das mensagens na prática de actos preparatórios da factualidade materialmente terrorista visada, que é a liberdade de pensamento do receptor das mensagens a ser a verdadeira atingida pela incriminação. Porque, «(...) no tocante aos actos preparatórios do facto materialmente terrorista perseguido pelo agente, depararemos sempre com um de dois cenários: ou tais actos configurarão, *per se*, crimes autónomos e como tal

⁸⁴ A propósito de diversos modelos analíticos dos fenómenos de radicalização, cfr. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Radicalização e ‘lobos solitários’ no contexto da denominada ‘luta contra o terrorismo’”, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 469 a 476; especificamente centrado na utilização da *Web* pelo denominado *Estado Islâmico*, ANTONIO TETI, “ISIS e social network. Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube”, *Gnosis. Rivista Italiana di Intelligence*, 2015, 4, pp. 78 a 83.

⁸⁵ E parecendo deixar de fora do seu âmbito de abrangência uma gama importante de potenciais “adeptos” do material comunicacional em questão, a saber, aqueles que não têm um intuito de ser recrutados e, portanto, estabelecer o vínculo intersubjectivo pressuposto pelo recrutamento (cfr. n.º 6 do artigo 4.º da citada Lei n.º 52/2003), antes pretendendo vir eventualmente a agir mais tarde, quais “lobos solitários” por opção, *on their own way* (sobre o “enigma” textual do n.º 5 do dito artigo 4.º, cfr. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 83 e 84; para uma menção, no mundo da sociologia jurídica, a algumas classificações operativas atinentes ao fenómeno dos “lobos solitários”, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Radicalização...” cit., pp. 476 a 481).

⁸⁶ Em idêntico sentido, GONÇALO BARGADO / NUNO IGREJA MATOS, “Entre o cidadão e o inimigo – novas tendências do combate ao terrorismo”, *Anatomia do Crime*, N.º 1, 2015, p. 63, e, em Itália, ANTONIO CAVALIERE, “Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n.º 7 del 18 febbraio 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, N.º 2/2015, p. 229. É, aliás, bastante curioso que, entre nós, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, de 19 de Fevereiro de 2015, génese da Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho, que aditou ao corpo do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 este n.º 5, nada dissesse quanto à necessidade de uma incriminação com tais características, apenas se reportando, aí sim, a meios como a *Internet* enquanto canais privilegiadamente perigosos de apologia do terrorismo. O que nos remete para aquilo que constituem os actuais n.ºs 8 e 9 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, ou seja, a tipificação do crime de apologia pública do terrorismo (introduzido pelas aludidas Proposta de Lei n.º 283/XII e Lei n.º 60/2015), e não propriamente para o simples acesso às mensagens incitadoras de comportamentos terroristas futuros (a este propósito, e em pormenor, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 68 a 70).

serão censurados (não se revelando despidendo notar, nesta sede, o *plus* de agravação punitiva pensada pelo n.º 2 do artigo 4.º da própria Lei n.º 52/2003); ou, diversamente, não constituirão ilícitos penais a verberar por si próprios». ⁸⁷

Pelo que não vemos como poderá ser justificado, necessário e proporcional (n.º 2 do artigo 18.º da CRP), segundo os padrões axiológico-normativos próprios de um Estado de Direito, um ataque que, na sua essência, acaba por ser dirigido, como dissemos, à liberdade fundamental de pensamento do agente. ⁸⁸

5.4. Igual referência crítica merece a desmedida amplitude com que a Lei n.º n.º 52/2003 desenhou o tipo objectivo de ilícito do crime de financiamento de terrorismo, previsto no respectivo artigo 5.º-A, ao punir não só o *fornecimento* de fundos com fins terroristas, mas também a sua *mera detenção*; tal como não se percebe como poderá sustentar-se, à luz dos princípios da necessidade e ofensividade, um tipo subjectivo que prescreve, literalmente, que bastará, para o seu preenchimento, ter o agente conhecimento de que os fundos em questão *poderão ser utilizados* (e não que *serão utilizados*) para fins terroristas. ⁸⁹

5.5. A brevíssima resenha acabada de traçar da nossa legislação antiterrorista permite-nos concluir que o seu indistigável expansionismo não conduziu sempre, *ipso facto*, e apesar de tudo, a um atrofiamento injustificado dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Como começámos por afirmar no início deste estudo, ⁹⁰ a questão não se compadece com uma resposta totalmente extremada e apodíctica, dependendo muito dos valores protegidos e, sobretudo, do tipo de antidotos normativos concretamente alcançados para conter cada uma das formas tidas como aptas a lesar aqueles mesmos valores.

