

BEM JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE A OBRIGAÇÃO ESTADUAL DE PROTECÇÃO E A PROIBIÇÃO DO EXCESSO^(*)

Nuno BRANDÃO

I. O conceito material de crime e os direitos fundamentais

1. De acordo com a doutrina penal portuguesa largamente dominante⁽¹⁾, desde sempre acompanhada pela jurisprudência constitucional nacional⁽²⁾, é na Constituição que o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material. Significa isto que, repousando na Constituição “o critério regulador da actividade punitiva do Estado”⁽³⁾, é nela que, em última instância, se funda a exigência de

^(*) Foi com o Senhor Doutor Costa Andrade que, logo como seu aluno da licenciatura, dei os meus primeiros passos no mundo das ciências penais. E tenho seguido na sua pegada vida fora, sempre aprendendo, com as suas lições e com o seu exemplo. Serve este estudo como singela retribuição que há muito lhe devo, pelo muito que lhe devo.

⁽¹⁾ Pela generalidade da doutrina penal nacional, DIAS, Jorge de Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, *RLJ*, n.º 3998, 2016, p. 250 e ss. e ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, 2/1992, p. 178 e ss., e “Constituição e Direito Penal”, *in: A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa, FLAD, 1997, p. 201 e ss.

⁽²⁾ Cf. ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, Relatório Português à XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, *in: www.tribunalconstitucional.pt*, 2011, p. 5 e ss.

⁽³⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *RLJ*, 117.º ano, 1984-1985, n.º 3718, p. 11; e ainda, entre outros, BRITO, José de Sousa e, “A lei penal na Constituição”, *in: Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, p. 197 e ss., e ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 200, num pensamento de fundo que remonta, pelo menos, a SAX, Walter, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, *in: Bettermann / Nipperdey / Scheuner (orgs.), Die Grundrechte, Band 3., Halbband 2.: Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 911.

que a função do direito penal seja *somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos* e ainda que a densificação do conteúdo dos bens jurídico-penais tenha como *referente a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos*.

Será assim de reconhecer, fundamentalmente na esteira de Figueiredo Dias, que o direito penal português deve ser comandado pelo *princípio jurídico-constitucional* de que “todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico”⁽⁴⁾, residindo por isso na Constituição o quadro referencial dos bens jurídico-penais⁽⁵⁾.

Tanto do lado da doutrina como do lado da jurisprudência é comum o apelo ao art. 18.º, n.º 2, da Constituição para reforçar este pensamento de estrita vinculação do direito penal à ordenação axiológico-constitucional dos bens jurídicos. Pois, como entende Figueiredo Dias, se de acordo com esse preceito “as restrições dos direitos, liberdades e garantias (em que sempre se traduz uma criminalização) devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos»; – torna-se então indiscutível a ideia (...) segundo a qual entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos *tem de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência*”⁽⁶⁾.

Parece-nos ser plenamente válida e justificada esta ponte que assim se lança entre o problema da legitimação material da actividade penal e o regime constitucional especificamente previsto para a *limitação* dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Da criminalização de um comportamento resultam e podem resultar numerosas e sensíveis limitações dos direitos, liberdades e garantias das pessoas destinatárias da incriminação⁽⁷⁾ e por isso nada mais natural do que submetê-la ao crivo constitucionalmente previsto para as restrições desses direitos fundamentais. Determinando a Constituição que tais limitações só se justificam na medida do necessário para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º-2)⁽⁸⁾, só pode concordar-se com Figueiredo Dias quando considera ser *indiscutível* que daqui resulta uma influência decisiva para a determinação dos bens jurídicos que o direito penal *pode* legitimamente tutelar. Esses bens jurídicos, os bens jurídico-penais, deverão corresponder a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. E isto pela razão elementar de que será inconstitucional a limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas que é inerente a qualquer acto de criminali-

⁽⁴⁾ DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, p. 251, e Ac. do TC n.º 179/2012 (AcsTC 83.º, p. 28).

⁽⁵⁾ Desenvolvidamente, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica, 1995, p. 195 e ss. e *passim*.

⁽⁶⁾ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 11.

⁽⁷⁾ Para uma consideração exaustiva desses efeitos, LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 78 e ss.

⁽⁸⁾ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 391 e s.

zação se este for determinado por um propósito de tutela de direitos ou interesses *sem relevo* constitucional⁽⁹⁾.

2. O lugar de primeiro plano assumido pelos direitos fundamentais no círculo dos bens jurídico-penais constitui um reflexo natural da sua importância cimeira na ordem dos valores constitucionais e do papel-chave na defesa desses interesses desde sempre atribuído ao direito penal. Estando em causa bens jurídicos de eminente relevo social, nada mais natural do que chamar para sua protecção o ordenamento sancionatório que conta com os mais severos instrumentos punitivos de que a ordem jurídica dispõe. E na inversa, justamente porque o direito penal representa a mais poderosa e severa reacção ao ilícito de que o sistema jurídico pode lançar mão sobre os cidadãos, deve a sua acção circunscrever-se às ofensas mais significativas dos mais importantes interesses individuais e colectivos constitucionalmente reconhecidos.

Se se repisam estas evidências é só para fazer notar que um ponto e outro representam, em todo o caso, dimensões distintas do problema da legitimação material do direito penal. Na primeira vertente está em causa saber quando é que o direito penal *pode ou eventualmente deve ser chamado* a intervir com o seu arsenal sancionatório, isto é, uma questão de *legitimação positiva*, de definição de uma função; ao passo que na segunda vertente o que está em causa é saber quando é que o direito penal *não pode actuar*, ou seja, uma questão de *legitimação negativa*, de demarcação de um limite.

Sucedem que a recorrente e certa invocação do art. 18.º-2 da CRP a que entre nós se assiste como trunfo imbatível na discussão sobre a legitimação material do direito penal releva apenas nesta *dimensão negativa*, não tendo porém o condão de cunhar positivamente os termos da actuação penal. Na realidade, tendo o n.º 2 do art. 18.º da Constituição como escopo regular as restrições dos direitos fundamentais das pessoas, a sua acção normativa dirige-se à protecção daqueles que possam cair sob a alçada punitiva de um eventual tipo incriminador e não à tutela dos bens jurídicos ameaçados pela prática do facto típico. Dando corpo ao *princípio da proibição do excesso*, dele decorre, em suma, aquilo que o direito penal *não* pode fazer: o direito penal *não* está autorizado a restringir os direitos fundamentais dos cidadãos para salvaguarda de outros direitos ou interesses *não* constitucionalmente protegidos. Mas, porque a *ratio* deste art. 18.º-2 da CRP é

⁽⁹⁾ Logo por isto parece-nos não assistir razão a COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 199, quando, pretendendo desvincular a ordem dos bens jurídico-penais da ordem dos bens jurídico-constitucionais, acaba por responder afirmativamente a questão de saber se “pode a ordem penal, em alguma circunstância, proteger bens ou valores que não encontrem correspondência directa ou imediata na Lei Fundamental” (p. 193 e s.).

apenas a de limitar as restrições aos direitos, liberdades e garantias, dele já não decorre aquilo que o direito penal pode fazer ou a função que deve assumir⁽¹⁰⁾.

Na palavra esclarecedora de Winfried Hassemer, a ideia de bem jurídico releva aqui no seu sentido originário, como princípio negativo, de limitação do direito penal e não, portanto, do lado da justificação do direito penal⁽¹¹⁾: “este princípio não dirige ao legislador qualquer imposição de criminalização ou de ameaça penal ali onde esteja em causa a protecção de um bem jurídico, mas antes, pelo contrário, uma proibição de criminalização no caso de se não divisar qualquer bem jurídico”⁽¹²⁾.

Não ignoramos que o pensamento de legitimação penal pelo bem jurídico tal qual foi traçado por Figueiredo Dias e colhe a adesão maioritária da doutrina e da jurisprudência nacionais vai bem mais longe daquilo que é consentido por esta perspectiva de cariz negativo, pretendendo, muito mais do que isso, acolher-se na proposição do n.º 2 do art. 18.º da Constituição para a partir dela sustentar, *pela positiva*, o princípio de que o direito penal deve assumir como missão uma função de protecção de bens jurídicos⁽¹³⁾. Posição que espelha a iniludível dialéctica “entre as funções delimitativas tradicionalmente postas em primeiro plano e o significado «fundante» que em termos lógicos lhe é indissociável” há já longo tempo identificada por Domenico Pulitanò⁽¹⁴⁾. Compreende-se o raciocínio: se não é constitucionalmente legítima uma intervenção penal para tutela de bens jurídicos sem dignidade constitucional; então, o direito penal deve ser concebido como uma ordem de tutela de bens jurídicos com respaldo constitucional.

É nossa firme convicção que a única missão a que o direito penal pode e deve aspirar é a da tutela subsidiária de bens jurídicos. Divergimos, todavia, daquela

⁽¹⁰⁾ Assim, PULITANÒ, Domenico, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 495, e numa direcção próxima LAGODNY, Otto, “Basic rights and substantive criminal law: the incest case”, *University of Toronto Law Journal*, n.º 61, 2011, p. 767 e ss.

