

LEI CRIMINAL E CONTROLO DA CRIMINALIDADE (*)

O PROCESSO LEGAL-SOCIAL DE CRIMINALIZAÇÃO E DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Pelo Doutor Jorge de Figueiredo Dias

I

Um dos preços inevitáveis que houve que pagar em Portugal por dois anos de revolução foi o do aumento espectacular da criminalidade. Este aumento e, sobretudo, as suas exactas proporções e incidência não são ainda hoje cientificamente demonstráveis, dado o atraso e a insuficiência crónicos dos nossos serviços estatísticos, bem como a quase completa ausência de hábito de elaboração de estudos dedicados à medição da criminalidade e ao seu controlo. Mas pode seguramente afirmar-se que a convicção do aumento, e mesmo do

(*) Versão modificada, em Agosto de 1976, de uma lição proferida em Abril desse ano ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Coimbra. Esta lição integra-se no programa da nova cadeia de *Ciências Criminais*, que constitui, ao que se julga, a primeira experiência, nas Faculdades de Direito portuguesas, de uma regência colectiva. A direcção pertenceu ao Prof. Doutor Eduardo CORREIA e os sumários das lições encontram-se publicados em edição offset: *Ciências Criminais*, Coimbra, J. Abrantes, 1976.

seu carácter espectacular, corresponde ao sentimento generalizado dos cidadãos.

Uma tal convicção parece ter bom fundamento. Seja qual for o conceito de crime de que se parta: um conceito puramente legal, como o que serve de base à dogmática jurídico-penal; ou um conceito natural à maneira de GAROFALO, válido para todas as condições de tempo e de espaço; ou um conceito puramente sociológico que, ao gosto dos criminólogos norte-americanos, estenda a noção de crime até fazê-la coincidir com a de *deviance*; ou ainda um conceito criminológico que, construindo a noção na base da lei penal, a alargue e a integre depois pela consideração de todos os comportamentos que, através de um procedimento analógico e comparatístico, ponham problemas substancialmente idênticos àqueles que, de um ponto de vista sociológico, são suscitados pelo fenómeno da criminalidade em sentido jurídico⁽¹⁾. E seja qual for, por outro lado, o critério-base com que se elabore o respectivo processo estatístico: o critério policial, que terá em conta todos os crimes cuja notícia chegou ao conhecimento da autoridade respectiva; ou o critério judiciário, ao qual escapam as chamadas «cifras negras» e para quem só relevarão os crimes que cheguem pelo menos a ser acusados; ou o critério criminológico, que almeja englobar a totalidade de transgressões normativas, ou comportamentos equivalentes, que tenham sido efectivamente praticados num certo lapso de

(1) Dada a finalidade eminentemente pragmática que preside à publicação deste artigo não haverá razão para o sobrecarregar com aparato erudito e bibliográfico. Atenta porém, por outro lado, a relativa escassez de publicações, entre nós, versando temas de criminologia e de política criminal, não renunciaremos a fornecer algumas pistas ao leitor interessado. Um tratamento bastante documentado do conceito de crime para efeitos criminológicos, se bem que já muito longe de actualizado, pode encontrar-se na nossa língua em M. PELAEZ, *Introdução ao Estudo da Criminologia*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1974, pp. 35-67; cf. depois, por exemplo, H. MANNHEIM, *Comparative Criminology*, vol. I, 1965, Londres, pp. 1 e ss. Neste trabalho seguiremos — tal como seguiram, na esteira do preconizado por Eduardo CORREIA, os participantes no Curso de Ciências Criminais que referimos — um conceito criminológico de crime desenhado essencialmente nos termos a que o texto alude em último lugar.

tempo ⁽²⁾ — sejam quais forem aquele conceito e este critério-base, o aumento sensível da criminalidade em Portugal nos últimos tempos parece ser um facto, susceptível por certo das mais variadas tentativas de explicação mas resistente a quaisquer tentativas de contradição.

Aumento, de resto, particularmente sentido pelos cidadãos na medida em que, numa parte importante, ele será imputável a um aumento do *crime violento* — isto é, da chamada «criminalidade grave» ou «grande criminalidade» — e, assim, daquele crime que é causa principal do justo alarme social perante o seu incremento e do sentimento de medo e de insegurança das pessoas ⁽³⁾.

Não visaremos, nas considerações que se seguem, ensaiar qualquer tentativa de explicação causal do fenómeno. Procuraremos, sim, debruçar-nos sobre uma outra vertente do problema, qual é a das medidas de política criminal a tomar para domínio e controlo do surto de criminalidade. É certo que os dois problemas não podem nem devem dissociar-se completamente; mas não é menos exacto que as concretas medidas de política criminal a tomar — e, o que é muito importante, a *testar* na sua aplicação e nos seus efeitos — são em larga medida independentes de considerações mais ou menos teoré-

⁽²⁾ Sobre este ponto cf., em síntese, a nossa lição «Método e Investigação em Criminologia», in *Ciências Criminais* (cit.*), pp. 22-24. Para mais amplos desenvolvimentos v. Maria Rosa Crucho de ALMEIDA, «Alguns Dados Estatísticos sobre o Homicídio em Portugal», separata de *Pena de Morte*, Comunicações ao Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal, Coimbra, 1967, e «Notas Estatísticas sobre Condenados: 1962, 1964 e 1966», separata do *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, n.º 21; e depois M. PELAEZ, (cit., n. 1), pp. 165-178, H. MANNHEIM, (cit., n. 1), pp. 34 e ss. H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, Munique, 1971, pp. 183 e ss. e W. HEINZ, «Entwicklung, Aufgaben und Problem der Kriminalstatistik», *ZStW* 84, 1972, p. 806 e ss.

⁽³⁾ Nesta acepção e neste sentido cf. N. MORRIS/G. HAWKINS, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Nova Iorque, 1970, p. 54 e ss. Entre nós lê-se no *Programa do Partido Popular Democrático*, Viseu, 1974, p. 87: «Os crimes violentos são a causa do justo alarme social face ao aumento da criminalidade e do sentimento de medo e insegurança dos cidadãos — sentimento que, uma vez instalado, provoca uma degradação sensível da sua qualidade de vida, em especial nos grandes aglomerados populacionais».

ticas sobre a etiologia da criminalidade ou de um específico surto de criminalidade. De resto, não pode ser nossa intenção traçar, nas poucas páginas que se seguem e mesmo que fosse só a traço largo, todo um programa de luta contra o crime na sociedade portuguesa de hoje. A nossa intenção é bem mais modesta e, exactamente, esta: chamar a atenção para o efeito que à própria *lei criminal* e à sua *reforma* cabe num programa integrado de controlo da criminalidade.

Para introdução da problemática que nos propomos tratar bem podemos, porém, servir-nos de um ponto de vista teórico muito actual nas discussões sócio-criminológicas: o da chamada *perspectiva interaccionista* ou do *labeling approach*. Segundo ele (⁴), a distinção entre actos criminosos e não-criminosos não deve ser procurada nos próprios actos, mas no labéu, no estigma ou no rótulo atribuído pela sociedade a certos actos. São os próprios grupos sociais que *criam* a delinquência ao instituírem regras cuja violação se transmuda em delinquência, ao aplicarem estas regras a grupos ou categorias de pessoas e ao rotularem-nas de *outsiders*, *desviantes* ou *delinquentes*. Só que estudos empíricos levados a cabo, um pouco por toda a parte, nos últimos anos, demonstram aquilo de que logo se suspeitaria: das pessoas que cometem actos legalmente definidos como desviantes só uma pequena parte acaba por ser como tal socialmente estigmatizada. Torna-se por isso importante, não só de um ponto de vista científico como político-criminal, saber se o processo de filtragem, de recrutamento ou de selecção da delinquência se desenrola em função do acaso, ou antes em função de determinadas regras reveladoras de uma qualquer legalidade sociológica.

(⁴) Mais desenvolvimentos sobre o ponto podem encontrar-se na nossa lição «A Perspectiva Interaccionista e o 'Labeling Approach'», in *Ciências Criminais* (cit.*), pp. 121-142. Uma excelente visão de conjunto das tomadas de posição mais importantes desta perspectiva sobre os problemas da delinquência pode encontrar-se na colectânea *Deviance — an Interactionist Perspective*, Londres, 2.^a ed., 1973, organizada por Earl RUBINGTON e M. WEINBERG. Uma síntese desta perspectiva é fornecida também por Costa ANDRADE, «A Polícia e as Instâncias Não Formais de Controlo», in *Ciências Criminais* (cit.*), p. 208 e ss.

