



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

ASSUNTO:

Parecer – Projecto de Lei n.º62/XIII (PSD e CDS) – alteração ao Código Penal em matéria de crimes contra idosos

05.01.2016

PARECER

1. Objeto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetida ao Conselho Superior da Magistratura, Projecto de Lei n.º62/XIII (PSD e CDS), que procede à 41.ª alteração ao Código Penal, que visa reforçar a tutela penal das pessoas idosas.

Foi determinada a elaboração de parecer.

2. Apreciação

Conforme resulta expressamente da exposição de motivos o quadro actual de protecção penal dos direitos dos idosos, já conhece

previsões específicas, nos crimes de maus tratos (art.152.º-A, do Código Penal) e no crime de violência doméstica (art.152.º, do Código Penal). Por outro lado, a fragilidade em razão da idade já se integra a previsão de vários tipos agravados como a ofensa à integridade física (art.145.º, n.º2, do Código Penal), a ameaça e coacção (art.155.º, n.º1, al.b), do Código Penal) sequestro (art.158.º, n.º2, al.e), do Código Penal), roubo (art.210.º, n.º2, al.b), do Código Penal), e crime de burla (art.218.º, n.º2, al.c), do Código Penal).

Com o presente projecto pretende-se um reforço penal alinhado com a revisão do regime civil das incapacidades. Para o efeito pretende-se aditar um novo capítulo e um novo tipo legal ao Código Penal, e proceder à alterações ao art.184.º e 218.º, do Código Penal.

*

Aditamento ao Código Penal

«Capítulo IX - Dos crimes contra direitos fundamentais dos idosos

Artigo 201.º-A Idosos

Quem:

a) Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, sem que se mostre assegurada a sua representação legal;

b) Coagir uma pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, a outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens;



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

c) Negar o acolhimento ou a permanência de pessoa idosa em instituição pública ou privada destinada ao internamento de pessoas idosas, por recusa desta em outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens ou em efetuar disposição patrimonial a favor da instituição em causa;

d) Abandonar pessoa idosa em hospitais ou outros estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde, quando a pessoa idosa se encontre a cargo do agente;

e) Impedir ou dificultar o acesso de pessoa idosa à aquisição de bens ou à prestação de serviços de qualquer natureza, em razão da idade;

é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

*

No que respeita ao tipo legal previsto sob o art.201.º-A, do Código Penal, a primeira observação prende-se com a epígrafe do mesmo. No projecto em apreço opta-se pela epígrafe “*Idosos*”. A técnica legislativa utilizada no Código Penal, expressa na previsão dos vários tipos penais na parte especial (art.131.º, e segs.), é a de considerar na epígrafe o termo conhecido para a conduta censurável em causa.

Sendo certo que a epígrafe não tem consequências ao nível do tipo, é inegável que a mesma serve para indiciar a conduta prevista e punida.

Ora, optar pela epígrafe que descreverá certa característica da vítima não permite a apreensão imediata do conteúdo geral do tipo penal e é contra-intuitivo nas diversas ocorrências em que o tipo é meramente referido pela sua epígrafe (como averbado no registo criminal por mero exemplo).



*

Quanto ao conteúdo do novo tipo legal dir-se-á que é ainda contra a técnica legislativa corrente a junção de tipos legais distintos usando como elemento comum certa qualidade do ofendido.

Os tipos criminais são previstos para determinado bem jurídico. Sendo organizados por títulos e capítulos vocacionados para os diferentes tipos de bens jurídicos que visam proteger. Seja em crimes contra a vida, contra a integridade física, contra o património etc.

No caso em apreço verificamos que, na previsão legal sugerida, juntam-se sob a mesma epígrafe de tipos penais que protegem o património (alíneas a), b) e c)) e tipos penais que protegem bens pessoais (alínea d) e e)).

Esta aglomeração, para além de ignorar a técnica legislativa do código, ignora ainda a existência de normas cujo âmbito de aplicação abrange todos os tipos do mesmo capítulo. Em particular, as normas que respeitam à legitimidade para a acção penal, fixando a natureza semi-pública ou particular de alguns dos tipos criminais. Bem como as normas que regulam os efeitos da restituição ou reparação.

*

No que respeita aos tipos legais em apreço é de notar, antes de mais, o uso de um conceito indeterminado de “*idoso*” o qual não tem definição penal.