⁽¹¹⁾ HASSEMER, Winfried, “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 59, retomando a sua concepção sobre o princípio do bem jurídico como princípio de legitimação negativa desenvolvida no seu *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973, p. 194 e ss. (esp. p. 216 e ss.). Para uma adesão, na doutrina portuguesa, a esta ideia de legitimação negativa oferecida pelo conceito de bem jurídico proposta por Hassemer, cf. ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s.

⁽¹²⁾ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 61.

⁽¹³⁾ Abertamente neste sentido, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 6.º Cap., § 3, ao afirmar que “o conceito material de crime (...) constitui-se padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele *pode e deve criminalizar* e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito penal” (it. nosso).

⁽¹⁴⁾ PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 494 e s.

que é a este propósito a corrente dominante entre nós quanto à sustentação desta proposição fundamental, designadamente, no que respeita à invocação do princípio da proibição do excesso (*sc.*, do art. 18.º-2 da CRP) para apontar e fundar, *pela positiva*, as escolhas da criminalização.

A conexão entre o direito penal e a ordem constitucional dos direitos fundamentais há muito⁽¹⁵⁾ proposta por Figueiredo Dias aponta na direcção certa, devendo ser-lhe reconhecido o mérito de se ter afirmado entre nós como o primeiro e decisivo passo no sentido de uma interpenetração do discurso legitimador da criminalização (e, como tal, do próprio direito penal) com o pensamento constitucional sobre os direitos fundamentais. Tal passo permitiu que frutificasse e se consolidasse na doutrina penal nacional – sendo aqui justo destacar os decisivos contributos para tanto não só de Figueiredo Dias como também de Costa Andrade⁽¹⁶⁾ e de Conceição Cunha⁽¹⁷⁾ – um valioso património dogmático de densificação do princípio constitucional da *proibição do excesso* conformado pelas especificidades das exigências postas pelas características próprias do direito penal, sobretudo através das categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal. Mas estamos em crer que esse mesmo passo de “reconstrução jurídico-penal da proibição do excesso”⁽¹⁸⁾ abre ainda caminho a que a compreensão sobre a função de protecção de bens jurídicos que – como é entendido, porventura unanimemente, entre nós – deve caracterizar o direito penal possa *colher o influxo* das linhas de força já relativamente estabilizadas que marcam as funções constitucionalmente impostas aos direitos fundamentais.

II. As funções de defesa e de obrigação de protecção assumidas pelos direitos fundamentais

3. Na sua formulação clássica⁽¹⁹⁾, de índole liberal⁽²⁰⁾, os direitos fundamentais exprimem um significado de defesa do cidadão perante o Estado. Sob esta

⁽¹⁵⁾ Uma via já antes aberta, na doutrina italiana, por BRICOLA, “Teoria Generale del Reato”, *in*: Azara / Eula (dir.), *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, UTET, 1973, p. 7 e ss.

⁽¹⁶⁾ ANDRADE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, *in*: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 227 e s., nota 34, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 20 e ss., “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 178 e ss., e “Constituição e Direito Penal”, p. 201 e ss.

⁽¹⁷⁾ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», *passim*.

⁽¹⁸⁾ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 60.

⁽¹⁹⁾ PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontexte – Überblick und neue Aspekte”, *Juristische Schulung*, 1994, p. 748, e VOßKUHLE, Andreas / KAISER, Anna-Bettina, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, *Juristische Schulung*, 2011, p. 411.

⁽²⁰⁾ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1530 e ss.

perspectiva, desempenham uma função de protecção das pessoas face a possíveis investidas estaduais, em todas as suas eventuais formas de poder, que representem uma ameaça para os valores jusfundamentais que lhes correspondam. Dada a sua génese liberal, trata-se de uma função especialmente conotada com os chamados *direitos fundamentais de primeira geração*⁽²¹⁾, abrangendo direitos ditos fundamentalíssimos⁽²²⁾ como a vida, a integridade pessoal, a liberdade física e de consciência, bem como outros interesses individuais de natureza pessoal e patrimonial como a honra, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência ou a propriedade, etc., comumente agregados sob a designação de *direitos de liberdade*⁽²³⁾ (*Freiheitsrechte*⁽²⁴⁾). Esta função de defesa postula uma relação bilateral⁽²⁵⁾ entre o Estado e o cidadão, na qual os direitos fundamentais são opostos ao Estado como barreiras para deter os ataques que este pretenda desferir sobre o particular. Sob este prisma, os direitos fundamentais são concebidos como autênticos direitos subjectivos detidos pelo cidadão na sua relação com o Estado e que ele pode opor ao Estado. Os direitos fundamentais são aqui, em suma, *direitos de defesa*⁽²⁶⁾ (na terminologia alemã, *Abwehrrechte*⁽²⁷⁾), nomeadamente, de defesa *contra o Estado*, sendo portanto encarados como *direitos subjectivos de defesa*⁽²⁸⁾.

Contraponto dos direitos subjectivos imanentes aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa dos cidadãos é, por sua vez, o dever que sobre o Estado

(21) ASSIM, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.^a ed., IX, § 191, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, n.º m. 16 e s.

(22) ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 98, e ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico”, *Criminalia*, 2011, p. 36.

(23) CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 395, e MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 100 e ss.

(24) PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht*, II, 28.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2012, n.º m. 37, e desevolvidamente, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 309 e ss.

(25) ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 4 e ss.

(26) Entre nós, por outros, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, pp. 51 e ss. e 107 e ss., CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*^l, p. 407 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, in: Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Art. 18.º, p. 342.

(27) Cf., por todos, o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 15-01-1958, no caso Lüth, *BVerfGE* 7, 198, p. 204, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 174 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 2 e ss. e 47 e ss.

(28) Assim, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 1635, e SARLET, Ingo Wolfgang, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”, *BFDUC*, 81.º vol., 2005, p. 345.

recai de se abster de os ofender⁽²⁹⁾. Via de regra, o Estado encontra-se proibido de ameaçar, atacar, agredir, lesar, *etc.* direitos fundamentais das pessoas. Quando, porém, deva intrometer-se na esfera dos direitos fundamentais, continua o Estado obrigado a conformar a sua ingerência pelo princípio da proibição do excesso e a deixar intacto o seu núcleo essencial (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP). Uma vez que, num Estado de direito material, é pelo direito penal que um cidadão pode sofrer a mais pesada compressão dos seus direitos de liberdade às mãos do Estado, é evidentemente nesta face dos direitos fundamentais como direitos de defesa dos cidadãos que entronca toda a discussão jurídico-penal orientada pelo propósito de limitação do poder punitivo penal do Estado, incluindo, logo à cabeça, o paradigma do bem jurídico que nela avulta⁽³⁰⁾. Um paradigma que, como aponta Hassemer, se inscreve pois na “clássica função dos direitos fundamentais como direitos de defesa”⁽³¹⁾. Com efeito, não é seguramente obra do acaso, mas antes sinal de uma indissolúvel imbricação mútua, que o ideário iluminista e liberal haja sido o berço tanto do pensamento penal do bem jurídico⁽³²⁾, como da mundivisão constitucional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Tanto assim, que “o aspecto primeiro e mais relevante na história dos direitos fundamentais parece ter sido o da protecção contra a detenção e incriminação arbitrárias”⁽³³⁾.

Concebidos os direitos fundamentais (apenas) como direitos de defesa em face do Estado, não será por via deles que poderão legitimar-se, pela positiva, as intervenções estaduais de facto direccionadas para a tutela de valores jusfundamentais⁽³⁴⁾.

⁽²⁹⁾ Como adverte NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 72, não será, em todo o caso, correcto associar a esta função de defesa apenas uma dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, dado que o dever de abstenção que neste contexto se projecta sobre o Estado assume uma natureza objectiva. Ainda neste sentido, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 144 e 194.

⁽³⁰⁾ Esta concepção do bem jurídico antes e acima de tudo como um freio ao poder penal do Estado transparece muito nitidamente em toda a obra de Figueiredo Dias e de Claus Roxin, porventura os mais estrénuos defensores da ideia de bem jurídico nas doutrinas penais portuguesa e alemã – cf., por último, DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, *passim*, e ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013, *passim*.

⁽³¹⁾ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 59.

⁽³²⁾ Cf. ANDRADE, Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 42 e ss., ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, § 2, n.º m. 7 e ss., e DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, p. 33.

⁽³³⁾ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, p. 52, nota 4.

⁽³⁴⁾ Por isso mesmo, como logo intuíram os juizes do Tribunal Constitucional Federal alemão Rupp-v.Brünneck e Simon no seu voto de vencidos ao primeiro acórdão deste Tribunal sobre a interrupção voluntária da gravidez, “os direitos fundamentais como direitos de defesa são logo à

4. Essa legitimação positiva deverá buscar-se antes na *dimensão objectiva* que os direitos fundamentais igualmente encerram, mais precisamente na função que lhes é inerente, de protecção de bens jusfundamentais que ao Estado é cometida⁽³⁵⁾. Esta função, desvelada pela jurisprudência constitucional federal alemã⁽³⁶⁾, tem um destinatário preciso: o Estado. E consubstancia-se numa obrigação posta sobre o Estado de tomar as medidas necessárias para proteger adequada e eficientemente bens jurídicos de valia constitucional jusfundamental em relação a ameaças que possam ter a sua génese em comportamentos dos particulares em geral. Daí que se diga que, sob este ponto de vista, o Estado se transfigura num amigo dos direitos fundamentais, em contraste com a sua tradicional caracterização como Estado inimigo dos direitos fundamentais⁽³⁷⁾.