Ora, precisamente, a perspectiva interaccionista defende que este processo de selecção decorre de interacções sociais nas quais o papel fundamental é desempenhado pelas chamadas *instâncias de controlo social*, formais e informais. E, por outro lado, o processo de *criação* e de *perecimento* das normas criminais constitui uma etapa fundamental daquele processo social mais amplo de recrutamento ou de selecção, através do qual a sociedade estigmatiza os delinquentes. Por isso é que o processo legal-social de criminalização e de descriminalização constitui um comando importante, e mesmo decisivo, de prevenção e controlo da delinquência e de defesa da sociedade perante ela. Seja qual for o relevo que caiba a outras instâncias, formais e informais, interventoras no processo de recrutamento (as polícias, os tribunais, as prisões, a família, a escola, os grupos sociais), o primeiro lugar pertence, sem dúvida, à lei criminal: aquele processo, em princípio, será permitido e comandado nos termos estabelecidos por esta lei ⁽⁵⁾.

Eis porque serão os *mecanismos do processo legal-social de criminalização e de descriminalização* o objecto das nossas considerações posteriores.

O legislador não é, com efeito, completamente livre nas suas decisões de criminalização e de descriminalização. Tais decisões, seguindo quase sempre muito de perto a evolução histórica da sociedade para a qual são tomadas, revelam-se estreitamente condicionadas pelos dados da estrutura social, por substratos directamente políticos, pelos interesses dos grupos sociais e pelas representações axiológicas neles prevalentes em certo momento histórico. U. EISENBERG, por exemplo, nota como muitas investigações — v. g. a de J. HALL sobre as relações entre o crescimento comercial e industrial e a crescente criminalização de condutas contra o património; ou a de CHAMBLISS sobre a relação entre necessidades acrescidas do

⁽⁵⁾ Cf. já TAFT/ENGLAND, *Criminology*, Londres, 4.ª ed., 1964, p. 303 e seguintes.

mercado de trabalho e a criminalização da vagabundagem — revelam à sociedade a sensibilidade histórica, sócio-económica e política das decisões de criminalização e de descriminalização (6).

Assim se reforçam ideias como a do carácter fragmentário da tutela penal (7) e a de que, num período histórico dilatado, só o cerne das incriminações permanece (e, mesmo este, só relativamente) constante (8). Esta verificação serviria, aliás, para reabrir a discussão sobre o que seja *em si* o crime; mas, repetimos, não é essa a nossa intenção, limitando-nos neste ponto a acentuar que, para efeito das considerações posteriores, nos interessa um conceito criminológico — não um conceito jurídico-formal — de crime. Só notaremos ainda, nesta introdução dedicada à posição do problema, que a historicidade das incriminações vale com particular força para as modernas sociedades industrializadas (sejam elas capitalistas ou socialistas), sociedades em que, por força da complexidade acrescida das relações sociais, o catálogo dos delitos varia grandemente (9): são, de um lado, as novas situações sociais que, pondo em risco valores comunitários fundamentais, reclamam a intervenção do direito penal; são, de outro lado, as chamadas estruturas informais de controlo — no âmbito da família, da vizinhança, das pequenas comunidades — que desabam perante o crescimento e a complexidade sociais, fazendo com que às instâncias formais sejam postas novas e acres-

(6) U. EISENBERG, *Einführung in die Probleme der Kriminologie*, Munique, 1972, pp. 63-65.

(7) Cf. o nosso «A Reforma do Direito Penal Português: Princípios e Orientações Fundamentais», separata do *BFDC*, XLVIII, 1972, p. 39 e ss.

(8) Sobre esta ideia pode ler-se o nosso *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 1969, p. 372 e ss.

(9) Cf. U. EISENBERG (cit., n. 6), p. 63; I. ANTILLA, «La Politique Scandinave Actuelle en Matière de Criminologie», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, vol. 55, 1974-5, p. 698; G. KAISER, «Verbrechenskontrolle», in KAISER/SACK/SHELLHOSS (Hersg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, p. 373; «3.º Colóquio Interassociações, de 7 a 12-5-73. Descriminalização», *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, vol. 31, 1973, p. 179.

cidas tarefas, cuja realização excede notoriamente a sua capacidade de resposta. Como pode a lei criminal evoluir, por forma a assumir conscientemente as suas responsabilidades nesta situação?

II

Face à referida complexidade crescente das relações da vida moderna inscreveu-se, um pouco por toda a parte, a tendência do legislador — tanto mais marcada quanto mais velho se revele o Código Penal do respectivo país — para pôr o aparato das sanções *criminais* ao serviço dos mais diversos fins da política *social* (económica, financeira, fiscal, sanitária, educativa, ecológica, etc.). Assim surge o moderno fenómeno da *sobrecriminalização*, *hipercriminalização* ou *inflação incriminatória* ⁽¹⁰⁾.

Uma das mais importantes causas deste fenómeno reside na circunstância — já de algum modo evidenciada pelas considerações anteriores — de, num mundo de crescente urbanização e anonimidade, surgir o direito, com o seu alto grau (ao menos tendencial) de racionalidade e de igualdade, como um aparelho muito relevante de actuação na malha complexa do tecido social ⁽¹¹⁾; ao que acresce uma crença persistente, apesar de muitas vezes desmentida pelos factos, na eficácia geral-preventiva das penas criminais. Uma outra causa, que a psicologia política não deixa de acentuar e a experiência de confirmar, reside, como acentuam MORRIS e HAWKINS, em ser por regra muito mais agradável aos políticos ceder às sugestões de *sobrecriminalização*, como modo de evidenciarem aos eleitores a sua virtude moral e o seu fervor político, do

⁽¹⁰⁾ Ao qual nos vimos referindo com insistência há alguns anos a esta parte: v. *O Problema da Consciência da Ilícitude* (cit., n. 8), pp. 111 e s. e 339 e ss.; «A Reforma do Direito Penal Português» (cit., n. 7), pp. 10 e ss. e 39 e ss.; *Lições de Direito Penal* (ao 2.º ano de 1974-5), ed. offset, Coimbra, J. Abrantes, 1975, p. 6.

⁽¹¹⁾ G. KAISER (cit., n. 9), p. 373.

que escogitar medidas pragmáticas de política não criminal que poderão facilmente passar aos olhos dos cidadãos desprevenidos como reveladoras de fraqueza, quando não de cumplicidade, perante os malefícios do crime e da delinquência ⁽¹²⁾.

A experiência tem demonstrado, porém, que a cedência à tentação da sobrecriminalização acaba por defraudar completamente as esperanças de, por seu intermédio, dominar e controlar o aumento da criminalidade. Na realidade, um tal processo — quantas vezes de duvidosa legitimidade constitucional, por insuficiente atenção prestada ao conteúdo material de sentido contido no princípio «nullum crimen, nulla poena sine lege» ⁽¹³⁾ — lança o maior descrédito sobre o direito penal e a função que primariamente lhe incumbe de protecção dos valores *fundamentais* da comunidade, esquecendo que aquele só deve intervir como *ultima ratio* da política social ⁽¹⁴⁾.

Tanto mais que a uma tendência societária para a sobrecriminalização corresponderá, inevitavelmente, um aumento da criminalidade total, que vai acentuar a situação de ultrapassamento das instâncias de controlo formais. Com isto potencia-se a função estigmatizante — e portanto o carácter *crimínogeno* — das normas penais e passa o processo de selecção a ser comandado pelo puro acaso, subtraindo-se ainda mais aos esforços de controlo que sobre ele se queiram exercer. À frente teremos ocasião de ilustrar, com exemplos retirados da própria experiência portuguesa, esta realidade inevitável.

⁽¹²⁾ MORRIS/HAWKINS (cit., n. 3), p. 2.