Conforme descrito na douta exposição de motivos que acompanha o projecto de lei em apreço a previsão de outras normas penais que punem de forma mais gravosa crimes contra idosos é de “*especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade*”

O uso de conceitos indeterminados em matéria penal deverá ser feito com parcimónia. Como projecção ou corolário do princípio de legalidade, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da CRP, o princípio da tipicidade, exige “*suficiente especificação do tipo de crime (ou dos*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

pressupostos das medidas de segurança), tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação”; “proibição da analogia na definição de crimes”; e “exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra directamente da lei” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, págs. 494). Na descrição da conduta proibida, a lei penal tem de ser certa, clara, precisa e rigorosa.

Assim, o conceito de “idoso” sem definição penal específica poderá redundar numa indeterminação inadmissível da previsão da norma penal.

*

O tipo legal é ainda omissivo quanto à punibilidade da tentativa. Sendo que, considerando a moldura penal e o disposto no art.23.º, n.º1, do Código Penal, tal implicará a não punibilidade da tentativa.

A não punibilidade da tentativa é uma opção legítima do legislador. Contudo, será incoerente com outros tipos legais que punem comportamentos semelhantes. A título de exemplo veja-se a coacção (art.154.º, n.º2, do Código Penal) e a usura (art.226.º, n.º2, do Código Penal).

*

Por fim, na redacção apresentada não é feita qualquer menção à natureza pública, semipública ou particular do crime em causa.

A ausência de referência implica que os crimes aqui previstos tenham natureza pública (cfr. art.48.º, do Código de Processo Penal).

Na actual redacção do Código Penal, e em crimes praticados no seio familiar, é frequente a previsão de uma excepção à natureza pública do crime. Neste sentido veja-se o crime de coacção quando praticado entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adoptantes e

adoptados, ou entre pessoas, de outro ou do mesmo sexo, que vivam em situação análoga à dos cônjuges (art.154.º, n.º4, do Código Penal). A finalidade desta excepção à legitimidade do Ministério Público visa manter na disposição do ofendido a perseguição penal dos seus familiares.

Ora, os tipos legais previstos no projecto em apreço poderão contender com relações familiares e suscitar a questão da intervenção penal não desejada.

*

Analisando cada alínea do novo tipo.

a) *Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, sem que se mostre assegurada a sua representação legal;*

*

Em primeiro lugar dir-se-á que, no que respeita à previsão da conduta ilícita, a previsão “*lavrar ato notarial*” limita, de forma injustificada a previsão de condutas de disposição patrimonial em que a liberdade da disposição esteja em causa.

De facto, a norma não visa proteger a autenticidade do acto notarial, mas proteger a pessoa idosa da disposição patrimonial corporizada naquele ato. Sendo que essa disposição poderá ser concretizada por via de ato de natureza não notarial. A título de exemplo é de referir a possibilidade de outorgar contrato-promessa com eficácia real em documento particular com reconhecimento presencial de assinaturas (art.410.º, n.º3, do Código Civil).

Por referência ao tipo legal da usura, previsto e punido, no art.226.º, do Código Penal, é punida a conduta de “*conceder ou*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária". Esta previsão, de conteúdo mais genérico, permite abranger vários tipos de disposição patrimonial em que a vontade do alienante, promitente ou donatário estava viciada ou era inexistente.

*

Uma segunda observação prende-se com a previsão de *"notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais"*. A expressão em causa é típica do direito civil, sendo uma previsão própria para invalidade do ato praticado.

Em direito penal a notoriedade ou evidência de um elemento do tipo é dispensada pela exigência do tipo subjectivo. Considerando que o tipo penal em apreço seria sempre um tipo doloso, exigirá sempre conhecimento dos diversos elementos do tipo. Nos termos do art.14.º, n.º1, do Código Penal, o dolo exige conhecimento de um facto que preenche o tipo penal (elemento cognitivo) e a vontade de o realizar (elemento volitivo).

Seja pela sua notoriedade ou por outra fonte de conhecimento o agente terá que ter sempre consciente que o ofendido era, naquele momento, pessoa alterada nas suas funções mentais.

A previsão, a manter-se como consta do projecto, terá o efeito perverso de excluir da previsão as situações em que a limitação das funções mentais do ofendido era conhecida do agente, mas não notória.

*

Por fim, no tipo legal em causa não se prevê nenhum tipo subjectivo especial para o crime em apreço.

Em infracções semelhantes no código penal prevê-se sempre, para além do dolo genérico, uma especial intenção de enriquecimento do agente (ainda que não directamente para si). A título de exemplo



veja-se “*Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa,*” (usura art.226.º); “*Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa*” (furto art.203.º, n.º1); “*Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa*” (roubo art.210.º, n.º1).

A doutrina caracteriza estes tipos penais como tipos de intenção ou de resultado cortado (Figueiredo Dias, “Direito Penal, Parte Geral”, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, pág. 330).