Sendo essa uma eminente tarefa estadual, com ela devem estar comprometidos todos os poderes estaduais, o legislativo, o administrativo e o judicial, cabendo, naturalmente, o papel central ao poder legislativo. É do legislador que, na verdade, atenta a sua legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes⁽³⁸⁾, se espera o essencial da definição do *quando* e sobretudo do *como* da prossecução da acção estadual de tutela de direitos fundamentais⁽³⁹⁾.

Nesse papel, o legislador dispõe de uma ampla margem de liberdade de decisão e de conformação⁽⁴⁰⁾, cuja sindicabilidade constitucional é ainda mais lassa do que

partida inidóneos para impedir uma batida em retirada de prescrições penais decidida pelo legislador” (Ac. de 25-02-1975, *BVerfGE* 39, 1, p. 71).

⁽³⁵⁾ Acolhendo o essencial da ideia do dever de protecção como projecção da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, *v. g.*, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 123 e s., CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 273 e s., CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, pp. 273 e 407 e ss., AMARAL, Diogo Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque”, *RDES*, 2000, n.ºs 3 e 4, p. 356 e ss., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 86 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 342 e ss., e ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, pp. 137 e ss., 164 e s. e 205.

⁽³⁶⁾ Para uma descrição desta jurisprudência, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 586 e ss.

⁽³⁷⁾ Sobre esta mudança de papéis, por tantos outros, STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 273 e ss.

⁽³⁸⁾ Fundamental, BACHOF, Otto, “Estado de direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política”, *BFDUC*, 56.º vol., 1980, p. 1 e ss.

⁽³⁹⁾ Nestes termos, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 89 e s., ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 149 e ss., e o Ac. do TC n.º 101/2009, *AcTC* 74.º, p. 114, citando Klaus Stern: “o legislador é o destinatário preferencial dos deveres de protecção”.

⁽⁴⁰⁾ Assim, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 39, 1, p. 45 e ss.), objecto, porém da crítica de BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19, justamente por ter ido longe de mais na sua sindicância da discricionariedade legislativa. Na mesma direcção, também o

aquela que em regra vale para a apreciação das restrições aos direitos fundamentais⁽⁴¹⁾, já de si beneficiária de uma atitude de larga tolerância e de autocontenção da parte da jurisprudência constitucional, fruto da *judicial self-restraint* que por regra caracteriza a actividade de fiscalização da constitucionalidade⁽⁴²⁾.

Deve-se sobretudo a Robert Alexy a compreensão hoje dominante acerca da estrutura do dever de protecção e sua contraposição com a função de defesa dos direitos fundamentais⁽⁴³⁾, geralmente aquela que, no fundo, através das categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal, é convocada pela doutrina penal para concretização do conceito material de crime. Determinando o dever de protecção uma acção do Estado, um *facere* – e não, como sucede na sua vertente de defesa face ao Estado, uma abstenção estadual, um *non facere* –, poderá ele materializar-se tanto sob a forma de acções estaduais materiais ou fácticas, como sob a forma de acções estaduais normativas⁽⁴⁴⁾, traduzindo-se estas últimas, de acordo com Alexy, em “direitos a actos de normação estaduais”⁽⁴⁵⁾. Sob este ponto de vista jusfundamental, poderá falar-se aqui num direito a uma prestação (*Leistungrecht*), exacto contrapólo do conceito de direito de defesa (*Abwehrrecht*) e de acordo com o qual um qualquer direito a uma conduta activa do Estado corresponde a um direito a uma prestação⁽⁴⁶⁾. Integram-se aí actos estaduais tão díspares como aqueles que vão desde “a protecção do cidadão em relação a outros cidadãos através de normas jurídico-penais, passando pela previsão de normas

nosso Tribunal Constitucional, *v. g.*, nos Acs. n.ºs 85/85, 75/2010 e 101/2009: “No cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem. (...) *Esta margem de livre apreciação aumenta quando está em causa a protecção penal*” (*AcsTC 74.º*, p. 114, it. nosso). E na doutrina, BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19, CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184, 1984, p. 227, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1637, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, *in*: K. Lüderssen (org.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 152 e s., ROXIN, AT4, § 2, n.º m. 95, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 369, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 344, e ANTUNES, Maria João, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, *in*: Alves Correia *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra Editora, 2013, p. 101 e ss.

⁽⁴¹⁾ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010, *AcsTC 77.º*, p. 181.

⁽⁴²⁾ Cf. BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 8 e ss., e supra, § 14.3, 3, e ANTUNES, Maria João, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, p. 98.

⁽⁴³⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, pp. 179 e ss., 401 e ss. e (esp.) 410 e ss.

⁽⁴⁴⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 179 e s.

⁽⁴⁵⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 180, que dá como exemplo, nem mais, nem menos, do que o direito do nascituro à protecção *através de normas jurídico-penais*.

⁽⁴⁶⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 402.

organizatórias e procedimentais até à disponibilização de prestações pecuniárias e materiais”⁽⁴⁷⁾.

A satisfação do dever de protecção poderá passar pelo recurso a prestações fácticas, mas assentará fundamentalmente em *prestações estaduais de cariz normativo*⁽⁴⁸⁾, designadamente, na emissão de legislação, seja ela de que ordem for⁽⁴⁹⁾: administrativa, civil⁽⁵⁰⁾, penal⁽⁵¹⁾, contra-ordenacional⁽⁵²⁾, processual⁽⁵³⁾, etc. A consideração dos instrumentos normativos a lançar mão para este efeito deve levar em linha de conta a profunda e prenhe de significado diversidade estrutural que separa as distintas funções de defesa ante o Estado e de protecção ante terceiros através do Estado que integram a ideia de direitos fundamentais⁽⁵⁴⁾. Como explicita Alexy, neste passo expressamente seguido pelo nosso Tribunal Constitucional⁽⁵⁵⁾, sob a óptica da sua função de defesa face ao Estado, o direito fundamental postula uma *proibição*, a proibição de *toda e qualquer* conduta estadual que com ele contenda; mas já sob a perspectiva da função de protecção face a terceiros implica uma *imposição*, só que não de uma imposição de uma qualquer acção, mas antes daquela concreta acção que se mostre adequada e eficaz à sua protecção⁽⁵⁶⁾. Uma imposição que coenvolve a necessidade de uma *escolha* de entre um leque de opções de tutela frequentemente diversificado e leva portanto as mais das vezes implicada uma irreduzível e ampla margem de apreciação (*Spielraum*)⁽⁵⁷⁾.

5. Neste quadro do dever estadual de protecção, agindo o Estado, via de regra, para proteger um indivíduo perante outro, desenha-se tendencialmente

⁽⁴⁷⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 403.

⁽⁴⁸⁾ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 150 e ss., CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 281 e ss., STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247, e na esteira deste, citando um seu estudo anterior em que atribuía já à mediação legal este papel determinante, o Ac. do TC n.º 101/2009 (*AcsTC 74.º*, p. 114).

⁽⁴⁹⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 410.

⁽⁵⁰⁾ CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227.

⁽⁵¹⁾ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 152.

⁽⁵²⁾ Referindo-se expressamente às normas contra-ordenacionais, mencionando-as em parelha com as normas penais, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 267 e 294.

⁽⁵³⁾ VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali”, in: *Studi in Onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, *passim*.

⁽⁵⁴⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 415 e s.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Acs. do TC n.ºs 75/2010 (*AcsTC 77.º*, p. 166 e s.) e 270/2010 (*AcsTC 78.º*, p. 372 e s.), e já antes também, na dogmática portuguesa, CANOTILHO, J. J. Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, in: Figueiredo Dias *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 114 e ss.

⁽⁵⁶⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420.

⁽⁵⁷⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420 e s.

uma relação tripolar, de forma triangular, que pode, em todo o caso, assumir feições mais complexas, de tipo poligonal, se nela entrarem mais vítimas e mais agressores⁽⁵⁸⁾.

A relação triangular, ou eventualmente multipolar, característica do dever estadual de protecção tem a singularidade de se traduzir numa “interacção entre dois portadores de direitos fundamentais e o Estado”⁽⁵⁹⁾: frente a frente, nos vértices inferiores da figura, temos os particulares, de um lado o titular do bem jusfundamental ameaçado e do outro aquele que representa a fonte de perigo para tal bem; e entre um e outro, ocupando o vértice superior, aparece-nos o Estado⁽⁶⁰⁾. Ao interpor-se nesta relação privada e regulando os termos em que pode ela ser licitamente desenvolvida – *v. g.*, impondo deveres, conferindo direitos, eventualmente cominando sanções, *etc.* –, o Estado é animado pelo propósito de prevenir a afectação da integridade do bem ameaçado. Actua como guardião de quem é titular do bem jusfundamental perante quem surge nas vestes de agressor, cumprindo, em suma, o seu *dever de protecção* de direitos fundamentais. Acontece que esse papel protector assumido pelo Estado representa normalmente uma tomada de posição numa situação de conflito entre privados⁽⁶¹⁾. Mais, regra geral, tal tomada de posição tem para o (potencial) agressor o significado de uma intromissão estadual na sua própria esfera de direitos fundamentais⁽⁶²⁾, desde logo, pelo menos, no plano da sua liberdade geral de acção e no extremo eventualmente até do da sua liberdade física, caso à conduta seja atribuída relevância penal e seja aplicada pena de prisão. Trata-se, por conseguinte, de “uma protecção através de ingerência”⁽⁶³⁾, pelo que, quando voltado para este último indivíduo, a feição que o Estado lhe mostra não é a do “amigo protector”, mas a do “inimigo agressor”. Razão pela qual, para essa pessoa, os direitos fundamentais funcionam aqui como *direitos de defesa* contra o Estado, convocando o princípio da proibição do excesso.

