

CRIME DE OFENSA À MEMÓRIA DE PESSOA  
FALECIDA — CRIME COMETIDO ATRAVÉS  
DA IMPRENSA — CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS  
MODIFICATIVAS AGRAVANTES (\*)

*Pelo Dr. Miguel Nuno Pedrosa Machado (\*\*)*

*CONSULTA*

Na sua edição de 9 de Setembro de 1988, a toda a extensão da página 26 e com chamada, em destaque, da 1.<sup>a</sup> página, o semanário «O Jornal» publicou um texto da autoria de M., médico neurocirurgião, intitulado «*M.: 'Só eu fui responsável pela operação de Salazar'*». Sob o pretexto, e o enquadramento, de relatar pormenorizadamente a sua intervenção, em Setembro de 1968, no auxílio médico ao antigo Presidente do Conselho de Ministros, M. faz uma apreciação directa de comportamentos que imputa ao Prof. Eduardo Coelho, antigo Professor da Faculdade de Medicina de Lisboa, falecido em 1974, e que fora, durante mais de 20 anos, médico assistente de Salazar; apreciação que se não restringe sequer ao período da intervenção médico-profissional de M., e antes se alarga quer à data da queda do paciente, que havia estado na origem da necessidade dessa inter-

---

(\*) Parecer elaborado em Outubro de 1990.

(\*\*) Da Faculdade de Direito da Universidade Católica e da Faculdade de Direito de Lisboa.

venção, quer às posteriores relações com a imprensa dos médicos que haviam acompanhado Salazar; e apreciação que resulta, não só em si mesma, mas também através da comparação, que o texto permanentemente estabelece, entre as virtudes da participação do seu autor e os defeitos ou vícios do comportamento e das atitudes do médico assistente de Salazar, claramente ofensiva para a memória do Prof. Eduardo Coelho.

Com base no que vai sumariamente descrito, em 9 de Janeiro de 1989 dá entrada na Directoria de Lisboa da Polícia Judiciária uma participação criminal contra M., subscrita pela viúva e pelos filhos do Prof. Eduardo Coelho, referindo a perpetração, pelo autor do texto citado, do crime de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelo art. 169.º do Código Penal, na forma qualificada do art. 167.º do mesmo diploma legal, além da violação, também por M., do art. 26.º da Constituição e do art. 71.º do Código Civil. Findo o competente inquérito, em 23 e em 26 de Outubro de 1989 dão entrada no Tribunal Criminal de Lisboa dois textos de acusação particular contra M., subscritos um pela viúva e por quatro dos filhos do Prof. Eduardo Coelho, e outro pelo Dr. Eduardo Macieira Coelho, médico, e que é outro dos filhos do Prof. Eduardo Coelho, ao que viria a acrescentar, de novo com subscrição conjunta do cônjuge sobrevivente e dos cinco filhos, o pedido de indemnização civil, deduzido nos termos dos arts. 71.º e seguintes do Código de Processo Penal e entrado no Tribunal Criminal de Lisboa a 30 de Outubro de 1989. Essa acusação particular viria a ser acompanhada pelo Ministério Público. Em 16 de Novembro de 1989, o arguido requereu a abertura da instrução, conclusa a qual, em 15 de Junho de 1990, o M.º Juiz de Instrução Criminal lavra um despacho de não-pronúncia, fundamentado na relação, em termos de complementaridade e de delimitação recíproca, entre preceitos constitucionais. Com data de 4 de Julho de 1990, é recebido no Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa o texto do recurso, e sua motivação, interposto pelos assistentes — viúva e filhos do Prof. Eduardo Coelho — para o Tribunal da Relação de Lisboa, no qual se pede a revogação do despacho de não-pronúncia e a sua substituição por um outro, que receba a acusação e determine o julgamento correspondente.

Tendo-nos sido presentes cópias dos principais elementos do que vai processado nestes autos — e entre os quais devemos destacar o artigo de imprensa que constitui o primeiro e fundamental elemento de prova, as acusações deduzidas, o despacho de não-pronúncia e o recurso já interposto e sua motivação —, é-nos pedido parecer sobre a correcção do douto despacho de cujos termos resulta não ter o M.<sup>o</sup> Juiz de Instrução Criminal entendido que os factos descritos deveriam ser objecto de apreciação e decisão final em julgamento.

## *PARECER*

### *Sumário:*

1. Definição e qualificação
  2. O crime cometido como crime de imprensa
  3. O crime cometido: ofensa à memória de pessoa falecida, art. 169.º do Código Penal
  4. Concurso de circunstâncias modificativas agravantes
  5. Aspectos da punição
- Conclusões

### *1. Definição e qualificação*

Dizer da incorrecção de um despacho de não-pronúncia é, neste caso, e porque pretendemos oferecer um texto claro e sintético, uma tarefa que deve saber realçar os dois aspectos a que, sendo essenciais na apreciação judicial da acusação, o mencionado despacho, salvo o devido respeito, não soube atender e não atendeu.

Em primeiro lugar, com efeito, e quanto à matéria de facto, a missão da pronúncia ou não-pronúncia não é, de modo algum, a de uma passiva recepção ou não recepção do objecto do processo que a acusação tivesse tratado de delimitar ou definir. Ao contrário: a sua missão é activa, e verdadeiramente constituinte dessa mesma delimitação ou definição. Ao Juiz a quem compete apreciar a acusação não é pedida uma mera chancela sobre o

trabalho delimitativo e definitivo do Ministério Público ou de acusadores particulares. É, em vez disso, esperado do Juiz que, na própria pronúncia ou não-pronúncia, e como seu necessário fundamento, *oficialize, precisando-a*, a definição do objecto do processo <sup>(1)</sup>. O aparente argumento estatístico de que é frequente assistir à pura e simples *remissão* — e nem sempre directa e expressa, mas muitas vezes, como é o caso dos autos, de modo genérico e tácito — da pronúncia para a acusação no que diz respeito à descrição dos factos recebidos para julgamento, não invalida nem tão pouco põe em causa a correcta interpretação do sistema: do que se trata sempre é de a pronúncia tornar ou não seus os factos descritos no libelo acusatório; que o faça directa ou indirectamente, é já uma mera questão de técnica e de estilo de redacção. Observação esta que é particularmente de notar quando o que está em causa, como aqui acontece, é não um *despacho de pronúncia* (isto é, que receba a acusação, mormente quando o faça em toda a extensão desta), mas antes um *despacho de não-pronúncia*, no qual, precisamente porque o Juiz tem obrigação de dar conta das razões da sua discordância em relação à acusação, a tarefa de delimitar ou definir o objecto do processo assume significado primordial. Porque, das duas uma: ou o Juiz considera insuficientes os factos descritos, devendo devolver o processo ao Ministério Público para que este providencie no sentido de se vir a conseguir reunir melhor prova; ou o Juiz

---

(1) *Vd.* CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Pronúncia*, «Colecção Scientia Iuridica»: Liv. Cruz — 1984 (sep. da Revista «Scientia Iuridica», tomo XXXIII, n.ºs 191-192), esp. págs. 11 e segs. e 21 e segs.; sobre a matéria subjacente, que é a da definição do objecto do processo — e que tem como passos necessários a acusação, o despacho de pronúncia e a decisão final, de importância e definitividade respectiva e sucessivamente crescentes —, *vd.*, por todos, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Ed. Danúbio, 1986, vol. 1.º, pág. 18, e vol. 2.º, *maxime* págs. 233 e segs., FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1.º vol. Coimbra: Coimbra Ed., reimp. 1981, págs. 144 e 166, CASTA-NHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: ed. policop., 1968, págs. 208 e segs., e a nossa própria síntese, ainda que visando directamente o anterior Código de Processo Penal, *Uma hipótese de aplicação da lei no tempo em matéria de crimes contra a economia e a saúde pública*, sep. da «Revista da Ordem dos Advogados» —1987, distrib. da A. A. F. D. L., págs. 2-4.

aceita essa descrição como suficiente para passar à valoração ou qualificação dos factos, qualificação essa que, nesse caso, deve resultar da crítica à própria valoração feita na acusação e da respectiva substituição por uma diferente, e melhor, apreciação. Ora, na espécie, o M.<sup>o</sup> Juiz de Instrução Criminal não considerou insuficientes os factos descritos: limitou-se a recebê-los, aceitando-os; o que, como é evidente, faz avançar este nosso raciocínio para a questão da qualificação.

Em segundo lugar, portanto, e desta feita atendendo já à «matéria de direito», é sabido (2) não estar o Juiz a quem caiba a pronúncia limitado ou enquadrado e submetido à qualificação feita ou proposta no libelo acusatório. Ao invés, tal qualificação ou valoração é da sua competência, não constituindo as sugestões avançadas pelas partes formais do processo (acusação e defesa) mais do que hipóteses interpretativas a que, entre outras, a sua soberania jurisdicional saberá dar o seu devido peso, aceitando-as ou criticando-as, aproveitando-as ou refutando-as. *Jura novit Curia* — o que é um direito, a exercer independentemente das qualificações propostas, mas também um dever, a cumprir através da apresentação de uma adequada fundamentação da decisão tomada. Ora, é neste segundo aspecto que, de modo claro, o douto despacho que nos é dado comentar, e sempre sem prejuízo do respeito pelas considerações que nele se expendem e pelo Ilustre Magistrado que o proferiu, claudica e erra.

Postas assim as coisas, são logo atingidos dois objectivos necessários para os efeitos deste escrito: por um lado, fica logo preliminarmente esclarecido que a questão que fundamenta o recurso já interposto é uma questão-de-direito ou de qualificação, o que faz com que se devam ter como suficientes, apenas devendo ser relembrados e sintetizados no que têm de essencial para o eventual preenchimento de uma incriminação penal, os factos descritos na acusação e recebidos pelo Tribunal de Instrução Criminal (3); por outro lado, parece ficar claramente expli-

---

(2) Cfr. os trabalhos referidos na nota anterior.

(3) Aspecto este que, se se estivesse perante um recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, acarretaria ainda uma segunda consequência: a do indubitável

cado que os primeiros pontos deste nosso estudo sejam, e tenham que ser, a indicação definitiva dos factos relevantes e a detecção da insuficiência ou inadequação da qualificação para eles proposta ou esboçada pelo despacho recorrido.

Quanto ao primeiro ponto, o que é necessário realizar é a leitura integral do artigo de M., publicado na edição de «O Jornal» de 9 de Setembro de 1988, sob o título «M.: 'Só eu fui responsável pela operação de Salazar'», e a saliência do que aí se diz de ofensivo em relação à memória do Prof. Eduardo Coelho; são, como se verifica, pelo menos em número de seis as ofensas perpetradas pelo arguido, M., à memória do primeiro catedrático de Cardiologia da Faculdade de Medicina de Lisboa; a este Professor, o arguido M. chama:

- a) *Mentiroso* [1.<sup>a</sup> coluna, 3.<sup>o</sup> §: «não se tratava de qual-quer urgência (...) era um doente que estava até muito bem» — quando afinal «a situação era gravíssima», últ. linha da 1.<sup>a</sup> col.] [últ. col., últ. §§: a história da entrevista ao «Primeiro de Janeiro», de 17/12/68]
- b) *Incompetente* [é todo o «tom» do artigo, mas com destaque em passagens como: 4.<sup>a</sup> col., 5.<sup>o</sup> §: «Não tenho culpa que o sr. prof. Eduardo Coelho tenha chegado à idade a que chegou sem compreender que...»; 5.<sup>a</sup> col., 3.<sup>o</sup> §: «O diagnóstico estava, porém, certo» — omitindo quem é que o tinha feito]
- c) *Aproveitador de benesses e, portanto, desonesto* [5.<sup>a</sup> col., 5.<sup>o</sup> §]
- d) *Responsável por um hipotético homicídio negligente* [2 últ. §§ da 5.<sup>a</sup> col. e 1.<sup>o</sup> § da 6.<sup>a</sup> col., além, também aqui, do teor geral do artigo — a questão da perda de

---

cabimento da questão no âmbito dos poderes de cognição do Tribunal *ad quem*. Mas, quanto aos Tribunais da Relação, nem mesmo este problema se coloca: cf. art. 428.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do novo Código de Processo Penal e tb. as indicações constantes do nosso *O princípio 'in dubio pro reo' e o novo Código de Processo Penal*, sep. da «Revista da Ordem dos Advogados» — 1989, págs. 7-10 (*in R. O. A.*, 1989-II, págs. 589-592).

tempo em demasia entre a queda do paciente e a intervenção cirúrgica]

- e) *Incumpridor dos seus deveres de médico assistente* [que é ao que conduzem os insultos já apontados, designadamente pelo seu respectivo confronto com as disposições do Código Deontológico da Ordem dos Médicos]
- f) *Brigão* ou *rixoso* [6.ª col., 2.º §].