São crimes nos quais “*o tipo legal exige, para além do dolo do tipo, a intenção de produção de um resultado que todavia não faz parte do tipo legal*” (Figueiredo Dias, *ibidem*). O resultado não tem de verificar-se e não integra a factualidade típica do crime.

No caso em apreço a ausência do elemento subjectivo especial tem consequência no tipo de culpa, uma vez que retira censurabilidade à conduta.

Na redacção proposta será punida a conduta do interveniente que actua sem intenção de obter benefício para si ou para terceiro.

*

b) Coagir uma pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, a outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens;

*

A primeira nota respeita à expressão “*Coagir*”. Renovam-se nesta sede as observações a propósito do uso de conceitos indeterminados em previsões penais.

Em alternativa ao conceito indeterminado de coagir poderá o tipo ser construído com base no tipo da coacção, previsto e punido no art.154.º, do Código Penal. Na norma referida prevê-se que “*Quem, por*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa."

Ora, pensar esta al.b), como uma coacção especial sobre pessoa idosa esbarra em duas objecções.

Em primeiro lugar a conduta de, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger alguém a prática de qualquer acto, já é punida pelo tipo da coacção. Para que o tipo penal do art.154.º, n.º1, do Código Penal, esteja realizado não é necessário que a pessoa seja idosa, que esteja notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, nem que seja necessariamente uma procuração.

Em segundo lugar, a criação de um tipo especial de protecção adicional da pessoa idosa apenas faria sentido se a conduta fosse sancionada de forma mais gravosa. Ora, no projecto apresentado tal conduta seria punida com pena até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, ao passo o crime de coacção é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias (art.154.º, n.º1, e art.47.º, n.º1, ambos do Código Penal). Sendo que, quando o ofendido for pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, é punido apenas com pena de prisão de um a cinco anos (art.155.º, n.º1, al.b), do Código Penal)

Assim, seria menos gravoso coagir pessoa idosa, notoriamente limitada, à outorga de procuração. Sendo certo que a intenção não será a criação de um tipo privilegiado mas antes de um tipo agravado.

A conduta que é hoje punida apenas com pena de prisão de um a cinco anos passaria a ser punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

Considerando esta sobreposição, e na falta de outro fundamento de autonomização, deverá esta alínea ser eliminada.



*

Ainda no que respeita a esta al.b) renovam-se as objecções quanto ao uso da expressão “*notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais*”, tecidas quanto à al.a).

*

c) *Negar o acolhimento ou a permanência de pessoa idosa em instituição pública ou privada destinada ao internamento de pessoas idosas, por recusa desta em outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens ou em efetuar disposição patrimonial a favor da instituição em causa;*

*

A punição da conduta, pela avaliação da censurabilidade da mesma, é uma opção legítima de política legislativa.

Em termos dogmáticos o tipo penal poderá ser considerado como uma coacção especial. Sendo que, nesta previsão já não ocorre a sobreposição com o art.154.º, n.º1, do Código Penal. O “*Negar o acolhimento ou a permanência*” poderá ser subsumido à previsão de “*ameaça com mal importante*”.

Contudo, o crime de coacção exige, para sua consumação que o ofendido efectivamente adopte o comportamento ou omissão pretendida. “*A consumação do crime de coacção basta-se com o simples início da execução da conduta coagida. Se o objecto da coacção for a prática de uma acção, a coacção consuma-se, quando o coagido iniciar esta acção*” (AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 359.).

Assim, a conduta descrita na norma proposta seria enquadrável no crime de coacção na forma tentada.

Considerando esta parcial sobreposição é de rever a moldura sancionatória prevista.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

De facto, enquadrando a conduta típica num crime de coacção agravado na forma tentada a moldura punitiva seria de um mês a três anos e dois meses (art.154.º, n.º1, 155.º, n.º1, al.b), art.23.º, n.º2, e 73.º, n.º1, al.a) e b), do Código Penal).

Mais uma vez a intervenção legislativa teria como consequência, não pretendida, de atenuação da moldura penal aplicável.

*

Quanto a este tipo dir-se-á que, considerando a factualidade típica, a punição de pessoas colectivas será uma consequência necessária da previsão normativa. Contudo, e para que tal responsabilização seja possível, será necessária alterar o art.11.º, n.º2, do Código Penal, acrescentado o novo tipo ao elenco dos tipos penais que admitem responsabilização do ente colectivo.

*

d) Abandonar pessoa idosa em hospitais ou outros estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde, quando a pessoa idosa se encontre a cargo do agente;

*

A previsão do tipo legal é coerente com o esforço de aumento da tutela penal das pessoas idosas.