⁽¹³⁾ Isto sobretudo quando se considere, como temos por correcto, que aquele princípio impõe, além do mais, a conexão pela *mesma lei* da tipificação do crime e da pena que lhe corresponde: cf. Eduardo CORREIA, in *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, vol. I, 1965, p. 33 e ss. e «Parecer da Câmara Corporativa sobre Alterações à Constituição Política», in *Actas da Câmara Corporativa*, 67.º, 1971, p. 629. Foi este pensamento que terá estado na base da redacção dada pela Lei 1/71 ao artigo 8.º, n.º 9, da Constituição Política de 1933 e é sem dúvida ele que presidiu ao artigo 29.º, n.º 1, da actual Constituição da República.

⁽¹⁴⁾ Cf. de novo o nosso «A Reforma do Direito Penal Português» (cit., n. 7), p. 39.

Não obstante os claros inconvenientes que assim, de uma perspectiva político-criminal, se ligam ao fenómeno da sobre-criminalização, é insofismável que o legislador português de há bastante tempo vem a ele cedendo. Quem compulse, com a atenção desperta para este problema, as páginas do *Diário do Governo* da última década, cedo se aperceberá da progressiva tendência do legislador para, a propósito — *rectius*: a despropósito — da maior parte dos diplomas legislativos que emanou, ligar sanções de carácter criminal ou equivalente a toda a espécie de comportamentos, sem a menor preocupação pela sua natureza intrínseca, pela sua relevância ético-social ou pela adequação de tais sanções aos comportamentos respectivos; e isto quando se não limitou a ameaçar com uma pena a «violação de qualquer das normas» constante do respectivo diploma legal!

É evidente por outro lado — e aqui, até certo ponto, compreensível — que uma tal tendência só poderia reforçar-se, até aos limites da mais completa anarquia jurídico-penal, durante os dois últimos anos de revolução. A rápida mutação das estruturas ou, pelo menos, de um larguíssimo complexo de relações sociais; a necessidade constante de acorrer a problemas momentâneos ou conjunturais e de legislar sobre espécies que pouco passavam — quando passavam — de casos puramente individuais ou eram, pelo menos, insusceptíveis de generalização; a total incapacidade revelada, já se não diz para reformas de fundo no domínio da legislação penal cuja oportunidade poderia aparecer como contestável, mas ao menos para o estabelecimento de um calendário de extensas e urgentes reformas por etapas; um certo estado anómico ⁽¹⁵⁾ que é co-natural aos períodos revolucionários, sobretudo quando, como no caso português, se verifica uma acentuada e prolongada crise da auto-

⁽¹⁵⁾ Falamos aqui de «anomia» no preciso e conhecido sentido que lhe foi atribuído pelo sociólogo Robert MERTON e que tão fecundo se tem revelado para a análise criminológica. Cf. R. MERTON, *Sociologia. Teoria e Estrutura*, S. Paulo, 1970; e, em síntese, Faria COSTA, «As Teorias da Anomia e da Subcultura», in *Ciências Criminais* (cit.*), pp. 30-40.

ridade do Estado — tudo contribuiu para a acentuação de um desordenado processo de sobrecriminalização que não podia facilitar (bem ao contrário) o domínio e controlo da criminalidade.

III

Encontrando-se, pelas razões expostas, o funcionamento — e, sobretudo, o funcionamento *eficaz* — do sistema penal seriamente comprometido, os legisladores vêm tentando, também um pouco por toda a parte, assenhorear-se da situação encestando um processo de *descriminalização*. Descriminalização significa abandono da incriminação de certos factos (a que alguns chamam «descriminalização em sentido técnico»), ou atenuação da incriminação, da punição ou da perseguição penal de outros factos (a que chamam «despenalização» ⁽¹⁶⁾).

Vejamos pois, em síntese rápida, os *fundamentos* deste processo — que originou nos últimos anos uma enorme quantidade de estudos e se tornou tema corrente de congressos internacionais — e as suas *realizações*, para depois testarmos a sua eventual viabilidade à face dos dados da *experiência portuguesa*.

1. a) Para justificar o processo de descriminalização contribuem desde logo, e em medida relevante, os resultados da investigação das *relações entre a moral e o direito*, especialmente entre a moral e o *direito penal*. Se é função do direito penal proteger os *bens jurídicos fundamentais* da comunidade e só eles, decorre daí o mandamento de banir do seu âmbito todas e quaisquer «excrescências moralistas» e permitir que ele se concentre, tanto quanto possível, no seu núcleo essencial. A este propósito se falará então com propriedade da exigência — de resto, ela mesma, moralmente fundada, como o de-

⁽¹⁶⁾ V., sobre os termos da distinção, «3.º Colóquio Interassociações» (cit. n. 9), p. 178.

fenderam inclusivamente teólogos católicos ⁽¹⁷⁾ — de destruição, no seio do direito penal, de todo o *dogmatismo moral*; da exigência, quer dizer, de que se não punam condutas que, embora moralmente censuráveis, ou não põem em causa os restantes membros da comunidade, ou cuja punição acarretaria para esta maior prejuízo do que vantagem, ou encerram questões moralmente muito discutíveis e cuja valoração não é feita no mesmo sentido pela generalidade dos membros da comunidade.

Isto vem a corresponder, no essencial, à conclusão da investigação criminológica segundo a qual o campo de eleição para a descriminalização seria constituído por aquilo que a doutrina anglo-americana chama *crimes without victims* e que nós poderíamos designar por «crimes sem pessoas especialmente ofendidas» ⁽¹⁸⁾. É efectivamente nestes casos que se torna mais contestável a existência de um *bem jurídico* claramente delineável, no sentido de um substrato de valor socialmente relevante. O designativo de *crimes without victims* pode abranger, é certo, numa sua acepção lata, os crimes contra o Estado, nos

⁽¹⁷⁾ Cf. o nosso «A Reforma do Direito Penal Português» (cit., n. 7), p. 41, onde anotámos «o reconhecimento da verdade plenamente intuída por S. TOMAS, *Summa Theologica* 1.^a 2.^{ae} q. 96, art. 2, e que o leva a afirmar que a lei humana não pode proibir e punir todas as más acções, pelo que — conclui, alegando a autoridade de S. AGOSTINHO — é preciso, em nome da própria moral, rejeitar as leis que, sob pretexto ideal, provocam maiores males do que aqueles que pretendem prevenir. Ou como diz modernamente o teólogo católico belga Louis JANSSENS, *Liberté de conscience et liberté religieuse*, 1964, p. 113: 'É em nome da própria moral que se torna indispensável pedir ao legislador que se não deixe seduzir por um perfeccionismo ilusório, que reconheça a relatividade das leis humanas e que ponha restrições à sua competência, mesmo no que respeita à proibição do mal objectivo'».

⁽¹⁸⁾ Cf. E. SCHUR, *Crimes without Victims. Deviant Behaviour and Public Policy* (1965). A tese central deste estudo notável — a de que, quando faltam ao crime *personas naturais* como vítimas, tornam-se imediatamente contestáveis a criminalização e a necessidade de pena das condutas respectivas — costuma ainda fundamentar-se na ideia de que, nestes casos, é particularmente difícil para a polícia fazer respeitar a lei: o suborno tende a florescer e a corrupção política a desabar sobre as instâncias policiais. «É particularmente em correlação com estes crimes sem vítimas — afirmam ainda MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3), p. 6 — que a polícia é levada a usar meios ilegais de forçar o respeito pela lei.»

quais muitas vezes não existe um ofendido individualizável — não nos interessando nesta medida por, nesses crimes, se não verificar uma problemática relacionável directamente com a inconveniente «moralização» da lei penal de que agora nos ocupamos. Numa outra parte porém — a mais significativa para a nossa discussão —, *crimes without victims* são aquelas infracções que ancoram a sua razão de ser, antes que na existência de um concreto bem jurídico individualizado, numa certa concepção moral, ética, religiosa ou análoga, e que por isso mesmo podem e devem tornar-se objecto do processo de descriminalização.