Mais: se o pretexto para esta série de insultos à memória de pessoa falecida em 1974 era o de um oferecimento de uma versão de factos ocorridos em Setembro de 1968 diferente da dos assistentes neste processo, qual a necessidade das referências manifestamente injuriosas nesta lista sumariadas sob as alíneas c) e f)?

O segundo ponto, claro está, é o da qualificação jurídica destes factos. Qualificação que aqui não pode ser analisada em toda a sua extensão: quer porque isso nos faria entrar em áreas não decisivas para a pronúncia do arguido — como a violação do art. 71.º do *Código Civil* —, quer porque o conhecimento de algumas dentre as infracções perpetradas não é da competência geral dos tribunais criminais — como acontece com a «competência exclusiva» ou especializada da Ordem dos Médicos para conhecer da responsabilidade disciplinar dos Médicos (cf. arts. 5.º e 139.º e, para uma ideia das infracções disciplinares que os factos parecem indiciar, arts. 12.º, 14.º, 29.º, 33.º, 67.º e segs. e 105.º e segs., todos do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, publ. p. e. na «Revista da Ordem dos Médicos», n.º 3/85 (4)).

A qualificação que era pedido ao M.º Juiz de Instrução Criminal que considerasse era a qualificação jurídico-penal, isto é, a valoração ou juízo que dissesse do preenchimento de um dos tipos legais de crime previstos na parte especial do Código Penal

---

(4) Para a legislação precedente, e portanto para o conhecimento da evolução legislativa entretanto operada, *vd.* J. ALCIDES DE ALMEIDA / F. J. DE MIRANDA DUARTE, *Legislação Médica Anotada*, vol. I — *Exercício da Medicina*, Lisboa: Eds. Ática, 1973.

ou em legislação penal especial, sem a verificação de causas de justificação ou de exculpação e de causas que evitassem a punibilidade ou a procedibilidade. Ora bem: esse juízo não foi feito no despacho recorrido, e é aqui que reside o seu grande defeito de base, ao ponto de inviabilizar a sua discussão crítica em termos que não sejam os do puro e simples pedido da sua revogação.

Entre o plano das normas constitucionais, nomeadamente aquelas que tenham por função definir os direitos, liberdades e garantias, e o da ordenação jurídica da vida social, existe, ou pode existir, legislação ordinária que, desde que não brigue com os preceitos fundamentais, visa antes operar a sua concretização e permitir a sua realização. Que, do ponto de vista teórico, muitos desses preceitos ou normas ou princípios fundamentais entrem em colisão ou possam estar em situação de aparente conflito, que importe dirimir por harmonização, para tentar extrair o maior sentido possível de cada um deles <sup>(5)</sup>, é uma implicação ou consequência evidente da própria multiplicidade desses princípios. Mas o que o Juiz não deve, e não pode, sob prejuízo de estar a reivindicar para si funções que já não são as suas (por isso que estas são, e muito nobremente, as de *jurisdição*, isto é, de dizer o Direito), e antes se identificam com as da *legislação* ou feitura das leis, é entender que é sempre a ele que cabe a missão dessa harmonização de normas constitucionais e de princípios fundamentais. Não, nada disso: essa tarefa só lhe é pedida após a detecção de uma lacuna, na lei ou no sistema. Quando a lei existe, e quando visa justamente dar concretização aos preceitos constitucionais que consagrem e promovam os direitos e deveres fundamentais — e é precisamente isso que sucede com a legislação penal e processual-penal <sup>(6)</sup> —, então a primeira

---

<sup>(5)</sup> *Vd.*, por todos, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1983, págs. 213 e segs..

<sup>(6)</sup> *Cf.*, entre tantas, as seguintes referências extraídas da obra de FIGUEIREDO DIAS: em *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro*, na «Revista da Ordem dos Advogados», 1983-1, *vd.* págs. 15-18 e *passim*; em *Sobre o papel do Direito Penal na protecção do ambiente*, na «Revista de Direito e Economia», Ano IV, N.º 1, Jan./Jun. 1978, *vd. max.* págs. 10-11; sem esquecer, naturalmente, a divulgação, que entre nós lhe é devida, da expressão de HENKEL de que o Direito processual penal é verdadeiro Direito constitucional aplicado: no seu já cit. *Direito Processual Penal*, *vd.* págs. 74 e segs..

missão do julgador é procurar a melhor interpretação e aplicação dessa lei.

E como se acha a lei aplicável? — Evidentemente, em primeiro lugar, em obediência estrita ao princípio da especialidade. O que é dizer: tem o intérprete a obrigação de ir descobrindo a legislação que mais perto do facto se encontre. E, depois, por integrações sucessivas, balizadas por princípios como, horizontalmente, os da subsidiariedade (que é muitas vezes explícita, isto é, resultante de uma remissão directa da lei especial para uma lei de âmbito mais genérico, como sucede entre muita legislação penal extravagante e o Código Penal), e, verticalmente, os da legalidade e constitucionalidade, ir completando, e porventura corrigindo e delimitando, a qualificação jurídica. Que não se confunda, e que muito menos um Juiz o faça, a qualificação, necessariamente subordinada ao método indutivo, vencidos que estão os tempos do formalismo positivista e do conceptualismo abstracto, com a construção dogmática, essa sim, embora criticavelmente, muitas vezes a ceder à maior facilidade teórica da dedução.

Todo este defeito ou esta falta grave do despacho recorrido pode beneficiar de uma «circunstância atenuante»: entre nós, designadamente no momento que passa, a missão do julgador, em matéria penal, é grandemente dificultada pela ausência de uma sistematização juscientífica ou de um apoio dogmático ou doutrinário no que diz respeito ao domínio, ao conhecimento e ao manuseamento da Parte Especial do Direito Penal português e, mais ainda, mas em sequência directa, da sua relação com os ramos especiais de Direito Penal que a legislação tem continuamente vindo a autonomizar (7).

O certo é que, relativamente a este caso, a lei aplicável nem é difícil de encontrar: em primeiro lugar, a tratar-se de um crime, trata-se de um crime cometido através da imprensa, o que logo vem submeter os factos descritos a uma legislação especial — em

---

(7) Sobre o ponto, *vd.*, entre várias, as nossas observações em *A propósito da revisão do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (Infracções Anti-Económicas)*, na «Revista de Direito e de Estudos Sociais», Ano XXIX, II, 2.ª Série, N.º 4, 1987, págs. 539 e segs..

princípio, pois, a do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 181/76, de 9 de Março, e 377/88, de 24 de Outubro (*Lei de Imprensa*), cujo art. 25.º, n.º 1, importa recordar: «Consideram-se crimes de abuso de liberdade de imprensa os actos ou comportamentos lesivos de interesse jurídico penalmente protegido que se consomem pela publicação de textos ou imagens através da imprensa».

O segundo passo é, na espécie *sub judice*, dado por uma relação clara de subsidiariedade explícita: trata-se do n.º 2 do citado art. 25.º. Disposição esta que, de forma nítida, reenvia a obtenção da qualificação pretendida para o âmbito, nuclear ou «comum», do Código Penal. A dúvida a responder passa a ser, neste momento, a seguinte: há alguma norma incriminadora contida na Parte Especial do Código Penal cujos pressupostos e elementos sejam integralmente preenchidos pelos factos descritos?

Na aplicação das normas que sejam portadoras da qualificação que é aqui objecto de análise, e antes mesmo de se chegar — mas para se poder chegar — a uma medida judicial de pena (isto é, à pena concreta, por oposição à pena abstracta; à *pena*, por oposição à *penalidade*; à determinação da pena, *ex cláusula geral* do art. 72.º do Código Penal, por oposição à «moldura penal»), é necessário estabelecer a própria medida legal de pena, conhecendo e precisando os seus limites mínimo e máximo. *Quid juris* se para tal se afigurar necessário contar com a incidência de agravações legais, mormente sob a forma de concurso de circunstâncias qualificativas?

Por último, a pretexto da sua desnecessidade ou irrelevância para o efeito da revogação do despacho recorrido e da sua substituição por um outro que pronuncie o arguido pelos factos descritos e possibilite o seu julgamento, não podemos deixar, realisticamente, de atender a um preconceito porventura enraizado em alguma jurisprudência penal portuguesa: a ideia — meramente empírica e, portanto, não filtrada por critérios de racionalidade argumentativa ou decisória — de que se deveria evitar punir as pessoas que não fossem já cadastradas quando não estejam em causa crimes dos mais graves, por isso que a pena constituiria sempre uma sanção demasiado pesada e violenta. Ideia que, além de representar a pior interpretação possível do princípio da inter-

venção mínima do Direito Penal, vem a traduzir-se numa violação do princípio da igualdade e desconhece, em absoluto, o vasto leque de possibilidades aberto pelo sistema penal no que diz respeito à substituição das penas privativas da liberdade, precisamente quando os crimes a punir não estejam entre os que o sistema considere mais graves.

Os pontos indicados, está bem de ver, são a explicação do sumário aqui proposto. Sumário cujo cumprimento terminará com as conclusões em que sistematizaremos a nossa resposta ao pedido que nos foi feito.

## 2. *O crime cometido como crime de imprensa*

Os factos já definidos foram perpetrados através da imprensa. Nos termos da já mencionada *Lei de Imprensa*, isso é o bastante para que a qualificação jurídico-criminal deste caso se inicie, e se deva iniciar, pelo ramo especial de Direito Penal que é o Direito penal da imprensa; objectivamente, é isso que resulta do seu já transcrito art. 25.º, n.º 1; e subjectivamente, vale para o efeito a 1.ª parte da alínea *a*) do n.º 2 do art. 26.º do mesmo diploma legal.

Se dúvidas houvesse, em termos de restrição qualificativa — na necessária relação de integração subsidiária que o corpo do n.º 2 do art. 25.º obriga a fazer com as disposições pertinentes do Código Penal, designadamente aquelas que definem os denominados *crimes contra a honra* (arts. 164.º e segs., V dos Capítulos que a Parte Especial do Código Penal agrupa sob o título comum dos *crimes contra as pessoas*) —, e dúvidas que teriam como única hipótese de fundamentação a enumeração formal do art. 27.º da Lei de Imprensa, essas dúvidas devem considerar-se como preliminarmente afastadas, na justa medida em que este art. 27.º não deve, e não pode, ser interpretado como uma norma de qualificação: a contraprova está o facto muito simples de o legislador ter considerado necessário adaptar a Lei de Imprensa ao novo Código de Processo Penal (e daí, expressa e precisamente, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 377/88, de 24 de Outubro, no Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro), e não

o ter feito em relação ao novo Código Penal, em vigor já desde 1 de Janeiro de 1983 — o que significa, muito claramente, não ter, não poder ter, a lista de números de artigos contida no n.º 1 desse art. 27.º, qualquer função qualificativa, por isso que os preceitos em causa já nem em vigor se encontram; e ainda mais: é prova positiva do que se acaba de afirmar o próprio elemento gramatical e literal da disposição que ora interpretamos — aí se fala, exclusivamente, em momento da consumação (n.º 1) e em agravação legal (n.º 2), o que vem a torná-la uma disposição adjuvante e complementar relativamente ao art. 3.º do Código Penal (no 1.º caso) e à aplicação conjugada de, entre outros, os arts. 164.º, 165.º e 168.º também do Código Penal (no 2.º caso), mas nunca uma disposição qualificativa. Não o pode ser uma norma que se limita a pressupor essa qualificação.

Lugar, pois, para que seja desta qualificação, em sentido próprio, que nos devemos ocupar. Primeiro preceito, ou primeiro conjunto de preceitos, decisivo para esse efeito no âmbito da Lei de Imprensa é o n.º 2 do seu art. 26.º:

«Aos referidos crimes é aplicável a legislação penal comum, com as seguintes especialidades:

- a) Se o agente do crime não houver sofrido anteriormente condenação alguma por crime de imprensa, a pena de prisão poderá ser, em qualquer caso, substituída por multa não inferior a 50 000\$;
- b) O tribunal aplicará a penalidade prevista na disposição incriminadora, agravada em medida não inferior a um terço do seu limite máximo, quando se trate de pena variável, ou simplesmente agravada, nos outros casos».

A *legislação penal comum*, que é, do ponto de vista substantivo, a que está coligida no *Código Penal* (vd. neste, aliás, o seu art. 8.º), contém uma norma incriminadora que especialmente se adequa a este caso: art. 169.º, *ofensa à memória de pessoa falecida*.

O facto, a que adiante nos referiremos, de esta norma incriminadora não prever sequer o afastamento da sua aplicação através da prova da verdade dos factos imputados, poderia dar origem

a uma nova dificuldade interpretativa, no confronto, que a especialidade dada pela perpetração deste crime através da imprensa exige, com um outro conjunto de preceitos da Lei de Imprensa: está desta feita em causa o seu art. 28.º. E a dúvida é a seguinte: poderá essa relação de especialidade conduzir a que o crime de ofensa à memória de pessoa falecida, quando cometido através da imprensa, e ao contrário do que se passa com o seu regime genérico, possa ou deva ceder perante uma *exceptio veritatis*?

Dúvida de resposta muito simples: não. E não porque a mais curial interpretação dos primeiros números desse art. 28.º (8) é a seguinte: nos seus n.ºs 1 e 2, é aberta, e delimitada, a possibilidade da prova da verdade no que concerne, respectivamente, à *difamação* (art. 164.º do Código Penal) e às *injúrias* (art. 165.º do Código Penal) (9); no n.º 3, surge não só o regime dessa prova ou dos seus resultados, mas também, no início, através da utilização do termo «ofensa», uma norma residual, que expressamente não abrange casos como o do art. 169.º do Código Penal (porque se trata de casos em que *não é admitida* essa prova). Confirma esse afastamento deste crime do âmbito daqueles relativamente aos quais é possível a *exceptio veritatis* a revogação, pelo Decreto-Lei n.º 377/88, de 24 de Outubro, do art. 43.º da Lei de Imprensa.

Duas notas importa reter, uma já de carácter conclusivo, e uma outra de teor extensivo, a demonstrar e a salientar a evidência da relevância jurídico-criminal dos factos que constituem objecto deste

---

(8) Apenas necessária, claro está, se se não entender que tais disposições estão revogadas ou «postergadas» pelo Código Penal: não é o que se passa com M. O. LEAL-HENRIQUES / M. J. C. SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982 — Referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, vol. 2, Lisboa: Rei dos Livros, 1986, pág. 208, que fundamentam a sua opinião no facto de «o regime de prova da verdade dos factos» estar «hoje definido no Código Penal»; mas é uma opinião que parece esquecer a relação de especialidade a que no texto se alude.

(9) Preceitos esses (os dos n.ºs 1 e 2 do art. 28.º da Lei de Imprensa), ainda para mais, a deverem ser interpretados mitigada ou restritivamente: cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português*, na «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Ano 115.º, 1982-1983 (págs. 100 e segs.), págs. 135 e 136 e 171 a 173.

processo: a primeira é a de que, com todo o exposto, não deve haver dúvidas de que a Lei de Imprensa se refere também à perpetração do crime de ofensa à memória de pessoa falecida — é apenas como reforço dessa conclusão lógica que se poderá ainda invocar o seu art. 16.º, n.º 2<sup>(10)</sup>; a segunda nota redundante numa chamada de atenção: devidamente qualificado o crime como o crime de imprensa que é, passa a valer para ele também o n.º 9 do citado art. 28.º — em complemento e concretização da regra geral do art. 13.º do Código Penal (a necessidade da previsão expressa da negligência para que esta forma de culpa seja relevante) e ao invés do que passa, neste mesmo Código, com os *crimes contra a honra*, em que só o *dolo* (e justamente porque falta disposição expressa em sentido inverso) é relevante para efeitos de incriminação, nos crimes de imprensa que atentem contra a honra de alguém deve colocar-se logo o problema da relevância da própria, e mera, *negligência* <sup>(11)</sup>.

Da primeira conclusão resulta, para o que aqui nos interessa, a obtenção, para já, de uma agravação legal, operada pela incidência do art. 25.º, n.º 2, alínea b), da Lei de Imprensa sobre a penalidade ou medida legal de pena indicada no art. 169.º do Código Penal, como preceito secundário desta norma incriminadora. O que é dizer: o limite máximo dessa penalidade, pelo facto de estarmos perante um crime cometido através da imprensa, começa logo por não ser de apenas 6 meses de prisão e multa até 50 dias, mas sim de 8 meses de prisão e multa até um número superior a 66 dias.

---

<sup>(10)</sup> Disposição à qual faz referência M. A. LOPES ROCHA, *Sobre o direito de resposta na legislação portuguesa de imprensa (Algumas questões)*, sep. do «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa-1985, págs. 19-21, propondo inclusivamente para ela uma interpretação extensiva ou mesmo um alargamento por analogia.

<sup>(11)</sup> Referências sobre a discussão da questão são J. FARIA COSTA, *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no Direito penal português*, Coimbra: sep. dos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro», 1981, págs. 37-38, e M. A. LOPES ROCHA, *Sobre o modelo da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa. Alguns problemas*, Coimbra: sep. dos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», 1988, págs. 54-56.

Da segunda observação resulta, ou pode resultar, a própria extensão da incriminabilidade penal dos factos descritos e que são objecto deste processo, por isso que, tendo eles sido perpetrados através da imprensa, até a remota ausência do dolo poderia não se afigurar suficiente para evitar a incriminação e a punição do arguido.

3. *O crime cometido: ofensa à memória de pessoa falecida, art. 169.º do Código Penal*

Eis o que dispõe o art. 169.º do Código Penal:

«1. Quem ofender a memória de pessoa falecida, difamando-a, será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

«2. Nenhuma pena, porém, será imposta se decorrerem mais de 50 anos depois da morte da pessoa difamada.

«3. Têm legitimidade para exercer o direito de queixa por este crime os ascendentes, descendentes e o cônjuge não separado judicialmente».

Fonte material imediata deste artigo foi o art. 181.º do *Projecto da Parte Especial do Código Penal* apresentado em 1965 pelo Prof. Eduardo Correia. Dos respectivos trabalhos preparatórios, à semelhança do que infelizmente se passou com a quase totalidade dos articulados propostos em 1963 e em 1965, respectivamente para a Parte Geral e para a Parte Especial<sup>(12)</sup>, pelo eminente Professor de Coimbra, apenas nos chegou notícia documentada já da fase da sua própria discussão, por uma Comissão Revisora. A excessiva parcimónia dessa discussão, se se havia revelado já no que concerne à apreciação de muitas das disposições da Parte Geral, acentuou-se, contra aquilo que seriam, e são, as

---

(12) Uma tentativa de sistematização do que está publicado a este respeito fizemo-la no nosso *Caderno de apoio às aulas práticas de Direito Penal*, Lisboa: Univ. Cat. Port., 1988, págs. 52 e segs..

exigências e as necessidades da praxe, no que disse respeito à preparação da Parte Especial — o que não deixa de ser, simultaneamente, causa e sintoma da já atrás apontada lacuna grave que, para o estudo, o conhecimento e o domínio científicos e para a aplicação rigorosa e segura do nosso Direito Penal, constitui a falta de elementos doutrinários de apoio à sistematização e à interpretação da sua Parte Especial. Mas as coisas foram mesmo assim: entre 7 de Março e 25 de Junho de 1966, e, ao invés do que sucedera com a discussão da Parte Geral (em que se conseguiu uma representatividade mais alargada), circunscrita à zona coimbrã, reuniu-se uma Comissão Revisora para apreciar o Projecto da Parte Especial que o Prof. Eduardo Correia havia apresentado; outras comissões e apreciações terá havido, entre 1966 e 1982, data da publicação do novo Código Penal; todavia, só a primeira divulgou as Actas das suas reuniões<sup>(13)</sup>, e é esse o seu grande mérito, que obriga mesmo a pôr de lado a observação crítica da sua já referida parcimónia.

Estes pontos, de carácter histórico, são importantes e desde logo por duas razões: em primeiro lugar, permitem-nos chamar a atenção para a existência de modificações à redacção ou à própria estrutura de algumas disposições, e modificações que, tendo ocorrido durante o longo período que medeou entre o encerramento dos trabalhos da 1.<sup>a</sup> Comissão e a publicação do novo Código, não se encontram documentadas e às quais, portanto, não é dada uma explicação directa ou uma justificação explícita; em segundo lugar, são também estas observações de tipo histórico que justificam o procedimento analítico que já de seguida adoptaremos: a mesma razão da parcimónia da apreciação feita, em 1966, ao art. 181.<sup>o</sup> do Projecto do Prof. Eduardo Correia, leva a que seja nossa obrigação destacar aquilo que então se disse,

---

(13) Muito recentemente, é de assinalar, e enaltecer, a divulgação, que é contraponto da falta, a que o texto se refere, de trabalhos preparatórios, dos apontamentos pessoais do Cons. MAIA GONÇALVES, *A última revisão no Projecto de Código Penal*, nos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», vol. III, Coimbra-1984 (mas de 1990), págs. 93 e segs., divulgação, para já, restrita à Parte Geral, mas a consignar a promessa de futura divulgação relativa à Parte Especial (pág. 98).

e que de algum modo possa hoje auxiliar a compreensão e a interpretação do art. 169.º do Código Penal.

É, pois, às *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial* <sup>(14)</sup> que nos dirigimos e é aí que colhemos, umas de forma explícita e outra de forma implícita (a remeter para o relacionamento com a discussão de outros preceitos do Projecto que está na origem do novo Código Penal), três observações com base nas quais se poderá, com a segurança devida em assuntos desta natureza, sistematizar a interpretação do actual art. 169.º do Código Penal português, com vista à compreensão da sua clara, e completa, aplicação a este caso <sup>(15)</sup>:

- a) Em primeiro lugar, o Autor do Projecto, Prof. Eduardo Correia, «dispensou-se de considerações prévias» no que respeita à explicação doutrinal, à afirmação da necessidade político-criminal e à descrição de eventuais problemas jurisprudenciais de interpretação, «atendendo à correspondência deste artigo à nossa *tradição legislativa*» (citando para o efeito de justificar essa correspondência o art. 417.º do Código Penal então vigente, isto é, do Código Penal de 1886).
- b) Em segundo lugar, coube ao Prof. Figueiredo Dias (que ao tempo intervinha na Comissão na qualidade de Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra) a qualifica-

---

<sup>(14)</sup> *Actas* que estão publicadas como separata do «Boletim do Ministério da Justiça», 1979, em volume que viria a ser reimpresso por iniciativa da A. A. F. D. L., s.i.d.; as referências ora feitas em texto reportam-se às págs. 98 e 99.

<sup>(15)</sup> Partilhámos deste modo a ideia, que tem entre nós na obra do Prof. CASTANHEIRA NEVES a sua principal defesa e divulgação, de que o processo de interpretação-aplicação não é formalmente cindível, como se possível fosse, adoptando rigidamente os critérios positivistas tradicionais e ainda com tantos resquícios na literatura jurídica portuguesa, interpretar (histórica, gramatical, sistemática ou teleologicamente) uma lei se não for para a sua aplicação a um caso concreto, ou aplicar (declarativa, restritiva ou extensivamente) uma lei que não constitua já o produto de uma dada interpretação. Cfr., entre vários, os seus estudos *Interpretação jurídica*, in «Polis»-Enc. Verbo da Sociedade e do Estado, vol. 3, 1985, cols. 651 e segs., e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, em curso de publicação na «Revista de Legislação e de Jurisprudência».

ção ou consideração deste tipo de crime como *tipo autónomo* em relação ao crime de difamação.

- c) Em terceiro lugar, foi referida de modo expresso a questão da admissibilidade da prova da verdade das imputações feitas por meio deste crime, questão à qual a Comissão deu uma resposta claramente negativa, votando unanimemente a favor da explicação dada pelo Prof. Eduardo Correia, e que este jurista sintetizou no brocardo latino *mors omnia solvit*.

Do ponto de vista histórico-descritivo ou de relato documental, apenas falta acrescentar que, em termos de votação final e global do artigo proposto, somente no n.º 2 desse art. 181.º do Projecto veio a ser introduzida uma redacção que procurasse exprimir porventura com maior correcção técnica a legitimidade processual cuja definição é exigida pelo carácter não-público do crime em causa. De resto, e quanto ao fundo dos problemas postos e a que este preceito visa dar solução, não houve discussão e a aprovação foi unânime. Chegou-se, assim, à formulação do seguinte futuro artigo para o Código Penal então em preparação <sup>(16)</sup>:

«Artigo 181.º

«(Ofensa à memória de pessoa falecida)

«1. Quem ofender a memória de pessoa falecida, difamando-a, será punido com prisão até seis meses e multa até cinquenta dias.

«2. Têm legitimidade para participar e acusar por este crime os ascendentes, descendentes ou o cônjuge sobrevivente.

«3. Nenhuma pena, porém, será imposta, se decorreram mais de trinta anos depois da morte da pessoa difamada».

---

<sup>(16)</sup> Reportamo-nos agora, como é natural (porque se trata precisamente da edição do Projecto que veio a merecer publicação autónoma, e que foi apenas a edição revista após os trabalhos da Comissão), a EDUARDO CORREIA, *Código Penal, Projecto da Parte Especial*, sep. do «Boletim do Ministério da Justiça» (n.º 157), 1966, pág. 26.

O confronto, interpretativamente necessário, entre esta proposta de 1966 e o texto do que hoje é o art. 169.º do Código Penal de 1982, revela que, entre essas duas datas, apenas foram introduzidas as seguintes modificações e, estas sim, como atrás ficou explicado, ainda sem documentação justificativa: por um lado, a referência à legitimidade processual veio de novo a ser aprimorada e passou a situar-se, como confirmação de que é de mera matéria adjectiva, e não definitiva, que se trata, no último número do artigo, erguendo-se o condicionamento cronológico, que constitui limite ou fronteira entre o âmbito de eficácia da incriminação e a liberdade de crítica histórica, ao n.º 2; por outro lado, este condicionamento foi largamente afrouxado ou atenuado, tendo-se concomitantemente alargado o âmbito da incriminação até um período de 50 anos depois da morte da pessoa difamada (17); finalmente, mas já sem grande relevância em termos de estruturação típica — e da nova estruturação típica — deste crime, a legitimidade processual (pelo menos para o exercício do direito de queixa, nos termos dos arts. 111.º e segs. do Código Penal) do cônjuge sobrevivente veio a ser condicionada à não separação judicial, o que mais aproxima a definição do bem jurídico de cuja protecção aqui se trata da honra da família, e nesse sentido interpretativo poderá vir a ser utilizado.

Esta, pois, a explicação técnica ou formal do surgimento do preceito em análise. No que diz respeito, todavia, à sua verdadeira e própria interpretação (para que bem se delinie a sua aplicação a este caso), a breve exposição que vamos fazer pode

---

(17) A primeira das duas assinaladas modificações surge, com carácter oficial, na Proposta de Lei aprovada pelo IV Governo Constitucional, em 11 de Julho de 1979, relativa à Parte Especial, apresentada à Assembleia da República, texto em que à «ofensa à memória de pessoa falecida» corresponde o «art. 175.º» — *vd.* a publ. do Ministério da Justiça, *Código Penal (Parte Especial)*, Lisboa: sep. do B.M.J., 1979, pág. 25 —, mas a elevação da limitação indicada de 30 para 50 anos só se veio a verificar posteriormente (é algo que corresponde, portanto, a uma vontade legislativa historicamente manifestada já depois de 1979).

contar, como dissemos, com a sistematização dada pela autonomização das três alíneas acima sumariadas. E assim:

a) Do ponto de vista histórico, é verdade que ao art. 169.º do Código Penal corresponde a nossa *tradição legislativa*: ao menos nesse sentido, é seu antecedente imediato o art. 417.º do Código Penal de 1886, que por sua vez mais não era do que a transcrição do artigo com o mesmo número do primeiro Código Penal português, o Código Penal de 1852.

Na explicação e crítica doutrinária deste último, avultam, como é justamente e evidentemente reconhecido, os comentários de Levy Maria Jordão<sup>(18)</sup> e de Silva Ferrão<sup>(19)</sup>, entre os quais é comum, na anotação ao referido art. 417.º («O crime de difamação ou de injúria cometido contra uma pessoa já falecida será punido, se acusar o ascendente ou descendente ou conjugue ou irmão ou herdeiro d'esta pessoa»), a respectiva filiação no art. 378.º do Código Penal espanhol de 1848, a que hoje corresponde, no Código Penal actualmente em vigor no país vizinho, o art. 466. Referência esta muito correcta e pertinente, na justa medida em que é através dela que os comentadores aproveitam para explicar que o surgimento e a formulação do nosso antigo art. 417.º são oriundos da própria crítica à limitação literal<sup>(20)</sup> que no Código espanhol se faz: neste, se a acusação, em defesa

---

(18) LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, Lisboa: Tip. de J. Baptista Morando, em IV tomos, 1853 (I e II) e 1854 (III e IV).

(19) F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez comparado com o Codigo do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*, Lisboa: Imprensa Nacional, em VIII volumes, 1856 (I a IV) e 1857 (V a VIII).

(20) E que precisamente por ser apenas de teor literal, e não possivelmente também teleológico e sistemático, continua, até hoje, a ser base de interessante controvérsia na doutrina espanhola — e interessante porque, salientando a amplitude da tutela conferida por esta incriminação, tem ido ao ponto de a alargar e de a interpretar correctivamente: *vd.*, por todos, mas paradigmaticamente, A. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed. actual. por E. GIMBERNAT ORDEIG, Tomo I — *Infracciones contra la Personalidad*, vol. II, Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1972, págs. 1239 e segs., e J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 11.ª ed. rev. e actual. por A. SERRANO GOMEZ, Madrid: Dykinson, 1988, pág. 254.

da memória da pessoa falecida, partir de um herdeiro, ela não se encontra condicionada ao requisito indicado para a hipótese de o seu exercício ser da iniciativa dos ascendentes, descendentes, cônjuge e irmãos porque, nesta segunda hipótese, é necessário que a ofensa caluniosa ou injuriosa transcenda a pessoa do próprio falecido, para se repercutir na honra ou dignidade dos acusadores. É esta segunda hipótese restritiva que é desde longa data objecto de crítica em Espanha, levando a que os nossos Códigos a não considerassem <sup>(21)</sup> e a que, portanto, a maior extensão desta incriminação tenha sido sempre, entre nós, clara e indiscutida.

E neste sentido, é ainda de acrescentar que, verdadeira embora essa filiação directa na legislação espanhola, o certo é que, como nenhum comentador, doutrinador ou praxista, deixa de reconhecer, a tutela e a relevância criminal das ofensas à memória de pessoa falecida são algo de profundamente enraizado na História do Direito Penal, encontrando expressões claras no Direito Romano <sup>(22)</sup> e que, entre nós, mesmo antes das codificações,

---

<sup>(21)</sup> LEVY MARIA JORDÃO, *op. cit.*, Tomo IV, pág. 230, e SILVA FERREIRA, *op. cit.*, Volume VII, pág. 359.

<sup>(22)</sup> Sobre os crimes contra a honra, no Direito Romano, neles incluindo a protecção da memória dos defuntos, *vd.*, em geral, os dois melhores tratados de Direito Penal Romano — TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899 (em vers. esp. de P. DORADO, *Derecho Penal Romano*, reimp. Bogotá: Temis, 1976, págs. 484 e segs.) e C. FERRINI, *Diritto Penale Romano. Esposizione storica e dottrinale*, ext. da *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, dir. E. PESSINA, 1902 (reimp. Roma: «L'Erma» di Bretschneider, 1976), págs. 231 e segs. —, e, em especial, o recente livro de E. PÓLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, trad. de J. SZABÓ, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1986. Referências históricas, embora de carácter genérico, encontram-se também numa obra que, através da sua tradução, tem estado entre as mais citadas pela nossa jurisprudência em matéria de crimes contra a honra, na busca, que a esta evidentemente cabe, de alguma «compensação», em termos de auxílio doutrinal, perante a penúria bibliográfica já indicada em relação à compreensão e ao manuseamento da parte especial do Direito Penal português: trata-se do livro, que o próprio facto dessa citação frequente obriga a não desconsiderar, de A. BORCIANI, *As Ofensas à Honra (Os crimes de injúria e difamação)*, trad. de FERNANDO DE MIRANDA, Coimbra: Arménio Amado, 1940, págs. 75-77 (aparentemente, pelo menos, em contradição com o que vai dito na mesma obra, a págs. 8 e 9, em que o Autor considera inútil resumir neste seu livro a história

acharam eco significativo designadamente nas obras de Pascoal de Mello Freire <sup>(23)</sup> e de Pereira e Sousa <sup>(24)</sup>.

Ao longo do período que decorreu entre o início da vigência do Código Penal de 1852 e a sua remodelação profunda através da Nova Reforma de 1884, que viria a determinar uma nova publicação oficial do Código — que viria a determinar, portanto, o

---

dos crimes de injúria e de difamação, em razão não só e não tanto do facto de essa história poder «ser lida por extenso, repetida e reproduzida em todos os trabalhos que se têm ocupado da matéria», mas principalmente do facto notório, que só confirma a gravidade e a necessidade político-criminal do problema de que aqui nos ocupamos e a cuja tutela estes autos se referem, de que «todas as legislações, desde as mais antigas e bárbaras até às mais modernas e civilizadas, consideraram como crime as ofensas à honra», sendo «única dedução importante a fazer da constatação deste facto constante, universal» a de que «portanto, não deveria discutir-se mais a incriminabilidade das injúrias, pois sempre (e a todo o momento) tem sido universalmente reconhecido que as ofensas morais à honra, além de violarem o direito privado, perturbam a tranquilidade social, determinando, por isso, uma reacção natural, espontânea e sensível, a ponto de tornar necessária a repressão penal»).

(23) Da obra juspenalista do grande juriconsulto de setecentos, em extensão material até hoje inultrapassada e que foi a base directa do ensino do Direito Penal português durante um século, encontram-se felizmente republicações recentes e facilmente acessíveis: as suas *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* podem ver-se, em trad. de MIGUEL PINTO DE MENEZES e com prefácio de FRANCISCO JOSÉ VELOZO, no «Boletim do Ministério da Justiça», n.ºs 155 (Abril de 1966) e 156 (Maio de 1966), resp. a págs. 5 e segs. e 69 e segs. — quanto aos crimes contra a honra, *vd.* o Título VIII («Das Injúrias e Libelos Famosos»), B. M. J., n.º 155, págs. 165 e segs.; por seu lado, o justamente célebre *Ensaio do Código Criminal* pode consultar-se, na resp. ed. de 1823 prologada por FRANCISCO FREIRE DE MELO e prefaciada pelo editor, no «Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia», a partir do n.º 18 (1.º sem. de 1966) — sobre os crimes contra a honra, *vd.* o título XXXV, «Das Injúrias», B. A. P. I. C., n.º 20, págs. 253 e segs. — publicação que inclui as *Provas* (PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal. Provas em que o autor fundou as doutrinas desta obra*, a partir do n.º 23, págs. 199 e segs., do B. A. P. I. C.), nas quais o tema da incriminação «dos que injuriam ou desonestam os mortos» é expressamente mencionado — *vd.* B. A. P. I. C., n.º 29, págs. 195 e 196.

(24) Logo na ed. de 1803 da conhecida (e influente) obra *Classes dos Crimes*: J. J. C. PEREIRA E SOUSA, *Classes dos Crimes por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia Officina Typ., 1803, Secção II, Genero II, Classe I, Especie I, N.º I, § 6, págs. 258-259 (pág. 259: «A injuria feita aos mortos pode ser vindicada pelos seus herdeiros»).

Código Penal de 1886 —, deve destacar-se, nesta como em tantas outras matérias, o *Relatório da Comissão* que, subscrito pelo grande penalista que foi Levy Maria Jordão, viria a apresentar em 1864 o Projecto de um novo Código Penal. A esta matéria, designadamente, é dedicado todo um título desse Relatório, preenchendo-se realmente aquilo que seria a exposição de motivos e a justificação preambular das incriminações da *calumnia, diffamação e injuria* com o nosso tema, isto é, com a questão da «diffamação e injuria contra os mortos», discutindo-se exemplos concretos retirados do Direito comparado e apresentando-se a própria fundamentação político-criminal da incriminação ao lado da sua fundamentação histórica, claramente alicerçada no Direito Romano — texto que, por tudo isto, e mormente num processo em que se corre o risco de ver confundidos pormenores de regulamentação legal que só fazem sentido relativamente a outras espécies de crimes contra a honra com aquilo que é a razão de ser e a autonomia própria das ofensas à memória de pessoa falecida, e para justamente salientar que é disto que aqui se trata, ainda hoje mantém actualidade e importa recordar <sup>(25)</sup>.

No que diz respeito, por sua vez, ao Código de 1886, isto é, *rectius*, ao art. 417.º no Código de 1886, não se suscitaram grandes dificuldades de compreensão e de aplicação durante a sua larga vigência <sup>(26)</sup>. De referir apenas, até porque concretiza ou ajuda a salientar a evidência da incriminação em causa — e porque, a um outro título (este já de apreciação dogmático-crítica pelo menos do *modus operandis* da Reforma recentemente entrada em vigor em Portugal), o caso vertente é um dos exemplos de que a simples possibilidade de manutenção de querelas interpretativas facilmente ultrapassáveis surge como consequência inevi-

---

<sup>(25)</sup> *Código Penal Portuguez — Tomo I, Relatório*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864 (com uma 1.ª ed. em 1861), págs. 149 a 153 (na 1.ª ed., *vd.* págs. 145 e segs.). Consequência directa da clareza e da autonomia desta incriminação é o articulado proposto no Tomo II desta edição (*Código Penal Portuguez — Tomo II, Projecto*, Lisboa: Imp. Nac., 1864, pág. 87) para a inadmissibilidade da prova da verdade neste caso: *vd.* o art. 244.º, adiante transcrito, desse Projecto.

<sup>(26)</sup> Para o seu comentário, *vd.* LUÍS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal português*, 2.ª ed., vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 1924, págs. 366 a 368.

tável de o legislador de 1982 ter sistematicamente preferido importar formulações normativas estrangeiras, em vez de atender à legislação existente e aos problemas que colocava na sua aplicação, para então verificar se se deveria ou não, e em que sentido, modificar a redacção da lei, contando, então sim, com os exemplos de Direito comparado —, a questão, nem sempre bem resolvida e a suscitar confusões porventura injustificadas (27), da possibilidade de concurso de normas ou concurso aparente de crimes entre os arts. 417.º e 247.º, § 2.º, do antigo Código (28). Literalmente, a referência à prática de «qualquer acto» como forma de alargar os modos de execução ou comissão do crime previsto e punível pelo n.º 1 do art. 227.º do novo Código Penal continuaria a justificar a colocação da questão perante o nosso já conhecido art. 169.º — o que, sendo facilmente torneável por elementos sistemáticos e teleológicos de interpretação (tal como acontecia anteriormente), não deixa de ser sintoma da mencionada falta de perspectiva verdadeiramente reformadora (pois só se *reforma* quando se emenda e melhora, não quando se limita a substituir-se e a copiar-se um outro modelo — o mais que então se consegue é uma *ruptura*, não uma reforma), falta em muitos aspectos revelada pelo Código Penal de 1982.

Finda esta análise de tipo histórico, aconselhada pelos próprios termos da remissão feita pelo Autor dos Projectos que estão na base do novo Código Penal, Prof. Eduardo Correia, para a continuidade relativamente à anterior legislação portuguesa e para algum paralelismo com o art. 417.º do Código Penal de 1886, é, no entanto, a uma conclusão insuficiente que chegamos. E insuficiente porque, como ficou visto, nada há nesse preceito do anterior Código Penal que sirva de base, ou sequer de termo de com-

---

(27) Cfr. A. DE ALMEIDA SIMÕES, *Injúrias a mortos*, na «Scientia Iuridica», Tomo I, N.º 2, Out.-Dez. 1951, págs. 166-168.

(28) Sobre o assunto, além do trabalho citado na nota anterior, *vd. tb. a* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Ano 61.º, 1928-1929, pág. 254 (na resposta a consulta formulada nas págs. 249 e 250), L. DA SILVA ARAÚJO, *Crimes contra a Honra*, Coimbra: Coimbra Ed., 1957, págs. 124-125, e a breve anotação de MAIA GONÇALVES, *Código Penal português na doutrina e na jurisprudência*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 1980, pág. 698.

paração, aos seguintes elementos constantes do art. 169.º do novo Código e decisivos para a sua interpretação e aplicação: por um lado, o desprendimento desta incriminação relativamente aos crimes-base ou tipos fundamentais da difamação e das injúrias, o que vem acentuar a sua autonomia ou independência (é confrontar o n.º 1 do art. 169.º com o antigo art. 417.º: trata-se agora de punir a *ofensa* à «memória de pessoa falecida», por oposição à punição *do crime de difamação ou de injúria* «cometido contra uma pessoa já falecida»); e por outro lado, evidentemente, o n.º 2 do novo art. 169.º.

Esta insuficiência exigiu que a nossa análise, para conseguir a reconstrução doutrinária que garanta a aplicação segura do tipo incriminador aqui em causa, tivesse tido que se alargar a outros elementos que seriam ou teriam sido suas fontes materiais. Ora, se esses elementos não se encontram na nossa própria história legislativa, o caminho dessa busca não podia ser outro, antes de afirmar a eventual originalidade da legislação entre nós vigente, se não o recurso ao Direito comparado.

Tal recurso ou exame veio efectivamente a revelar-se decisivo, ainda que curioso: quatro eram, à partida, as vias necessárias dessa pesquisa — em primeiro lugar, a do ordenamento jurídico espanhol, por ter estado, historicamente, e como já foi destacado, na origem da nossa anterior regulamentação legal sobre esta matéria; em segundo lugar, a consulta do Direito alemão, por constituir o modelo técnico primacialmente seguido na feitura do Código português de 1982, ainda que a zona do Código onde tal seguidismo se revele com maior intensidade seja a Parte Geral, essa sim, também recentemente remodelada, de modo global, na Alemanha (29); em terceiro lugar, a do Direito italiano, pela razão muito simples de o Código Rocco ser exemplo paradigmático da formulação e da utilização do critério distintivo entre os crimes de difamação e injúrias (tipos fundamentais na matéria dos crimes contra a honra) que o nosso novo Código adoptou,

---

(29) *Vd.* referência, a propósito da revisão da Parte Especial, no nosso *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas da reforma legislativa*, in «O Direito», Anos 106.º-119.º, 1974/1987, págs. 304-305 e nota 100.

preferindo-o ao modo anterior de estabelecer essa contraposição que tem função classificativa básica neste ponto da nossa legislação (como é sabido, esse critério deixou de ser o da determinação ou indeterminação das imputações, para passar a residir, tal como sucede em Itália, na presença ou ausência do ofendido e no estabelecimento ou não de relação directa com ele) <sup>(30)</sup>; em quarto lugar e finalmente, havia sempre que atender ao Código Penal suíço, comumente apontado como modelo comparativo de referência da nossa nova Parte Especial, a começar logo pela própria ordenação sistemática genericamente seguida <sup>(31)</sup>.

Os resultados obtidos não deixam margem para grandes dúvidas: a influência espanhola passou à História — o art. 466 do Código Penal vigente, *texto refundido* de 1973, limita-se a reproduzir a doutrina do velho art. 378, o tal preceito em que se havia baseado o nosso legislador de 1852; quanto ao Direito alemão, aquilo que a leitura dos §§ 185 e seguintes, e especialmente do § 189, do *Strafgesetzbuch* demonstra é que a sua influência, como se verá na alínea seguinte desta nossa análise, só pode ser de teor ou cariz dogmático e não de redacção ou de fonte material do nosso art. 169.º, desde logo porque não possui qualquer disposição paralela à do decisivo n.º 2 deste artigo; o Código Penal italiano, apesar de poder ser considerado o paradigma da arrumação dos crimes contra a honra agora adoptada pelo nosso Código (logo o contrapondo aos Códigos suíço e alemão o facto de a sua distinção básica ser uma bipartição, como entre nós sucede — entre difamação e injúria —, e não uma tripartição — entre injúria, difamação e calúnia), também não serve de explicação material do nosso art. 169.º — com efeito, a terceira parte do art. 597 do *Codice* só em relação ao n.º 3 do nosso art. 169.º

---

<sup>(30)</sup> Como é entre nós já salientado, e criticamente, por BELEZA DOS SANTOS, *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*, na «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Ano 92.º, 1959-1960, págs. 164 e segs., nota 2 de pág. 181.

<sup>(31)</sup> M. A. LOPES ROCHA, *A Parte Especial do novo Código Penal — Alguns aspectos inovadores*, in *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e Legislação Complementar*, ed. do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa — 1983, Fase I, págs. 337 e segs., pág. 348.

encontra ponto de semelhança, sendo passível de uma interpretação que a encare como norma complementar de carácter processual, bastante longe, portanto, da autonomia deliberadamente atribuída à nossa própria norma incriminadora pelo legislador de 1982 <sup>(32)</sup>; chegamos, pois, ao Código Penal suíço — e este, que é uma das mais frequentes fontes da Parte Especial do nosso novo Código Penal, também aqui o foi: é no seu art. 175 que, sem prejuízo de se revelar menos autónomo em relação às incriminações básicas em matéria de crimes contra a honra do que o nosso art. 169.º, se encontra a relação lógica que os vários números deste artigo reproduzem — a primeira parte desse art. 175 a definir a incriminação e a indicar os titulares do direito de queixa (estando, assim, aí sintetizados aquilo que são os n.ºs 1 e 3 do nosso art. 169.º), e a segunda parte a delimitar ou condicionar cronologicamente a incriminação, para conseguir uma separação formal entre a ofensa à memória de pessoa falecida e os denominados direitos da história (a fonte directa, portanto, do n.º 2 do art. 169.º do novo Código Penal português) <sup>(33)</sup>.

Lugar, enfim, para uma ligeira correcção ao que foi afirmado nas *Actas* da 1.ª Comissão chamada a debruçar-se sobre a preparação do nosso novo Código Penal: não se trata, no que diz respeito ao art. 169.º deste diploma, de apenas continuar a nossa tradição legislativa, mas em vez disso de tomar como ponto de partida a afirmação da necessidade da incriminação da ofensa à memória de pessoa falecida, ínsita nessa tradição (bem como o aspecto técnico da indicação da legitimidade processual ou da titularidade do direito de queixa), para desenvolver e potenciar a maior aplicabilidade dessa incriminação, através do recurso a um modelo estrangeiro (o do art. 175, 2.ª parte, do Código Penal

---

<sup>(32)</sup> Sobre o debate em Itália da questão da ofensa à honra ou dignidade de um morto, e apesar de os dados legais que cita já não estarem evidentemente actualizados, *vd.* A. BORCIANI, *op. cit.*, págs. 50 a 54.

<sup>(33)</sup> É a seguinte a redacção (numa das suas versões linguísticas oficiais) do art. 175 do Código Penal suíço: (1) «Si la diffamation ou la calomnie vise une personne décédée ou déclarée absente, le droit de porter plainte appartient aux proches du défunt ou de l'absent»; (2) «Toutefois, aucune peine ne sera encourue s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis le décès ou la déclaration d'absence».

suíço) que permite precisar formalmente os limites dessa aplicabilidade. Limites que, ainda por cima, o legislador português entendeu ser de alargar em relação ao exemplo de Direito comparado: os «direitos da história», ou os direitos de fazer História à custa de um respeito menor pela memória de alguém, não começam apenas a poder exercer-se quando decorridos estejam 30 anos sobre a morte da pessoa visada — é preciso que decorram 50 anos, o que acentua decisivamente a gravidade da incriminação e exige do aplicador do sistema, sob pena de violação da lei, o entendimento formal e rigoroso, mas estrito e seguro, do preceito e da sua intervenção na ordenação da vida social. Tal entendimento foi, como agora parecerá evidente, pura e simplesmente ignorado pelo despacho recorrido.

b) Segundo aspecto referido nas *Actas* acerca da caracterização do crime de ofensa à memória de pessoa falecida foi o de que, em face da redacção e da estrutura da disposição hoje consignada no art. 169.º do Código Penal, estaria o intérprete perante um tipo de crime *autónomo*.

São realmente muito fortes os argumentos que apontam nesse sentido: antes de mais, o confronto, já atrás estabelecido, entre o art. 169.º do novo Código e o art. 417.º do anterior Código Penal; mas em segundo lugar, surge outra referência preciosa a dever ser buscada no Direito comparado: se é verdade que, como se explicou, é no Direito suíço que se encontra a mais próxima fonte material desta disposição do novo Código Penal português, certo é também que, como logo se indiciou, importa dogmaticamente distinguir, para efeitos da sua correcta interpretação, os planos da redacção material e da estrutura do tipo. Só relativamente ao primeiro desses planos a referência ao Direito suíço se afigura suficiente.

Quanto à estrutura e à natureza jurídica do crime previsto e punível pelo art. 169.º do novo Código Penal, a influência a destacar é de diversa proveniência. O que está desta feita em causa, e parece decisivo para este propósito, é o exemplo da doutrina alemã.

Efectivamente, se não pode deixar de ser assinalada, como pano de fundo comum, a semelhança entre o bem jurídico prote-

gido pelo § 189 do *StGB* e os bens a que é conferida tutela pela divisão iniciada no § 185 <sup>(34)</sup> — aspecto que, aliás, não deixa de mergulhar raízes no facto de as *injúrias*, não como tipo já tecnicamente delimitado, mas como género de crime ou crimes, constituírem, em palavras certas e formativas de Merkel, «a espécie de delitos que, em certo sentido, é a mais simples e básica de todas, pois aquilo em que a sua essência consiste, ou seja, a expressão desrespeitosa ou ofensiva contra a pessoa e contra o direito do próximo, é um elemento indivisível de todos os delitos contra os particulares, ainda quando muitas vezes ofereça distinta aparência» <sup>(35)</sup> —, o que também tem de ser dito e é consensualmente assumido, perante uma incriminação que, ao contrário do exemplo suíço (cf. o cit. art. 175 do respectivo Código Penal), não é formalmente colocada na dependência de um outro tipo de crime que através dela apenas se especializaria (e era também o que sucedia, manifestamente, com o já transcrito art. 417.º do nosso anterior Código Penal), é a afirmação da especificidade do bem jurídico (o sentimento de piedade — *das Pietätsgefühl* — como especificação do género honra e dignidade) e da própria tipicidade objectiva <sup>(36)</sup>, a justificar claramente a asserção de que «o § 189 é um *aliud* em relação aos §§ 185 e seguintes» <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> PAUL BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil / 2 (Delikte gegen die Person)*, München: Beck, 1977, pág. 194 (ao apontar com rigor a síntese que no tipo de crime do § 189 do Código alemão se realiza entre a protecção da honra do falecido e da família).

<sup>(35)</sup> A. MERKEL, *Derecho Penal*, trad. s.i.d. de P. DORADO, tomo II, *Parte Especial*, pág. 2, que assim explica a própria sistematização adoptada nesse seu compêndio sobre a Parte Especial do Direito Penal, por isso mesmo começado, em razão da maior generalidade desses crimes relativamente a todos os outros, pela elaboração doutrinal das *injúrias*: págs. 5 a 17, §§ 109 a 113.

<sup>(36)</sup> Por todos, cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck, 22.ª ed. (com LENCKNER, CRAMER, ESER e STREE), 1985, pág. 1225.

<sup>(37)</sup> GERD DÄHN, *Problem— und Repetitionskommentar zum StGB*, Bielefeld: Gieseking, 2.ª ed. — 1982, pág. 164, que ilustra essa autonomia com a indicação da consequência prática de que o autor que esteja em erro sobre o falecimento do ofendido (isto é, que tenha desrespeitado o seu bom nome julgando estar ainda a referir-se a uma pessoa viva) deve ser isento de pena — pelo menos da pena, claro, a que se reporta esta incriminação.

Não podemos, aqui e agora, levar mais longe esta observação acerca do carácter autónomo do tipo de crime que o art. 169.º do nosso Código Penal descreve. Ao contrário do que se passa com a reconstrução histórica do preceito, em que a nunca por demais mencionada falta de elaboração científica da Parte Especial do Direito Penal português nos obrigou a alguns desenvolvimentos explicativos, a matéria agora em causa encontra relevância em pelo menos quatro locais da dogmática geral deste ramo do Direito, o que é motivo para que nos possamos bastar com as competentes remissões.

Fala-se, com efeito, em *tipos autónomos* por oposição à relação de especificação, que é rigorosamente de especialização, entre *tipos fundamentais* e *tipos qualificados* ou *privilegiados*, ou por confronto com o desenvolvimento sistemático operado entre alguns *tipos principais* e *tipos secundários* ou *derivados*, pelo menos, na construção da «tipicidade» como elemento de análise do crime<sup>(38)</sup>, na teorização geral das «formas do crime» como fenó-

---

(38) Da doutrina alemã importa desde logo citar, em razão da influência directa que as edições em causa, porque traduzidas e apesar de não corresponderem já às suas mais recentes versões originais, têm tido na própria jurisprudência penal portuguesa (o que é sempre de enaltecer, no caminho, que a racionalidade argumentativa e a conquista da legitimação segura das decisões obriga a percorrer, no caminho, dizíamos, que é o do encurtamento da distância, ainda demasiado grande, entre a teoria e a prática do Direito Penal português), o tratamento da matéria em H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad., por S. MIR PUIG e F. MUÑOZ CONDE — que tb. acrescentam aponts. de Dir. esp. —, da 3.ª ed., 1978, do *Lehrbuch des Strafrechts*, de que se conhece já a 4.ª ed. alem., 1988), Barcelona: Bosch, 1981, págs. 364-365 e, para a resp. delimitação negativa, págs. 366-368, e em J. WESSELS, *Direito Penal. Parte Geral (Aspectos fundamentais)* (trad. bras., anot., por JUAREZ TAVARES, da 5.ª ed., 1975 — a primeira posterior à entrada em vigor na R. F. A. da 2.ª fase da Reforma que veio entre nós a ser seguida, e em muitos pontos copiada, pelo novo Código —, de *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, na Alemanha já em 17.ª ed., 1987), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1976, a págs. 25-28. Em síntese, *vd.* J. BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5.ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1979, págs. 68-69. Entre nós, *cfr.* EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (com a colab. de FIGUEIREDO DIAS), vol. I, Coimbra: Almedina, 1963 (há reimp. 1971), págs. 307 e segs., e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra: eds. policops. (*Sumários*, 1975, com os *Aditamentos*, 1977), págs. 139 e segs..

menos de tipicização indirecta <sup>(39)</sup>, no limite a uma das espécies dessas formas, constituído pelo concurso de normas <sup>(40)</sup> e na construção, para quem a entenda necessária (porque logo o deve, ou devia, ser a própria Parte Geral), de uma «teoria geral da parte especial» <sup>(41)</sup>.

Para o que aqui nos importa, o que vai dito é suficiente e, assim o esperamos, suficientemente esclarecedor: a demarcação da norma incriminadora contida no art. 169.º do Código Penal relativamente aos demais crimes contra a honra é de tal forma nítida que até se pode defender a sua autonomia estrutural. No caso dos autos, portanto, há muito ficou destruída a mera suposição da suficiência da relação entre preceitos constitucionais fundantes das normas chamadas a tutelar a honra das pessoas no Código Penal português — que é o exercício a que se reduz o despacho recorrido, e que importa revogar e substituir por um despacho que trate de aplicar a lei penal vigente.

---

<sup>(39)</sup> Em vez de citações inúmeras, a dependerem de outras tantas remissões para muitas das obras gerais da disciplina, é aqui suficientemente ilustrativa a pioneira recepção directa, e crítica, de BELING, por CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, Lisboa: Imp. Lucas & C.ª, 1935, pág. 16.

<sup>(40)</sup> Entre nós, citação indispensável é a de EDUARDO CORREIA, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, na sua publ. conj. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, reimp. 1983, pág. 121. No plano da exposição geral da disciplina, tal matéria pode ser autonomizada para efeitos de teoria da lei ou ser tratada em conjunto com o concurso efectivo de crimes: exemplos do primeiro sistema são CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, Lisboa/São Paulo: ed. Verbo com a Soc. Cient. da Univ. Cat. Port., Tomo I, 1981, págs. 159 e segs., J. A. VELOSO, *Fragmentos de um Curso de Direito Penal*, Lisboa: ed. policop. U.C.P. e F.D.L., 1985-1986, II — *Concurso de normas*, e nós próprios, no cit. *Caderno de apoio*, págs. 33-34 e 77 e segs. por confronto com 225 e segs.; do segundo sistema, EDUARDO CORREIA (com a colab. de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal* cit., vol. II, 1965 (tb. com reimps. posts.), págs. 203 e segs., e CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I — *A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 3.ª ed. — 1988, págs. 383 e segs..

<sup>(41)</sup> Por todos, mas paradigmaticamente, J. ORTEGO COSTALES, *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Salamanca: Dykinson, 1988 (na sequência, justamente assinalada em prólogo de A. TORIO LOPEZ e G. LANDROVE DIAZ, do seu provocador *Ensayo sobre la parte especial del Derecho Penal*, 1959), v.g. a págs. 97 e segs..

c) Só um aspecto falta considerar dentre os que, logo destacados nas *Actas*, assumem carácter essencial para a definição, para a interpretação e para a correcta aplicação do art. 169.º do Código Penal. Trata-se agora da questão da admissibilidade da *prova da verdade* das imputações feitas através de uma ofensa objectiva à memória de pessoa falecida.

Questão que apenas justifica uma breve referência, porque é, no contexto, de solução muito fácil (42): é clara e indiscutível a negação da possibilidade dessa prova, no crime que ora nos ocupa (43).

É este aliás o ponto em que, finalmente, se reúnem e como que se sintetizam a autonomia do tipo (relativamente aos demais crimes contra a honra) e a própria história legislativa e político-criminal em que essa autonomia se funda. Lembraremos apenas, pelo seu valor paradigmático, a construção a este respeito proposta no célebre Projecto de 1864, que teve como principal responsável Levy Maria Jordão (44): o acusado dos crimes de difamação e de injúria seria aí isento de pena se provasse a ver-

---

(42) Sobre essa questão, em geral, *vd.* as cit. *Actas (Parte Especial)*, pág. 94, A. BORCIANI, *op. cit.*, págs. 99 e segs. (e ainda com uma curiosa referência histórica na pág. 224) e SILVA ARAÚJO, *op. cit.*, págs. 152 e segs.. Questão que, não se deve esquecer, era no âmbito do anterior Código de Processo Penal submetida a um enquadramento legal algo distinto, em razão da existência, então, de um *processo especial* para o efeito: referimo-nos naturalmente aos arts. 587.º e segs. do Código de Processo Penal de 1929, cuja última redacção havia sido dada pelo Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro. Aspecto este que tem de muito interessante para o nosso caso o facto de as ofensas à memória de pessoa falecida não deverem precisar deste processo especial, e poderem antes seguir a forma de processo comum, por isso que tal processo especial «só devia ter lugar nos casos em que fosse admissível a prova da verdade dos factos imputados» (LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, 6.º vol., Coimbra: Coimbra Ed., 1934, pág. 117), sendo estes casos, no novo Código Penal (que foi necessário, entre 1982 e 1988, coordenar ou aplicar de modo coordenado com o anterior Código de Processo Penal), «os do art. 164.º, n.ºs 2, al. b), e 4» (MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 6.ª ed. rev. e actual. — 1984, pág. 628, numa referência que, a nosso ver, devia ter sido completada com a indicação do n.º 2 do art. 165.º).