⁽⁵⁸⁾ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 5, nota 8.

⁽⁵⁹⁾ PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 748.

⁽⁶⁰⁾ Adoptam esta configuração LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 11 e s., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 122 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 343.

⁽⁶¹⁾ Esta dimensão de conflito é especialmente acentuada por MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 30 e ss. e *passim*.

⁽⁶²⁾ Entendendo também que esta será a situação-regra, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 343.

⁽⁶³⁾ UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 80 e ss., para quem será rara uma protecção estadual desacompanhada de uma ingerência (p. 88).

A imagem triangular mostra bem a ambivalência dos direitos fundamentais, revelando o rosto de Jano com que o Estado se apresenta neste confronto⁽⁶⁴⁾. Mas revela ainda aquilo que neste contexto pretendemos significar, nomeadamente, que é na vertente do dever de protecção que surge o impulso para as medidas estaduais protectoras de direitos fundamentais, incluindo as penais, nela radicando portanto o fundamento que, positivamente, permite cobrir de legitimidade material a intervenção estadual.

Assim, paradigmaticamente, quando o legislador tipifica como crime o homicídio, o aborto ou a ofensa à integridade física actua animado e legitimado pelo cumprimento da sua eminente obrigação de tutela de bens jurídicos como a vida humana de pessoa já nascida⁽⁶⁵⁾, a vida humana intra-uterina⁽⁶⁶⁾ e a integridade física⁽⁶⁷⁾, radicados nos direitos fundamentais à vida e à integridade pessoal consagrados nos arts. 24.º e 25.º da Constituição. Daí que se possa afirmar, com Isensee, que a “a ameaça legal penal constitui um meio pelo qual o Estado dá cumprimento ao seu dever de protecção”⁽⁶⁸⁾, representando até, porventura, nas palavras de Jorge Pereira da Silva, “a forma paradigmática de protecção de direitos fundamentais”⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁴⁾ SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 48.

⁽⁶⁵⁾ Integrando a criminalização do homicídio no quadro dogmático dos imperativos de tutela jusfundamentais, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, pp. 399 e 409, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, p. 182, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 413, e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2703 e s. Ainda nesta direcção, destacando a especial relevância da teoria dos deveres de protecção quando está em causa o direito à vida, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 367.

⁽⁶⁶⁾ Para uma recondução da incriminação do aborto ao dever estadual de protecção da vida intra-uterina, cf., além da jurisprudência constitucional já recenseada (Acs. do TC n.ºs 85/85, 288/98 e 75/2010; e Acs. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-02-1975 e de 28-05-1993, *BVerfGE* 39, 1, e 88, 203), LOUREIRO, João, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa)”, *BFDUC*, 74.º vol., 1998, p. 352 e ss., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 112 e ss., e *Direito Constitucional*, p. 273, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*⁴, I, p. 449 e s., SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 48 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 344 e s., e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, Nótula antes do art. 142.º, § 10 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Cf. AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 367, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, p. 164 e s., e MARQUES, Pedro Garcia, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 25.º, p. 557.

⁽⁶⁸⁾ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 152. Nos mesmos termos, SARLET, Ingo, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais”, p. 358 e s., e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2703 e s.

⁽⁶⁹⁾ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 46. Próximo desta ideia, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, p. 250 e s.

É certo que isso não é suficiente para, sem mais, afirmar a legitimidade da acção protectora do Estado, tudo dependendo ainda da conformidade constitucional da intromissão restritiva, *maxime* da observância do princípio da proibição do excesso. Dito na gramática penal, caso se trate de realidade normativa com relevo criminal, tudo dependendo ainda da dignidade penal do facto e da sua necessidade de pena. Mas estas categorias são um *posterius* de legitimação pela negativa; e não um *prius* de legitimação positiva, sendo, como tal, insusceptíveis de, em primeira linha, orientar o rumo da intervenção penal. Por outras palavras, colhidas da nossa jurisprudência constitucional, são o ponto de chegada e não o ponto de partida da decisão legislativa sobre a criminalização e da sua legitimação⁽⁷⁰⁾.

6. Assim, consideradas estas linhas de força do paradigma constitucional jusfundamental, será possível delinear, mesmo que só esquematicamente, os eixos legitimadores das intervenções estaduais penais no quadro de duas das grandes e essenciais funções dos direitos fundamentais, a *função de defesa contra o Estado* e a *função do dever estadual de protecção contra terceiros*. Nenhuma delas se subordina, em regra, à outra, ambas devendo considerar-se funções plenamente autónomas. Mais, nenhuma delas detém relevância maior do que a outra⁽⁷¹⁾, não sendo, porém, de excluir que, em caso de conflito insanável entre ambas, alguma delas deva ceder, cabendo aí a primazia, em regra, à função de defesa face ao Estado (cf. art. 18.º-3 da CRP).

III. O dever estadual de protecção como ponto de partida de legitimação material (positiva) da intervenção penal

7. O *ponto de partida* do programa de legitimação material das intervenções penais é conformado pela *função do dever estadual de protecção dos direitos fundamentais*. Reside aqui o impulso determinante para a acção estatal, sendo por isso nesta função que, no âmbito jusfundamental, radica a fonte de legitimação material *positiva* do crime⁽⁷²⁾.

A função estadual de protecção adquire sentido ali onde se depare com uma necessidade de tutela de bens jurídicos referidos ao catálogo constitucional dos direitos fundamentais ante comportamentos juridicamente ilícitos de particulares

⁽⁷⁰⁾ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010, *AcTC 77.º*, p. 171.

⁽⁷¹⁾ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 192, 297 e *passim*.

⁽⁷²⁾ Acolhendo esta nossa ideia de fundo, DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, p. 265.

que envolvam a sua lesão ou um perigo para a sua integridade⁽⁷³⁾, seja *per se*, seja em conjugação cumulativa com outras condutas da mesma espécie⁽⁷⁴⁾.

7.1 Logo aqui o *conceito de bem jurídico* adquire uma importância capital, por representar uma cristalização dos valores jusfundamentais imanentes à decisão axiológica de que é portadora a face jurídico-objectiva de cada um dos direitos fundamentais constitucionalmente relevantes⁽⁷⁵⁾. Um dever estadual de protecção desligado da ideia de bem jurídico apresentar-se-ia inevitavelmente vazio de sentido e de conteúdo por lhe faltar o referente essencial para a definição do rumo da acção protectora estadual⁽⁷⁶⁾. Assim, é logo neste momento inicial, por via desta correspondência com um bem jurídico inscrito na ordem axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais, que as intervenções estaduais sancionatórias neste domínio adquirem densidade ético-jurídica.

Reconhecemos que a natureza jusfundamental do bem jurídico tutelado não é caução suficiente para que se possa afirmar como ético-socialmente relevante qualquer *facto* que com ele contenda, por mais distante que seja a sua relação com o núcleo desse bem jurídico. Não obstante, sob a perspectiva do referente axiológico que, em nosso modo de ver, deve decisivamente orientar as decisões legislativas – o jurídico-constitucional e não um qualquer outro correspondente a alguma das várias mundivisões ético-sociais que convivem, e não raro colidem entre si, numa sociedade pluralista como é a nossa⁽⁷⁷⁾ –, esta ligação assegura o mínimo ético jurídico-constitucional indispensável para conferir ao dever estadual de protecção um substrato axiologicamente relevante.

7.2 Posto que crucial, o bem jurídico a proteger está longe, no entanto, de ser o único elemento a tomar em consideração na definição do *programa legislativo de tutela* dos bens com referente constitucional, *maxime* jusfundamental. Como bem adverte Hassemer, “desde logo porque é amplo e complexo o espaço de conformação do legislador penal, porque terá ele de otimizar, num contexto de

⁽⁷³⁾ Cf. PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 749, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 218 e 222 e ss.

⁽⁷⁴⁾ Cf. BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, *RPCC*, 2015, p. 62 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Em direcção distinta, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 289, que, apelando a Jakobs, aponta como finalidade do direito penal não a protecção de bens jurídicos, mas a “estabilização da ordem jurídica”.

⁽⁷⁶⁾ Em jeito concordante, DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, p. 265. Substancialmente nestes termos, mirando embora sobretudo ao princípio da proibição da insuficiência, já HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 63.

⁽⁷⁷⁾ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 317 e ss.

insegurança, a materialização de uma pluralidade de finalidades de regulação, a ideia de que o princípio do bem jurídico e da protecção do bem jurídico poderia orientar positivamente o legislador penal não só afrontaria a tradição jurídico-penal, como seria até metodologicamente *naïf*⁽⁷⁸⁾.

Para prossecução do seu dever de protecção, pode o Estado lançar mão de medidas protectivas da mais variada espécie, normativas ou não, dispondo o legislador de uma assinalável liberdade de decisão. Entendendo conveniente o recurso a meios penais, isolado ou concertado com outros, será, como é óbvio, pela via normativa que a sua acção protectiva se desenvolverá. Para esta escolha, à semelhança, aliás, do que sucede com a generalidade das demais decisões legislativas, dificilmente poderão apontar-se mais do que genéricas linhas de orientação, que sempre carecem de ser afeiçoadas à concreta realidade da vida social a que se dirigem. Uma ideia, em todo o caso, nos parece segura, de resto, em linha de convergência com a generalidade da doutrina e jurisprudência constitucionais⁽⁷⁹⁾, quando a este propósito enfatizam como ideia-chave a *efectividade da tutela*: objectivo do Estado deverá ser o de assegurar um programa de tutela que se apresente como adequado e eficaz a garantir a integridade do bem jurídico perante as plúrimas e multifacetadas ameaças que sobre ele pairam.

Neste sentido, importará começar por definir as grandes linhas da abordagem normativa a adoptar, o que pressupõe uma avaliação global das necessidades de protecção dos bens jusfundamentais presentes no domínio da vida objecto de regulação⁽⁸⁰⁾. Uma tal aproximação ao problema começará por permitir a definição de uma *estratégia de tutela* assente em determinados eixos de actuação, *v. g.*, de natureza cível, administrativa, policial, contra-ordenacional e/ou penal. Isto posto, e no que no plano sancionatório releva, cumprirá recortar as constelações fácticas representativas de hipóteses de lesão ou de perigo para os bens jurídicos em jogo a definir como ilícitas e susceptíveis de sancionamento estadual, sejam elas fruto de uma única conduta isolada ou de um conjunto de acções cumulativamente consideradas. Como é natural, a abordagem sancionatória não tem de ser monocolor, podendo fazer todo o sentido, como em muitos casos faz, a adopção de um regime sancionatório misto, que conte tanto com crimes, como com contra-ordenações, combinando e articulando as duas espécies de infracções em ordem a garantir uma tutela tão eficaz quanto possível. Nos termos desta “estratégia sancionatória global”⁽⁸¹⁾, mais do que uma consideração avulsa de cada uma das infracções tipificadas, descontextualizada do regime em que se integram,

(78) HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 61.

(79) Referências em BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 635 e ss.

(80) *BVerfGE* 39, 1, p. 45.

(81) PEDRAZZI, Cesare, “Relazione di sintesi”, in: *L'Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 205.

importa sobretudo levar em linha de conta a força protectiva das medidas escolhidas quando tomadas na sua globalidade e em funcionamento concertado⁽⁸²⁾. Daí que nos pareça fazer sentido referirmo-nos aqui a um *programa de tutela*, concebido como um conjunto sistematizado e coerente de medidas estaduais filiadas num desígnio de tutela que lhes confere uma unidade global de sentido.

Devendo a protecção resultar deste esforço global de tutela e portanto ser vista como bem mais do que uma mera soma das medidas protectivas mobilizadas, será redutora uma apreciação da sua efectividade concentrada apenas, avulsa e unilateralmente, em cada um dos meios de protecção, desligando-o dos demais⁽⁸³⁾. Um risco que, todavia, é potenciado por uma avaliação levada a cabo no âmbito de uma fiscalização concreta de constitucionalidade, normalmente convocada para uma apreciação particularíssima de uma específica norma sancionatória do plano global de tutela.

Na decisão legislativa no sentido da materialização do dever de protecção jusfundamental através da definição de um programa de tutela deve entrar em linha de conta uma complexa e diversificada pluralidade de factores, a serem ponderados sob o signo rector da adequação e eficácia da protecção. Via de regra, não será possível antecipar soluções rígidas e fechadas sobre aquele que deverá ser o conteúdo do plano de protecção. Não obstante, duas coisas são certas: não é possível e nem sequer desejável, sob pena de asfixia da liberdade e de a vida em sociedade se tornar insuportável, uma eliminação total do risco ou de todas as fontes de perigo para bens jurídicos⁽⁸⁴⁾; e só é exigível ao Estado aquilo que for efectivamente possível, tanto no plano fáctico, como no normativo, tendo em conta os princípios estruturantes do Estado de direito⁽⁸⁵⁾.

Na ponderação deverão considerar-se conjugadamente, além do mais, factores como o grau de importância do bem jurídico no quadro da ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais, a espécie e o grau das ofensas que o

⁽⁸²⁾ Substancialmente nestes termos, *BVerfGE* 39, 1, p. 46, e Ac. do TC n.ºs 75/2010 (*AcsTC* 77.º, p. 167 e s. e *passim*); e ainda, na doutrina, DOLCINI, Emilio, “Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, p. 619, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 151 e s., e CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003 (trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), p. 112 e ss.

⁽⁸³⁾ Exemplares, no bom sentido, os Acs. do TC n.ºs 75/2010, 187/2010, 269/2010 e 270/2010.

⁽⁸⁴⁾ Cf. STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247, que proscree qualquer pretensão de risco nulo ou de segurança absoluta.

⁽⁸⁵⁾ Sobre a *reserva do possível* como factor determinante para a conformação do conteúdo do dever de protecção, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 358, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*⁵, p. 140, MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 57, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 274 e ss.

podem atingir, a probabilidade da sua prática na ausência de mecanismos legais dissuasórios, a sua intensidade e duração, a longevidade e a reversibilidade dos seus efeitos, a proximidade do perigo, o conhecimento e a disposição volitiva do agressor, a condição da vítima, as faculdades de autotutela de que esta possa dispor, a idoneidade e suficiência dos vários meios de tutela disponíveis para, só por si e/ou articuladamente, garantir uma tutela eficaz, *etc.*⁽⁸⁶⁾.

Trata-se, assim, de uma ponderação avessa a rígidos critérios de orientação, do tipo “«sim/não», ou mesmo «ou/ou»”⁽⁸⁷⁾, e que deve antes ser permeada sobretudo por uma lógica tendencial, de relações que Otto Lagodny designa como “relações quanto-tanto” (“*Je-desto-Relationen*”)⁽⁸⁸⁾: *v. g.*, quanto maior a relevância do bem jurídico na hierarquia dos bens jusfundamentais, tanto mais pesadas e gravosas para a esfera do agressor poderão ser as medidas protectoras a considerar; quanto menor for a gravidade ou a probabilidade de consumação do perigo tanto maior deverá a ser importância do bem jurídico nessa escala de valores para que se justifique uma intervenção protectora e vice-versa⁽⁸⁹⁾; “quanto menor for a reversibilidade (natural ou jurídica) da lesão do bem jusfundamental sob ameaça, ou quanto menor for a capacidade do titular do direito para evitar a lesão ou para se proteger em relação ao agressor (...) tanto maior será a exigência de protecção

⁽⁸⁶⁾ Cf. *BVerfGE* 39, 1, p. 45, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 358, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 90, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 270 e ss. e 300 e ss., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 342 e ss.

⁽⁸⁷⁾ CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114.

⁽⁸⁸⁾ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 519 e s., para concretização da exigência de proporcionalidade em sentido estrito como condição de legitimidade (negativa) da criminalização, mas numa lógica que nos parece perfeitamente transponível para a determinação do conteúdo do dever estadual de protecção (assim também, no fundo, MÜLLER-DALHOFF, Gernot, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten am Beispiel des Lebensmittelrechts*, Freiburg i. Br., Hochschulverlag, 1993, p. 90, e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 343). Antecipando em boa medida este critério avançado por Lagodny, mas por referência ao princípio da dignidade penal, OTTO, Harro, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktstypen?”, *in*: Stree *et al.* (org.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, C. H. Beck, 1978, p. 55 e s., e GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, *Juristische Schulung*, 1978, p. 13; e depois ainda ANGIONI, Francesco, *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 206, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 617, e entre nós CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 226 e s.

Ainda neste sentido, com mais referências, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114. E já assim, aliás, logo o primeiro Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, num passo já citado: “Esta obrigação de protecção do Estado tem de ser levada tanto mais a sério quanto mais elevado for o grau de importância do bem jurídico em apreço na ordem axiológica da Lei Fundamental” (*BVerfGE* 39, 1, p. 42).

⁽⁸⁹⁾ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 520.

estadual”⁽⁹⁰⁾; “quanto mais vasto for o potencial lesivo de certo perigo ou risco, tanto mais forte é também o imperativo de protecção estadual”⁽⁹¹⁾; “quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção”⁽⁹²⁾, *etc.*

8. Como temos acentuado, o programa de tutela que o Estado está obrigado a definir para conter as ameaças a que os bens jusfundamentais se encontram expostos deve garantir a esses bens jurídicos uma protecção adequada e eficaz. Sob o prisma constitucional, antes que de uma obrigação de meios, do que se trata é de uma *obrigação de resultado*⁽⁹³⁾, já que “a Constituição apresenta a protecção como finalidade, mas não especifica os termos da sua concreta materialização”⁽⁹⁴⁾, sendo então “tarefa do legislador a concreta determinação do modo e da extensão da protecção”⁽⁹⁵⁾. Na realidade, derivando da Constituição uma imposição de protecção de determinado bem jusfundamental, para esse específico efeito – que não, obviamente, para outros, como os que digam respeito a restrições de direitos fundamentais de terceiros inerentes à consecução da tarefa protectiva – é-lhe *relativamente indiferente* em que termos e com que meios é que essa tutela é concretamente assegurada. O que conta, na perspectiva constitucional, é que o seja; ficando, em primeira linha, ao critério do legislador ordinário a mobilização dos meios “adequados, eficazes e suficientes”⁽⁹⁶⁾ para tanto. Esta inexistência de uma obrigação de meios projecta-se, por sua vez, no campo penal, no sentido da inexistência de obrigações constitucionais *absolutas* de criminalização.

Os pólos essenciais da efectividade de tutela a que o Estado deve almejar na satisfação do seu dever de protecção jusfundamental são a *adequação* e a *eficácia* do programa de protecção.

Só será cogitável como meio de tutela aquele que possa fundada e razoavelmente supor-se constituir um *meio idóneo* para garantir a integridade do bem

⁽⁹⁰⁾ MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 343.

⁽⁹¹⁾ MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 343.

⁽⁹²⁾ CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114.

⁽⁹³⁾ Neste sentido, PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 752, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 299.

⁽⁹⁴⁾ *BVerfGE* 88, 203, p. 254, seguido na doutrina portuguesa por CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 113.

⁽⁹⁵⁾ *BVerfGE* 88, 203, p. 254, e nos mesmos termos os Acs. do TC n.ºs 75/2010 (*AcsTC* 77.º, p. 167) e 101/2009 (*AcsTC* 74.º, p. 114).

⁽⁹⁶⁾ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 219 e ainda n.º m. 303, em consonância com o Tribunal Constitucional Federal alemão, que também aponta a *adequação* e a *eficácia* da tutela como conceitos-chave do dever de protecção (Ac. de 28-05-1993, *BVerfGE* 88, 203, p. 254)

jurídico perante determinado tipo de ofensas que lhe possam ser dirigidas e em relação às quais o legislador entenda ser necessário fazer face. Um instrumento abertamente inapto de tutela, porque, por exemplo, como correntemente se alerta, não só não previne, como até incrementa o risco para o bem jurídico⁽⁹⁷⁾, não deve ser escolhido pelo Estado, logo porque não permitirá satisfazer *adequadamente* o dever de protecção que sobre este impende. Trata-se, pois, de uma condição de legitimação que releva logo nesta primeira fase do processo legitimador, não tendo necessariamente de aguardar pelo estágio posterior da necessidade de pena⁽⁹⁸⁾. Com efeito, se for manifesto que certa medida não só não protege, como até desprotege um bem jurídico, ou é inócua para assegurar a sua tutela, não deve o legislador dela lançar mão. Exigência que vale obviamente também para o direito penal, dado que “a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficiência própria, até porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal”⁽⁹⁹⁾.

Um meio adequado será igualmente, por definição, um meio eficaz de tutela. Daí que no contexto da avaliação da *eficácia* esteja em causa uma tarefa comparativa, de avaliação de quais as soluções, de entre as várias possíveis alternativas idóneas de tutela, que mais bem asseguram a protecção dos bens jusfundamentais sob ameaça. Como frisa Lothar Michael, para afastar uma tese que procura identificar o princípio da proibição do excesso com o princípio da proibição da insuficiência, não é uma ideia de necessidade que aqui entra em consideração, como sucede na proibição do excesso e na sua dimensão jurídico-criminal de carência de tutela penal, nas quais se busca a mais suave de entre as alternativas parificáveis quanto à sua eficácia⁽¹⁰⁰⁾. O que aqui releva é um critério de efectividade, de acordo com o qual, perante duas medidas com uma potencialidade danosa idêntica para os seus destinatários, deve ser escolhida a mais eficaz. Trata-se, no fundo, de responder a esta questão: “existirá um meio de tutela mais eficaz que não comporte uma afectação mais forte dos direitos fundamentais de terceiros ou de outros fins (constitucionalmente imanentes)?”⁽¹⁰¹⁾.

Nesta ponderação de eficácia haverá, além do mais já referido supra, que considerar e comparar a força dissuasória das sanções comináveis sobre os possíveis tipos de destinatários das normas de proibição, bem como ainda a capacidade da

⁽⁹⁷⁾ ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, e DIAS, Figueiredo, *DP-PG²*, I, 6.º Cap., § 38.

⁽⁹⁸⁾ Assim, todavia, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 183 e ss., e DIAS, Figueiredo, *DP-PG²*, I, 6.º Cap., § 38.

⁽⁹⁹⁾ Ac. do TC n.º 75/2010, *AcsTC 77.º*, p. 171.

⁽¹⁰⁰⁾ MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *Juristische Schulung*, 2001, p. 151.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151.

estrutura processual legal e dos recursos humanos e materiais que a ela podem ser afectos para efectivamente lograr descobrir, investigar, apreciar e decidir as infracções legalmente tipificadas⁽¹⁰²⁾. Particular cuidado deverão merecer aqueles tipos de infracções consabidamente praticadas em massa e aqueles outros que pela sua habitual elevada complexidade técnica são de molde a justificar tratamentos processuais diferenciados. A selecção de uma determinada estratégia sancionatória à revelia das reais possibilidades de os respectivos tipos de processos lhes darem uma resposta adequada leva associado o risco de escolha de uma solução que, sob o ponto de vista da eficácia, fique a perder na comparação com outras alternativas de tutela.

Como se referiu, e é indisputadamente reconhecido, nesta primeira etapa de definição positiva do programa de tutela o legislador goza de uma enorme liberdade de conformação. Sem que se queira advogar qualquer decisionismo legislativo⁽¹⁰³⁾, não vemos como pudesse ser de outro modo. *Sempre* que está em causa o cumprimento do dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a pluralidade de factores e interesses a considerar é inevitavelmente vasta, a complexidade das questões a regular é com frequência elevada e os critérios constitucionalmente postulados correspondem necessariamente a linhas de orientação de carácter genérico, deixando em aberto um amplo espaço para a materialização de distintas soluções constitucionalmente admissíveis. Por isso que, isto aceite, “não é (...) legítimo (...) imputar à Constituição uma intencionalidade que ultrapasse o conteúdo mínimo que decorre do estabelecimento de orientação de legislação”⁽¹⁰⁴⁾. E não será surpreendente, logo também por tudo isto, que, como conclui Lagodny, na sua escolha, por exemplo, entre uma solução penal ou uma solução contra-ordenacional dificilmente o legislador acabe por incorrer em inconstitucionalidade⁽¹⁰⁵⁾.

Só naqueles casos pontuais em que seja *meridianamente claro* que apenas um determinado meio de tutela está em condições de garantir uma protecção

⁽¹⁰²⁾ Cf. DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 618 e s., PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 94, e CID MOLINÉ, José, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, p. 149 e s.

⁽¹⁰³⁾ Apelidando, porém, de *teorias decisionistas limitadas* todas aquelas concepções, como acaba por ser também a nossa (BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, § 34.), que apontam para uma solução de diferenciação mista qualitativa-quantitativa entre crimes e contra-ordenações, ACHENBACH, Hans, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik «großer» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 10.

⁽¹⁰⁴⁾ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 5, 2003, p. 149.

⁽¹⁰⁵⁾ LAGODNY, “Human dignity...”, p. 587.

eficiente em relação a um certo tipo de ofensas para o bem jurídico é que se poderá admitir a existência de um espaço de nula discricionariedade no exercício da decisão legislativa. Mesmo aí, porém, será forçoso reconhecer, com Figueiredo Dias, uma ineliminável margem de livre ponderação legislativa na selecção e eventual exclusão das várias possíveis opções de tutela através dos critérios da adequação e da eficácia⁽¹⁰⁶⁾, apenas sindicável em caso de erro crasso de avaliação.

O único limite que neste domínio da legitimação positiva da intervenção estadual pode assim ser constitucionalmente oposto ao legislador é o da proibição de um défice de tutela. Sob o ponto de vista da função do dever estadual de protecção, se é certo que não pode o legislador definir um plano de protecção que fique aquém de um limiar mínimo de tutela constitucionalmente imposto, também é seguro que acima desse nível terá campo livre para decidir. Não de forma arbitrária ou caprichosa, como é óbvio, mas em função das necessidades de tutela com que se depare e de acordo com os enunciados critérios de adequação e de eficácia, de modo a garantir uma tanto quanto possível tutela efectiva.

Neste plano positivo da legitimação material, na escolha que porventura poderá ter de realizar entre meios penais e outros meios (*v. g.*, contra-ordenacionais) o legislador estará, deste modo, apenas limitado pelo *princípio da proibição da insuficiência*. Da Constituição não decorre, assim, nenhuma obrigação absoluta de criminalização. O que ela impõe é o cumprimento de um objectivo: o da garantia de uma tutela efectiva. Se para se alcançar esse desiderato nenhum outro meio existir para além do penal que proporcione uma protecção adequada e eficaz, então aí, mas só aí também, será de entender que, sob a perspectiva da Constituição, não pode o legislador deixar de apelar ao direito penal para dar satisfação ao seu dever de tutela⁽¹⁰⁷⁾. Nesta acepção, poderá admitir-se, na feliz expressão de Maria Fernanda Palma, uma “possível obrigatoriedade”⁽¹⁰⁸⁾ de criminalização. Em todo o caso, uma obrigação constitucional de criminalização de natureza que sempre deverá considerar-se *relativa* e circunscrita, fundada num *pensamento funcional*, de eficácia ou de efectividade de tutela, não estando dependente de uma qualquer apriorística compreensão sobre uma eventual natureza intrínseca dos meios de protecção em jogo (*v. g.*, que só o direito penal tem legitimidade para intervir sancionatoriamente no domínio dos direitos fundamentais ou de certos direitos fundamentais).

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 6.º Cap., § 40.

⁽¹⁰⁷⁾ *BVerfGE* 39, 1, p. 44 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, p. 56.

IV. A proibição do excesso como ponto de chegada de legitimação material (negativa) da intervenção penal

9. Podendo o legislador contar com diversos meios de tutela, incluindo meios penais, para dar cumprimento ao seu dever de protecção de determinado bem jusfundamental, entrará então em cena a *segunda fase* do procedimento legitimador das escolhas sancionatórias, correspondente ao *ponto de chegada* da legitimação material. Uma fase conformada já não pela função do dever de protecção, mas pela *função de defesa dos direitos fundamentais* e que por isso mesmo tem um *signo negativo*, próprio da natureza negatória que é típica desta função, que empresta essa mesma marca negativa aos princípios da dignidade penal e da necessidade de pena que a concretizam em sede penal. Do que se trata é de avaliar se as opções de tutela já tidas como elegíveis para dar adequada e suficiente satisfação ao dever estadual de protecção são constitucionalmente admissíveis sob o prisma das restrições que acarretam para os destinatários das respectivas normas de proibição. Cobram por isso imediata aplicação os limites às restrições dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, *maxime* o princípio da proibição do excesso a que o n.º 2 do art. 18.º da CRP dá expressão.

Da convocação, primeiro, do princípio da proibição da insuficiência e, depois, do princípio da proibição do excesso resulta para o legislador a demarcação de dois limites, um mínimo e outro máximo, que balizam um *corredor* dentro do qual ele pode legítima e livremente mover-se para dar cumprimento ao seu dever de tutela de bens jusfundamentais⁽¹⁰⁹⁾.

Na ponderação do eventual recurso a meios penais à luz das restrições de direitos fundamentais que os mesmos coenvolvem para os destinatários das incriminações deverão relevar, como *critérios negativos* de legitimação material densificadores do princípio geral da proibição do excesso, tanto o *princípio da dignidade penal*, como o *princípio da necessidade de pena*.

10. Pressuposta já a relevância constitucional jusfundamental do bem jurídico objecto de protecção, no âmbito da *dignidade penal* avaliar-se-á se a ofensa para prevenção da qual se admite à partida como conveniente o recurso ao direito penal tem, por si ou através de uma cumulação em larga escala⁽¹¹⁰⁾, um quilate tal que justifique, numa relação de justa medida, uma reacção jurídica sancionatória tão pesada como é aquela inerente a uma intervenção penal.

O sentido corrente e certamente atribuído à dignidade penal é, com efeito, o da sua concepção como *princípio limitador* das possíveis decisões de criminali-

⁽¹⁰⁹⁾ Nestes termos, o Ac. do TC n.º 75/2010, *AcsTC 77.º*, p. 166 e s.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, p. 62 e ss.

zação de um comportamento, no quadro de uma teoria do bem jurídico crítica e trans-sistemática que tem como finalidade precípua “limitar a acção do Estado punitivo”⁽¹¹¹⁾. Concebida nestes termos, como princípio de legitimação material negativa da criminalização, a dignidade penal assume-se como instrumento de defesa do cidadão contra o Estado, participando da função clássica dos direitos fundamentais – com o direito fundamental à liberdade física (art. 27.º-1 da CRP) à cabeça – como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) face ao Estado⁽¹¹²⁾.

É nesta acepção negativa que, conjunta e articuladamente com o princípio da necessidade de pena, a dignidade penal dá corpo ao paradigma do bem jurídico como *limite e padrão crítico* das escolhas legislativas penais. Nessa medida, como é boamente assumido pelos principais e mais influentes cultores contemporâneos do pensamento do bem jurídico⁽¹¹³⁾, a dignidade penal e a carência de tutela penal convergem materialmente com o princípio constitucional da proibição do excesso, consabidamente o princípio emblemático da função de defesa dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, vemos larga parte da nossa doutrina radicar precisamente no art. 18.º-2 da Constituição, preceito que dá explícita consagração constitucional a esse princípio da proibição do excesso⁽¹¹⁴⁾, o estatuto constitucional atribuído à dignidade penal e à necessidade de pena como eixos do princípio jurídico-constitucional do *direito penal do bem jurídico*⁽¹¹⁵⁾. Na fórmula seminal do Tribunal Constitucional, desde sempre imbricada no pensamento do bem jurídico, “consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (*maxime*, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são *constitucionalmente admissíveis* quando sejam *necessárias*,

⁽¹¹¹⁾ NEUMANN, Ulfrid, “Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal”, *in*: Greco / Martins (orgs.), *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Távares por seu 70.º Aniversário em 2 de Setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 519.

⁽¹¹²⁾ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, pp. 59 e 62, e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2682 e ss.

⁽¹¹³⁾ Na doutrina portuguesa, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 6.º Cap., § 38, e ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 182 e ss., e na alemã, ROXIN, *AT*4, § 2, n.º m. 91 e s., e HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 59. Substancialmente assim também, na doutrina italiana, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*, p. 163 e ss., e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 609 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Por todos, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*⁴, I, p. 392 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I², Art. 18.º, p. 372 e ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. de novo, por todos, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 6.º Cap., § 15 e ss., e “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito” pp. 33 e 42, e ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 183 e s., e “Constituição e Direito Penal”, p. 201 e ss. Nestes termos, ainda ANTUNES, Maria João, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, p. 10, numa síntese da nossa jurisprudência constitucional: “presentemente a base de sustentação [do princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”] passa antes pelo princípio da proporcionalidade, expressamente afluído no artigo 18.º, n.º 2, da CRP”.

adequadas e proporcionadas à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cf. artigo 18.º da Constituição)⁽¹¹⁶⁾.

Sob esta feição, aquela que adoptamos, o princípio da dignidade penal assume a mesma função negatória que é característica dos direitos fundamentais como direitos de defesa⁽¹¹⁷⁾, não podendo por isso deixar de ser visto como uma das dimensões de defesa inerentes aos direitos de liberdade dos cidadãos face ao Estado no quadro do exercício do seu poder sancionatório penal. Dele não-de esperar-se directrizes político-criminais⁽¹¹⁸⁾ sobre o que *não pode ser crime*, de modo a evitar que sob a cobertura da lei penal o Estado restrinja indevidamente as liberdades fundamentais das pessoas. Mas dele já não se devem esperar, todavia, determinações positivas definitórias das decisões criminalizadoras. Assim, a ausência de dignidade penal proíbe o recurso à lei penal, mas a sua presença não implica a criminalização do facto digno de pena. Dá-se deste modo reconhecimento à prevenção de Alexy de que o direito a um *non facere* do Estado, indissociável da vertente subjectiva de defesa dos direitos fundamentais accionada pela incriminação, “impõe ao Estado limites à prossecução dos seus fins, mas nada diz sobre os fins que por ele devem ser prosseguidos”⁽¹¹⁹⁾.

Não vai nisto implícita qualquer desconsideração da nossa parte em relação ao relevo da dignidade penal, bem pelo contrário, antes sim uma pretensão de a reservar apenas para aquela que é a mais nobre e fundamental missão que lhe pode ser confiada pelo sistema constitucional, a função de proteger as pessoas perante as investidas penais do Estado. Desta forma, fica ela resguardada do perigo das inevitáveis contaminações de pendor punitivo de que se vê acometida sempre que é transformada em bandeira do discurso pró-sancionatório.

É esta uma perspectiva que de há muito vem sendo igualmente entre nós sustentada, sobretudo na linha de Hassemer⁽¹²⁰⁾, por Costa Andrade, para quem a dignidade penal “apenas assegura a chamada *legitimação negativa* da criminalização, a saber: a sua falta é bastante para afastar a legitimidade da criminalização, mas a sua presença não é suficiente para ditar a criminalização. Não é, noutros termos,

⁽¹¹⁶⁾ Ac. do TC n.º 85/85 (*AcsTC* 5.º, p. 255), reiterado pelo Ac. do TC n.º 99/2002 (*AcsTC* 52.º, p. 466 e s.).

⁽¹¹⁷⁾ KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1633.

⁽¹¹⁸⁾ ROXIN, *AT4*, § 2, n.º m. 12.

⁽¹¹⁹⁾ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 404.

⁽¹²⁰⁾ ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s., sendo ainda assumida a influência no seu pensamento de autores como MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973, p. 32 e ss., OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, p. 54 e ss., e GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, p. 11 e ss., também eles advogando uma compreensão eminentemente negativa dos conceitos de bem jurídico e de dignidade penal.

portadora da igualmente irrenunciável *legitimação positiva*⁽¹²¹⁾. E deverá sê-lo, do mesmo modo, sempre que se queira e na medida em que se queira contar com o art. 18.º-2 da Constituição para dar directa cobertura constitucional ao princípio da dignidade penal⁽¹²²⁾.

11. Quanto aos factos dignos de pena, os únicos que chegarão ao momento final do percurso legitimador jurídico-penal, importa por último avaliar a efectiva *necessidade* de apelo ao direito penal para assegurar a protecção do bem jurídico. Como é por demais sabido, através desta exigência, também ela imbricada no princípio constitucional da proibição do excesso, procura dar-se efectividade à ideia de subsidiariedade ou de *ultima ratio* que deve caracterizar o direito penal. Nessa medida, tal como a dignidade penal, também a categoria da *necessidade de pena* assume, quanto a nós, uma feição eminentemente negativa⁽¹²³⁾, de exclusão do domínio penal de factos susceptíveis de tutela ainda adequada e eficaz através de meios de protecção menos pesados para os destinatários da proibição. Quando se admita que uma via normativa não penal estará em condições de garantir uma tutela suficiente e adequada do bem jurídico em consideração, poderá o legislador louvar-se no princípio da necessidade de pena para adoptar uma solução extra-penal.

Em rigor, o legislador parece não estar constitucionalmente *obrigado* a prescindir do recurso ao direito penal para prevenir um facto digno de pena mesmo que tenha à sua disposição uma alternativa de tutela ainda capaz de aí assegurar uma protecção adequada. Isto porque a exigência de necessidade só vai àquele ponto de *impor* um abandono da opção penal se algum outro meio aí existir que garanta uma tutela *tão* ou *mais* eficaz que a penal⁽¹²⁴⁾. Com efeito, só haverá viola-

⁽¹²¹⁾ ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, que acrescenta que a legitimação positiva a que se refere “só pode ser assegurada pela carência de tutela penal”. Passo em que já não acompanhamos Costa Andrade, uma vez que, como melhor procuraremos explicitar em texto, para nós a necessidade de pena corresponde ainda a um critério de *legitimação material negativa* da criminalização, encontrando-se a legitimação positiva num momento prévio, aquele em que se dá cumprimento ao dever estadual de protecção de bens jurídicos fundamentais.

⁽¹²²⁾ Cf. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 71 e s.

⁽¹²³⁾ Diferentemente, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s., e “Constituição e Direito Penal”, p. 204 e s., apontando um cunho positivo à carência de tutela penal.

⁽¹²⁴⁾ Cf. GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, p. 11, OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, p. 57, ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 179, MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151, e ainda, em Itália, a Circular da Presidência do Conselho de Ministros de 19-12-1983, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, p. 348.

ção do princípio da necessidade quando diante de opções de tutela efectivamente equiparáveis quanto à sua eficácia o legislador se decida pela mais grave. Já se a alternativa se puser em relação a meios adequados, mas de eficácia claramente distinta, não será jurídico-constitucionalmente censurável, sob a perspectiva da necessidade da tutela, a opção pelo meio mais grave, mas também mais eficaz (*v. g.*, penal) em detrimento de um meio menos grave, mas igualmente menos eficaz, mesmo que este represente ainda uma solução adequada de tutela (*v. g.*, contra-ordenacional)⁽¹²⁵⁾.

Nada parece, porém, impedir o apelo à ideia de necessidade, em sede de carência de tutela penal e em ordem a dar efectiva expressão ao princípio da *ultima ratio* do direito penal, para justificar uma opção por uma solução não penal (*v. g.*, contra-ordenacional) se esta, embora não tão contundente ou eficaz como a via criminal, representar ainda uma forma adequada de tutela, logrando assim ainda dar satisfação ao dever estadual de protecção de direitos fundamentais⁽¹²⁶⁾.

V. Conclusão

12. Com o esquema ora apresentado – e que não quis ser mais do que isso mesmo, um simples e desprezioso enunciado esquemático⁽¹²⁷⁾ – pretendemos expor aquelas que são, em nossa perspectiva, as linhas essenciais de legitimação positiva e de legitimação negativa que, em congruência com as funções jusfundamentais do dever estadual de protecção e de defesa face ao Estado, serão de adscrever às intervenções públicas sancionatórias. Por ele percebe-se enfim que, em relação aos factos que, em virtude do relevo jusfundamental do bem jurídico com que contendem e da sua danosidade social, estão numa posição susceptível de adquirir estatuto penal, a escolha legislativa entre uma solução penal ou de outra natureza (*v. g.*, contra-ordenacional) é comandada não por uma *Wertrationalität*, mas por uma racionalidade teleológico-funcional. Isto que começa por manifestar-se no princípio da proibição da insuficiência e na conformação legislativa da

⁽¹²⁵⁾ Bem ilustrativo deste modo de funcionamento do princípio da necessidade penal é o Ac. do TC n.º 274/98, ao negar a inconstitucionalidade da criminalização, sob a forma de crime de desobediência, do “desrespeito dos actos administrativos que determinem o embargo, a demolição, a reposição do terreno na situação anterior à infracção ou a entrega do alvará de licença de construção” (art. 59.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11), mesmo perante a possibilidade, invocada pelo arguido recorrente para fundamentar a sua alegação do *excesso* da incriminação, de mobilização de “pesadas coimas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, encontrando-se na panóplia de medidas repressivas o embargo administrativo e a substituição da Administração ao infractor na demolição ou destruição da obra ilegal” (*AcscTC 39.º*, p. 591).

⁽¹²⁶⁾ Nesta conclusão, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 186 e s., e DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 6.º Cap., § 38.

⁽¹²⁷⁾ Para uma sua densificação no âmbito das ofensas a bens jurídicos colectivos, BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, p. 62 e ss.

função do dever de protecção estadual de bens jusfundamentais volta depois a ganhar expressão no estágio final da necessidade de pena inerente ao princípio da proibição do excesso.

Pode enfim concluir-se que para a Constituição a lógica que deve comandar o dever estadual de protecção e assim também, por inerência, as intervenções estaduais que nele colhem a sua legitimidade material, como a penal, deve ser, em suma, uma *lógica funcional*, de matriz *teleológico-racional*⁽¹²⁸⁾. Deverá ser então não em função de razões ontológicas ou ligadas a uma suposta natureza das coisas e muito menos ainda do seu significado simbólico⁽¹²⁹⁾ ou de “avisador das consciências”⁽¹³⁰⁾, mas antes em função da sua capacidade para dar uma resposta *adequada e eficaz* às necessidades de tutela suscitadas por um bem jusfundamental que o legislador se deverá decidir por determinado meio de protecção, penal incluído, a empregar para o efeito. E não se diga que é esta uma visão puramente utilitarista e desprovida de qualquer lastro ético, pois que, movendo-se ela dentro da ordenação axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais, não pretendendo nada mais do que servi-la da melhor maneira possível, beneficia ela da legitimidade ético-constitucional que essa ordem de valores lhe infunde⁽¹³¹⁾. Uma concepção, destarte, que no próprio plano axiológico pede meças àqueles paradigmas de raiz ontológica que apesar de não raro se arvorarem de uma superioridade que lhes adviria de uma suposta maior fidelidade ao mundo dos valores acabam por deixá-los em pior posição do que aqueles que preconizam uma acção estadual (sancionatória) orientada por um princípio rector teleológico-funcional.

Resumo: O pensamento penal do bem jurídico é articulado com a dogmática constitucional dos direitos fundamentais, propondo-se um modelo de legitimação da intervenção penal fundado no princípio jurídico-constitucional do bem jurídico que tome em consideração as funções do dever de protecção de bens jusfundamentais e de defesa dos cidadãos face ao Estado, inerentes às dimensões objectiva e subjectiva dos direitos

⁽¹²⁸⁾ Assim, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 302.

⁽¹²⁹⁾ Pela admissão do “carácter simbólico” da lei penal como justificação autónoma da criminalização, todavia, LOUREIRO, João, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais”, p. 398 e s.

⁽¹³⁰⁾ A expressão é do Cons. Messias Bento, no seu voto de vencido ao Ac. do TC n.º 25/84, *AcsTC 2.º*, p. 64, sendo invocada como uma razão mais a depor contra a despenalização da interrupção voluntária da gravidez.

⁽¹³¹⁾ Já fundamentalmente assim, na defesa de uma orientação teleológico-racional e funcional do sistema penal, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 6.º Cap., § 15 e ss., ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 181, e RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, p. 306 e ss. Radicalmente contra, COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”, *RLJ*, 142.º ano, 2013, n.º 3978, p. 167.

fundamentais, como referentes de legitimação positiva e negativa, respectivamente, da tipificação legal de crimes.

Palavras-chave: bem jurídico, direitos fundamentais, dever estadual de protecção, proibição da insuficiência, proibição do excesso, dignidade penal, necessidade de pena.

Abstract: Legal thinking on protected legal interests within criminal law takes place in articulation with the theory on constitutional fundamental rights. Within this framework, one puts forward a model on the legitimation of state intervention based on the constitutional principle of the protected legal interest which takes into account the duty of protection of fundamental rights and the duty of protection of citizens against the State. These duties underlie the objective and subjective dimensions of fundamental rights and they serve as parameters to be taken into account in order for behavior to be legitimately criminalized, both in a positive and negative sense.

Keywords: protected legal interests, fundamental rights, duty of protection, prohibition of insufficiency, prohibition of excess, parameters to legitimately criminalize behavior