A progressiva secularização da lei penal; a progressiva e hoje em quase toda a parte consumada separação entre Igrejas e Estado; a distinção, socialmente cada vez mais nítida e sentida, entre «pecado» e «crime» — tudo são razões ⁽¹⁹⁾ que historicamente justificam a exigência actual de que a lei penal se liberte por completo de qualquer dogmatismo moral e dão base, nessa medida, ao processo de descriminalização.

b) Um outro ponto de apoio do processo de descriminalização deve ir buscar-se aos resultados da moderna investigação criminológica. Esta demonstra que, relativamente a certos tipos de delinquência, o seu tratamento através de penas criminais ou de reacções análogas apresenta múltiplos inconvenientes e uma eficácia recuperadora sensivelmente menor do que aquela que é conseguida por formas de tratamento não criminal — máxime por formas de tratamento *psicoterapêutico* ou por formas de *assistência social* não criminal. Pensa-se aqui, por excelência, em campos como o de algumas formas do chamado *marginalismo delinquente* — mendicidade, vadiagem, prostituição, rufianaria —, o das *intoxicações*, o dos *acidentes de viação*. Isto justificaria, pois, que também nestes campos se advogasse um amplo processo de descriminalização.

⁽¹⁹⁾ Apontadas também, na esteira de GIBBENS, por G. KELLENS, «La Décriminalisation», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 51.º, 1973/4, p. 267.

O que mostra aliás — e é bom pô-lo em evidência, para que se evitem equívocos inúteis — que «descriminalização» não significa, de modo algum, que o comportamento que dela seja objecto passe a ser socialmente (e muito menos moralmente) aprovado. Significa só que, num plano integrado de luta contra a delinquência, se considera inconveniente ou inútil continuar a ver aquele comportamento como passível de reacções criminais; sem prejuízo, naturalmente, de ele poder ser objecto de sanções de outro tipo (v. g. sanções civis ou administrativas) ou de providências sociais da mais diversa índole mas sem carácter sancionatório (v. g. providências médicas ou de assistência social) ⁽²⁰⁾.

c) Com um terceiro fundamento do processo de descriminalização pode deparar-se quando nos confrontamos com as conclusões da ciência criminológica em matéria do efeito de intimidação geral sabido a certas incriminações. Queremos com isto assinalar o facto indiscutível de que reina o maior cepticismo quanto ao *efeito* dissuasor da lei penal em certos domínios, sobretudo naqueles em que se verificam altíssimas *cifras negras* de delinquência ⁽²¹⁾. Pelo contrário, domina cada vez mais a fundada convicção de que, em tais domínios, a lei criminal possui um potente *efeito criminógeno*, incentivando a transgressão respectiva, quanto mais não seja pela quase certeza de impunidade de que goza o agente potencial. A ser assim, ou na medida em que o seja, a descriminalização de tais domínios estará por demais justificada.

⁽²⁰⁾ Cf., em sentido próximo, «3.º Colóquio Interassociações» (cit., n. 9), p. 179 e ss.

⁽²¹⁾ As questões criminológicas discutidas sob esta epígrafe dizem respeito ao problema geral das informações oficiais sobre as condutas puníveis que se dão em certa comunidade. Como «cifra negra» ou «campo escuro» em sentido próprio é considerada, em criminologia, a *diferença entre os crimes efectivamente cometidos e aqueles que chegam ao conhecimento dos órgãos oficiais encarregados da administração da justiça criminal*. Cf., em síntese, F. SACK, «Dunkelfeld», in KAISER/SACK/SHELLHOSS (cit. n. 9), p. 64 e ss.

A lei criminal pode efectivamente ser vista, num duplo sentido, como *causa* do crime. Em sentido formal desde logo, evidentemente, na medida em que sem lei criminal não haverá crime (22). Mas sobretudo em sentido *material*: no sentido acabado de referir de que, em certos domínios, a existência da lei criminal serve, de forma particular, para encorajar, suportar e proteger a prática do crime (23). Isto sucede, sobretudo, em conexão com um domínio que constitui, nas sociedades modernas, um dos maiores quebra-cabeças de qualquer programa integrado de prevenção e controlo da delinquência e de luta contra ela: o domínio do *crime organizado*, dos *gangs*, dos *rackets* ou dos *sindicatos do crime* (24).

Este efeito criminógeno da lei criminal, com efeito, torna-se particularmente variável nos campos em que a incriminação põe em causa a oferta de certos bens ou serviços desejados, tornando-a lucrativa para os delinquentes, fazendo subir — por vezes até cifras astronómicas — o seu preço e desencorajando, se não impedindo completamente, a competição que um «mercado livre» determinaria se a oferta fosse legal (25). Uma tal actuação conduz, por um lado, à formação de *gangs* ou bandos delinquentes em larga escala, que tendem a alargar e a diversificar as suas operações criminosas (v. g. à venda de estupefacientes junta-se a organização do jogo ilícito, a mon-

(22) Sentido este evidente e quase tautológico, mas cuja consciência clara pode logo predispor ao reconhecimento dos benefícios da descriminalização. Cf. também MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3), p. 4.

(23) Cf. também J. VERIN «Une politique criminelle de non-intervention», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1974, p. 398 e ss.

(24) Sobre isto e o que se segue, de novo, MORRIS/HAWKINS (cit., n. 3), p. 5 e ss. Sobre o problema do «crime organizado», para além da posição muito especial (por muito céptica) de MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3), p. 202 e ss., pode ler-se D. BELL, «Crime as an American Way of Life», in WOLFGANG/JOHNSTON/SAVITZ (eds.), *The Sociology of Crime and Delinquency*, N. I., 2.ª ed., 1970, p. 165 e ss. e, em síntese, H.-J. KERNER, «Organisiertes Verbrechen», in KAISER/SACK/SHELLHOSS (cit. n. 9), p. 229 e ss.

(25) O ponto costuma ilustrar-se, exemplarmente, com o que sucedeu nos E.U.A. com a chamada «lei seca» (proibição de venda de bebidas alcoólicas); ou com o que sucede hoje, por toda a parte, com os estupefacientes.

tagem de uma rede de bordeis, etc.); e conduz, por outro lado, a que os altos preços praticados na venda dos bens e serviços ilícitos — dada a característica inelasticidade da sua procura — possuam um *efeito criminógeno secundário*, arrastando ao crime os compradores potenciais como forma de obterem dinheiro bastante para pagar aqueles preços. Ao que acresce ainda a circunstância de a incriminação de certas formas de comportamento — v. g. o homossexualismo, o fumo de marijuana, etc. —, às quais os seus autores não reconhecem danosidade social e, portanto, dignidade criminal, conduzir aqueles a formas mais ou menos larvadas de associação («associação de delinquentes», por consequência), com a respectiva formação de subculturas extensivas caracterizadas por uma atitude romântica de inconformismo e de rebelião contra a lei ⁽²⁶⁾.

Desta maneira bem se compreende que, nos domínios onde ela se revele possível, a descriminalização de condutas da ordem referida constitua o meio, por excelência, de quebrar o ciclo fechado que acabamos de descrever e que é hoje responsável, em quase toda a parte ⁽²⁷⁾, por muitas *carreiras delinquentes* ⁽²⁸⁾ e por uma quota-parte importante do aumento da delinquência total.

⁽²⁶⁾ Entre a extensíssima — quase inabarcável — literatura dedicada a este ponto pode ler-se a excelente síntese de S. WALLACE, «Routes to Skid Row», in *Deviance* (cit. n. 4), p. 256, sobre as formas através das quais as pessoas — sobretudo *jovens* — fazem a sua entrada em grupos («subculturas») desviantes; além, naturalmente, dos já clássicos CLOWARD/OHLIN, *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, N. I., 2.ª ed., 1966 e A. COHEN, *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, Chicago, 1955.

⁽²⁷⁾ Não será por acaso que, mesmo nos países comunistas, os problemas da oferta de bens e serviços ilícitos constituem uma das primeiras preocupações — ou mesmo a primeira preocupação — dos programas de luta contra a criminalidade; sobretudo, e uma vez mais (cf. n. anterior), quando ligados à delinquência juvenil. Cf. P. HOLLANDER, «A Converging Social Problem: Juvenile Delinquency in the Soviet Union and the United States», *The British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour*, 1968, pp. 148-166.

⁽²⁸⁾ Sobre esta noção, por exemplo, K.-D. OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, Munique, 1975, p. 166 e ss.; e, em pormenor, H. HAFER-KAMP, *Kriminelle Karriere. Handlungstheorie, Teilnehmende Beobachtung und Soziologie Krimineller Prozesse*, Hamburgo, 1975.

d) Um último e ponderoso argumento a favor do processo de descriminalização reside nos cada vez mais insuportáveis *custos sociais de funcionamento* do sistema criminal. Custos estes, de resto, como em geral se faz notar com razão ⁽²⁹⁾, que se repartem muito desigualmente pelos diferentes estratos da população e segundo critérios que em nada correspondem à distribuição efectiva da criminalidade.

Na verdade, a carga excessiva que muitos crimes de duvidosa danosidade social representam para as instâncias de controlo formais, em especial para as polícias, vai fazer com que elas dividam as suas forças e não possam concentrar-se no essencial da sua função: a prevenção, controlo e repressão da criminalidade violenta que, já o dissemos, constitui a causa principal do alarme e do medo dos cidadãos perante o fenómeno da delinquência. Também por aqui pois — pela necessidade de concentração de esforços das instâncias de controlo formais em direcção ao que deve constituir o alvo principal da sua actividade — se justificará a descriminalização das condutas de nula ou duvidosa danosidade social, descriminalização que assim se torna pressuposto da possibilidade de funcionamento eficiente do sistema criminal.

2. Com a exposição dos argumentos que podem dar base a um processo de descriminalização já se deixou entender, simultaneamente, os campos preferenciais e prioritários relativamente aos quais pode actuar. Por mais imprecisa que ela à primeira vista se revele, a distinção — feita com base na possibilidade de individualização de um bem jurídico e na consequente danosidade social dos comportamentos — entre condutas situadas no *cerne* tradicional do direito penal (e de que constituem exemplo-padrão os chamados «crimes violentos») e condutas situadas na sua *orla* vem a revelar-se essencial ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Cf. por todos «3.º Colóquio Interassociações» (cit. n. 9), p. 180.

⁽³⁰⁾ Assim HULSMAN, *apud* «3.º Colóquio Interassociações» (cit., n. 9), p. 180.

Quanto aos comportamentos situados no *cerne* tradicional do direito penal, deparamos com tentativas de descriminalização no âmbito dos *crimes contra o património*, seja em nome da sua pequena importância (v. g. pequenos furtos domésticos e nos locais de trabalho), seja em nome de uma certa co-responsabilidade das vítimas (v. g. furtos em supermercados e de automóveis, fraudes por meio de cartões de crédito). Verdade é porém que as experiências de descriminalização neste âmbito — experiências, sobretudo, de origem escandinava ⁽³¹⁾ — lograram obter pequeno êxito. O mais que se tem conseguido, nesta via de descriminalização (ou, *rectius*, de «despenalização» ⁽³²⁾), é tornar tais crimes, o mais possível, crimes de *acusação particular*, diminuindo assim por forma sensível o número de casos com que têm de ocupar-se a polícia e os tribunais. O que, de resto, bem se compreende se se atentar em que uma boa parte destas infracções — furtos em supermercados, em self-services, nos locais de trabalho — constituem hoje, um pouco por toda a parte, o domínio por excelência de actuação dos sistemas internos (privados) de sancionamento e se ligam, assim, à difícil problemática da *Betriebsjustiz* em sentido amplo ⁽³³⁾, que não é senão, sob uma certa perspectiva, uma particular via de incidência do processo de descriminalização.

É, pois, no âmbito dos comportamentos situados na *orla* — eminentemente histórica e mutável — do sistema penal que pode lograr maiores esperanças de êxito o processo de descriminalização. Vendo as coisas com algum pormenor — e tendo naturalmente ante os olhos o sistema penal português actual, embora sem nos apegarmos estritamente a ele, como convém ao con-

⁽³¹⁾ V. I. ANTILLA (cit., n. 9), p. 698 e «3.º Colóquio Interassociações» (cit. n. 9), p. 180.

⁽³²⁾ Cf. *supra*, n. 16.

⁽³³⁾ Sobre o ponto, entre nós, cf. Costa ANDRADE (cit., n. 4), p. 217 e ss., com indicações bibliográficas.

ceito criminológico de crime que neste estudo pressupomos ⁽³⁴⁾ —podemos esboçar a traços largos, o quadro seguinte:

a) A descriminalização pode assumir papel relevante, antes de mais, no âmbito dos chamados «crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas».

Assim se defende hoje, desde logo, que a *embriaguez em lugar público* — cuja prevenção e controlo acarreta em muitos países um considerável dispêndio de meios, de energias e de dinheiro, a todos os níveis das instâncias formais ⁽³⁵⁾ — deveria deixar de ser considerada crime, ou mesmo contração (como mais sabia e prudentemente a qualifica o nosso legislador, no artigo 185.º, § 3.º do Código Penal), para passar a ser, exclusivamente, objecto de prevenção e de medidas médicas e de assistência social não criminal.

Segundo uma opinião que reputamos digna da melhor consideração, mas que tem deparado com uma contestação muito mais lata e activa do que a respeitante à embriaguez, outro tanto deveria suceder com o simples *uso de estupefacientes*, limitando-se a intervenção da lei criminal neste domínio, praticamente, a assegurar o monopólio da venda de tais produtos por farmacêuticos, nas condições legalmente autorizadas. Relativamente às incidências criminais do problema, hoje tão candente, da *droga*, as condições justificativas da descriminalização, atrás apontadas sob c), parecem assumir especial validade. É preciso, sobretudo, que a lei criminal se guarde da tentação grave de tornar os meros consumidores de estupefacientes numa nova espécie de «mártires sociais», numa nova casta de «intocáveis» obrigados a viver em ghettos clandestinos, com a sua própria «cultura» adaptada ao estigma social de desviante. É preciso que a lei criminal se guarde deste erro e ceda decididamente

⁽³⁴⁾ Cf. supra n. 1.

⁽³⁵⁾ MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3) p. 6, informam que, nos E.U.A., uma em cada três prisões (cerca de dois milhões por ano) tem por fundamento a embriaguez em lugar público, estimando-se em 50 dólares o custo que cada uma destas prisões representa para as instâncias de controlo formais!

o passo a medidas terapêuticas, de assistência social e de recuperação que, só elas, podem estar em condições de dominar o problema em toda a sua justa medida ⁽³⁶⁾.

Ainda na mesma ordem de ideias, a intervenção do direito criminal no chamado *jogo e lotarias ilícitas* — a que se referem, entre nós, o artigo 263.º do Código Penal e o artigo 330.º do Projecto Eduardo Correia — deveria reduzir-se ao mínimo indispensável para assegurar a lisura dos processos utilizados e a inexistência de práticas fraudulentas. Tudo o resto — dependente, é claro, da posição da comunidade estadual perante o fenómeno do jogo — deveria ficar a cargo de meios de intervenção não criminais de política social.

Finalmente, condutas como a da *vadiagem* e a da *mendicidade* — que constituem hoje, entre nós, estados de marginalismo criminoso insuficientemente tipificados, mas aos quais se liga a possível aplicação de medidas de segurança (artigo 71.º,

⁽³⁶⁾ A lei portuguesa fundamental em matéria de estupefacientes é ainda o Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro. Trata-se de um diploma tecnicamente muito bem elaborado e que se mantém dentro de parâmetros político-criminalmente aceitáveis. Ele não pune — correctamente — o mero consumo de estupefacientes, mas unicamente o seu tráfico ou comércio ilegítimo, o consumo público em circunstâncias susceptíveis de incentivar ou difundir o seu uso, e o seu anúncio ou propaganda. Sendo assim, porém, é a própria lei — uma vez mais, correctamente — a pressupor que o problema dos estupefacientes ultrapassa de muito o âmbito da lei criminal, exigindo o seu controlo uma política social integrada. Neste campo, todavia, muito pouco foi ainda feito: criou-se, na Presidência do Conselho de Ministros, por um lado o *Centro de Estudos da Juventude*, ao qual competirá o estudo dos problemas ligados ao uso da droga, particularmente o do tratamento médico-social do toxicómano, da prevenção antidroga no campo da profilaxia da população em alto risco, bem como, em geral, dos problemas da juventude relacionados com o uso da droga; e, por outro lado, o *Centro de Investigação Judiciária da Droga*, ao qual competirá o estudo dos problemas ligados à actividade judiciária relacionada com a droga, bem como a prossecução das actividades de investigação, fiscalização e repressão criminal nesse domínio (Decreto-Lei n.º 745/75, de 31 de Dezembro, artigos 1.º e 2.º). Até hoje porém, ao que podemos saber, os centros referidos não entraram em funcionamento efectivo — inclusivamente por falta do necessário enquadramento legal. Acresce que, do nosso ponto de vista, a não integração de tais centros num organismo mais amplo, ao qual caiba a responsabilidade de estimular e coordenar toda a investigação no domínio criminológico — tomado no sentido amplo em que o vimos entendendo —, bem como a avaliação dos programas de prevenção, controlo e tratamento da delinquência, haverá sempre de furtar-lhes possibilidade de sucesso numa luta integrada contra a droga.

n.º 1 e 2, do Código Penal) — deviam ser por inteiro descriminalizadas e tratadas com meios não criminais de política social; ou ao menos — quando se entendesse ser a descriminalização total, ainda neste momento, inconveniente — deveriam constituir tipos de crime muito estritamente descritos, de modo a fazer coincidir o seu âmbito de aplicação com a lesão ou o perigo grave de lesão de um efectivo bem jurídico. Anote-se que neste último sentido se dirigiu o Projecto Eduardo Correia (artigo 332.º e s.), renovando aliás — embora, correctamente, com mais estrita tipificação — a solução que antes de 1954 se continha no artigo 256.º do nosso Código Penal.

b) Um outro domínio — porventura o domínio por excepção — de actuação do processo de descriminalização é o da *conduta sexual*. Importaria exigir aqui em máxima fundamental e sem excepções a *não-intervenção do direito criminal na conduta sexual de adultos, praticada em privado*.

Da máxima apontada resultaria logo como consequência, no nosso direito, que seriam descriminalizados — atente-se: dentro dos limites que a própria máxima se assinala — v. g. os chamados *vícios contra a natureza*, cuja habitualidade o artigo 71.º, n.º 4, do Código Penal considera passível da aplicação de medidas de segurança, bem como a *prostituição*, o *homossexualismo* e a própria *pornografia* ⁽³⁷⁾. E o mesmo poderia defender-se para condutas como as de *adultério*, *bigamia*, *incesto* e *estupro*. Para as duas primeiras seriam suficientes as sanções civis ⁽³⁸⁾ — sem prejuízo, naturalmente, no caso da bigamia, de aplicação de sanções criminais a qualquer infracção (v. g.

⁽³⁷⁾ Isto mesmo terá sido reconhecido, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 254/76, de 7 de Abril, que veio permitir, em certos termos e condições, a publicidade de instrumentos e objectos de conteúdo pornográfico ou obsceno. Nesta medida foram derogadas as incriminações contidas nos artigos 390.º (ultraje público ao pudor) e 420.º (ultraje à moral pública) do Código Penal, bem como no Decreto n.º 14 046, de 20-7-1927, que aprovara a «Convenção Internacional para a Repressão da Circulação e do Tráfico das Publicações Obscenas». V. agora também o Decreto-Lei n.º 653/76, os Decretos n.ºs 647/76 e 654/76 e a Portaria n.º 467/76, todos de 31 de Junho.

⁽³⁸⁾ Como o reconhece, quanto à primeira, o Projecto Eduardo Correia, onde se não contém a incriminação do adultério.

falsificação) eventualmente cometida. Para o incesto — uma zona de estigmatização particularmente intensa e de altíssimas cifras negras —, reconhece-se cada vez mais (como bem o entendeu desde sempre o nosso Código Penal) que os eventuais inconvenientes da descriminalização são bem menores que os da sua incriminação. Quanto ao estupro, a sua incriminação poderia com vantagem ser substituída pela punição de relações sexuais extra-matrimoniais com quaisquer menores do sexo feminino até um certo limite de idade (porventura até aos 16 anos).

c) Um problema específico que tem dado origem à mais acesa discussão é o da descriminalização do *aborto*. À luz do que atrás ficou dito já se compreende que, para uma tomada de posição no terreno jurídico-criminal, não deva ser atribuído papel decisivo a considerações de ordem puramente moral ou religiosa; e se assim for tornar-se-á difícil alinhar razões que se oponham à descriminalização da *interrupção da gravidez por indicação médica* (também chamada impropriamente *aborto terapêutico*), nas ordens jurídicas onde ela ainda se revele necessária ⁽³⁹⁾. Deverá porém levar-se mais longe a descriminalização, porventura até ao ponto de a estender a toda e qualquer interrupção da gravidez levada a cabo por um médico qualificado num hospital oficial?

Temos para nós não pertencer razão aos que negam que atrás do aborto se possa delinear um *bem jurídico* em sentido jurídico-penal: qualquer que seja, uma vez mais, a posição que se tome relativamente a saber o que seja o feto do ponto de

⁽³⁹⁾ Temos por exacto que o nosso direito actual não pune a interrupção da gravidez por indicação médica (§ 4.º do artigo 358.º do Código Penal), se bem que tenhamos algumas dúvidas em considerar — como Boaventura SANTOS, «L'Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais», separata do *BFDC* 43.º, 1967 — a interrupção como um *dever* para o médico. Sabe-se, porém, como o ponto está longe de ser pacífico, ainda recentemente tendo sido afirmado publicamente, em emissão da RTP, pelo Procurador-Geral da República, que a interrupção da gravidez por indicação médica é, à face da nossa lei actual, um crime. Seja qual for o ponto de vista que se sufrague, um esclarecimento *legislativo* do problema torna-se, entre nós, instantâneo.

vista físico e espiritual, não temos dúvida de que à *vida fetal* pertencem os atributos indispensáveis para a qualificar como bem jurídico penalmente relevante. É porém indiscutível, por outro lado, que a incriminação do aborto conduz à existência de um extensíssimo «campo escuro» da delinquência, agravado por um processo de selecção centrado exclusivamente nos estratos sociais mais desfavorecidos, para quem acarreta custos morais e materiais a que os outros estratos facilmente se subtraem. A solução a que se chegue em matéria de descriminalização do aborto deverá resultar da cuidadosa ponderação das realidades apontadas e que nos parecem dificilmente questionáveis. Mas, qualquer que seja essa solução, ela terá uma vez mais de ser integrada num amplo quadro de medidas de política social, tendentes sobretudo ao esclarecimento da população.

d) Um campo onde se torna cada dia mais instante discutir da oportunidade ou inoportunidade de um processo de descriminalização é o da *delinquência juvenil*, tomando-se esta numa acepção especial, que abrange todas as hipóteses de que curam, entre nós, os tribunais tutelares de menores. Aqui, todavia, o próprio sentido em que falamos de descriminalização é especial: ela significará não levar ao tribunal tutelar de menores — e não submeter, por conseguinte, a medidas jurisdicionalizadas — todas as condutas que não constituiriam crimes se fossem praticadas por adultos. Poderá este processo contribuir de algum modo para a prevenção e controlo do gravíssimo problema social da delinquência juvenil?

A primeira vista dir-se-á que esta proposta parece reverter a um estágio há muito ultrapassado pela evolução do tratamento legislativo da delinquência juvenil. Este tratamento correu, na verdade, no sentido de esbater, tanto substantiva como processualmente, os limites estritos que os princípios da legalidade e do acusatório põem ao direito e ao processo penal de adultos, para o tornar — assim se afirma correntemente — num direito de muito mais forte teor protectivo, educativo e

inquisitório ⁽⁴⁰⁾. E dir-se-á depois que, de todo o modo, mal se compreende qualquer tentativa de pôr em marcha um «processo de descriminalização» no campo da delinquência juvenil, quando é absolutamente certo ser este domínio, um pouco por toda a parte, um dos grandes responsáveis (se não, nalguns sítios, o *maior* responsável) pelo aumento espectacular do acréscimo de delinquência total!

Mas o problema está precisamente em saber se não é educativo, e *portanto* *criminógeno*, o abandono pelo direito criminal de menores de ideias como a do «nullum crimen sine lege» ou a do «acusatório», cuja justificação se encontra, como é por demais sabido, na necessidade de defesa e garantia dos direitos da pessoa, é dizer, dos direitos da personalidade humana. E se portanto, na parte em que o direito tutelar de menores excede os quadros do direito e do processo criminal de adultos, o caminho correcto, do ponto de vista da protecção e educação do menor, não estaria numa radical «descriminalização» ⁽⁴¹⁾ — no sentido acima apontado —, que atirasse tais condutas para os domínios exclusivos de actuação de medidas de assistência social não jurisdicionalizadas. Quais devam, em concreto, ser essas medidas de política e de assistência constitui o nó do problema, que aqui não pode ser desatado, mas só num estudo muito amplo e integrado que decididamente ultrapasse os estritos quadros jurídicos. Neste lugar quisemos expor apenas um princípio de justificação da ideia de que a «descriminalização» do âmbito da delinquência juvenil pode constituir, não uma medida que vai ao arrepio do progresso neste domínio, mas uma proposta progressiva e até revolucio-

⁽⁴⁰⁾ Foi esse o caminho trilhado entre nós pela — sem dúvida, na altura, fortemente progressiva e até, em muitos pontos, verdadeiramente inovadora — legislação de menores de 1911. Pode dizer-se que a reforma de 1962 nada trouxe de novo àquela legislação, quanto ao espírito fundamental que lhe preside, mas apenas agravou, do ponto de vista que a seguir se exprime em texto, alguns defeitos que àquele caminho hoje se podem apontar.

⁽⁴¹⁾ Navegam de algum modo nas águas em que o texto se move MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3), p. 146 e ss., se bem que as suas propostas integradoras da «descriminalização», neste âmbito, nos pareçam francamente insuficientes, face à magnitude do problema da delinquência juvenil.

nária, desde que completada por todo um programa integrado de medidas de política e de assistência social não jurisdicionizadas.

e) Um último âmbito onde hoje parece não restarem dúvidas — e, anote-se por ser interessante, tanto na ordem jurídica de países ditos capitalistas como na de países ditos socialistas ⁽⁴²⁾ — em preconizar o processo de descriminalização é o das *contravenções*. Descriminalizar significará aqui expurgar as contravenções do domínio do direito penal — com todas as consequências que isso implica, quer ao nível da caracterização do ilícito respectivo, quer ao nível da determinação das espécies de sanções que lhes devem caber, quer sobretudo, no que aqui nos interessa, ao nível do processamento das infracções —, para constituir com elas um autêntico «ilícito de mera ordenação social» ⁽⁴³⁾. Isto conduzirá, além do mais, a um sensível alívio das instâncias formais de controlo do crime em sentido próprio, nomeadamente dos tribunais, que passarão a só ter que ver com eventuais recursos que sejam levados das decisões das instâncias administrativas, às quais caberá em primeira linha a competência para aplicação das respectivas sanções.

3. O grau de necessidade e o significado de um programa de descriminalização deverão ser avaliados sobretudo, embora não somente, de um ponto de vista estatístico: um tal programa será tanto mais instante e terá tanto maior interesse quanto maior for a

⁽⁴²⁾ Cf. só, por exemplo, a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* da Alemanha Federal, de 1952, a *Verordnung über Ordnungswidrigkeiten* e a *Gesetz zur Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten* da Alemanha Democrática, de 1968, e a lei jugoslava de 1960 sobre os chamados *Delitos económicos espectais*.

⁽⁴³⁾ Profundamente sobre ele, entre nós, Eduardo CORREIA «Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social», separata do *BFDC*, XLIX, 1973. E já antes Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, I, Coimbra, Almedina, 1963, p. 28 e ss. e o nosso *O Problema da Consciência da Ilícitude* (cit., n. 8), p. 381 e ss.

percentagem da delinquência total que, por via dele, se consiga eliminar.

A situação da legislação criminal portuguesa, lida à luz do Código Penal na sua versão anterior a 1954, não poderia ser com justeza caracterizada como de patente sobrecriminalização. Com efeito, o nosso Código pode, neste aspecto, reivindicar-se de uma salutar tradição liberal que, inclusivamente, o defendeu da tentação — a que não souberam resistir muitos outros países, nos quais se não fez sentir tanto como em Portugal a influência de confissões religiosas sobre o Estado — de ceder a preocupações moralistas (no sentido, já aludido, de tutela jurídico-penal da moral ou de uma certa moral) ⁽⁴⁴⁾. Anote-se só, a título de exemplos frisantes, que condutas como o incesto, a prostituição ou os chamados «vícios contra a natureza» — o homossexualismo incluído —, não constituíam esferas de intervenção do direito penal; e outras condutas como a vadiagem, a mendicidade e a embriaguez só eram incriminadas dentro de limites muito estritos e perfeitamente definidos. A situação modificou-se, porém, com a criação, pela Reforma de 1954, dos chamados «estados de marginalismo criminoso» (artigo 71.º do Código Penal); e deteriorou-se, sobretudo, com a autêntica inflação penal — até hoje progressivamente crescente — operada por via da legislação penal extravagante e a que nos referimos já ao considerarmos o fenómeno da sobrecriminalização ⁽⁴⁵⁾.

A estatística dos condenados em Portugal nos anos de 1972 e 1974 mostra-nos ⁽⁴⁶⁾ que, em relação à criminalidade total, os crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas abrangem, respectivamente, 18% e 24,89%; os crimes da esfera sexual 4,1% e 5,09%; os estados de marginalismo criminoso 0,57% e 0,3%. Deparam-se-nos números absolutamente despidiendos — ou mesmo *nulos!* — no número total de condena-

⁽⁴⁴⁾ Assim já o nosso «A Reforma do Direito Penal Português» (cit., n. 7), p. 40.

⁽⁴⁵⁾ Cf. supra, sob II.

⁽⁴⁶⁾ Fonte dos dados em seguida referidos: Instituto Nacional de Estatística, *Estatísticas da Justiça* de 1972 e de 1974.

ções por aborto (7 em 1972 e outras tantas em 1974, quando a Secretaria de Estado da Saúde veio recentemente falar de 100.000 abortos provavelmente praticados *por ano* em Portugal!), adultério (2 e 0), lenocínio (1 e 3), rapto (0 em 1972), proxenetismo (3 em 1972) ⁽⁴⁷⁾ e crimes contra o estado civil das pessoas, nos quais se inclui a bigamia (10 e 3). Mas já o número total de condenações por contravenções *em julgamento* (17.911 e 22.645) excede de muito o número total de condenações por crimes (13.998 e 9.788) ⁽⁴⁸⁾. Nos tribunais tutelares de menores foram julgados 2.492 e 2.470 menores, dos quais 585 (23,47%) e 389 (15,74%) não eram acusados de qualquer infracção considerada pela lei como criminal.

Perante o panorama esboçado poder-se-ia ser tentado a pensar que um processo de descriminalização não se apresenta, entre nós, como particularmente instante. Mas do que ficou dito parece poderem retirar-se boas razões em sentido contrário. O actual aumento vertiginoso da criminalidade violenta; o nítido estado de ultrapassamento, por esse tipo de criminalidade, das instâncias de controlo formais e, em especial, da Polícia Judiciária; a necessidade social de correcção do processo de recrutamento ou de selecção, de que o caso referido do aborto é só o exemplo mais gritante e escandaloso: — tudo são razões a imporem, também entre nós, um programa de descriminalização integrado numa reforma global e de fundo da nossa legislação penal, tanto da codificada como da extravagante.

IV

Se de vários lados, pelas razões expostas, se advoga a realização de um processo de descriminalização, não é difícil des-

⁽⁴⁷⁾ A *Estatística da Justiça* de 1974 unifica na mesma rubrica os casos de proxenetismo e de rapto, dando para eles um total de 7 condenações.

⁽⁴⁸⁾ A diminuição do número total de condenações por crimes em 1974, relativamente a 1972 (cerca de 30%!), pode ter inúmeras explicações, a maior parte delas não difíceis de escogitar. Todos concordarão, porém, que ela não corresponde a qualquer diminuição do número da prática de crimes.

cortinar também a existência de um processo paralelo, se bem que menos extenso, de *criminalização*, ou, como melhor se dirá para dar imediatamente a perceber aquilo de que se trata, de *neocriminalização*.

A ideia central que pode servir de justificação a este processo de neocriminalização é — para usarmos uma fórmula plástica aproximativa — a de assegurar, também no âmbito do comportamento criminalizado, o princípio da *igualdade de oportunidades*. Com isto se quer, uma vez mais, apontar para a necessidade de corrigir o processo de recrutamento ou de selecção, impedindo a lei criminal de exercer o seu principal peso sobre o comportamento dos estratos sociais mais desfavorecidos e levando-a a incidir também sobre os comportamentos, com igual ou maior grau de desonestidade, dos estratos médios e superiores⁽⁴⁹⁾. Sendo esta a justificação do processo, ele tem directamente conduzido, no nosso tempo, a tendências de criminalização no âmbito do chamado «Whyte-collar Crime» — entendendo-se por tal todas as formas de delinquência cometida por pessoas de elevado estatuto sócio-económico, no domínio da sua profissão⁽⁵⁰⁾ — e, de uma maneira mais geral, do direito penal económico, bem como no domínio dos «crimes de perigo comum»⁽⁵¹⁾, com especial incidência e actualidade nos crimes ecológicos ou contra o ambiente.

Uma outra ideia justificativa do processo de neocriminalização deriva da actual necessidade de uma mais efectiva protecção da *liberdade individual* contra novas e mais sofisticadas formas de atentar contra ela. Um exemplo bem ilustrativo desta ideia reside na existência recente, nas mais variadas ordens ju-

(49) Cf. em geral, com interesse sobre este ponto, D. SZABO, «Ordre Sociale, Socialisation et Criminalité: Essay sur les Fondements de la Légitimité de la Protection de l'Ordre Public», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1974, p. 398 e ss.; e depois G. KAISER (cit., n. 9), p. 374 e I. ANTILLA (cit., n. 9), p. 699.

(50) Em pormenor sobre esta noção cf., entre nós, Costa ANDRADE, «A Criminalidade de 'Whyte-Collar'», in *Ciências Criminais* (cit.*), p. 67 e ss.

(51) V. uma pormenorizada incriminação deste âmbito no Projecto Eduardo Correia, artigos 301.º e ss.

rídicas, de leis incriminadoras das violações da intimidade privada ⁽⁵²⁾.

Finalmente, ainda num outro contexto, ligado aos chamados *crimes contra a humanidade* e a um certo tipo de *criminalidade internacional*, se inscreve a tendência de criminalização de condutas como as de discriminação racial, desvio de aeronaves, terrorismo internacional, constituição ou detenção de refens, etc.

V

Ficam deste modo apontadas, em síntese apertada, as considerações mais importantes que nos são sugeridas pelo tema relativo ao processo legal-social de criminalização e de discriminação. Resta retirar delas uma breve conclusão, que tenha ante os olhos as exigências de controlo da criminalidade que neste momento se fazem sentir em Portugal.

Não faltam vozes autorizadas que se opõem às actuais tendências de descriminalização: J. PINATEL, por exemplo, considera o processo de descriminalização como «sintoma de uma sociedade doente, que parte o termómetro para não ter de reconhecer a sua doença» ⁽⁵³⁾. E todavia, julgamos ter careado razões bastantes para mostrar que um tal processo se impõe, tanto de um ponto de vista dogmático como político-criminal: eie adequa-se à preservação da pureza das funções do direito penal, só ele permite a este cumprir exactamente a sua função, ao mesmo tempo que pode contribuir poderosamente para uma mais justa e racional «legalidade» do inevitável processo de recrutamento ou de selecção dos delinquentes, operado pelas instâncias de controlo. Quanto ao processo de neocriminalização, dentro dos limites expostos ele não poderá também deixar de aceitar-se, se bem que sem perder em momento algum de vista que deverá reduzir-se ao mínimo socialmente indispensável.

⁽⁵²⁾ Cf., entre nós, a Lei n.º 3/73, de 5 de Abril.

⁽⁵³⁾ Referido por G. KELLENS (cit., n. 19), p. 269.

Há porém um ponto no qual convergem imparavelmente as linhas de força subjacentes a todas as considerações anteriores e que, deste modo, representará porventura a mais importante — e também a mais óbvia — conclusão de tudo quanto ficou apontado: o da necessidade de os Governos e (ou) os Parlamentos constituírem comissões oficiais permanentes de reforma da lei criminal, que tomem nas mãos o comando dos programas de descriminalização e de neocriminalização e assegurem, deste modo, a constante adequação das incriminações e das reacções criminais às exigências sociais de cada momento ⁽⁵⁴⁾.

Em Portugal, e dada a premência de uma reforma global e de fundo de toda a legislação penal, que a adequa às transformações sociais, políticas e económicas sofridas pela nossa sociedade nos dois últimos anos, a exigência por último referida torna-se, se possível, de cumprimento ainda mais instante. Assim o compreendeu o VI Governo Provisório que, pelo Ministério da Justiça, nomeou em Maio uma Comissão encarregada do estudo das reformas a introduzir na legislação penal ⁽⁵⁵⁾. Por seu turno o I Governo Constitucional reconheceu claramente no seu programa a necessidade de reforma daquela legislação e a intenção de se servir, para o seu estudo como para o de outras reformas legislativas, de comissões especializadas ⁽⁵⁶⁾. O que, acrescente-se, será tanto mais necessário quanto é certo que a Assembleia da República — apesar de, nos termos do artigo 167.º, alínea e) da Constituição, deter competência *exclusiva* para legislar em matéria de definição dos crimes e das respectivas penas — rão julgou necessária a criação de nenhuma comissão permanente sua encarregada destas matérias,

⁽⁵⁴⁾ Neste ponto concordam, entre outros, MORRIS/HAWKINS (cit. n. 3), p. 25 e ss. e I. ANTILLA (cit., n. 9), p. 700.

⁽⁵⁵⁾ Essa Comissão, criada pelo então Ministro da Justiça Pinheiro Farinha, era constituída pelo Prof. Doutor Eduardo Correia, pelo Cons. António Miguel Caeiro e pelo signatário deste artigo. V. sobre ela a nossa entrevista à *Vida Mundial*, n.º 1894 (1-7-76), p. 3 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Cf. *Programa do Governo. Apresentação para Apreciação. Debate. Encerramento do Debate*, Lisboa, 1976, p. 51. Cf. *ibidem* os discursos do Ministro da Justiça Almeida Santos (p. 143) e do deputado Costa Andrade (p. 205 e s.).

ou sequer de uma comissão encarregada, em geral, das grandes reformas legislativas ⁽⁵⁷⁾.

A Comissão encarregada da reforma da legislação penal que venha a ser criada junto do Ministério da Justiça (e cujas funções não deverão, pelas razões expostas, esgotar-se na preparação de um novo Código Penal, antes sim acompanhar de forma permanente as necessidades sociais de reforma legislativa no âmbito relacionado com o controlo da delinquência), competirá pois uma pesada e complexa tarefa. A terminar desejariamos só salientar que o êxito de uma tal tarefa — se ela não quiser limitar-se a um trabalho de gabinete de modernização legislativa, mas almejar uma efectiva prevenção, controlo e repressão da delinquência — ficará em larga medida dependente da criação e real funcionamento de uma estrutura de apoio à investigação, constituída por um Instituto Nacional de Investigação Criminal, ou de Política Criminal, ou como quer que se entenda preferível designá-lo ⁽⁵⁸⁾; por um Instituto, isto é, que esteja carregado com a responsabilidade de estimular e coordenar, a nível nacional, todos os projectos de investigação, de desenvolvimento, de testagem e de avaliação no campo da delinquência e do seu controlo. Sob pena, de outra forma, de as reformas legislativas que venham a operar-se naquele domínio correrem o risco de — correspondendo, embora, ao estado mais actual da teoria e da dogmática jurídico-penal, e também aos estudos mais sérios, bem intencionados e esforçados dos seus autores — revelarem as mais profundas e inconvenientes dessincronias com a realidade social à qual desejam aplicar-se.

⁽⁵⁷⁾ Cf. o art. 46.º do Regimento da Assembleia da República. É claro que, nos termos do art. 48.º do mesmo Regimento, a Assembleia poderá sempre criar uma Comissão eventual para estudo ou apreciação de qualquer diploma legal a emanar.

⁽⁵⁸⁾ Seguindo uma indicação oficial do Ministério da Justiça, os órgãos de comunicação social chegaram a noticiar, no último mês de vida do Governo Provisório, a criação — por obra do então Secretário de Estado da Recuperação Social, Meneres Pimentel — de um Instituto Nacional de Política Criminal, cuja orientação parecia corresponder por inteiro à assinalada no texto. V. sobre ele o *Programa do Governo* (cit., n. 56), pp. 54 e 206.