(43) *Actas (Parte Especial)* cit., pág. 99, e LOPES ROCHA, *A Parte Especial...*, loc. cit., pág. 363.

(44) *Código Penal Portuguez* cit., Tomo II — *Projecto*, pág. 87.

dade dos factos imputados — era o que dizia a 1.<sup>a</sup> parte do respectivo art. 244.º; mas havia uma 2.<sup>a</sup> parte:

«Não é porém admissível essa prova:

«1.º Quando esses factos forem de natureza que não possa a respeito d'elles haver procedimento sem queixa da parte;

«2.º Quando forem relativos à vida privada ou familiar;

«3.º Quando forem imputados a mortos».

Norma e história que, assentando na máxima *mors omnino solvit*, significam, na sua aplicação ao caso dos autos, que não seria sequer relevante que as afirmações de M. acerca do falecido Prof. Eduardo Coelho fossem verdadeiras. Dizer, de uma pessoa falecida há menos de 50 anos (cf. n.º 2 do art. 169.º do Código Penal), que ela era mentirosa, incompetente, desonesta, rixosa, é, em Portugal, *crime*: crime de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelo art. 169.º do Código Penal.

Agrava-o, evidentemente, a circunstância (que, insista-se, não é elemento do tipo, ou seja, não é elemento necessário para que se preencha o tipo) de essas ofensas nem tão pouco à verdade corresponderem. Mas é necessário que a questão jurídica, e jurídico-criminal, se coloque devidamente: temos, de um lado, como prova aceite e assente, um artigo de imprensa em que o seu autor diz, em 1988, que um médico falecido em 1974 havia sido mentiroso, incompetente, aproveitador de benesses, responsável por um hipotético homicídio negligente na pessoa de um paciente seu, incumpridor dos seus deveres de médico assistente e brigão — que tudo isto, a uns olhos imparciais, resulta evidente do texto cuja possibilidade de julgamento está aqui em causa; e temos, de outro lado, uma das grandes figuras da Medicina portuguesa deste século — o Autor de *Os Novos Rumos da Medicina* <sup>(45)</sup>, de *Filosofia da Medicina* <sup>(46)</sup> e de uma vastíssima obra

---

<sup>(45)</sup> Prof. EDUARDO COELHO, *Os novos rumos da Medicina*, sep. do «Jornal do Médico», 1959.

<sup>(46)</sup> Prof. EDUARDO COELHO, *Da Filosofia da Medicina e Outros Ensaios*, Lisboa/Barcelona/Rio de Janeiro: Liv. Luso-Espanhola, 1960.

que dele fazia e faz citação obrigatória no estudo da Cardiologia em todo o Mundo (por isso que colaborou, durante toda a sua vida, com todas as revistas internacionais da especialidade) (47). A decisão justa, se fosse apenas eticamente fundada, seria logo, e só por si, evidente e necessária: um País que se orgulhe dos seus melhores espíritos, daqueles que fazem com que do próprio País se fale por toda a parte e com a honra inerente ao respeito pelo trabalho científico de alto mérito, não poderia resignar-se à impunidade e à passividade quando essa honra e esse respeito fossem ultrajados. Tempos e lugares houve e há em que logo aí residiria, sem mais, razão para punição especial e exemplarmente grave. Mas o que se não pode admitir, no âmbito de um Estado de Direito democraticamente constituído, é que deixe de se aplicar a lei a casos que, fora desse âmbito, só justificariam uma sanção ainda maior. Pode o Estado e o seu Direito Penal corresponder a um *mínimo ético*; mas essa afirmação fica esvaziada de sentido quando os Tribunais do mesmo Estado se escusam à aplicação de uma lei que não só é, de maneira directa, eticamente baseada, mas que, formalmente, tem contornos fixos e precisos dentro dos quais o caso cabe. O que poderia significar a confirmação, em instância judicial superior, do despacho de não-pronúncia aqui em causa? Que o art. 169.º do Código Penal não é uma norma jurídica vigente?

A análise feita, necessariamente larga para permitir conclusões seguras em matéria desta delicadeza, não precisou sequer de atender ao problema da tipicidade subjectiva. Esta, que, por via de regra (cf. art. 13.º do Código Penal), se traduz na exigência da verificação do *dolo* (48), não parece levantar dúvidas no

---

(47) Cfr. o *Livro Jubilar* do Prof. Doutor Eduardo Coelho, Lisboa-1966, designadamente a págs. 711 e segs., e, muito recentemente, a Homenagem que à sua memória e à sua obra foi prestada pela Sociedade das Ciências Médicas, in *Jornal das Ciências Médicas*, Tomo CLII, N.º 2, Fevereiro de 1988, com indicações da sua bibliografia científica a págs. 91 e segs..

(48) Fonte doutrinal que entre nós se pode considerar já clássica a este respeito é BELEZA DOS SANTOS, *Algumas considerações jurídicas...*, loc. cit., págs. 183 e segs..

caso em apreço. Apenas importará acentuar que os crimes contra a honra não estão, na legislação portuguesa, entre aqueles que se subordinam a um determinado tipo de agente <sup>(49)</sup>. E lembrar que, porque está em causa um crime cometido através da imprensa, se pode assistir até mesmo a um alargamento da tipicidade subjectiva, operado nos termos do art. 28.º, n.º 9, da *Lei de Imprensa*.

Tudo o que permite concluir com segurança, aplicando o conhecido esquema didáctico <sup>(50)</sup> e operacional <sup>(51)</sup> tipicidade-ilicitude-culpabilidade e acrescentando-lhe a não verificação, na espécie, de condições que obstem à punibilidade e à procedibilidade: o tipo de crime do art. 169.º do Código Penal está integralmente preenchido pelos factos descritos e não há causas de justificação nem de exculpação que infirmem o juízo de ilicitude e de culpabilidade assim indiciado. O mínimo que, neste processo, se pode fazer, é permitir o julgamento desses factos e do seu autor.

#### 4. *Concurso de circunstâncias modificativas agravantes*

O crime cometido, como consta das acusações particulares oportunamente acompanhadas pela do Ministério Público, não surge apenas na sua forma simples, mas na forma qualificada dada pela realização, *in casu*, também do art. 167.º do Código Penal. Diz, com efeito, o n.º 2 deste artigo que «se o crime for cometido através dos meios de comunicação social, a prisão poderá elevar-se a 2 anos e a multa até 240 dias».

Por outro lado, e porque, metodicamente, começámos o nosso estudo jurídico deste caso pela detecção da legislação que lhe é especialmente aplicável, em virtude da sua perpetração através da imprensa, pudemos já atrás chamar a atenção para a incidên-

---

<sup>(49)</sup> *Vd.*, a este propósito, a intervenção de FIGUEIREDO DIAS nas *Actas (Parte Especial)* cit., págs. 94 e 95.

<sup>(50)</sup> Por ex., nosso *Caderno de apoio* cit., pág. 34.

<sup>(51)</sup> Por todos, E. BACIGALUPO, *La Técnica de Resolucion de Casos Penales*, Madrid: Ed. Colex, 1988, págs. 21 e segs..

cia, sobre a medida legal de pena que constitui o preceito secundário da norma incriminadora contida no art. 169.º do Código Penal, do art. 25.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei de Imprensa.

O que por isso está em causa, e deve aqui ser assinalado, é a possibilidade de o tipo fundamental sobre cujo preenchimento já foram indicados todos os elementos essenciais poder vir a ser objecto de uma dupla qualificação ou agravação legal em sentido modificativo.

Trata-se agora de uma matéria relativamente à qual a doutrina jurídica portuguesa se encontra numa fase de grande flutuação<sup>(52)</sup>, e desde logo ao nível terminológico. Surgiram, em data recente, dois bons conjuntos de lições universitárias sobre as penas e a sua aplicação<sup>(53)</sup> e, verdadeiramente, muito pouco há entre elas de comum a respeito da técnica utilizada no tratamento das agravações legais de carácter modificativo.

Entendamo-nos, por isso, antes de mais, quanto à definição do que de principal está em jogo: ao falar em circunstâncias de carácter *modificativo* (e não, por hipótese, em circunstâncias de carácter ou eficácia geral, sobre as quais a disposição central do actual sistema penal português é a cláusula geral ou, *rectius*, o conjunto de cláusulas gerais em que se desdobra o art. 72.º do Código Penal) pensa-se em elementos que têm como efeito jurídico a substituição de uma primitiva, ou básica, medida legal de pena (ou penalidade, ou «moldura penal») por uma diferente medida legal de pena, isto é, por uma nova indicação abstracta dos limites mínimo e máximo da pena aplicável. Só que depois deste problema-padrão ou desta questão comum, surgem as dificuldades: a alteração pode verificar-se tanto no limite mínimo como no limite máximo, ou só num ou noutro; além de que esses

---

(52) Pretendemos contribuir para o seu esclarecimento, através do estudo em cuja apresentação geral consistiu a nossa dissertação de mestrado: *Circunstâncias das infracções e sistema do Direito penal português (Ensaio de introdução geral)*, Lisboa: sep. do B.M.J., 1989.

(53) Do Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte geral*, vol. II — *Penas e Medidas de Segurança*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, e do Prof. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal 2 — Parte Geral. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra: ed. policop., 1988/89.

elementos podem ter valor predeterminado pela própria lei de modo especial — como acontece com o art. 167.º que aqui nos interessa considerar —, ou resultar de uma apreciação genérica, a poder valer em comum para todos ou quase todos os crimes — «grupo» vasto em que surgem situações como as da atenuação especial, nos termos do art. 73.º, ou como a reincidência, nos termos do art. 77.º, ambos do Código Penal; à preocupação facilitadora dada pela necessidade de separar as situações de agravação das de atenuação, adita-se a problematização, que apenas um estudo muito completo da Parte Especial do Código Penal pode habilitar a resolver com alguma segurança, do confronto entre agravações e/ou atenuações que não afectem a tipicidade, e apenas relevem para efeitos de punibilidade, e as agravações e atenuações que, relevando ou fazendo sentir os seus efeitos logo ao nível da tipicidade, originem, respectivamente, os tipos qualificados e os tipos privilegiados. Tudo, como a vastidão da matéria permitirá supor, a criar uma prolixidade terminológica imprecisa e confusa, que a referência comparatística a mais do que um *modelo*, nesta matéria (e assumem, nela, carácter paradigmático, as doutrinas alemã e italiana, mas não são despreciando muitos contributos oriundos das doutrinas, entre si de modo algum coincidentes, austríaca, francesa e espanhola, ao que é hoje forçoso acrescentar, em face de sucessivas internacionalizações de Direitos, sistemas de medição penal anglo-saxónicos e escandinavos), tem feito aumentar, em dificuldades a curto prazo não resolúveis.

Se a isso acrescentarmos o próprio facto de a situação legislativa portuguesa não ser, no momento que passa, tão suficientemente estável que convide à sistematização e à classificação formal dos casos que *hic et nunc* prevê — milita decisivamente contra tal expectativa doutrinária e juscientífica o facto de atravessarmos, de novo, uma fase de reforma da lei penal <sup>(54)</sup> —, facil-

---

(54) Está efectivamente em curso uma revisão quer da Parte Geral, quer da Parte Especial, do novo Código Penal, cronologicamente «oficializada» através de um Despacho não publ. de Dez. de 1988 do Ministro da Justiça, que nomeia para o efeito uma Comissão presidida pelo Prof. Figueiredo Dias.

mente se compreenderá que não possamos, aqui, propor mais do que uma abordagem genérica e superficial do problema. Mas em todo o caso propô-la, porque o exigem, como vimos, as prescrições legais em vigor.

Sem grandes preocupações, portanto, de rigorosíssimas classificações formais, o que se dirá é que cada um dos preceitos assinalados — o art. 167.º, n.º 2, do Código Penal e o art. 25.º, n.º 2, al. b) da Lei de Imprensa — faz incidir, sobre a medida legal de pena indicada no art. 169.º do Código Penal, uma agravção de carácter modificativo. Na relação de concorrência ou concurso entre as duas agravações, e visando a definição do competente efeito jurídico sobre a penalidade básica, duas são as soluções doutrinariamente avançadas; e dizemos *doutrinariamente* porque o nosso novo Código Penal não contém qualquer norma tendente à resolução directa do problema, ao invés do que sucedia com o § único do art. 96.º do anterior Código, e que nele fora introduzido por redacção do Decreto-Lei n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954, a integrar no Código a disposição resultante de Assento de 6 de Fevereiro de 1945. Soluções ou propostas de solução que são as seguintes:

— para o Prof. Cavaleiro de Ferreira, a solução certa é a que tinha anteriormente assento legal directamente resultante do trabalho jurisprudencial de aplicação e de correcção do antigo Código Penal: o sistema de *absorção agravada*, de cujos termos resulta que, em caso de concurso de circunstâncias qualificativas ou de agravações legais (que para este Autor são conceitos equivalentes), só se aplicará a medida legal extraordinária mais grave, e que esta será a que tenha limite máximo mais elevado<sup>(55)</sup>;

— para o Prof. Figueiredo Dias, que intenta restringir o concurso de que ora nos ocupamos aos elementos a que, segundo a sua classificação (assente na consideração de que é necessário distinguir formalmente a qualificação — que é ainda problema de tipicidade — da modificação agravante

---

(55) Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições II*, págs. 85-94.

ou atenuante — que, esta sim, é já problema de punibilidade, a este domínio reservando a utilização do termo *circunstâncias*), possam ou devam considerar-se circunstâncias (o que tornará sempre, em última análise, a resolução deste ponto dependente da interpretação do tipo de que se parta), a solução é a de um *cúmulo material*, com a adição de uma hipótese de correcção: em palavras suas, a forma de resolver o concurso de tais circunstâncias é «somá-las», salvo «se outra for a intenção da lei» (56).

No nosso caso, portanto, e considerando todas as normas relevantes para o efeito [os arts. 169.º e 167.º, n.º 2, do Código Penal, e o art. 25.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei de Imprensa], se se seguisse o critério proposto pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira, a medida legal de pena para o crime cuja comissão os autos documentam passaria a ser a de prisão até 2 anos e multa até 240 dias; e, se se seguisse o critério proposto pelo Prof. Figueiredo Dias, a nova medida legal de pena poderia ascender a 2 anos e 8 meses de prisão e multa até 320 dias, se bem que nos pareça que este caso seria um dos que caberiam na ressalva preventiva ou cautelosamente avançada, em razão (dizemos nós, porque o Prof. Figueiredo Dias não chega a indicar qualquer critério interpretativo para o efeito) da proximidade material dos motivos que determinam as agravações.

Na tomada de posição sobre uma questão que a letra da lei não permite iludir, há um aspecto importante a que, salvo o devido respeito, os anotadores do novo Código Penal, na interpretação dada ao seu art. 167.º, talvez não tenham ainda atribuído o significado devido (57). O n.º 2 deste artigo está, pelo menos apa-

---

(56) Prof. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal 2*, págs. 241-246.

(57) Estranhámos principalmente a omissão de LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS acerca do assunto (*op. cit., ibidem*), na medida em que se trata de Autores que, como atrás ficou assinalado (*supra*, nota 8), vão ao ponto, porventura exagerado, de considerar que a relação de concurso de normas sucessivas ou de aplicação da lei no tempo, entre a Lei de Imprensa e o novo Código Penal, teria determinado a revogação dos preceitos que a primeira contém sobre o regime da prova da verdade das imputações; ocupar-se desse assunto, em que realmente os

rentemente, em concurso de normas (isto é, concurso a resolver pela prevalência a dar à aplicabilidade de uma das normas sobre a aplicabilidade da outra e que, portanto, nada tem a ver com o tipo de concurso a que nos temos vindo a referir, em que há efectivo aproveitamento da aplicabilidade de ambas as normas) com a alínea *b*) do n.º 2 do art. 25.º da Lei de Imprensa. À resposta fácil de que a detecção desse concurso é prejudicada pela mesma relação de especialidade entre a Lei de Imprensa e o Código Penal que este nosso estudo começou por estabelecer, teremos nós próprios de replicar com a consideração óbvia de que o concurso não tem forçosamente de se verificar em relação a todas as situações, na justa medida em que essa especialidade se poderá ter como mantida no que diz respeito aos próprios agentes especial e especializadamente definidos pela Lei de Imprensa (os directores das publicações ou, em geral, todos aqueles agentes relativamente aos quais se fale em tipicização de casos de responsabilidade sucessiva), mas de modo algum pode deixar de ser afectada, no que diga respeito aos autores dos escritos, pela formulação clara, e a revelar decisivamente a nova vontade legislativa a este propósito, do n.º 2 do art. 167.º do Código Penal.

Por qualquer uma das três vias indicadas — adopção do critério proposto pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira para o concurso efectivo de agravações, adopção do cúmulo proposto pelo Prof. Figueiredo Dias, com a correcção que o mesmo consente e, finalmente, consideração não de um concurso efectivo, mas de um concurso aparente de qualificações, isto é, em sentido próprio, de um concurso de normas — poderá portanto chegar-se, e isto é o decisivo para efeitos de conclusão, à incidência exclusiva, sobre a medida legal de pena indicada pelo art. 169.º do Código Penal, do n.º 2 do art. 167.º do mesmo diploma legal. O limite máximo da penalidade aqui em causa será, assim, de 2 anos de prisão e de 240 dias de multa.

---

âmbitos de cada um desses diplomas legais não são coincidentes, e não se ocupar do ponto agora mencionado em texto, em que o âmbito da lei nova é mais largo e «abrangente» do que o da lei antiga, parece-nos de facto uma contradição. Mas, enfim, pelo menos colocam, ainda que lateral e paradoxalmente, a questão, coisa que não acontece de modo expresso nas restantes edições anotadas do novo Código.

## 5. Aspectos da punição

Dissemos, introdutoriamente, que o M.<sup>o</sup> Juiz que venha a ser chamado a determinar a pena a aplicar ao arguido, se nesse sentido apontar o julgamento cuja possibilidade de realização não pode aqui ser negada, não deve temer por uma severidade — que é apenas aparente — do sistema instituído.

De facto, há que saber vencer o preconceito, que apenas a circunstância histórica de se viver em fase de reforma legal permite compreender, de que os crimes menos graves, quando cometidos por pessoas sem antecedentes criminais, devem pura e simplesmente ficar impunes. Inviabiliza-o o princípio da igualdade na aplicação da lei.

Mas, por outro lado, sabe-se bem, e sabem-no principalmente os julgadores, que o princípio da igualdade se não pode bastar com o seu enunciado formal e que a sua interpretação e aplicação não consente reduções a critérios aritméticos de avaliação<sup>(58)</sup>, pelo que a preocupação maior, do ponto de vista jurídico — e, no caso, jurisdicional —, é encontrar as vias de legitimação do tratamento diferenciado. Porque é diferenciadamente que a realidade se oferece à observação e à ordenação do Direito.

---

<sup>(58)</sup> Entre nós, recentemente e com indicações, M.<sup>a</sup> DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Princípio da Igualdade. Fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?*, Lisboa: sep. do B.M.J., 1987. Em geral, cfr. o tratamento dos temas, ou mesmo só a referência aos temas, da igualdade, da proporcionalidade ou da justiça e seus critérios ou princípios materiais fundantes (tratar de modo igual o que é igual e diferente o que é diferente, de acordo com a medida da diferença), nas excelentes obras de metodologia jurídica cuja edição portuguesa tem sido promovida pela Fund. Gulbenkian: de ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico* (em trad. de BAPTISTA MACHADO, e já na 6.<sup>a</sup> ed. port., correspondente à 8.<sup>a</sup> ed. alem., 1983, sendo que até à 5.<sup>a</sup> ed. port., corresp. à 3.<sup>a</sup> ed. alem., 1964, se incluía um desenvolvido Prefácio do tradutor), Lisboa-1988; de LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (agora em 2.<sup>a</sup> ed. port., corresp. à 5.<sup>a</sup> ed. alem., 1983, com trad. de J. LAMEGO), Lisboa-1989; de CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de MENEZES CORDEIRO, que tb. assina uma valiosa Introdução, da 2.<sup>a</sup> ed. alem., 1983), Lisboa-1989.

No caso *sub judice*, essa diferenciação é dada pelo hipotético confronto entre a comissão de um crime qualificado de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelas disposições combinadas dos arts. 169.º e 167.º, n.º 2, do Código Penal, por um agente que não tenha antecedentes criminais e a mesma comissão por um outro cujo cadastro merecesse uma maior desconfiança do sistema. Mas não é necessário violar a lei, deixando de a aplicar, para conseguir exprimir essa diferenciação. O sistema penal contém outras vias para o efeito. Não é o seu menor aproveitamento estatístico que obnubila essa realidade.

Ainda que apenas a título de breve referência, é sempre conveniente lembrar que o sistema das penas não está somente *dividido* (como se «dividido» pudesse estar, visto que se trata de sanções de aplicação cumulativa) em *penas principais* (arts. 40.º e seguintes do Código Penal) e *penas acessórias* (arts. 65.º e seguintes do Código Penal). O que há que explorar e saber aproveitar, ainda mesmo quando — ou principalmente quando — a Parte Especial do Código Penal não o soube directamente fazer, é o funcionamento interno que, para as penas principais, é prescrito pelas normas, algumas delas inovadoras, contidas nos arts. 40.º e seguintes do Código Penal: referimo-nos, está bem de ver, às *penas substitutivas*, para as quais, neste seu novo regime, começa agora a existir entre nós uma doutrina científica de apoio <sup>(59)</sup>, que não pode ser ignorada <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições II*, págs. 65 e segs., FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal 2*, págs. 69 e segs., A. MIRANDA RODRIGUES, *Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português*, nos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», vol. I, Coimbra-1984 (mas 1989), págs. 21 e segs..

<sup>(60)</sup> Penas substitutivas que, por sua vez, e de um prisma doutrinário não já estático e institucional, mas dinâmico ou de aplicação, são também o resultado de um seccionamento dentro da larga panóplia de casos de *substituição* tanto na condenação como na execução das penas. E casos que, ainda para mais, constam quer do Código Penal, quer de legislação penal extravagante e complementar, como é o caso da Lei de Imprensa [cfr., de novo, a atrás transcrita al. a) do n.º 2 do art. 26.º desta lei — de qualquer maneira, a valer apenas para a *pena de prisão*, e não já para a *pena de multa*, que uma e outra, cumulativamente, constituem o

### *Conclusões*

O estudo realizado, cujo equilíbrio necessariamente se ressentiu da falta de elaboração doutrinária sobre a Parte Especial do Direito Penal português, tendo havido necessidade de reconstruir dogmaticamente uma incriminação qualificada, para permitir a sua aplicação segura ao caso dos autos, concede-nos a possibilidade de, em conclusão, formular as seguintes respostas directas à consulta que nos foi feita:

1.<sup>a</sup> — A prova constante da acusação, e que o despacho de não-pronúncia não considerou insuficiente, fornece todos os elementos necessários à consolidação do juízo de suspeita de que o arguido praticou um crime qualificado de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelas disposições combinadas dos arts. 169.º e 167.º, n.º 2, do Código Penal.

2.<sup>a</sup> — Nada há nos autos que infirme esse juízo, uma vez que a prova da verdade das imputações feitas, mesmo que fosse possível, seria e é irrelevante em termos de exclusão da tipicidade da incriminação indicada, por não ser admissível em relação a ela.

3.<sup>a</sup> — O despacho recorrido erra por incompletude, ao não ter realizado a qualificação dos factos submetidos à sua apreciação.

4.<sup>a</sup> — O despacho recorrido erra por violação de lei, ao não ter considerado a legislação penal vigente, entre o plano das normas e princípios constitucionais e o da sua aplicação concreta.

---

preceito secundário ou pena aplicável da norma incriminadora do art. 169.º do Código Penal e da sua agravamento modificativa nos termos do art. 167.º, n.º 2, do mesmo diploma legal].

5.<sup>a</sup> — O despacho de não-pronúncia, de que se recorre, deve ser substituído por outro que receba a acusação e permita o julgamento dos factos e do seu autor.

Tal é, s. m. j., o nosso parecer.

Miguel Pedrosa Machado

Lisboa, 17 de Outubro de 1990.