⁸⁷ NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 79.

⁸⁸ Para maiores desenvolvimentos desta perspectiva, cfr. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 70 a 80, e ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Limites constitucionais...” cit., pp. 440 a 444 e 453 a 460.

⁸⁹ Para uma crítica, no sentido apontado, vide PEDRO CAEIRO, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado ‘direito penal do inimigo’ e a sua incidência na investigação criminal”, *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios. Livro de Atas*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Universidade de Coimbra, Lisboa, 2015, pp. 131 e 132, NUNO BRANDÃO, com a colaboração de PEDRO SÁ MACHADO, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 167 a 169 e 178 e 179, e ainda ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Anatomia de um crime: o financiamento do terrorismo no ordenamento jurídico-penal português”, *Anatomia do Crime*, N.º 5, 2017, pp. 110 e 111 e 118 a 121.

⁹⁰ Cfr., *supra*, 1.2.

Ou seja, crendo nós existirem algumas soluções fundamentadas e outras (seguramente) não justificáveis, à luz dos critérios que, radicados em uma ideia de dignidade humana, deveriam continuar a ser apanágio – sempre – da intervenção penal.

6. O expansionismo e o moralismo no direito penal sexual: menção a duas questões paradigmáticas

6.1. Enquanto restrições mais ou menos evidentes à prática de actos de cariz sexual, as normas penais reguladoras da matéria têm sido marcadas, ao longo dos tempos, pelas mais relevantes preocupações e significâncias socioculturais de cada época histórica. Como se compreende, «(...) a regulamentação da sexualidade é condicionada pelo tempo e pela cultura, e muda com eles. Determinadas normas sexuais que muito naturalmente regeram nos seus tempos, com o decurso dos séculos depararam hoje com um repúdio generalizado (...)». Pense-se, por exemplo, «(...) que nos códigos judeus ortodoxos a masturbação da mulher constitui um grave pecado e que no antigo direito judeu foi, por vezes, punida com a pena de morte (...)».⁹¹

Não podemos olvidar, pois, a forte componente cultural do direito penal sexual, «(...) na sua natural e incindível ligação com o todo social de cada povo em cada época (...)».⁹²

No ordenamento jurídico-penal português, sobretudo desde a redacção introduzida no CP pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, é a lei dominada, na área dos crimes sexuais, pela «(...) proposição político-criminal segundo a qual em caso algum constitui crime a actividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem (...)»⁹³ apresentando-se tal proposição político-criminal, própria de um Estado de Direito democrático, laico e pluralista, como o corolário da visão, já atrás diversas vezes mencionada, do direito penal enquanto ordem destinada à protecção subsidiária de bens jurídicos. Daí que, tendo sido inevitável a dinâmica de uma natural evolução, se haja assistido a uma tendência geral de progressiva descriminalização e despenalização de certos comportamentos ligados à sexualidade humana

⁹¹ KARL PRELHAZ NÄTSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 75.

⁹² AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. Análise histórica. Sentido e limites”, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz” – 1983, 1985*, p. 13.

⁹³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 442, em nótula antes do artigo 163.º; no mesmíssimo sentido, a propósito do ordenamento penal alemão, CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico...” cit., p. 14.

(podendo pensar-se, por exemplo, na não punição da homossexualidade enquanto tal, mas apenas quando traduzida na prática de actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 nos de idade – artigo 175.º do CP, na redacção do Decreto-Lei n.º 48/95).

Significa o acabado de expor que falamos hoje de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, depois de durante séculos (desde as nossas Ordenações) serem observados sob o enfoque da moral sexual dominante, dos costumes ou dos fundamentos éticos da sociedade, em uma evidente circunscrição da etiologia destes crimes à tutela da chamada “moralidade sexual pública”.

Para a mudança a que vimos aludindo muito contribuiu, como sabemos, a adopção, a partir de 1995, da categoria conceptual de “acto sexual de relevo” (cfr., a título de exemplo, os artigos 163.º, 165.º e 166.º do CP), por via da qual se tornou evidente a não assunção, pela lei penal, de uma ética moral e social que não lhe competiria defender, enfatizando-se, ao invés, a relevância do acto, antes do mais, para quem o sofre e a sua própria esfera de autonomia sexual.

Assim – e esta é uma ideia fundamental –, desde 1995 são a liberdade e a autodeterminação sexual os valores jurídicos essencialmente protegidos pelo direito penal sexual, integrando os tipos que visam a repressão das violações a tais bens a categoria dos crimes contra as pessoas e não contra os fundamentos da sociedade.⁹⁴

6.2. As antecedentes noções bastam, segundo cremos, para que continue a ser dificilmente explicável a manutenção, no nosso ordenamento jurídico-penal actual, do crime de lenocínio simples, previsto no n.º 1 do artigo 169.º do CP, que se refere a «quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição (...)».

Efectivamente, a explicação só poderá ser encontrada em uma assunção, pelo legislador penal, de uma certa *moral sexual* que atribui à

⁹⁴ Para uma visão crítica do direito penal sexual de cariz “moralista” – de que o positivado pela versão originária do CP de 1982 ainda era parcialmente tributário –, enquanto complexo de crimes consagradores de bens jurídicos ligados aos fundamentos ético-sociais da vida em sociedade e seus costumes, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Crimes contra os costumes”, *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa-São Paulo, 1983, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português”, *Reformas Penales en la Península Ibérica: a “Jangada de Pedra”?* (coordinadores María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues y Adán Nieto Martín), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 281 a 286, KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual...* cit., pp. 134 a 154, e VERA LÚCIA RAPOSO, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (organização de Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 931 a 938.

actividade da prostituição, ainda que não imposta pelo agente por meio de violência, ameaça grave, manobra fraudulenta, abuso de autoridade advindo de uma determinada relação existente para com a pessoa que se prostitui, ou mediante aproveitamento de uma incapacidade psíquica ou de uma situação de especial vulnerabilidade dessa mesma pessoa (hipóteses típicas do crime de lenocínio agravado, previsto no n.º 2 do artigo 169.º do CP), ainda e sempre, um carácter humano e socialmente lesivo.

Só que, a ser assim, e não estando em causa nenhuma das formas de exploração de uma situação de carência e desprotecção social da pessoa que se prostitui, ou seja, não estando nós perante um caso de lenocínio agravado, lidando antes com um cenário consensual entre o agente e aquele(a) que se prostitui, continua o legislador a confundir dois planos distintos: o da protecção de bens jurídicos – *in casu*, o da liberdade sexual, que não é posta em perigo pela conduta do agente⁹⁵ –, e o da protecção da moralidade, ainda que a pretexto, neste último campo, de uma suposta ideia de dignidade humana, a exigir uma (pseudo) protecção, por meios penais, contra a necessidade de se utilizar a sexualidade como modo de subsistência.⁹⁶

Ora, constituindo o princípio da dignidade humana, como já atrás dissemos, um referente axiológico sustentador do nosso ordenamento jurídico, não é, ainda assim, configurável como um direito fundamental *a se*, susceptível de iluminar, sem mais (*rectius*, sem uma sua concretização “substanciável” em um concreto bem jurídico), uma incriminação.⁹⁷

Pelo que caímos, pura e simplesmente, em uma *concepção de dignidade humana*⁹⁸ que, de modo paternalista,⁹⁹ não admite como conatural ao

⁹⁵ Assim, e por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., p. 261, e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A reforma permanente...” cit., p. 294.

⁹⁶ Como se sabe, foi este, durante muitos anos, um dos principais argumentos esgrimidos pelo nosso Tribunal Constitucional, através, por exemplo, dos Acórdãos n.ºs 144/2004, 196/2004, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 90/2018 e 178/2018, para assim afirmar a constitucionalidade da incriminação prevista no n.º 1 do artigo 169.º do CP (arestos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁹⁷ Explicitando esta concepção, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., pp. 259 a 261; em termos idênticos, afirma peremptoriamente CLAUS ROXIN: «(...) a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico (...)» (“O conceito de bem jurídico...” cit., p. 20).

⁹⁸ Uma concepção de pendor *comunitarista-social*, que, como bem afirmam PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / RUI PEDRO LIMA, entende a dignidade como limitadora da liberdade [“O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22 (2012), N.º 2, p. 244].

⁹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., p. 261.

conteúdo ôntico da *dignitas* individual a possibilidade de escolha esclarecida de um caminho, por muito reprovável (porque de “pecado”)¹⁰⁰ que possa o mesmo apresentar-se segundo uma certa apreensão moral das coisas.

Daí que se saúde o surgimento do recente Acórdão n.º 134/2020, de 11 de Julho de 2020, do Tribunal Constitucional português, o qual, revertendo a linha jurisprudencial por si seguida durante anos, assumiu agora o entendimento quanto a nós correcto da questão, julgando inconstitucional a aludida norma incriminatória constante do n.º 1 do artigo 169.º do CP, por violação dos princípios consagrados no n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 27.º da nossa Lei Fundamental.¹⁰¹

Importará, agora, aguardar, pois, o destino (espera-se que de descriminalização) da (moralista) incriminação em causa.

6.3. O outro exemplo que, até pela sua relativa novidade, nos parece ser de relevar, nos actuais tempos expansionistas, tem que ver com a instituição, através do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, na ordem jurídico-penal portuguesa, de um registo de condenados por crimes sexuais praticados contra menores.

Ganhando especial foco mediático-comunicacional pela área temática em que se insere (na qual se encontram instalados alguns dogmas de difícil desmontagem, apesar de não demonstrados do ponto de vista criminológico ou até meramente estatístico, como o de que as taxas de reincidência são sempre enormes),¹⁰² e sendo justificado, pelo legislador nacional, como forma de dar cumprimento às obrigações normativas internacionais a que o Estado português se encontra vinculado [designadamente as decorrentes da Convenção para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, dita Convenção de Lanzarote, celebrada sob os auspícios do Conselho da Europa em 25 de Outubro de 2007, assim como da Resolução n.º 1733 (2010), de 21 de Maio de 2010, da Assembleia Parlamentar deste mesmo Conselho, e ainda da necessidade de transposição da Directiva n.º 2011/92/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011],¹⁰³ o mecanismo do registo criado parece pretender alcançar (ainda

¹⁰⁰ Utilizando-se aqui de empréstimo a sugestiva expressão empregada por MAFALDA SERRASQUEIRO, “Moral ou dignidade no lenocínio: um crime à procura de um bem jurídico”, *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (organização de Jorge Reis Novais / Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, Coimbra, p. 435.

¹⁰¹ Podendo ver-se o texto integral do citado aresto em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰² Cfr. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 65 a 67 e 111 a 114, notas 152 e 153.

¹⁰³ Justificação claramente empolada e até algo desconforme à realidade das obrigações em causa, pelo menos nos concretos termos em que o sistema de registo acabou por ser configurado pelo nosso

que de modo não inteiramente assumido) uma síntese de diversas criações vigentes em outros ordenamentos ao nosso relativamente aparentados (*maxime*, o espanhol e o francês).¹⁰⁴

De acordo com o artigo 3.º do Anexo à dita Lei, as finalidades ínsitas ao sistema de registo são «(...) o *acompanhamento da reinserção do agente na sociedade*, obedecendo ao *princípio do interesse superior das crianças e jovens*, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso, bem como *auxiliar a investigação criminal*» (itálicos nossos).

Ora, se tivermos em mente que os efeitos do registo tenderão a perpetuar-se no tempo, muito para além do período conatural ao cumprimento da pena de cujo decretamento dependem, e estando esta já extinta (n.º 3 do artigo 13.º do Anexo), parecerá relativamente claro que é o próprio legislador a transmitir uma mensagem de descrédibilização do programa político-criminal que antes anunciou como ínsito à aplicação de penas e medidas de segurança, designadamente no tocante à «(...) reintegração do agente na sociedade» (n.º 1 do artigo 40º do CP): não seria suposto que a reacção criminal – pena ou medida de segurança – aplicada por causa da prática de um crime traduzisse, ela própria, o instrumento político-criminal através do qual a referida reintegração deveria ter lugar (sem necessidade de uma posterior inscrição no registo)?¹⁰⁵

Depois, as vias pelas quais o sistema em causa restringe direitos fundamentais dos visados são variadas, devendo destacar-se as seguintes.

Valores constitucionalmente protegidos como a intimidade da vida privada, a imagem e a honra dos inscritos no registo (e, muitas vezes, dos que destes estão próximos) são postergados de modo evidente, com os efeitos de não ressocialização daí advindos, perante a possibilidade de acesso aos dados do registo por parte de terceiros titulares do exercício de responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos de idade, que não detêm qualquer múnus profissional conexo com a matéria registal (n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 16.º do aludido Anexo).¹⁰⁶

legislador: sobre esta questão, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 95 a 98.

¹⁰⁴ Os traços essenciais de tais regimes constam de ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 51 a 60.

¹⁰⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 72 a 76 e 78 e 79.

¹⁰⁶ Sobre esta delicada questão do acesso de terceiras pessoas ao conteúdo do registo, INÊS HORTA PINTO, “O sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor: análise crítica à luz da política criminal e da Constituição”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I (organização de José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes / Helena Moniz / Nuno Brandão

Pontos também absolutamente inquietantes são os da aplicação retroactiva decorrente da inscrição das decisões anteriores à criação do registo, em total desrespeito pelos princípios constitucionais expressos no n.º 3 do artigo 18.º e n.º 3 do artigo 29.º, ambos da CRP, e n.º 1 do artigo 2.º do CP (como, aliás, recentemente o declarou, embora de um modo algo parcimonioso, atenta a abrangência da sua análise, o Acórdão n.º 354/2021, de 27 de Maio de 2021, do nosso Tribunal Constitucional),¹⁰⁷ e ainda o da imutável permanência daquela inscrição ao longo de períodos temporais que podem chegar a 20 anos após o cumprimento e extinção da pena de prisão (cfr., respectivamente, o n.º 2 do artigo 8.º, o artigo 11.º e o n.º 3 do artigo 13.º, todos do Anexo à Lei n.º 103/2015).

Por fim, a desproporcionalidade (aqui, também com a grave *desigualdade* decorrente da não aplicação de semelhante instituto aos condenados por outro tipo de criminalidade) e a falta de adequação do registo aos fins supostamente reintegradores por ele propalados são de tal forma patentes¹⁰⁸ que se nos afigura estarmos perante um claro exemplo de elevação da *vergonha*¹⁰⁹ e da *visibilidade* dos visados a instrumento de política criminal, assim nos aproximando da lógica simbólica (e inocuidadora, pelo medo da humilhação) de um *direito penal da segurança* ou até de um verdadeiro *direito penal do inimigo*.¹¹⁰

7. A visão afectiva de algum do denominado “direito penal da família”

7.1. Não é nova a questão de saber se a família, enquanto realidade institucional e relacional dotada de características específicas (nas quais

/ Sónia Fidalgo), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 955 a 959, e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 83 a 95.

¹⁰⁷ Assim, julgou tal Acórdão inconstitucional, por violação da segunda parte do n.º 3 do artigo 29.º e das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 26.º, do n.º 4 do artigo 35.º, do n.º 1 do artigo 44.º e do n.º 3 do artigo 18.º, todos da nossa Lei Fundamental, «(...) a norma que resulta da conjugação do n.º 1 do artigo 2.º com o artigo 8.º do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, no sentido de que estão sujeitos a inscrição no registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor os indivíduos condenados antes da entrada em vigor do referido regime» (podendo ver-se o texto integral do citado aresto em www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁰⁸ Chamando INÊS HORTA PINTO a atenção para a violação, ainda por esta via, do *princípio da socialidade* enquanto obrigação estatal de promoção da socialização dos condenados, mediante a criação das condições necessárias à sua reinserção na sociedade (“O sistema de registo...” cit., p. 969).

¹⁰⁹ É também a opinião de MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 41, e, embora referidos aos registos britânico e norte-americanos (de feições ainda mais rígidas e radicais que as do nosso sistema), respectivamente, ANNE-MARIE McALINDEN, “The use of ‘shame’ with sexual offenders”, *British Journal of Criminology*, N.º 45, 2005, pp. 379 e 380, e JOSÉ PÉREZ TRIVIÑO, “Penas y vergüenza”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, 2003, pp. 344 a 349 e 355 a 360

¹¹⁰ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 120 a 122.

avultam, desde logo, o carácter suposta e predominantemente afectivo dos vínculos existentes entre os seus membros), deverá estar à margem da intervenção penal, sobretudo como forma de “defesa por antecipação” perante a tendência, de que vimos falando, de “super-criminalização” em quase todos os domínios da acção humana.

A tese do máximo afastamento possível do direito penal da realidade familiar apoia-se, habitualmente, em uma ideia de ponderação das desvantagens que, afirma-se, suplantam largamente os eventuais benefícios.¹¹¹ E isto, em alguns casos, mesmo entendendo-se que determinadas matérias inerentes à família, pelos específicos valores envolvidos, revestem dignidade penal, embora não careçam da tutela deste ramo do direito, dada a existência de outros mecanismos, como, por exemplo, o direito (civil e indemnizatório) da família ou das crianças e jovens.¹¹²

Temos como posição de princípio a de que a família, por ser família, não reveste nenhuma aptidão especial para se subtrair à previsão penal, se, em concreto, perante os específicos contornos dos bens colocados em causa pelos comportamentos do agente, e à luz dos mencionados critérios de dignidade e carência de tutela penal, tal intervenção se justificar. A não ser assim, sob a capa de um discurso liberal e aberto de não criminalização, estariam criadas as condições para a conversão do meio familiar em um “santuário de agressão” para bens jurídicos sérios e ponderosos.¹¹³

7.2. O que vimos de dizer não impede, no entanto, que também na área do direito penal da família actue o legislador de modo injustificado.

É o que se passa com uma das modalidades típicas do crime de subtracção de menor, prevista no n.º 1-c) do artigo 249.º do CP, após a redacção conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro (e que ainda vigora), norma que passou a prever a conduta de quem, «de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento».

¹¹¹ Assim, CATHY POMART-NOMDÉDÉO, “Droit penal e droit de la famille, les liaisons dangereuses”, *Droit de la Famille*, 15^e Année, N.º 9, 2010, p. 10.

¹¹² Parece-nos ser, a propósito das diversas modalidades do crime previsto no n.º 1-c) do artigo 249.º do nosso CP, a posição de MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “A tutela penal da família e do interesse da criança. Reflexão acerca do crime de subtracção de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e rapto de menores”, *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 927 e 928.

¹¹³ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor Previsto no Art. 249º/n.º 1-c) do Código Penal Português (Após a Lei n.º 61/2008, de 31/10): a Criminalização dos Afectos?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 166.

Como é pífico na doutrina, trata-se de um crime de execução vinculada, essencialmente destinado a sancionar o incumprimento consubstanciado em «(...) todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. – que não constituem actos graves isoladamente considerados mas que degradam o regime» (regulador do exercício das responsabilidades parentais) «estabelecido, geram represálias, e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos (...)».¹¹⁴

A nosso ver, a opção acabada de referir justifica-se, *no seu quadro geral*, enquanto essencial expressão de um princípio básico de política criminal de protecção da família *lato sensu* e, mais importante do que isso, como forma de protecção de um bem jurídico *composto*, integrado pela necessidade de tornar incólume o exercício das responsabilidades parentais pelos seus titulares e, sobretudo, o interesse do próprio menor ligado a uma convivência familiar (ou para-familiar) próxima com o guardião e o não guardião.¹¹⁵

No entanto, na específica hipótese (também cabida no tipo) da *recusa de acolhimento* da criança ou jovem pelo titular do direito de convívio (que, assim, não exerce tal direito, transformando a relação que seria suposto manter com o primeiro em uma “não relação”), o legislador penal foi, a nosso ver, demasiadamente longe.

Porque, não estando em questão, nesta última modalidade típica, algo mais do que o “acolhimento”, no sentido do exercício de visita em relação ao menor, o agente que se demite de tal actuação não coloca propriamente um entrave ilícito ao referido exercício do seu *ius*, apenas... não o pratica. Isto é, tal atitude abstencionista não lesa o conteúdo de faculdades e poderes ínsitos ao direito de guarda do progenitor residente, podendo causar, isso sim, um eventual *dano afectivo* junto do menor.¹¹⁶

Assim, temos para nós que, sem embargo do seu carácter humanamente impressivo, não deveria o legislador ter elevado à categoria de bem jurídico-penal a realidade do *afecto* (supostamente) inerente ao normal convívio

¹¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N.º 13, 2010, p. 28.

¹¹⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor...* cit., pp. 155 a 159 e 165 a 169.

¹¹⁶ Evidentemente que a questão ganhará outros contornos se o agente, a par do “não acolhimento”, praticar igualmente comportamento subsumível, por exemplo, ao artigo 250º do CP (crime de violação da obrigação de alimentos). Só que, nesse eventual caso, e como percebemos, a não prestação dos alimentos devidos não se “transforma” em uma conduta de subtracção de menor, prevista no n.º 1-c) do artigo 249.º CP, devendo o agente responder pela perpetração do referido ilícito contido no artigo 250º CP.

entre o titular do direito de visita e a criança ou jovem a que aquele convívio se referiria. E não deveria o legislador ter criminalizado a dita conduta abstencionista, porquanto o afecto, enquanto realidade *a se*, não se desprende do núcleo axiológico-constitucional de um Estado como o que nos envolve, pelo menos em termos tais que possa legitimar uma incriminação assente naquela mesma conduta de abstenção.

Logo, e em conclusão, na hipótese típica que vimos considerando, a falta de dignidade penal apresenta-se-nos como relativamente óbvia, a que acresce, ainda, a existência do direito civil como meio adequado para a compensação do aludido dano afectivo.¹¹⁷

Em suma, deparamos com mais uma deriva expansionista (aqui, de cariz humanamente *afectivo*, mas nem por isso mais legítima) do direito penal, não compatível com a assunção daquele que deve constituir o seu verdadeiro papel: a protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

8. Conclusão

8.1. Não conseguindo nós ensaiar uma resposta cabal sobre a (in) evitabilidade do confronto, nos tempos que vivemos, entre soluções supostamente atentas à segurança comunitária e os efeitos que comportam em termos de restrição injustificada de determinados bens ligados à dignidade e liberdade humanas, constataremos, pelo menos, os seguintes aspectos.

Os fenómenos de cariz expansionista que analisámos acabam por conduzir, *na prática*, a óbvios resultados de natureza securitária (de que são exemplos, por excelência, a figura típica que criminaliza o acesso a mensagens incitadoras do terrorismo e, ainda mais flagrantemente, o sistema de registo de condenados por crimes sexuais praticados contra menores), moralista (caso da incriminação do lenocínio simples) ou até afectiva quanto a um determinado modo de perspectivar o relacionamento familiar (norma relativa à específica modalidade do crime de subtracção de menor há pouco vista).

E, todavia, quase diríamos que, em termos de discurso proclamatório, os propósitos invocados pelo legislador, quer lidemos com um direito penal de natureza clássica, quer com manifestações expansionistas, são amiúde bastante semelhantes.

¹¹⁷ Sobre a possibilidade de reparação civil de situações com o referido enquadramento, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos pais perante os filhos”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 18, N.º 35, 2021, p. 9, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, N.º 20, 2013, pp. 68 a 71, e ainda ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor...* cit., pp. 169 a 178.

8.2. O problema essencial é, todavia, a consciência que cada vez mais de nós se apossa no sentido de que, não obstante os nobres valores de apresentação de algum do expansionismo penal, o seu conteúdo intrínseco – quer nos pressupostos de que parte, quer nos objectivos que parece pretender atingir – não é, de facto, o de um verdadeiro direito penal tendente à protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

E, parecendo os tempos hodiernos não se dar muito mal com as referidas tendências expansionistas, é importante que o Estado de Direito saiba quando e onde deverá intervir na defesa dos limites axiológicos relativamente aos quais não poderá nunca transigir.

A bem da dignidade humana.