Assim, e sem prejuízo das observações já referidas quanto ao uso da expressão “*idosa*”, dir-se-á apenas que a referência final de “*quando a pessoa idosa se encontre a cargo do agente*” poderia ser substituída por uma redacção semelhante ao crime de maus tratos, previsto e punido no art.152.º-A, do Código Penal. Aproveitando o sujeito “Quem” no início do artigo, da al.d) constaria “*Tendo ao seu cuidado, à sua guarda, pessoa idosa, a abandonar em hospitais ou outros estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde*”.

*

e) Impedir ou dificultar o acesso de pessoa idosa à aquisição de bens ou à prestação de serviços de qualquer natureza, em razão da idade;

*

A redacção da al.e) suscita reservas pela excessiva amplitude da previsão. De facto, a conduta é demasiado abrangente e desprovida de censurabilidade própria.

Se quanto à aquisição de bens ou a prestação essenciais não haverá dúvidas quanto à legitimidade da intervenção penal, o mesmo já não acontece para a prestação de serviços de qualquer natureza.

O princípio da *ultima ratio* do direito penal implica que só intervenha quando a lesão de bens jurídicos assume uma gravidade justificativa da intervenção do sistema jurídico e da justiça na limitação da liberdade individual.

Neste ponto sancionar penalmente o fornecedor de bens ou o prestador de serviços não essenciais que os recusa a pessoa idosa será uma intervenção penal excessiva.

**

No que respeita às alterações propostas aos artigos 184.º e 218.º.

Alteração ao Código Penal:

«Artigo 184.º

[...]

As penas previstas nos artigos 180.º, 181.º e 183.º são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for uma das pessoas referidas nas alíneas c) e l) do n.º 2 do artigo 132.º, no exercício das suas funções ou por causa delas, ou se o agente for funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.

Artigo 218.º



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

[...]

1 - [...].

2 - [...]:

a) [...];

b) [...];

c) [...];

d) [...]; ou

e) *A atuação envolver um plano, campanha ou promoção destinados a induzir alguém a adquirir bens ou serviços que não solicitou previamente, executada através de contactos telefónicos da iniciativa do promotor do plano, campanha ou promoção.*

3 - [...].

4 - [...].»

*

A alteração ao art.184.º, do Código Penal, visa um alargamento do tipo agravado dos tipos penais do art.180.º (injúria), art.181.º (difamação), art.183.º (publicidade e calúnia).

Actualmente a redacção da norma prevê apenas como agravado o crime quando o ofendido for uma das pessoas mencionadas na al.l), do n.º2, do art.132.º, do Código Penal, “*membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão do governo próprio das regiões autónomas, Provedor de Justiça, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, solicitador, agente de execução, administrador judicial, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente,*



examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas”

A extensão desta agravação para a al.c), do n.º2, do art.132.º, implicará a agravação quando o ofendido for “*pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;*”.

Sendo esta extensão uma opção de política legislativa não se deixa de observar que a equiparação da injúria dirigida a um órgão de polícia criminal, por exemplo, com a injúria dirigida a uma pessoa idosa, altera a *ratio legis* do tipo agravado.

Na actual redacção a agravação justifica-se quer pela especial dignidade profissional que inere a tais funções e cargos sendo que o agente tem de ter conhecimento de que o lesado tem tal função ou cargo e pretender ofendê-lo quer pela especial responsabilidade e poder que detém a quem exerce tal função.

A lógica do legislador assenta, pois, na ideia de que o estatuto funcional quer na óptica do sujeito passivo quer na óptica do sujeito activo acrescenta uma mais valia à honra que tem de ser especialmente tutelada. (JOSÉ DE FARIA COSTA, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 652.).

Por outro lado, na actual redacção o legislador embora tenha utilizado alínea do n.º2 do Art.º 132.º, do Código Penal não as aliou à verificação de qualquer especial perversidade ou censurabilidade, afastando, assim, a técnica da conjugação dos conceitos indeterminados com exemplos-padrão. A eventual extensão das referências às alíneas do n.º2, do art.132.º, deverá ter em consideração tal circunstância.

*

A alteração ao art.218.º, do Código Penal, consiste na introdução de um novo fundamento de burla qualificada.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

De acordo com a redacção proposta seria qualificada a burla praticada através de *“atuação envolver um plano, campanha ou promoção destinados a induzir alguém a adquirir bens ou serviços que não solicitou previamente, executada através de contactos telefónicos da iniciativa do promotor do plano, campanha ou promoção”*

Exclusivamente enquanto fundamento de agravação, e na medida em que pressupõe a verificação do tipo base do art.217.º, do Código Penal, nada há a objectar à alteração projectada.

Lisboa, 5 de Janeiro de 2016

Ruben Oliveira Juvandes

Juiz de Direito/Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM