

## BENS JURÍDICOS COLECTIVOS E INTERVENÇÃO PENAL CUMULATIVA

Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra

O direito penal do último quartel tem sido marcado por uma tendência de alargamento do seu raio de acção a novas áreas da vida social contemporânea. Fala-se, por isso, de uma *expansão do direito penal*<sup>(1)</sup> e considera-se que “sob o ponto de vista político-criminal não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas antes por um claro processo crescente de criminalização”<sup>(2)</sup>.

---

(1) Expressão que ganhou foro de cidade sobretudo pela mão de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimp. (2008), Buenos Aires, BdeF, 2001 (a 1.<sup>a</sup> ed. é de 1999).

(2) BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, in: Díaz-Maroto e Villarejo (orgs.), *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Ed. Colex, 2006, p. 137 e ss. Falando já nesta tendência aquando dos trabalhos legislativos que conduziram à reforma de 1995 do CP, e MARIA FERNANDA PALMA, “Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, in: Luís Vaz das Neves, *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, p. 199, e agora de novo em “Direito penal

Uma das marcas de água deste processo expansivo é a chamada — regra geral, em sentido crítico e até depreciativo — *administrativização do direito penal*<sup>(3)</sup>. Uma expressão que é usada para dar a entender que o rumo que o direito penal tem seguido é o da ocupação de espaços próprios do direito administrativo que tradicionalmente se associavam ao direito contra-ordenacional.

Um dos pontos nodais de toda a discussão em torno deste movimento expansivo do direito penal é representado fundamentalmente pela questão da tutela penal de bens jurídicos colectivos. Não que o direito penal alguma vez se tenha eximido de proteger bens jurídicos supra-individuais. Como refere Roland Hefendehl, não sem alguma ironia, a ideia da ilegitimidade dos bens jurídicos supra-individuais não se sustenta por si própria, como resulta claro a partir da constatação de nunca ninguém ter empreendido uma tentativa de construir um direito penal sem crimes contra a administração pública, contra a administração da justiça ou de falsificação de moeda. E é por isso que aqueles que se batem por uma concepção centrada nos bens jurídicos individuais e que tarimbam e denunciam como ilegítima a tal tendência de administrativização do direito penal costumam eleger “pesos leves” para adversários, os quais todavia, em rigor, regra geral não são mais do que bens jurídicos singulares disfarçados de bens jurídicos universais<sup>(4)</sup>.

Discutida não é pois tanto a própria legitimidade da existência de bens jurídicos colectivos, quanto a sua relação com os bens jurídicos individuais,

---

especial: o vértice do sistema penal”, in: Maria Fernanda Palma *et al.* (orgs.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 11 e ss.

<sup>(3)</sup> Cf., por outros, numa direcção crítica, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 131 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008, pp. 216 e ss. e 238 e ss.; FEJOO SÁNCHEZ, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal...”, *passim*; e em sentido favorável, LUIS GRACÍA MARTIN, *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

<sup>(4)</sup> ROLAND HEFENDEHL, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-

a estrutura dos crimes que estejam afectos à sua tutela, designadamente, sob o prisma da conexão entre a conduta típica e o bem jurídico, e a respectiva legitimidade material. É esta discussão que este estudo pretende apresentar, a fim de nela também tomar a palavra.

## § 1. Os bens jurídicos colectivos

### § 1.1 A natureza autónoma (concepção dualista)

1. O lugar e a função a desempenhar pela figura do bem jurídico colectivo no seio da teoria do bem jurídico como paradigma de legitimação material negativa do direito penal são questões que actualmente assumem uma importância substancialmente distinta da de outrora. O critério tradicional de contraposição entre bens jurídicos individuais e supra-individuais ligava-se sobretudo a problemáticas de índole interna do próprio sistema jurídico-penal<sup>(5)</sup> e não tanto ao seu eventual relevo para o cumprimento da função crítica da criminalização, que, por definição, deve ser transistemática<sup>(6)</sup>. Sob aquele prisma, a distinção importava sobretudo no âmbito do consentimento (cf. art. 38.º do CP)<sup>(7)</sup>, para verificação da possibilidade de um concreto indivíduo dispor sobre a ofensa de um específico bem jurídico<sup>(8)</sup>. Por essa razão, a *titularida-*

---

Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 121. Cf. ainda MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos”, in: Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 306 e ss.

<sup>(5)</sup> WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 221.

<sup>(6)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, I, 6.º Cap., § 20.

<sup>(7)</sup> Cf. HERBERT JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957, p. 15 e s.; e em data mais recente, HASSEMER / NEUMANN, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, antes do § 1, n.º m. 126, e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221.

<sup>(8)</sup> Para uma discussão neste sentido em torno do crime de condução perigosa

de do bem jurídico difundiu-se como *critério distintivo*: *individuais* seriam os bens jurídicos para os quais pudesse dividir-se um portador concreto; e *colectivos* aqueles em que tal não fosse possível, caso em que o respectivo portador seria a comunidade como um todo ou o próprio Estado<sup>(9)</sup>.

Não há motivo para prescindir desta ideia a um nível inicial de diferenciação. Mas a adução de critérios diferenciadores adicionais parece estar dependente da própria concepção adoptada em relação aos bens jurídicos colectivos, isto é, da possibilidade de os mesmos se assumirem como materialmente autónomos perante os bens jurídicos individuais. Na realidade, ali onde se aceite que os primeiros são um mero derivado dos segundos ou têm um puro carácter instrumental em relação a eles, não se vê por que se deva levar mais longe aquele esforço de contraposição.

2. As *concepções monistas individualistas* do bem jurídico fundam-se, todavia, numa compreensão do significado do bem jurídico colectivo que não pode ser aceite, porque além de redutora, é em si mesma impraticável<sup>(10)</sup>.

Ideia central desta *concepção monista* é a tese de que os bens jurídicos colectivos só são legítimos se e apenas na medida em que sirvam o desenvolvimento pessoal do indivíduo<sup>(11)</sup>. De acordo com Hassemer — a par de

---

de meio de transporte (art. 278.º do CP de 1982), MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra Editora, 1991, p. 337 e ss.

<sup>(9)</sup> Cf. IOANNA ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München, Verlag C. H. Beck, 2005, p. 27 e ss., que dá conta da variedade de designações com que estes últimos são nomeados pela doutrina: universais, supra-individuais, colectivos, abstractos, não-individuais, comunitários, etc.

<sup>(10)</sup> Para uma perspectiva geral sobre o confronto entre as concepções monistas e dualistas relativas aos bens jurídicos colectivos, ROLAND HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 59 e ss., e SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 668 e ss.

<sup>(11)</sup> HASSEMER, NK<sup>3</sup>, antes do § 1, n.º m. 271. Próximo desta perspectiva, apesar de conceber a sua posição como “manifestação de uma verdadeira concepção dualista do bem jurídico”, agora JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *RLJ*, 142.º ano, 2013, n.º 3978, p. 160 e s., entendendo que os bens jurídicos supra-individuais “nada mais são do que projecções ou afloramentos do individual”.

Michael Marx<sup>(12)</sup> um dos principais impulsionadores desta corrente —, não há bens jurídicos da comunidade sem uma conexão individual<sup>(13)</sup>. Porque e na medida em que o homem é um ser social, os seus interesses e bens só podem ser preservados e concretizados em comunhão com os outros, ou seja, através de instituições sociais e estaduais (economia, corpo de funcionários, administração da justiça, segurança, escolas, exército, família, *etc.*). A tutela penal destas instituições é assim levada a cabo no sentido de uma protecção mediata das pessoas que elas devem servir<sup>(14)</sup>. Na sua óptica, só esta teoria pessoal de bem jurídico será compatível com a concepção de um Estado liberal<sup>(15)</sup>. De outro modo, admitindo-se a existência autónoma de bens jurídicos universais não relacionados com pessoas individuais, significaria isto uma funcionalização do indivíduo às mãos da comunidade, que seria como que estilizada como “pessoa”<sup>(16)</sup>. Este conceito pessoal de bem jurídico, adverte, não é todavia incompatível com o reconhecimento da possibilidade de bens jurídicos da comunidade ou do Estado. Ponto é que os mesmos se mostrem funcionalizados ao indivíduo, servindo os seus interesses pessoais<sup>(17)</sup>.

*Nolens volens*, é essencialmente na mesma direcção desta perspectiva monista que, em substância, se apresenta a auto-intitulada *concepção pessoal-dualista* que entre nós é sustentada por Augusto Silva Dias<sup>(18)</sup>. Dualista, porque “os bens jurídicos supra-individuais, susceptíveis de tutela penal, são bens autónomos e não intermédios ou instrumentais relativamente à protecção dos bens jurídicos individuais, como pretendem Hassemer e alguns dos

---

<sup>(12)</sup> MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1972, pp. 62 e ss. e 80 e ss., que assenta a sua concepção no postulado de que bens jurídicos são aqueles objectos de que o homem necessita para a sua livre auto-realização.

<sup>(13)</sup> WINFRIED HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973, p. 231.

<sup>(14)</sup> HASSEMER, NK<sup>3</sup>, antes do § 1, n.º m. 281.

<sup>(15)</sup> HASSEMER, NK<sup>3</sup>, antes do § 1, n.º m. 276.

<sup>(16)</sup> HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 231 e s.

<sup>(17)</sup> WINFRIED HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: Scholler / Philipps (orgs.), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, p. 91 e s.

<sup>(18)</sup> «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», pp. 669 e ss. e 765 e ss.

seus seguidores”<sup>(19)</sup>. Não obstante, só são reconhecidos como legítimos bens jurídico-penais aqueles que sejam dotados de um *referente pessoal*<sup>(20)</sup>, o que significa que “só merece o qualificativo de bem aquele objecto tido consensualmente como valioso pela comunidade e só são susceptíveis de lograr esse consenso os objectos que possuem um valor de utilidade para a realização dos sujeitos participantes, de tal sorte que a sua lesão possa ser valorativamente experimentada como um dano ou perda”<sup>(21)</sup>. Nenhum bem, nem mesmo o bem jurídico colectivo prescinde assim de uma base antropocêntrica. Todo o bem jurídico é, nessa medida, titulado pelo cidadão, sendo *individual* quando este é encarado na sua *individualidade* e *supra-individual* quando o é na sua *sociabilidade*<sup>(22)</sup>. Donde, até nos bens jurídicos colectivos será necessária a identificação de pessoas-vítimas, uma vez que “só há bens jurídico-penais onde puder haver dano para pessoas e, conseqüentemente, vítimas”<sup>(23)</sup>. Pese embora a pretensão de Silva Dias de demarcação em relação às posições monistas, dificilmente poderá conceber-se tese mais marcada e exasperadamente monista-individualista do que aquela que sustenta. Sinal disso mesmo é, por exemplo, a recusa da possibilidade de a segurança do Estado ser erigida como bem jurídico-penal, porquanto não sendo fruível ou consumível individualmente, a sua titularidade não pode ser atribuída às pessoas, individual ou socialmente consideradas<sup>(24)</sup>.

3. Uma qualquer destas e de outras configurações dos bens jurídicos colectivos que os coloquem na dependência, mais ou menos explícita, mais ou menos assumida de interesses individuais não pode ser aceite.

---

<sup>(19)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 674.

<sup>(20)</sup> Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»: Sobre a «(in) capacidade de ressonância» do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC*, 3/2003, p. 332 e s., e *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70 e ss.

<sup>(21)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 656.

<sup>(22)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 766.

<sup>(23)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 674 e s.

<sup>(24)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 766.

Uma consequência imediata desta perspectiva é a efectiva subordinação dos bens jurídicos colectivos aos bens jurídicos individuais. Aqueles deixam de poder ser concebidos como interesses dignos de protecção autónoma, sendo remetidos a um papel meramente ancilar. Este estatuto de menoridade seria todavia questão de somenos se se traduzisse apenas numa pura configuração conceptual destituída de implicações materiais.

O certo, porém, é que esta subordinação traz consigo uma reivindicação de recuo da intervenção penal<sup>(25)</sup>, a muitos títulos insufragável<sup>(26)</sup>. Essa pretensão funda-se tanto na negação da possibilidade de reconhecimento do estatuto de bem jurídico susceptível de tutela penal a determinados interesses de natureza supra-individual, como na alegação de que a protecção criminal concedida a certos bens jurídicos colectivos representa uma protecção demasiado avançada de bens jurídicos pessoais e como tal é ilegítima.

O exemplo mais acabado, mas também mais preocupante<sup>(27)</sup> deste requisito a favor do recuo<sup>(28)</sup>, senão mesmo da deserção<sup>(29)</sup> do direito penal ocorre em matéria de protecção do ambiente. A partir do momento em que a tutela penal ambiental se encontra irrestritamente funcionalizada à protecção das pessoas existentes num dado momento, só os ataques ambientais que se possam repercutir negativamente nessas pessoas que hoje vivem poderão determinar uma responsabilização penal. Já aqueles que só a prazo, no tempo

---

<sup>(25)</sup> WINFRIED HASSEMER, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 e ss., esp. p. 383.

<sup>(26)</sup> Neste sentido, BERND SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 205 e ss.

<sup>(27)</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois”, in: Figueiredo Dias *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 382 e ss.

<sup>(28)</sup> HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, p. 93 e s., e OLAF HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main, Lang, 1991, p. 196 e ss.

<sup>(29)</sup> Cf. JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (org.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995, p. 461 e ss.

das gerações futuras, poderão ter reflexos para o homem deverão, nesta ordem de ideias, ser excluídos do domínio penal. Vai aqui implicada uma redução do postulado do contrato social, em que fundamentalmente assenta a construção do bem jurídico<sup>(30)</sup>, àquelas pessoas que vivem no período histórico presente; quando é certo que toda a concepção do contrato social só pode manifestar-se de modo consistente se englobar toda a humanidade, incluindo as gerações futuras<sup>(31)</sup>. Mas, como denuncia Schünemann, é-lhe ainda imanente um fundo de egoísmo individualista com o qual o direito penal não pode compactuar<sup>(32)</sup>.

A subalternização dos bens jurídicos supra-individuais poderá ainda ter como consequência uma secundarização das sanções previstas para os crimes a eles afectos, por comparação com aquelas ligadas a bens jurídicos pessoais<sup>(33)</sup>. Assim poderá suceder por duas ordens de razões: porque aqueles bens jurídicos são considerados como bens menores no confronto com estes; ou porque a ofensa que lhes é dirigida deve em último termo ser vista à luz do bem jurídico individual que devem servir, consubstanciando assim normalmente um perigo abstracto<sup>(34)</sup>, cuja necessidade de pena é menor do que a sentida nos casos em que o crime pressupõe uma lesão do bem jurídico individual. Trata-se, novamente, de uma perspectiva que pelo seu carácter demasiado genérico acaba por se mostrar redutora e é aliás desmentida pelas valorações do legislador ordinário, que, considerando as exigências preven-

---

(30) Cf. BERND SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 137 e ss., e CLAUS ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 138 e s.

(31) SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen...”, p. 206.

(32) SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen...”, p. 207.

(33) HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, p. 92, e HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, p. 198.

(34) HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, pp. 63 e s. e 196 e ss., e HASSEMER / NEUMANN, *NK<sup>3</sup>*, antes do § 1, n.º m. 137.

tivas em apreço, não raras vezes ameaça comportamentos ofensivos de bens jurídicos colectivos com penas bem mais severas do que as previstas para a lesão de bens jurídicos pessoais, sem que incorra aí em inconstitucionalidade fundada em violação do princípio da proporcionalidade ou choque com o sentimento de justiça socialmente dominante<sup>(35)</sup>.

Quando acompanhada da ideia de que os bens jurídicos universais são um mero derivado dos bens individuais, ou seja, de que é a partir destes que aqueles podem ser deduzidos ou inferidos<sup>(36)</sup>, a concepção monista presta-se ainda à objecção da frequente impossibilidade de determinação do concreto interesse individual que subjaz a um interesse colectivo. Como questiona Kuhlen, que específicos bens individuais deverão, por exemplo, estar por trás dos bens jurídicos colectivos tutelados pelos crimes cometidos no exercício de funções públicas?<sup>(37)</sup> No caso da criminalização dos comportamentos de corrupção de funcionários, quando se pretenda ligá-los a bens jurídicos individuais, ficará sempre em aberto a dúvida sobre que concretos interesses pessoais se mostrarão mediatamente protegidos por tal incriminação.

4. Esta relação difusa entre os bens jurídicos colectivos e eventuais bens jurídicos individuais a que aqueles possam ser associados seria porventura por si só suficiente para recusar a possibilidade de aqueles serem reconduzidos a meras projecções destes<sup>(38)</sup>. Mas a esta inultrapassável dificuldade de natureza conceptual junta-se ainda a sua insustentabilidade no plano normativo, explicitada por Robert Alexy<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Nesta conclusão crítica, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 64, e LOTHAR KUHLEN, “Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW*, 105, 1993, p. 704, nota 35.

<sup>(36)</sup> Cf. HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, pp. 61 e ss. e 189.

<sup>(37)</sup> KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704.

<sup>(38)</sup> Cf., de novo, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704; e no mesmo sentido, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 74, e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 42 e ss.

<sup>(39)</sup> Cf. ROBERT ALEXY, “Individual rights and collective goods”, in: Carlos Nino (org.), *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools, 8: Rights*, New York, New York University Press, 1992, pp. 171 e s. e 176.

A pretensão de conceber os bens colectivos apenas como meio de protecção de interesses individuais é normativamente problemática desde logo por implicar o risco da invenção de bens individuais que possam ser assumidos como metas de todas as coisas úteis, agradáveis ou valiosas proporcionadas pelo Estado<sup>(40)</sup>. Para Alexy, há, de outra banda, boas razões para sustentar uma autonomia dos bens jurídicos colectivos em relação aos individuais. Uma autonomia, ainda assim, em sentido fraco, entendida na perspectiva de que apesar das várias possibilidades parciais de redução dos bens colectivos aos bens individuais, deve reconhecer uma impossibilidade de absoluta redução daqueles em relação a estes<sup>(41)</sup>. Considerando como bem colectivo a organização social que permita o desenvolvimento de uma vida agradável e variada, Alexy afirma existir para o Estado o dever de constituir e preservar este bem colectivo. Se o bem colectivo devesse ser reconduzido aos interesses individuais teria de ser constituído de um modo tal que permitisse que todo e qualquer indivíduo pudesse actuar em prol do bem colectivo que vale para todos. Ora, acrescenta, se poderá haver casos em que poderia fazer sentido dotar o indivíduo de direitos que o tornassem capaz de actuar em defesa de bens colectivos, no seu próprio interesse ou no da comunidade, o certo é que tal não seria susceptível de generalização a todos os bens colectivos. Donde, será preferível estabelecer o princípio de que a tutela de bens colectivos deverá ser assegurada apenas através de meios colectivos<sup>(42)</sup>.

A fundamentação do reconhecimento de um estatuto de primeira linha aos bens jurídicos colectivos vai assim mais longe do que uma simples argumentação pela negativa, de rejeição da sua secundarização e funcionalização perante os bens jurídicos individuais, e encontra eco, digamos assim, positivo, no plano da sua imprescindibilidade para a constituição e subsistência da estrutura social.

Naturalmente, numa sociedade de homens esses bens universais nunca deixam de ter uma ligação mais ou menos remota aos interesses individuais dos cidadãos que a compõem. Sem que isso todavia queira ou muito menos

---

(40) ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 172.

(41) ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 174.

(42) ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 176.

tenha de significar que só serão de admitir bens jurídicos colectivos ali onde estes se encontrem numa relação próxima e directa com bens jurídicos pessoais a partir dos quais são deduzidos<sup>(43)</sup>; mas também, pela inversa, que ao assumir a autonomia dos bens jurídicos colectivos, uma teoria dualista do bem jurídico tenha de perder de vista os interesses dos indivíduos<sup>(44)</sup>. Enfim, na conclusão lapidar de Vieira de Andrade, “a preservação dos bens jurídicos comunitários básicos, o bom funcionamento das instituições democráticas e dos tribunais não podem ser vistos como meras garantias dos direitos individuais, ainda que também o sejam ou que, pelo menos, constituam condições objectivas do seu exercício efectivo”<sup>(45)</sup>.

Temos assim que ao lado da categoria dos bens jurídicos individuais deve ser aceite, com um *estatuto de autonomia e de igualdade*, uma categoria de bens jurídicos colectivos<sup>(46)</sup>.

Esta concepção dualista dos bens jurídicos tem como implicação imediata a necessidade de clarificar a distinção entre estas duas espécies de bens jurídicos, logo depois acompanhada pela questão acerca dos específicos tipos de bens jurídicos colectivos com relevo penal e da respectiva estrutura delitual.

---

<sup>(43)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 64, e ROLAND HEFENDEHL, “Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1997, p. 122. Desenvolvidamente, partindo do papel central reconhecido ao indivíduo pela Constituição para a construção de uma teoria dualista do bem jurídico, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 75 e ss.

<sup>(44)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 79.

<sup>(45)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 145.

<sup>(46)</sup> Nesta conclusão, na doutrina nacional, alinhando neste tipo de modelo dualista de bem jurídico, por outros, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 382 e ss. e *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., §§ 64 e 67, reclamando para os bens jurídicos supra-individuais o “mesmo nível de exigência tutelar autónoma” que vale para os individuais; e SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 220 e ss., 299 e 315, e “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, *RBCC*, n.º 86, 2010, p. 244 e ss.

## § 1.2 Critérios identificadores

1. Como se referiu supra, tradicionalmente, a contraposição entre bens jurídicos individuais e colectivos bastava-se com o critério do seu concreto portador. Sendo possível apontar uma pessoa singular como o titular do bem jurídico, este seria individual; caso contrário, seria supra-individual. Existe hoje, porém, uma clara tendência no sentido de fazer passar a distinção pelo crivo de critérios adicionais, em princípio cumulativos.

Esses critérios a que a doutrina penal mais recente se tem referido correspondem no essencial aos critérios apresentados por Robert Alexy para delimitar bens individuais e bens colectivos no seu estudo a que aludimos supra<sup>(47)</sup>, com carácter geral, válido para a globalidade do ordenamento jurídico e portanto não dirigidos especificamente ao campo sancionatório. Alexy, por sua vez, louvou-se fundamentalmente nas linhas de força da teoria económica acerca do conceito de bens públicos lançadas por Paul Samuelson.

Num estudo de 1954, Samuelson contrapôs bens de consumo privado e bens de consumo público nos seguintes termos: enquanto os primeiros podem ser parcelados entre diferentes indivíduos, já os segundos têm como característica a circunstância de todos os poderem fruir em comum, no sentido de que cada consumo individual de tais bens não implica uma redução da possibilidade do seu consumo por qualquer outro indivíduo<sup>(48)</sup>. A partir desta base foram desenvolvidos pela teoria económica dois critérios de identificação dos bens públicos, o da não excluibilidade (*non-excludability*) e o da não rivalidade no consumo (*non-rivalrous consumption*), transpostos por Alexy para o domínio jurídico. Fê-lo no sentido de que um bem deverá ser considerado como colectivo quando, em primeiro lugar, ninguém possa ser excluído da

---

<sup>(47)</sup> ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 166.

<sup>(48)</sup> PAUL A. SAMUELSON, “The pure theory of public expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, p. 387.

sua fruição (critério da não excluibilidade)<sup>(49)</sup> e, em segundo lugar, o seu uso por parte de um indivíduo não diminua ou impeça a possibilidade do seu gozo por outrem (critério da não rivalidade no consumo)<sup>(50)</sup>. Exemplo ilustrativo de um bem com estas características é a segurança externa, porque ninguém — ou mais precisamente, ninguém a quem seja permitido permanecer no espaço em questão — pode ser privado da sua fruição e ainda porque ninguém vê diminuída ou coarctada a possibilidade de dele beneficiar pelo facto de o mesmo ser objecto de uso por terceiros.

Além destes dois critérios com raiz na doutrina económica, Alexy propõe um terceiro, a cumular com aqueles, que se lhe afigura como necessário para a formação de um conceito de bem colectivo que se apresente como contraponto adequado ao dos bens individuais, o critério do carácter *não distributivo* dos bens: um bem será de qualificar como bem colectivo se for conceptual, real ou juridicamente *impossível* separá-lo em partes e assim reparti-lo pelos indivíduos<sup>(51)</sup>. Quando se verifique tal impossibilidade, afirma, o bem tem uma natureza não distributiva, concluindo que *os bens colectivos são bens não distributivos*<sup>(52)</sup>.

Esta via aberta por Alexy tem sido acolhida pela doutrina penal para densificar o conceito de bem jurídico-penal colectivo e assim contrapô-lo ao

---

<sup>(49)</sup> Referindo-se apenas a este critério, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704, e FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 382, e *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 69.

<sup>(50)</sup> Apontando para os dois critérios, na senda de Alexy, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 e s., e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 28 e s.

<sup>(51)</sup> Próximo desta ideia, mas no âmbito da caracterização do conceito de direito subjectivo fundamental, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*<sup>5</sup>, p. 114 e s.

<sup>(52)</sup> Acompanhando novamente Alexy, aceitando a não distributividade (*Nicht-Distributivität*) como critério complementar para a identificação dos bens jurídicos colectivos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 112. Ainda na esteira de Alexy, mas propondo-o como (único) critério essencial para este efeito, HEINZ KORIATH, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1999, p. 564, e SUSANA SOTO NAVARRO, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 198 e s. e 228.

de bem jurídico individual. Não há, porém, consenso acerca da transposição, integral ou parcial, daqueles critérios para o campo penal, havendo quem adopte os três critérios e quem se fique apenas por algum(ns) dele(s)<sup>(53)</sup>.

2. Da nossa parte, temos como imprestável em sede penal o critério da *irrivalidade no consumo*. Critério que será porventura adequado do ponto de vista da economia para caracterizar o consumo de bens públicos e até em outros ramos do direito, mas que, justamente pelo facto de no âmbito sancionatório estarem em causa utilizações legalmente indevidas de determinados bens, não parece compatível com as exigências e necessidades de concretização do conceito de bem jurídico colectivo. Fará sentido, por exemplo, qualificar o ar que todos respiramos ou a sinalização de trânsito como bens públicos. Ninguém pode ser excluído da sua utilização e o gozo desses bens por alguém não compromete minimamente o seu gozo pelos outros. Mas atente-se, a título de exemplo, em determinados recursos naturais ou no património fiscal do Estado, aos quais correspondem bens jurídicos colectivos. Alguém que através de uma descarga poluente mate todos os peixes de um curso de água (cf. art. 278.º-1, *a*), do CP) faz um uso das águas que necessariamente priva todas as outras pessoas de aproveitarem essa fauna fluvial<sup>(54)</sup>. E o mesmo se diga do indivíduo que pratique uma burla tributária (art. 87.º do RGIT). Ao locupletar-se indevidamente de receitas fiscais que são de todos<sup>(55)</sup>, esse sujeito diminui em proveito próprio as possibilidades de uso desses dinheiros públicos por parte dos demais cidadãos. Como dificilmente se poderá duvidar da natureza colectiva dos bens jurídicos aqui em causa, cremos que estes exemplos

---

<sup>(53)</sup> Cf. notas anteriores.

<sup>(54)</sup> Também nesta direcção, para o direito penal do ambiente em geral, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos — Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, FDUC, 2007, p. 124 e ss.

<sup>(55)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, “O crime de burla tributária”, in: Paulo Otero *et al.*, *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 406 e ss.

são suficientemente ilustrativos da inidoneidade do critério da não rivalidade no consumo para qualificar determinado bem jurídico como colectivo<sup>(56)</sup>.

O mesmo não se dirá, porém, dos critérios de não excluibilidade e de não distributividade propostos por Alexy, que em nosso modo de ver se mostram válidos para estabelecer uma linha de fronteira consistente e funcionalmente adequada entre bens jurídicos individuais e colectivos. Parece-nos, em todo o caso, que daqueles dois é o critério da não distributividade que assume maior e decisiva relevância na hora de traçar aquela delimitação<sup>(57)</sup>, já que é sobretudo através dele que poderá esperar-se o cumprimento da tarefa fundamental de deslindar o conteúdo de um bem jurídico e identificá-lo como bem jurídico individual, colectivo ou inclusive como mera ficção de bem jurídico, por não passar de hipostasiação como bem colectivo de um agregado de bens individuais<sup>(58)</sup>. Quando ligada à ideia de não distributividade, a consideração de Kuhlen acerca da relação difusa entre bens jurídicos colectivos e individuais mostra-se particularmente frutuosa<sup>(59)</sup>. Se aí pode encontrar-se uma razão para negar a possibilidade de conceber os bens jurídicos colectivos como simples

---

<sup>(56)</sup> Assim, também SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais*, p. 299 e s., na perspectiva dos bens jurídicos colectivos dos crimes tributários; e em geral, LUÍS GRECO, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, *C&R*, n.ºs 7/8, 2012, p. 354 e s.

<sup>(57)</sup> Assim, como já referimos supra, KORIATH, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, p. 564, e ainda LUÍS GRECO, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 354; dando sobretudo relevo à não excluibilidade, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 69, e JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 55 e ss.

<sup>(58)</sup> Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 139 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 128. Ainda a este propósito, CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, § 2, n.º m. 10, 46 e ss. e 75 e ss., SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 149 e ss., e LUÍS GRECO, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 364 e ss.

Para algumas consequências normativas no âmbito sancionatório extraídas desta dilucidação, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora (no prelo), p. 717 e ss.

<sup>(59)</sup> KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704.

derivados dos individuais, quando relacionada com o critério da não distributividade, de que, em substância, se aproxima em larga medida, esta ideia permite levar mais longe o critério, no sentido de que só estaremos perante um bem jurídico colectivo se *não for possível* reconduzi-lo directa e imediatamente a específicos bens jurídicos individuais<sup>(60)</sup>.

### § 1.3 Sistematização e estrutura dos bens jurídicos colectivos

1. O pensamento de que os bens jurídicos colectivos formam uma categoria autónoma paralela em relação à categoria dos bens jurídicos individuais implica que o esforço de conceptualização dogmática que sobre aqueles recai não possa quedar-se só pela identificação das características que permitam distinguir uns dos outros. Isso posto, se se pretende levar a sério aquele postulado, tomando-o como uma das premissas essenciais para que o direito penal contemporâneo possa manter-se fiel ao paradigma do bem jurídico<sup>(61)</sup>, a questão acerca das espécies de bens jurídicos colectivos impõe-se como uma inevitabilidade.

Disso se deu conta Hefendehl, a quem deve ser reconhecido o mérito de mais longe ter levado esse propósito de densificação da estrutura dos bens jurídicos colectivos<sup>(62)</sup>. De acordo com Schünemmn, através da primeira sistematização dos bens jurídicos colectivos Hefendehl apresentou uma clarificação dogmática relativa a um vasto grupo de delitos em relação aos quais há um século que a doutrina vinha marcando passo<sup>(63)</sup>. É essa concepção, que no essencial merece a nossa adesão, que de seguida nos propomos descrever.

---

<sup>(60)</sup> Assim, também ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 43 e s., considerando ser este um critério material adequado para a avaliação da legitimidade dos bens jurídicos supra-individuais.

<sup>(61)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *2DP-PG, I*, 6.º Cap., § 67.

<sup>(62)</sup> HEFENDEHL, “Die Popularklage als Alternative...”, p. 122 e s., *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 e ss. e *passim*, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 126 e ss., e “Uma teoria social do bem jurídico”, *RBCC*, n.º 87, 2010, p. 112 e ss.

<sup>(63)</sup> SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 133.

2. Os pólos fundamentais da organização categorial dos bens jurídicos colectivos proposta por Hefendehl são a sociedade e o Estado<sup>(64)</sup>. Trata-se de uma diferenciação que ainda parece válida, não obstante todas as transformações sociais e a cada vez maior dificuldade em delimitar o que se refere ao Estado e à comunidade. A contraposição não pretende, naturalmente, conceber Estado e sociedade como entidades estanques. Bem pelo contrário, é assumida a existência de uma relação de interdependência entre ambos. O Estado constitui-se não apenas através das suas instituições e funções, como também com base na participação dos membros da sociedade, manifestada tanto de modo directo, através dos partidos políticos e das eleições, como indirecto, mediante a confiança depositada em determinadas instituições estaduais<sup>(65)</sup>. Mas se o Estado é um produto da sociedade, também é certo que esta e os cidadãos não podem dispensar o Estado, competindo a este, através das suas instituições, criar as condições para a prossecução dos interesses pessoais e sociais<sup>(66)</sup>. Compreende-se assim que sob este pano de fundo o ponto de partida de diferenciação dos bens jurídicos supra-individuais passe pela contraposição entre aqueles que se ligam directamente à realização da liberdade da pessoa e aqueles que têm por objecto a capacidade de funcionamento do próprio Estado<sup>(67)</sup>.

Nesta linha, em um primeiro passo, dentro da categoria dos bens jurídicos colectivos haverá que começar por distinguir aqueles que criam espaços de liberdade para os indivíduos daqueles que protegem o Estado e as suas condições-quadro (*Rahmenbedigungen*). Se a titularidade daqueles bens pertence à sociedade em geral, a titularidade destes é do Estado e não dos membros da sociedade<sup>(68)</sup>.

---

(64) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 113 e ss. e 382.

(65) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 115.

(66) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 78 e s. e 115.

(67) ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 171.

(68) HEFENDEHL, “Uma teoria social do bem jurídico”, p. 116.

**2.1** A primeira espécie de bens jurídicos colectivos, os *bens criadores de espaços de liberdade para os indivíduos*, compreende o *subgrupo dos bens jurídicos que, à semelhança dos bens jurídicos individuais, envolvem a vida do cidadão com a sua presença constante*. É o caso dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda, a segurança da circulação monetária, ou pelos crimes ambientais<sup>(69)</sup>. A objecção de que o cidadão não carece em absoluto de alguns destes bens para existir (v. g., a segurança do tráfico documental) desconsideraria o relevo que, em função da evolução da ordem jurídica e da ordem social, é por eles assumido para a protecção normativa de um desenvolvimento duradouro dos bens jurídicos individuais. Um *segundo subgrupo* é aqui formado pelos *bens consubstanciadores de um instrumentário de reacção* perante perturbações sofridas pelo cidadão, de que é exemplo a administração da justiça<sup>(70)</sup>. Por comparação com os anteriores, a presença destes bens para o cidadão é mais esbatida, uma vez que o bem jurídico só exprime o seu significado valioso quando o cidadão sofre uma perturbação da sua esfera individual ou tem necessidade de estabelecer contacto com o Estado. São, portanto, bens jurídicos que para o indivíduo se encontram num constante estado de latência e poderão ser activados pelo sujeito quando deles careça.

**2.2** A segunda espécie de bens jurídicos colectivos, os bens que protegem o Estado e as suas condições-quadro, é constituída por aqueles bens jurídicos que servem a existência do Estado nos seus diferentes níveis hierárquicos: os que se dirigem à protecção do Estado enquanto tal (cf., v. g., no direito português, o crime de traição à pátria constante do art. 308.º do CP e no direito alemão o crime de alta traição contra a República Federal, previsto no § 81-1, n.º 1, do StGB), os que tutelam as condições de funcionamento de determinados órgãos de soberania (cf., v. g., o crime de coacção contra órgãos constitucionais, art. 333.º do CP e o crime homólogo previsto no § 105 do StGB) e por fim os que protegem a actividade estadual directa de contacto

---

<sup>(69)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 116 e ss. e 132 e ss. e ainda, mais desenvolvidamente, p. 238 e ss.

<sup>(70)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 119.

com o cidadão (cf., v. g., o crime de resistência e coacção contra funcionário, previsto tanto no art. 347.º do CP, como no § 113 do StGB)<sup>(71)</sup>. Porque a relação destes bens jurídicos supra-individuais com a esfera pessoal dos cidadãos é aqui em geral remota, a questão não está em saber de que modo poderão eles contribuir para a materialização da legítima pretensão de liberdade do cidadão, mas sim em que medida o Estado carece dos tipos penais respectivos para manter a sua própria estabilidade.

3. Esta sistematização bipartida proposta por Hefendehl é penetrada depois pelas diferentes estruturas que podem caracterizar os bens jurídicos colectivos, designadamente, em função do relevo da confiança para a sua constituição e subsistência, formando os chamados bens jurídicos de confiança, e da finitude do objecto de acção correspondente ao bem jurídico em questão.

3.1 Os bens jurídicos da confiança (*Vertrauensrechtsgüter*) caracterizam-se estruturalmente por integrarem a confiança como seu elemento constitutivo<sup>(72)</sup>. O seu espaço privilegiado é o dos bens jurídicos criadores de espaços de liberdade para os indivíduos, tendo como exemplos paradigmáticos a confiança na incorruptibilidade do aparelho administrativo e a confiança na moeda como meio de troca. A confiança não é, todavia, o bem jurídico *qua tale*, mas antes sim uma sua componente fundamental. Premissa enfatizada por Hefendehl perante a crítica de Hassemer de que seria perigosa a aceitação da confiança como bem jurídico, dado o seu elevado nível de abstracção, que o torna incapaz de se assumir como objecto de protecção penal<sup>(73)</sup>: a confiança que aqui

---

<sup>(71)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 119 e ss. e 382, e “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 25.

<sup>(72)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 124 e ss.

<sup>(73)</sup> WINFRIED HASSEMER, in: *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 300. Manifestando a sua concordância com Hassemer, ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 84, nota 103. Ainda numa direcção crítica, SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 854 e ss.

está em causa não é a confiança em geral no ordenamento jurídico, própria de uma finalidade preventivo-geral da pena, nem a confiança como bem jurídico *per se*, mas a confiança enquanto elemento imprescindível de determinado bem jurídico. Se há bens jurídicos para os quais a confiança não é indispensável à sua existência, podendo quando muito a falta dela afectar a sua capacidade de fruição, como acontece com o bem jurídico vida, por exemplo; outros há, como a segurança no tráfico monetário, que, pura e simplesmente, não a podem perder, sob pena de entrarem em colapso<sup>(74)</sup>.

O que, deste modo, singulariza os bens jurídicos da confiança em relação aos demais é a possibilidade de a ofensa que lhes é dirigida repercutir-se numa perda de confiança que assume o significado de imediata lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, representando assim um dano primário do mesmo. Regra geral, o abalo da confiança é consequência meramente reflexa ou mediata da violação da norma de proibição, sendo assumido como um simples dano secundário<sup>(75)</sup>. Mas em casos específicos a perda de confiança implica um dano primário para o próprio bem jurídico, em virtude de a confiança ser seu componente constitutivo, não podendo de todo subsistir se ela lhe faltar. Donde, quanto a eles não é possível falar em um simples dano secundário, irrelevante para o bem jurídico<sup>(76)</sup>.

Considera Hefendehl, louvando-se no conceito de “limiar” (*Schwelle*) desenvolvido por Luhmann, que nestes bens jurídicos a passagem da confiança à desconfiança não se dá de forma gradual, sendo antes abrupta. Isto

---

<sup>(74)</sup> ROLAND HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 10.

<sup>(75)</sup> Propondo já esta bipartição entre dano primário e dano secundário, URS KINDHÄUSER, “Kreditbetrug tritt hinter Betrug und Betrugversuch zurück. Urteil des BGH v. 21.2.1989”, *Juristische Rundschau*, 1990, p. 522: cada infracção à norma é duplamente danosa: em uma vertente, designada por dano primário, a danosidade consubstancia-se numa lesão ou colocação em perigo do bem jurídico; em outra vertente, denominada dano secundário ou lesão da confiança, manifesta-se em uma falta de reconhecimento da proibição respectiva, que enfraquece a sua vigência e põe assim em causa a expectativa sobre a observância da norma. Contra, SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 858 e s.

<sup>(76)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 124 e s.

porque a fronteira onde termina a capacidade de absorção em relação a circunstâncias geradoras de desconfiança tem um carácter de limiar. Ultrapassado esse limiar, instala-se a desconfiança, pois que não se confia “só um bocadinho”: ou se confia ou não se confia<sup>(77)</sup>. Como veremos, esta perspectiva assume depois a maior importância aquando da ponderação sobre o tipo de estrutura delitual que deva corresponder aos bens jurídicos colectivos marcados pela característica da confiança socialmente relevante, contribuindo para fundamentar um pensamento cumulativo nesse domínio.

A ideia de confiança, correlacionada com o critério da não distributividade, desempenha ainda um papel decisivo na própria delimitação entre bens jurídicos individuais e colectivos, dado que só assumirão natureza supra-individual aqueles bens jurídicos da confiança cujo objecto da confiança tenha uma dimensão colectiva<sup>(78)</sup>. É o caso, segundo Hefendehl, entre outros, dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda, de burla de investimento de capital (§ 264a do StGB) ou de acordos de limitação da concorrência no âmbito de ofertas públicas (§ 298 do StGB); mas já não da falsificação de documentos particulares, uma vez que nestes a perda de confiança recai apenas sobre os específicos indivíduos envolvidos na falsificação<sup>(79)</sup>.

A natureza colectiva do objecto da confiança que impregna estes bens jurídicos confere por seu turno fundamentação à intervenção penal, ou melhor, a determinadas formas de actuação penal, como a cumulativa, em função dos efeitos sociais catastróficos que a perda generalizada de confiança pode acarretar. Perdida a confiança na moeda como meio de troca, todo o sistema económico entra em colapso. Deixando de haver confiança na probidade dos funcionários públicos fica aberto o caminho à corrupção e entrando o sistema de justiça em descrédito prevalece a lei do mais forte e pulula a justiça privada. Razões mais do que suficientes para a tutela penal, que, em todo o caso,

---

<sup>(77)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 130 e s. e 382.

<sup>(78)</sup> ROLAND HEFENDEHL, “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2006, p. 235, e *Kollektive Rechtsgüter*, p. 388

<sup>(79)</sup> Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 238 e ss., 244 e ss. e 387 e s.

não é ela própria criadora da confiança, mas antes instrumento necessário à sua estabilização e reforço<sup>(80)</sup>.

Parece-nos que dificilmente se poderá negar a imprescindibilidade da confiança para o funcionamento e até para a própria subsistência de interesses como os que foram supra indicados<sup>(81)</sup>. Em todo o caso, daí pode não ter que resultar necessariamente que a intervenção penal tenha a confiança como estrito objecto de tutela. Haveria, na realidade, motivo para questionar a bondade de uma tutela penal que estabelecesse como propósito da sua actuação a protecção de um genérico estado de confiança em determinado instituto ou função com relevo social ou estadual<sup>(82)</sup>. Mas não é disso que aqui se trata. Do que se trata, isso sim, é de reconhecer, com Hefendehl, que uma intervenção penal que desconsiderasse esse elemento fundamental dos bens jurídicos em questão seria seguramente lacunosa, deixando escapar uma sua dimensão essencial. Ora, realmente não vemos como possa a tutela penal tomar em consideração essa dimensão de confiança sem fazer dela um elemento constitutivo do próprio bem jurídico. O eventual problema desta perspectiva não parece residir na natureza imaterial da confiança ou no facto de haver muitos delitos que contendem com os identificados bens jurídicos que permanecem por descobrir e nessa medida não representariam um atentado ao bem jurídico ou sequer que uma vez lesada a confiança seria questionável que o bem jurídico fosse susceptível de novas ofensas<sup>(83)</sup>.

Onde, a nosso ver, a construção dos bens jurídicos da confiança poderá soçobrar é na sua concatenação com a estrutura de delito que se lhes faça cor-

---

<sup>(80)</sup> Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 131 e s., “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”, p. 234 e s., e “Uma teoria social do bem jurídico”, p. 114 e s.

<sup>(81)</sup> Nesta direcção, também SILVA DIAS, “*Delicta in Se*” e *Delicta Mere Prohibita*”, p. 857.

<sup>(82)</sup> HASSEMER, *in*: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 300, ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 84, e SILVA DIAS, “*Delicta in Se*” e *Delicta Mere Prohibita*”, p. 857 e s.

<sup>(83)</sup> Nesta direcção crítica, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 177 e s., secundada por ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 84, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, *in*: Herzog / Neumann (org.), *Festschrift*

responder. Para quem se queira manter apegado à tradicional tripartição entre crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstracto, a concepção da confiança como componente integrante do bem jurídico terá de ir acompanhada pela admissão da possibilidade de a confiança ser lesada pela conduta típica individual. Isto mesmo só quando de perigo se queira falar, pois o perigo vai sempre referido à possibilidade de ocorrência de uma lesão. Esta é, porém, uma condição que se nos afigura impossível de verificar em um qualquer caso concreto, já que em causa estaria a indagação acerca do efeito de certo comportamento isolado sobre a confiança depositada pela generalidade dos cidadãos em um determinado bem jurídico. Uma exigência desta ordem não é minimamente exequível por qualquer tribunal. Isto levaria a que ou o atentado à confiança comunitária no bem jurídico fosse encarado como um dado que por definição acompanharia a prática dos demais elementos da conduta típica, tornando-o porém redundante e como tal imprestável; ou, em alternativa, como uma exigência absolutamente inverificável em concreto, devendo conduzir inelutavelmente à absolvição, o que por si só o tornaria também imprestável e assim, contra os seus melhores propósitos, político-criminalmente insustentável. A solvabilidade daquele tipo de bens jurídicos da confiança fica portanto na dependência da possibilidade de existência de um modelo de delito que vá para além daquela tríade tradicional, admitindo que um comportamento possa ser qualificado como penalmente relevante ainda quando, por si só, não lese ou coloque em perigo, concreto ou abstracto, um bem jurídico.

**3.2** Além dos bens jurídicos colectivos da confiança, de acordo com a concepção de Hefendehl há uma outra característica estrutural que cunha os bens jurídicos colectivos; e na verdade tanto aqueles que se referem directamente à sociedade, criando espaços de liberdade para os indivíduos, como aqueles que têm a ver com as condições-quadro do Estado. Trata-se da natureza escassa do objecto de acção de tais bens jurídicos colectivos.

No âmbito dos bens jurídicos com imediato relevo para a sociedade,

---

*für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010, p. 588 e s.; com resposta concludente de HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 10 e ss.

essa característica é assumida pelos recursos ambientais, que sendo frequentemente finitos, são também regra geral perecíveis e insusceptíveis de livre e imediata reprodução<sup>(84)</sup>. Justifica-se assim que não seja pela via do critério da irrealidade do consumo, mas antes pela via da sua não distributividade pelos membros da comunidade que os recursos ambientais adquiram estatuto de bem jurídico colectivo. Marca específica destes bens e que os distingue dos bens jurídicos da confiança é a sua natureza essencialmente descritiva e não normativa, fruto do carácter tangível e imediatamente perceptível aos sentidos dos respectivos objectos de acção, como os solos ou as águas. É possível dividir igualmente uma natureza finita em determinados bens jurídicos que têm a ver com a protecção das condições-quadro do Estado e dos quais este carece para levar a cabo as suas funções, tais como os fundos financeiros provenientes da recolha dos impostos ou determinada potencialidade de trabalho da máquina administrativa.

## § 2. A estrutura cumulativa do facto punível referido aos bens jurídicos colectivos

1. A caracterização dos bens jurídicos colectivos com possível relevo penal deve ser necessariamente acompanhada por uma ponderação acerca das respectivas estruturas delitivas, que permitam compreender devidamente a relação entre a conduta típica e o bem jurídico. E não só por razões que se prendem com a importância dessa compreensão para uma frutuosa leitura do tipo-de-ilícito penal, mas também e sobretudo por razões que estão a montante e que se prendem com a imprescindibilidade dessa avaliação para a própria avaliação da legitimidade material do tipo penal correspondente<sup>(85)</sup>.

---

<sup>(84)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 132 e ss.

<sup>(85)</sup> Embora tendo como pano de fundo distintas concepções em sede de teoria do bem jurídico, esta ideia é acentuada tanto por WOLFGANG WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 17 e ss., como por HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 147 e ss., considerando este que as possíveis estruturas delitivas no âmbito dos bens jurídicos colectivos assumem uma dimensão

2. Até não há muito tempo, os crimes contra bens jurídicos colectivos eram genérica e imediatamente remetidos para a categoria dos crimes de perigo abstracto<sup>(86)</sup>. Esta opção resultava geralmente de um argumento de exclusão de partes, bem na linha do fenómeno recorrente de fazer dos crimes de perigo abstracto uma espécie de categoria colectora ou agregadora de todos os tipos penais que não fosse possível qualificar como crimes de dano ou como crimes de perigo concreto<sup>(87)</sup>. Era, com efeito, com base no pressuposto de que em relação a esses bens jurídicos não seria possível divisar uma lesão mensurável em termos científico-naturais que ficaria afastada do mesmo passo a possibilidade de conceber a ofensa ao bem jurídico no quadro dos crimes de dano e dos crimes de perigo concreto e sobraria como única categoria aplicável a figura dos crimes de perigo abstracto<sup>(88)</sup>. Estes deveriam abarcar dois distintos domínios de protecção: por um lado, o respeitante à tutela de bens jurídicos individuais, no âmbito, *v. g.*, dos crimes rodoviários, de incêndios

---

jurídico-constitucional (p. 147). Concordante, ROXIN, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, p. 589 e s.

<sup>(86)</sup> Em detalhe, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 57 e ss. e 135 e ss.

<sup>(87)</sup> Nestes termos, WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 18, entendendo, não sem alguma razão, que este desinteresse em relação a uma análise diferenciadora dos crimes de perigo abstracto corresponde a um generalizado desinteresse relativamente a uma legitimação material convincente para este tipo de delitos. Ainda em sentido crítico, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 157 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 130.

<sup>(88)</sup> Nesta direcção, logo, KLAUS TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1969, pp. 123 e ss. e 165 e ss., e por último *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3.<sup>a</sup> ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, n.º m. 58 e ss.; bem como ainda HARRO OTTO, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I”, *ZStW*, 96, 1984, p. 362 e s., e “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, *in*: Schünemann / Suárez González (orgs.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 455; e, em data recente, ULRICH WEBER, *in*: *Strafrecht, besonderer Teil: Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Bielefeld, Giesecking, 2009, § 35, n.º m. 27.

ou de explosões, onde representariam uma forma de tutela antecipada desses bens jurídicos; e por outro lado, o relacionado com a protecção de instituições ou ordens sociais através do direito penal (v. g., a administração da justiça ou o tráfico probatório referente aos documentos). Neste segundo contexto, já não estaria em discussão um problema de antecipação da intervenção penal, porquanto estando em causa uma realidade de natureza espiritual não seria sequer possível de falar em lesão ou perigo concreto. Donde, os crimes de perigo abstracto seriam a forma adequada de tutela jurídico-penal dos bens jurídicos colectivos<sup>(89)</sup>.

Não deixa de ser paradoxal, como assinala Ioanna Anastasopoulou, o facto de a doutrina discutir intensamente o problema da responsabilização penal através dos crimes de perigo abstracto nos casos de concretamente comprovada absoluta falta de perigosidade para o bem jurídico e ao mesmo tempo deixar a questão passar em claro no espaço dos bens jurídicos supra-individuais, assumindo que em relações a estes nunca é possível avaliar com segurança se sequer e em que medida a conduta típica é ou não susceptível de ser perigosa para o bem jurídico<sup>(90)</sup>.

Esta forma de encarar o problema da relação entre a conduta típica e o bem jurídico colectivo não pode, na verdade, subsistir, antes de mais porque em vez de representar uma solução da questão, é isso sim um sinal da vontade de o não discutir. As contradições internas desta tese saltam à vista e expõem à saciedade a sua inadmissibilidade.

Não se compreende como se possa falar de crimes de perigo, ainda que só de perigo abstracto, quando se adopta a premissa de que não é possível averiguar a existência de uma relação de perigo, concreto ou mesmo sequer potencial, da conduta típica para o bem jurídico supra-individual, quando nos tipos de crimes de perigo abstracto “são tipificados certos comportamentos em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico”<sup>(91)</sup>. E se “o perigo

---

<sup>(89)</sup> OTTO, “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, p. 455, e TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*<sup>3</sup>, AT, n.º m. 59.

<sup>(90)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 135.

<sup>(91)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 11.º Cap., § 45; e ainda na mesma direcção,

representa um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano / violação”<sup>(92)</sup>, surpreendendo-se “na relação que se estabelece entre o carácter danoso de um sucesso e a probabilidade desse acontecer”<sup>(93)</sup>, não se compreende ainda como possa sustentar-se que em matéria de bens jurídicos colectivos não é possível a verificação de uma lesão e simultaneamente admitir que a ofensa que lhes é dirigida se reconduz tipicamente ao perigo abstracto. Ora, “sendo teoricamente impossível determinar quando o bem jurídico tutelado pode ser lesado pela conduta típica individual, então é também impossível falar numa colocação em perigo de tal bem jurídico, e um tipo penal destinado à sua protecção não é equacionável nem sequer sob a forma de crime de perigo abstracto”<sup>(94)</sup>.

3. Se, porém, nos afastarmos de uma compreensão do bem jurídico susceptível de lesão apenas quando identificado com objectos tangíveis do mundo das coisas corpóreas estará aberto o caminho para a aceitação da possibilidade de lesão de bens jurídicos incorpóreos como são, praticamente<sup>(95)</sup> por definição, os bens jurídicos supra-individuais. Partilhamos, com Silva Dias, a ideia de que é “totalmente infundada uma distinção entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos supra-individuais com base na diferença qualitativa entre material-tangível e imaterial-abstracto e uma concepção do objecto jurídico-penalmente tutelado

---

JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 568 e s. e 620 e ss., e GÜNTER STRATENWERTH / LOTHAR KUHNEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Die Straftat*, 6.<sup>a</sup> ed., München, Vahlen, 2011, § 8, n.º m. 14.

<sup>(92)</sup> FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 583.

<sup>(93)</sup> FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 584.

<sup>(94)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 138.

<sup>(95)</sup> Estamos a pensar na excepção a esta “regra” formada pelo bem jurídico tutelado pelos crimes ambientais, que embora se trate de um bem jurídico colectivo é de distinguir dos demais bens jurídicos supra-individuais na medida em que se refere a realidades corpóreas e imediatamente perceptíveis pelos sentidos — cf. JÖRG MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltsölkerrecht*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989, p. 33.

de matriz realista”<sup>(96)</sup>. Assim, para a questão que ora nos ocupa deve tomar-se em consideração que para efeitos de aferição de uma lesão ou colocação em perigo conta não o objecto da acção e sim *o próprio bem jurídico*<sup>(97)</sup>. Mais, o bem jurídico não tem por que ser identificado com o objecto da acção ou sequer ser entendido como uma entidade necessariamente tangível ou corpórea<sup>(98)</sup>.

Mesmo no domínio dos bens jurídicos individuais há um número considerável de bens jurídicos de natureza imaterial em relação aos quais é inquestionado o seu estatuto de bem jurídico-penal. É o caso, entre muitos outros, da honra, da liberdade de locomoção, da liberdade e da autodeterminação sexual, do direito à autodeterminação informacional ou até da propriedade. Certo que os bens em questão têm necessariamente como portador uma concreta pessoa, o que faz deles bens jurídicos individuais; mas também não pode duvidar-se que embora referidos *a uma* pessoa, têm carácter imaterial ou espiritual, sem que isso de modo algum comprometa a possibilidade de serem erigidos a bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal. O reconhecimento dessa natureza incorpórea não implica, porém, que o bem jurídico deva ser concebido como um valor ideal ou etéreo, insusceptível de uma real afectação<sup>(99)</sup>. Pelo contrário, pese embora intangíveis, esses bens são pes-

---

<sup>(96)</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 779.

<sup>(97)</sup> Como é sabido, esta posição está longe, todavia, de ser incontrovertida — no sentido do texto, por outros, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 11.º Cap., § 45, STRATENWERTH / KUHLEN, *AT*<sup>6</sup>, § 8, n.º m. 14; contra, apontando antes para o objecto da acção, HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 26, II, 2.

<sup>(98)</sup> Desenvolvidamente, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «*Constituição e Crime*». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica, 1995, p. 85 e ss., SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», pp. 661 e ss. e 771 e ss., WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 223 e ss., e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 57 e ss. e 192 ess.

<sup>(99)</sup> Nesta direcção, todavia, considerando que “os bens jurídicos não devem ser entendidos como objectos apreensíveis sensorialmente, mas antes como valores espirituais da ordem social”, JESCHECK / WEIGEND, *AT*<sup>5</sup>, § 26, I, 4.; e ainda, na doutrina portuguesa, qualificando os bens jurídicos como “idealizações”, PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa, AAFDL, 2000, p. 114. Em sentido oposto, seguido

soal e socialmente perspectivados como uma entidade bem real, que pode ser efectivamente lesada ou posta em perigo. Sendo eminentemente normativo o processo de determinação dos bens jurídicos objecto de protecção penal, bem como de definição das formas da sua agressão<sup>(100)</sup>, seria incompreensível, porque manifestamente redutora, uma concepção do bem jurídico que desconsiderasse que a realidade é composta tanto por objectos e fenómenos corpóreos, como incorpóreos<sup>(101)</sup>, e circunscrevesse a intervenção penal apenas à protecção dos primeiros. Só pode, pois, dar-se razão a Wohlers quando conclui que, num exame mais próximo, a ideia de que os bens jurídicos individuais clássicos seriam concretos bens jurídicos palpáveis e tangíveis provou ser uma ilusão<sup>(102)</sup>.

Se deve concordar-se que bens jurídicos individuais imateriais, como a liberdade de movimentos ou a honra<sup>(103)</sup>, são susceptíveis de lesão, não se vê razão para que os bens jurídicos supra-individuais o não possam também ser<sup>(104)</sup>. Em todo o caso, como, novamente, esclarece Wohlers, diferentemente

---

em texto, KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972, p. 181 e ss., e “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre von strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 166 e ss., e agora também, ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, p. 139, e *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 67.

<sup>(100)</sup> Assim, de modo enfático, SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 776: “O bem jurídico e a ofensa ao bem jurídico — não é demais repeti-lo — são realidades normativas. É por isso que, a respeito de um e de outro, não faz sentido falar de tangibilidade ou de objectualidade perceptível sensorialmente, nem tão-pouco preconizar o retorno a uma suposta natureza objectual e materializada pré-moderna”. Cf. ainda ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 201.

<sup>(101)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 193.

<sup>(102)</sup> WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 16.

<sup>(103)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 11.º Cap., § 45, ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 66, e a este específico propósito WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 224.

<sup>(104)</sup> Admitindo também abertamente essa possibilidade de lesão, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 199 e ss. e 203 e ss., e na sua esteira ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, p. 139, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 83, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, p. 587 e ss.

dos clássicos bens jurídicos individuais, a ofensa aos bens jurídicos colectivos não se dá em regra através de uma afectação de um concreto e tangível objecto de acção, traduzindo-se antes numa desorganização, dificilmente objectivável *a priori*, de subsistemas sociais<sup>(105)</sup>.

Justamente por isso, porque em regra a ofensa a bens jurídicos colectivos não está associada a uma agressão a objectos de acção de natureza tangível, parece-nos mais do que duvidosa a pretensão de Anastasopoulou de acolher neste domínio um específico conceito de causalidade, de índole psíquica, dirigida aos fenómenos da realidade que assumam uma natureza psíquico-espiritual<sup>(106)</sup>. Como também, aliás, mas agora em sentido inverso, porque radicada numa concepção marcadamente naturalista de bem jurídico<sup>(107)</sup>, se nos afigura questionável o entendimento de Hefendehl de que a procura de uma estrutura delitual adequada aos tipos referidos à protecção de bens jurídicos colectivos deve ser levada a cabo com o propósito de suprir a falta de uma efectiva relação causal de lesão entre conduta e bem jurídico<sup>(108)</sup>. Se até hoje, como temos vindo a referir, a imaterialidade de um conjunto alargado de bens jurídicos individuais nunca impediu a sua integração nas categorias tradicionais dos tipos de tipicidade referidos ao bem jurídico, designadamente e desde logo, aos crimes de dano, será por outras razões que não a da intangibilidade própria dos bens jurídicos colectivos que em relação a estes poderá vir a justificar-se a procura de novos quadros sistemáticos que vão para além da tríade dos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto.

3. O que, em nosso modo de ver, se afigura aqui decisivo no sentido de ponderar a existência de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico colectivo é a determinação normativa da sua configuração jurídico-penal-

---

<sup>(105)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 224, e “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 16.

<sup>(106)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 201, que todavia não chega a explicitar em que concretos moldes uma tal ligação causal deveria ser estabelecida.

<sup>(107)</sup> Cf. a crítica de SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 662 e s.

<sup>(108)</sup> Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 39 e ss. e 182.

mente relevante e os termos em que as funções que lhe são cometidas podem ser materialmente postas em causa pela conduta típica legalmente definida.

Aqui chegados, confrontamo-nos fundamentalmente com duas perspectivas, que conduzem a uma clara separação de águas no momento de ponderar a resposta à questão de saber se faz sentido continuar a apelar àquelas três categorias tradicionais para enquadrar as ofensas típicas aos bens jurídicos colectivos ou se, pelo contrário, não será chegada a hora de procurar uma nova estrutura de delito que exprima de modo mais fiel essa conexão entre conduta e bem jurídico. A questão crítica que determina essa bifurcação doutrinária prende-se com a *possibilidade de admitir uma imediata e directa lesão do bem jurídico supra-individual através de uma acção típica isolada*.

Respondendo-se afirmativamente a esta dúvida, poderá continuar a afirmar-se a adequação do paradigma tripartido tradicional — crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto — também no campo dos bens jurídicos colectivos. Mas se a resposta for negativa nenhuma daquelas formas de delito poderá servir para descrever a relação que se estabelece entre o comportamento individual definido no tipo-de-ilícito e o bem jurídico supra-individual a que este se refere, parecendo então necessário encontrar novas figuras delituais que rompam com a estrutura tripartida tradicional.

No sentido da primeira posição, procurando explicitar as razões pelas quais não há necessidade aqui de abrir a doutrina do facto punível a novas estruturas de delito, pronunciaram-se recentemente Anastasopoulou e Roxin. Fizeram-no em reacção aos esforços de Wohlers e Hefendehl de estabelecer o delito de acumulação como nova figura prototípica<sup>(109)</sup> das ofensas aos bens jurídicos colectivos. Tanto um como o outro adoptaram como ponto de partida dessa construção a ideia de que só em casos absolutamente excep-

---

<sup>(109)</sup> A expressão é de ANDREW VON HIRSCH / WOLFGANG WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur — zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 199.

cionais, qualificados como mega-infracções (“*Megaverstöße*”) <sup>(110)</sup>, seria de esperar que uma única conduta típica produzisse uma *lesão* no bem jurídico colectivo <sup>(111)</sup>. Desse modo, a qualificação dos crimes contra bens jurídicos supra-individuais como crimes de dano ou de perigo torná-los-ia político-criminalmente imprestáveis, dado que, sob um ponto de vista prático, estando a sua aplicação limitada a essas mega-infracções, apareceriam como irrelevantes, senão mesmo como absurdos <sup>(112)</sup>.

Opondo-se a esta forma de conceber a lesão do bem jurídico colectivo, no âmbito da crítica ao modelo cumulativo, Anastasopoulou, seguida por Roxin <sup>(113)</sup>, traça um paralelo entre as ofensas aos bens jurídicos individuais e supra-individuais, manifestando-se contra aquela premissa de que a lesão destes só poderá ocorrer em caso de mega-infracções com base no argumento de que os crimes de dano referidos a bens jurídicos individuais estão longe de pressupor sempre uma lesão consubstanciada numa total eliminação do próprio bem jurídico, pois “a lesão não tem forçosamente de ser equiparada a destruição” <sup>(114)</sup>. Tanto assim é que uma bofetada que causa um rubor temporário não deixa de ser considerada como uma lesão da integridade física pelo facto de não comprometer o organismo na sua globalidade <sup>(115)</sup>. De maneira

---

<sup>(110)</sup> Termo, ao que parece, usado pela primeira vez por ROLAND HEFENDEHL, “Zur Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände”, *Juristische Rundschau*, 1996, p. 354, no contexto dos crimes de falsificação de moeda, considerando que só uma — na prática, todavia, inimaginável — mega-infracção de inundação do tráfico monetário com moeda falsa estaria em condições de quebrar a confiança na moeda e assim destruir o próprio bem jurídico.

<sup>(111)</sup> Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 308 e s. e 318 e ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 151 e s. e 182 e ss., e “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 10 e ss.; e já antes, MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, p. 56.

<sup>(112)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 308 e s.

<sup>(113)</sup> Cf. ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203 e ss., e ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º 83, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 587 e ss.

<sup>(114)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203.

<sup>(115)</sup> Estabelecendo já este paralelismo, TONIO WALTER, “§ 298 StGB und die Lehre von den Deliktstypen”, *GA*, 2001, p. 137.

que tal como os indivíduos têm, em princípio, o direito a um respeito pleno pela integridade do seu corpo e das suas coisas, também a sociedade tem o direito a não ver comprometida a plena capacidade de funcionamento das suas instituições<sup>(116)</sup>, devendo portanto a lesão do bem jurídico ser perspectivada à luz da real função que lhe está cometida. Postas assim as coisas, estes autores consideram existir um *dano* jurídico-penalmente relevante para os respectivos bens jurídicos quando alguém faz uma descarga poluente num curso de água, corrompe um funcionário público, presta um falso testemunho que adultera a decisão judicial ou faça uso no tráfico jurídico de um documento falso que é tomado por verdadeiro. Em todos estes tipos de casos, entendem não haver razão para negar a existência de uma lesão dos bens jurídicos correspondentes só porque da conduta não resultou um dano global para os mesmos.

Esta suposição de que o bem jurídico colectivo pode resultar lesado através de uma única e pontual afectação da sua capacidade funcional não tem, porém, no nosso ponto de vista, qualquer aderência ao sentido social do que seja um ataque com o significado de uma perda, total ou mesmo só parcial, de um bem jurídico titulado pelo Estado ou pela sociedade. Admitir que um falso testemunho lesa a realização da justiça ou que a utilização de um documento falso dana a segurança e credibilidade do tráfico jurídico probatório, não passa, como bem nota Hefendehl, de uma pura ficção de lesão do bem jurídico<sup>(117)</sup>.

A analogia que aqui se tenta forjar com os bens jurídicos individuais ou, mais precisamente, com a ofensa ao bem jurídico integridade física mostra-se artificial, pois a agressão, ainda que leve, mas não insignificante, a um bem jurídico pessoal de primeiríssima ordem como é a integridade física é socialmente valorada como uma autêntica lesão do bem jurídico, atenta a sua consequência comprovadamente nociva para a saúde da vítima. Se assim é quanto aos bens jurídicos eminentemente pessoais, não tem porém de o ser também quanto a bens jurídicos com conteúdo, amplitude e titularidade absolutamente distintos, como são os bens jurídicos supra-individuais. Quanto

---

<sup>(116)</sup> WALTER, “§ 298 StGB und die Lehre von den Deliktstypen”, p. 137 e s., e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203.

<sup>(117)</sup> HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 11.

a estes, a infracção de prescrições dirigidas à sua protecção está, regra geral, muito longe de ser socialmente perspectivada como um ataque que justifica uma intervenção penal em virtude da ocorrência *de um dano ou até sequer da colocação em perigo* de um bem jurídico. Ninguém certamente considerará que a introdução na circulação monetária de algumas dezenas ou centenas de euros falsos representa uma lesão da segurança do tráfico monetário ou que quando um facto é dado como provado por um tribunal com base num depoimento falso há sequer uma ameaça ao sistema de justiça. A razão está pois aqui, para nós, do lado de Hefendehl, para quem os bens jurídicos colectivos têm uma natureza incompatível com a possibilidade de lesão através de um ofensa pontual, dada a sua configuração elástica, própria das funções que lhe são cometidas<sup>(118)</sup>. Mas se assim é e se também ninguém duvida que tais comportamentos são susceptíveis de sancionamento penal, a justificação para tal há-de fundar-se não na lesão ou, quando menos, no perigo para os bens jurídicos em questão, mas num fundamento de outra ordem.

## § 2.1 Conteúdo e extensão do modelo cumulativo

1. A necessidade de encontrar uma fundamentação consistente, tanto do ponto de vista dogmático, como do das valorações sociais, para a criminalização de comportamentos individuais que por si sós são inidóneos a lesar um bem jurídico colectivo, mas cujo relevo penal é consensualmente aceite, levou alguns dos autores referidos supra, nomeadamente, Wohlers e Hefendehl, a propor a figura da acumulação como estrutura típica da ofensa a bens jurídicos-supra individuais<sup>(119)</sup>. A adopção dessa categoria neste domínio não

---

<sup>(118)</sup> HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 11, que, justificadamente, censura ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 83, por adoptar uma posição que descarta questões em aberto, em vez de as enfrentar.

<sup>(119)</sup> O relevo de Wohlers e Hefendehl nessa extensão do pensamento cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos é reconhecido por Kuhlen, o principal impulsionador da teoria cumulativa — cf. LOTHAR KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, in: von Hirsch / Seelmann / Wohlers (orgs.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 150.-

se ficou, porém, pela enunciação da *ratio* que permite reputar legítima a criminalização de tais condutas. Além disso, a tese cumulativa foi desenvolvida no sentido de explicitar as condições que deverão ser observadas para que possa considerar-se legitimada a concessão de relevo penal às condutas contrárias a bens jurídicos colectivos, por forma a que a estrutura delitual em apreço possa funcionar como padrão crítico das incriminações presentes e futuras<sup>(120)</sup>.

Os delitos cumulativos são aqueles tipos de crimes cujos factos típicos correspondem a comportamentos individuais que regra geral, e não só excepcionalmente, são inidóneos a determinar uma lesão do bem jurídico colectivo protegido e que por isso não são sequer abstractamente perigosos<sup>(121)</sup>. Nessa medida, os comportamentos que neles estão em causa, quando vistos *per se*, não afectam ou, pelo menos, não afectam em medida minimamente relevante interesses juridicamente protegidos, só podendo implicar uma ofensa desses interesses através de um efeito conjugado com outros comportamentos da mesma espécie<sup>(122)</sup>.

2. Um dos primeiros afloramentos do pensamento cumulativo apareceu em meados da década de 1970 pela pena de Fritz Loos no âmbito da análise do bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção<sup>(123)</sup>. Reconduzindo a ofen-

---

<sup>(120)</sup> Sobre os delitos cumulativos, na doutrina portuguesa, em vertentes específicas como o ambiente ou os impostos, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389 e ss., PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, pp. 123 (“é o efeito somado de sucessivas agressões humanas contra o ambiente que se torna preocupante (cargas poluentes acumuladas), e é necessário prevenir a sua continuação”) e 171 e ss., FLÁVIA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 157 e ss., e SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais*, pp. 226 e ss. e 300 e s. Numa perspectiva mais geral, cf. ainda, a favor, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 72 e ss.; e contra, SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 303 e ss.

<sup>(121)</sup> KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 150.

<sup>(122)</sup> A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 199.

<sup>(123)</sup> FRITZ LOOS, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, *in*: Stratenwerth *et al.* (orgs.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, p. 890 e ss.

sa a esse bem jurídico — identificado com a condição de funcionamento do *ethos* funcional da administração<sup>(124)</sup> — à figura do crime de perigo abstracto, o autor distingue duas espécies de perigo envolvidas na categoria de perigo abstracto. De uma banda encontram-se aquelas constelações em que o tipo corresponde a uma acção perigosa individual susceptível de, por si só ou em conjugação com outros factores causais, implicar uma lesão. De outra banda, o perigo abstracto compreende ainda tipos penais referidos a acções que só através da sua acumulação com outras condutas perigosas podem conduzir a uma lesão do bem jurídico<sup>(125)</sup>. As mais das vezes, tal sucede em domínios em que o perigo se forma através de condutas praticadas em massa, como por exemplo acontece com as emissões poluentes. Com base nesta sistematização, Loos rejeita a possibilidade de enquadramento do crime de corrupção no âmbito daquele primeiro grupo de crimes de perigo abstracto, uma vez que uma conduta delituosa avulsa de um funcionário não é adequada a afectar a referida condição de funcionamento da administração. Deste modo, porque o funcionamento da administração só pode ser lesado de forma relevante e mensurável na hipótese de uma numerosa repetição de casos de corrupção, o delito em questão só pode ser incluído no segundo grupo dos crimes de perigo abstracto<sup>(126)</sup>.

Naquela sua referência às emissões poluentes para exemplificar a tipologia do perigo abstracto manifestada através de acções praticadas em massa, Loos<sup>(127)</sup> baseou-se num estudo anterior de Otto Backes em matéria de direito penal do ambiente onde a dimensão cumulativa das agressões ambientais já era posta em relevo<sup>(128)</sup>. Aí, no contexto da discussão sobre uma reforma

---

<sup>(124)</sup> Contra esta qualificação proposta por Loos, entre nós, ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984, p. 137 e ss.

<sup>(125)</sup> LOOS, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, p. 891.

<sup>(126)</sup> Como veremos, a inclusão no âmbito dos crimes de perigo abstracto dos tipos penais caracterizados por uma perigosidade cumulativa é agora também defendida por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss., e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198 e ss., no contexto de uma proposta de reformulação daquela categoria.

<sup>(127)</sup> LOOS, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, p. 891, nota 55.

<sup>(128)</sup> OTTO BACKES, “Umweltstrafrecht”, *Juristenzeitung*, 1973, p. 339 e s.

penal que contemplasse a criminalização de infracções ambientais, Backes alertava para a necessidade de ser tomado em devida consideração — nomeadamente, para a questão de saber se a punibilidade penal ambiental deveria ser condicionada à criação de perigo para a vida ou para a saúde humana — o facto de a poluição, *v. g.*, das águas ou da atmosfera através de condutas individuais, pressupor normalmente um efeito conjugado dessas condutas, dado que, sendo por si sós inofensivas, poderiam ter efeitos ambientais nocivos apenas quando cumuladas com outras.

3. Foi necessário, porém, aguardar mais de uma década para que o pensamento cumulativo entrasse em força na discursividade jurídico-penal, precisamente no campo do direito penal do ambiente. O tiro de partida foi dado por Lothar Kuhlen<sup>(129)</sup> e desde então gerou forte controvérsia, ampliada mais ainda com as propostas de Wohlers e Hefendehl para estender o paradigma cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos.

No centro da discussão esteve inicialmente o tipo legal de crime de poluição de águas, previsto no § 324 do StGB<sup>(130)</sup> e nele introduzido em 1980, aquando da abertura do CP alemão aos crimes ambientais.

Em análise a esse tipo penal e adoptando como ponto de partida o exemplo de um indivíduo que, vivendo numa casa sem ligação à rede pública de saneamento, se livra das águas de cozinha, misturadas com restos de comida, directamente no rio Main<sup>(131)</sup>, Kuhlen começa por avaliar a possibilidade de integrar tal espécie de conduta naquele delito de poluição de águas sob a perspectiva da sua qualificação como crime de dano, de perigo concreto ou de perigo abstracto. Estando em causa um curso de água de enorme dimensão e sendo de excluir, à luz do estado dos nossos conhecimentos empíricos, a pos-

---

<sup>(129)</sup> LOTHAR KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1986, p. 389 e ss., e depois ainda, em jeito de resposta às muitas críticas entretanto recebidas, “Umweltstrafrecht...”, p. 711 e ss.

<sup>(130)</sup> § 324, (1), do StGB: “Quem sem autorização poluir águas ou alterar negativamente algumas das suas propriedades é punido com pena privativa da liberdade até cinco anos ou com pena de multa”.

<sup>(131)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 390.

sibilidade de tal acção poder ter quaisquer efeitos danosos para esse rio como fundamento de vida para os homens, animais e plantas, Kuhlen conclui pela impossibilidade de justificar a intervenção penal na base de qualquer uma das categorias tradicionais de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto<sup>(132)</sup>.

Procurando responder à pergunta sobre qual seria então a estrutura delitual correspondente ao crime de poluição de águas, Kuhlen rompe com o esquema tripartido tradicional e propõe a adopção de uma nova categoria que denomina como delito de acumulação (“*Kumulationsdelikt*”), à qual corresponde um tipo-de-ilícito a que chama tipo de acumulação (“*Kumulationstatbestand*”)<sup>(133)</sup>. A seu ver, o que caracteriza o tipo cumulativo é a desnecessidade de a conduta individual nele prevista determinar uma lesão ou uma colocação em perigo do bem jurídico, justificando-se a criminalização pelo facto de essa acção pertencer a uma espécie de condutas que quando praticadas em elevado número conduzem à sua lesão ou colocação em perigo e que caso não fossem objecto de proibição criminal seriam provavelmente praticadas em larga escala<sup>(134)</sup>, podendo assim, no seu conjunto, ter aquelas repercussões para o bem jurídico. Se teoricamente será possível distinguir dentro dos delitos de acumulação entre tipos de dano e tipos de perigo, consoante a acumulação de numerosos factos típicos implique uma lesão ou um perigo para o bem jurídico, o certo é que atendendo ao seu carácter puramente hipotético, a distinção não tem qualquer significado prático<sup>(135)</sup>.

A contraposição entre o crime de poluição de águas e o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, figura delitual paradigmática dos crimes de perigo abstracto, espelha de forma expressiva a insustentabilidade da recondução daquele a esta categoria dogmática. No caso do condutor embriagado, o perigo abstracto representado pela sua condução não depende em nada da existência de outros indivíduos que, como ele, conduzam alcoolizados. Mas já na hipótese do sujeito que realiza descargas para o rio Main,

---

(132) KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 390 e ss., e “Umweltstrafrecht...”, p. 715 e s.

(133) KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 399, e “Umweltstrafrecht...”, p. 715 e ss.

(134) KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716 e s., nota 93.

(135) KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 399, nota 56.

se ninguém mais imitar o seu comportamento será seguramente de excluir a possibilidade de em consequência dos seus despejos sobrevir um dano para o rio como fundamento de vida para homens, animais e plantas. Assim, o problema frequentemente suscitado quanto aos crimes de perigo abstracto relacionado com a excepcional absoluta falta de perigosidade da concreta conduta individual nem sequer faz sentido nesta segunda hipótese das descargas poluentes, uma vez que nestas *a regra é a da ausência de perigosidade*. Daí que enquanto nos crimes de perigo abstracto as condutas individuais são em regra perigosas, nos crimes cumulativos, pelo contrário, a regra é a da falta de perigosidade das acções individuais tipicamente previstas, só podendo falar-se numa perigosidade global, resultante de uma prática frequente desse tipo de condutas<sup>(136)</sup>. Em suma, condutas que *per se* nem sequer são abstractamente perigosas não podem ser qualificadas como crimes de perigo abstracto, devendo portanto ser enquadradas numa nova e diferente estrutura de delito.

Esta construção de Kuhlen mereceu mais reservas e objecções que apoios, mas apresentou-se como suficientemente consistente para colher a adesão de parte da doutrina, ainda que minoritária, e sobretudo para inspirar o salto do pensamento cumulativo para além dos quadros do direito penal do ambiente, designadamente, no sentido de transformar o delito de acumulação como a estrutura própria das ofensas penais aos bens jurídicos colectivos. Este modelo, desenvolvido, como referimos já, por Wohlers e Hefendehl e que entre nós conta com a concordância de princípio de Figueiredo Dias, é ainda em larga medida tributário da proposta de Kuhlen, mais especificamente das razões por ele aduzidas para justificar a legitimidade material das incriminações cumulativas, dos pressupostos por ele avançados como condição para a afirmação de tal legitimidade e dos argumentos por ele apresentados para rebater as muitas críticas que se abateram sobre os delitos de acumulação.

4. É também com base na lógica do grande número e da normal inocuidade das acções individuais descritas nos tipos legais ligados à protecção de bens

---

<sup>(136)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 399, nota 57.

jurídicos colectivos que Wolfgang Wohlers adopta o modelo cumulativo para conformar a relação entre o comportamento típico e o bem jurídico supra-individual. Em todo o caso, leva por diante esse propósito num plano mais amplo, o da reconfiguração de toda a categoria dos crimes de perigo abstracto no contexto de um direito penal preventivo próprio da sociedade contemporânea<sup>(137)</sup>.

Wohlers manifesta-se contra uma caracterização dos crimes de perigo abstracto puramente pela negativa, por força da qual seriam assim qualificados os crimes aos quais faltasse uma efectiva conexão de lesão ou de perigo concreto com o bem jurídico<sup>(138)</sup>. A sua visão é de que o denominador comum dos diferentes tipos penais reunidos nessa “massa amorfa”<sup>(139)</sup> que se usa agrupar sob a capa do conceito de crime de perigo abstracto é afinal a perigosidade geral imanente (“*immanente «generelle Gefährlichkeit»*”) aos comportamentos neles descritos e não propriamente a existência de um perigo abstracto para o bem jurídico<sup>(140)</sup>. Por essa razão, prefere chamar-lhes crimes de risco ou de perigosidade em vez de crimes de perigo.

Atendendo a este critério da potencialidade de risco imanente, propõe uma recomposição da estrutura do delito que passe pela distinção de duas grandes categorias de crimes: de um lado os tipos penais que se consubstanciem em comportamentos que ofendam interesses (bens jurídicos) de forma directa ou imediata; e de outro lado, os tipos penais que compreendam comportamentos que por si próprios não sejam suficientes para ofender directamente determinado interesse (bem jurídico)<sup>(141)</sup>.

No primeiro grupo integram-se os tradicionais crimes de dano e de perigo concreto, mas se e apenas na medida em que se dirijam à protecção de

---

<sup>(137)</sup> Daí o título da sua dissertação: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte* — cf., em especial, p. 305 e ss.; e depois ainda A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198 e ss.

<sup>(138)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305.

<sup>(139)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 306.

<sup>(140)</sup> Nesta direcção, já HANS JOACHIM HIRSCH, “Gefahr und Gefährlichkeit”, in: Haft *et. al.* (org.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1993, p. 557 e ss.

<sup>(141)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 307 e ss.

interesses pessoais. Os bens jurídicos individuais podem, em princípio, ser objecto de uma ofensa efectiva directa através da conduta de um só indivíduo e por isso quanto a eles não haverá nenhuma reserva em incluí-los na primeira categoria. Segundo Wohlers, coisa diferente sucede em relação aos bens jurídicos colectivos<sup>(142)</sup>, que, como referimos já, tirando os casos excepcionais de mega-infracções, não são para ele susceptíveis de lesão imediata através de acções individuais isoladas. Como essas mega-infracções que caracterizam a lesão de bens jurídicos colectivos são em geral resultado não da contribuição de uma só pessoa, mas sim da acumulação de um número elevado de contributos individuais, os tipos penais vinculados à tutela de bens jurídicos supra-individuais devem abarcar esse género de acções que, apesar de irrelevantes por si mesmas, possam ser consideradas como um contributo parcial de uma mega-infracção. Esta a razão pela qual os crimes que tutelam bens jurídicos colectivos são por ele incluídos na segunda categoria de delitos, formando a tipologia dos delitos cumulativos.

Esta segunda categoria, dos chamados crimes de perigo abstracto como tipos de criação de risco<sup>(143)</sup>, abarca os tipos penais cujas condutas não possam determinar por si mesmas uma real ofensa dos interesses protegidos, estando a produção de um dano dependente da prática de um ulterior comportamento do próprio autor ou de outras pessoas (da vítima ou de um terceiro). Sob este pano de fundo, Wohlers distingue três subcategorias, em função do

---

<sup>(142)</sup> Esta discriminação não deixa, porém, de ser um tanto ou quanto paradoxal no caso de Wohlers, atento o seu marcado cepticismo quanto à possibilidade de ser estabelecida uma distinção qualitativa entre bens jurídicos individuais e supra-individuais — cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221 e s.

<sup>(143)</sup> Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305, e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198: “os tipos penais geralmente denominados como «crimes de perigo abstracto» não correspondem de modo algum a um tipo de delito unitário, mas sim a uma acumulação heterogénea de tipos penais com potenciais de risco diferentes, havendo por isso, e antes de mais, necessidade de uma nova categorização diferenciadora desse grupo de delitos”.

respectivo potencial de risco: os delitos de perigosidade concreta<sup>(144)</sup>, os delitos preparatórios<sup>(145)</sup> e os delitos cumulativos.

Como se perceberá pelo que fomos já adiantando do pensamento de Wohlers, a sua caracterização dos delitos cumulativos é coincidente com aquela que inicialmente foi avançada por Kuhlen: os delitos de acumulação englobam condutas que por si próprias não são susceptíveis de produzir um dano ou um perigo concreto para um bem jurídico, as mais das vezes colectivo, mas em relação às quais não é de excluir a possibilidade de determinarem uma tal ofensa quando praticadas em larga escala. Wohlers leva a lógica cumulativa para lá das fronteiras inicialmente cogitadas por Kuhlen<sup>(146)</sup>, advogando, pela primeira vez, a sua aplicação a *todas* as incriminações que tutelem bens jurídicos colectivos, dando como exemplos os tipos legais de crime adstritos à protecção do meio ambiente (§ 324 e ss. do StGB) e de determinadas instituições do Estado, como a administração da justiça<sup>(147)</sup>. Além de alargar significativamente a amplitude do âmbito de aplicação dos crimes cumulativos, Wohlers apresenta ainda uma nova base de legitimação material, que teremos oportunidade de explicitar adiante.

5. Também Hefendehl propõe um alargamento do paradigma cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos, como equivalente material para suprir a ausência de uma efectiva relação de causalidade lesiva entre a conduta típica e o bem jurídico supra-individual<sup>(148)</sup>. Uma vez mais, baseia-se na ideia da normal inidoneidade de uma conduta típica isola-

---

<sup>(144)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 309 e 311 e ss.

<sup>(145)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 310 e 328 e ss.

<sup>(146)</sup> Alargamento que, como mencionámos já, colhe a aceitação de KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 150.

<sup>(147)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 309 e s. e 318.

<sup>(148)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 182 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 130 e ss. Não deixa de ser paradoxal que ao mesmo tempo que preconiza a extensão da categoria do delito cumulativo a praticamente todos os crimes contra bens jurídicos colectivos, Hefendehl faça questão de ressaltar que o seu âmbito de aplicação potencial permanece fortemente limitado (*ult. op. cit.*, p. 131).

da para lesar o bem jurídico supra-individual e da necessidade da intervenção penal para travar o risco da sua numerosa repetição, potencialmente danosa para o bem jurídico.

Hefendehl enfatiza um aspecto já antes implícito ou até mesmo insinuado nas teses cumulativas que o precederam<sup>(149)</sup> e que é decisivo para sustentar de modo procedente a legitimidade material das incriminações fundadas no modelo cumulativo e rebater as reservas quanto à congruência com o princípio da culpa (*sc.*, a conhecida objecção da responsabilização *ex injuria tertii*). Essa clarificação traduz-se em tornar inequívoco que o pensamento cumulativo actua tão-só no plano da criminalização e não no do perfeccionamento do facto típico<sup>(150)</sup>.

Com efeito, o que está em causa é fundamentalmente uma decisão legislativa. Não se trata aqui de avaliar até que ponto o comportamento individual pode ou não ser danoso para o bem jurídico, precisamente porque, por definição, as condutas em apreço são inócuas para o bem jurídico quando vistas *per se*. O que releva, isso sim, é a determinação das condições que podem levar a que se considere a criminalização como constitucionalmente legítima, apesar da inadequação da conduta tipificada para lesar o bem jurídico. Tudo está em saber, para efeitos dessa vertente criminalizadora, para a qual só o legislador tem competência, se o comportamento que é previsto sob ameaça de pena se liga, atenta a probabilidade da sua repetição no caso de ser penalmente irrelevante, à protecção do bem jurídico tido em consideração. Se uma tal prognose apontar em sentido negativo e todavia o legislador avançar para a criminalização, deverá esta qualificar-se como constitucionalmente inadmissível. Mas se não for esse o caso, se houver razões fundadas para concluir pela legitimidade da incriminação, a discussão sobre a irrelevância da conduta para o bem jurídico em determinado caso concreto deve fazer-se na perspectiva do

---

<sup>(149)</sup> Cf. KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., e FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 390 e s.

<sup>(150)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 182 e s.

preenchimento do tipo pelo específico facto em análise, à semelhança, aliás, do que sucede com os crimes de perigo abstracto.

Considerando as estruturas de bens jurídicos colectivos por si desenhadas, Hefendehl preconiza a aplicação do modelo cumulativo a praticamente todas elas. Desde logo aos bens jurídicos da confiança. O modo particular como ocorre a ofensa a estes bens jurídicos, através de uma brusca passagem de um estado de confiança a um estado de desconfiança, que representa o seu aniquilamento, em virtude da sua incapacidade para a partir daí responder às respectivas exigências funcionais, torna-os especialmente atreitos à influência do pensamento cumulativo<sup>(151)</sup>. Também os bens jurídicos referidos a contingentes de natureza finita se mostram aptos a receber esse influxo<sup>(152)</sup>. É o caso dos bens jurídicos vocacionados para a tutela do meio ambiente, como também de bens jurídicos colectivos adstritos à protecção das condições-quadro do Estado relacionados com recursos de que o Estado carece para dar cumprimento às suas funções, mas que se caracterizam pela sua escassez, como as receitas fiscais ou a força de trabalho do corpo administrativo. Estes bens jurídicos revelam-se um campo privilegiado para a funcionamento do pensamento cumulativo, pela razão de que com cada conduta típica ocorre a redução de um bem que por si só já é finito<sup>(153)</sup>. Por último, fora do contexto cumulativo ficam os bens jurídicos que servem a protecção de funções estaduais, pois a sua relevância penal não se justifica pela probabilidade de multiplicação de ataques intencionais às mais altas esferas da organização do Estado, que na verdade dificilmente pode ser afirmada, dado que as agressões ao Estado procedem em regra de intenções não multiplicáveis<sup>(154)</sup>.

---

(151) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 193 e ss. e 385.

(152) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 199 e ss. e 385.

(153) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 201 e 385, que todavia ressalva a possibilidade de certos casos poderem ser reconduzidos a crimes de dano, prescindindo-se da figura da cumulação, em função da possibilidade de lesão dos recursos em apreço. Neste sentido, no âmbito penal fiscal, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais*, p. 300 e s.

(154) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 186 e 385.

## § 2.2 Fundamentação material do pensamento cumulativo

Preocupação que desde a primeira hora animou a corrente cumulativa foi, como não poderia deixar de ser, a da busca de uma fundamentação material válida para conferir legitimidade às incriminações aditivas. A questão foi assim enunciada logo por Kuhlen: “justificar-se-á punir penalmente condutas que individualmente, em regra e não apenas excepcionalmente, não determinam um dano, nem um perigo concreto ou abstracto para o bem jurídico protegido?”<sup>(155)</sup>.

A resposta afirmativa dada pelos defensores da teoria cumulativa a esta pergunta decisiva tem assentado essencialmente em duas teses fundamentadoras da legitimidade material dos delitos cumulativos: a tese do grande número e a tese de índole moral-filosófica.

### § 2.2.1 A lógica do grande número

Uma primeira linha de resposta fundamentadora dos tipos de acumulação, apresentada por Kuhlen, baseou-se no pensamento do “grande número”: “a única possibilidade de fundamentação de um tipo cumulativo radica numa justificação que, em ligação com a linguagem económica, desigmo por justificação derivada do problema do grande número”<sup>(156)</sup>. Este problema manifestou-se no facto de uma acção individual poder ser avaliada como racional quando vista apenas por si e todavia, se praticada em grande número, poder conduzir a resultados irracionais<sup>(157)</sup>. O direito penal, considera Kuhlen, apresenta-se como um meio adequado para a solução deste problema, ao qual deve reconhecer-se um relevo significativo em todo o domínio do ambiente. Com efeito, proibindo-se criminalmente determinadas condutas, a abstenção da prática das mesmas passará a ser tida como um comportamento individual racional por muitos indi-

<sup>(155)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 401.

<sup>(156)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 401.

<sup>(157)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 401 e s.

víduos, atenta a valoração negativa que sobre elas recai e/ou os riscos de custos subjectivos a elas inerentes. Dessa forma, abstendo-se a maioria dos cidadãos da prática desses actos, é possível evitar um resultado irracional global. Uma solução penal para este problema só pode ser dada, segundo Kuhlen, pela figura dos delitos de acumulação, dada a patente inadequação dos crimes de perigo abstracto para com ele lidar.

Não basta, porém, concluir pela adequação dos tipos penais cumulativos para enfrentar esse problema do grande número, sendo além disso imprescindível avaliar a *necessidade* desse tipo de intervenção penal<sup>(158)</sup>.

É também essencialmente desta racionalidade que se nutre o pensamento de Figueiredo Dias na defesa do modelo cumulativo, não só para os delitos ambientais<sup>(159)</sup>, como também em geral, como solução adequada para enquadrar as ofensas a bens jurídicos colectivos<sup>(160)</sup>. Relativamente à questão da construção típica dos delitos colectivos, reconhece que “seja qual for a arquitectura que acabe por ser eleita, ela não pode eliminar a aludida distância entre condutas na sua singularidade insignificantes e lesões certas ou muito prováveis de bens jurídicos colectivos; distância que pode ser de tal maneira grande que, com ela, é a própria referência da conduta ao bem jurídico que pode tornar-se questionável”<sup>(161)</sup>. Não obstante, é categórico na afirmação da “inteira legitimação do legislador para, nomeadamente face à necessidade colectiva de contenção de mega-riscos globais, criar, se indispensável, incriminações acumulativas, protectoras de bens jurídicos. Se, p. ex., o legislador, baseado nos conhecimentos científicos disponíveis, conclui que a utilização maciça de produtos (mesmo que simples perfumes ou desodorizantes) sob a forma de *sprays* pode aumentar os danos da camada de ozono, está absolutamente legitimado para criminalizar o fabrico, a venda, a utilização, etc., de quaisquer produtos sob aquela forma. Tratar-se-á então patentemente de um delito acumulativo que todavia, em nome de um bem jurídico colectivo de

(158) KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 403.

(159) FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389 e ss.

(160) FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 67 e ss.

(161) FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 72.

indiscutível referência jurídico-constitucional, é digno de pena; e se, ademais, os aludidos dados das ciências empíricas revelarem a necessidade da sua protecção, nada mais será necessário para a validade / legitimidade da incriminação. Tanto basta no presente contexto”<sup>(162)</sup>. Uma hipótese, esta, que entretanto se materializou no nosso direito positivo, com a criminalização, pelo n.º 2 do novo art. 279.º-A do CP (Actividades perigosas para o ambiente)<sup>(163)</sup>, da produção, comercialização ou utilização de substâncias que empobrecem a camada de ozono; um tipo legal com uma clara estrutura típica cumulativa.

### § 2.2.2 A fundamentação moral-filosófica

1. O modelo cumulativo conhece ainda uma outra linha fundamentadora da legitimidade dos delitos de acumulação. Recusando aquela lógica do grande número e acusando-a de confundir funcionalidade com legitimidade<sup>(164)</sup>, esta corrente procura ancorar a sua justificação em razões de ordem moral-filosófica<sup>(165)</sup>, filiadas directamente no paradigma do *harm principle*<sup>(166)</sup> dominante

---

<sup>(162)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 74. O exemplo também é ponderado por ANDREW VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, in: Simester / Smith, *Harm and Culpability*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 272, que todavia distingue a utilização e a fabricação de *sprays* nocivos para a camada de ozono, admitindo uma incriminação cumulativa para a sua produção, mas já não para o seu consumo, por considerar que seria exigir de mais do cidadão comum que compreendesse os efeitos ambientais com a suficiência necessária para desenvolver a consciência de que deveria abster-se de usar tais produtos. A razão de ser da diferenciação tornar-se-á mais clara com a exposição da concepção de Andrew von Hirsch acerca dos *accumulative harms* que de seguida se fará em texto.

<sup>(163)</sup> Cf. Lei n.º 56/2011, de 15/11, que neste específico ponto pretendeu dar cumprimento ao art. 3.º, i), da Directiva n.º 2009/99/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Novembro de 2008, relativa à protecção do ambiente através do direito penal.

<sup>(164)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 318 e s.

<sup>(165)</sup> Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 318 e ss., A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207 e s., e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 190 e ss.

<sup>(166)</sup> Inicialmente formulado por John Stuart Mill como o único princípio válido para a limitação da liberdade, o *harm principle* era definido por JOEL FEINBERG, *The*

em sistemas penais de *common law*, como o inglês e o norte-americano<sup>(167)</sup>.

A linha de força deste pensamento, encabeçado por Wohlers e Andrew v. Hirsch, é o dever de solidariedade de cada indivíduo para com os seus concidadãos, assumido como uma obrigação de cooperação: “devemos trabalhar em conjunto — prescindindo cada um de nós de algumas escolhas — para o bem do nosso interesse comum em prevenir determinadas consequências danosas”<sup>(168)</sup>. O entendimento é o de que estando em causa “a conservação e a salvaguarda dos bens colectivos necessários para a existência e capacidade de funcionamento da sociedade, existe um dever de cooperação (*duty of cooperation*)”<sup>(169)</sup>.

Na fundamentação do paradigma cumulativo, Wohlers recorre às indagações de Joel Feinberg acerca da possibilidade de responsabilizar criminalmente o chamado *freeloader* ou *free-rider*, o indivíduo que, *grosso modo*, faz uso de determinados benefícios proporcionados por terceiros ou pela comunidade sem todavia oferecer qualquer contrapartida ou pelo menos uma contrapartida justa, assim beneficiando à custa dos demais: “em vários contextos de cooperação, cada pessoa tem que fazer a sua parte para que todos possam ganhar, mas é possível a uma pessoa fazer batota, não fazendo a sua parte, e assim colher o seu benefício «de graça» apenas porque os outros cumprem com a sua parte. Ao fazer batota, o «freeloader» explora o sentido de cooperação dos demais em seu próprio proveito”<sup>(170)</sup>.

O caso do *freeloader* é ponderado por Feinberg no âmbito da análise da

---

*Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, New York, Oxford University Press, 1988, p. XIX, do seguinte modo: “é sempre uma boa razão para fundar uma legislação penal que esta seja eficaz na prevenção (eliminação, redução) do dano para outras pessoas que não o agente (aquele proibido de agir) e não haja outros meios igualmente eficazes a custos não mais elevados para outros valores”.

<sup>(167)</sup> Cf. A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle”, pp. 265, 268 e 271 e ss.

<sup>(168)</sup> Cf. A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle”, p. 268.

<sup>(169)</sup> A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208. Na mesma direcção, RAFAEL ALCÁ CER GUIRAO, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54, I, 2001, p. 160 e ss. e 170 e ss., e entre nós, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 55 e s.

<sup>(170)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 13.

multiplicidade de fenómenos de exploração de que certas pessoas são alvo por outras (“*exploitatin with and without harm*”) <sup>(171)</sup>. Entre muitos outros casos — v. g., o indivíduo que propõe um desafio a outro sabendo que este não tem qualquer hipótese de o levar de vencido; o tráfico sexual remunerado proporcionado pela fraqueza humana inerente à libido sexual; a venda de uma substância clinicamente inócua a um desesperado doente canceroso, *etc.* — assoma o do *freeloading*, que forma uma das nove categorias de *wrongful exploitation* identificadas por Feinberg <sup>(172)</sup>. O que há de moralmente errado no *freeloading* é o aproveitamento do esforço de quem é cumpridor e age honestamente. Ainda que aqueles que actuam com rectidão não sofram nenhum prejuízo com o comportamento do *freeloader*, o certo é que o ganho deste só tem lugar porque os outros são honrados o suficiente para lhe proporcionarem os seus benefícios fáceis <sup>(173)</sup>. Por isso mesmo, este é considerado o exemplo mais claro de uma obtenção de vantagem injusta. Os ganhos desonestos do *freeloader* são um mal, pois representam uma violação dos direitos daqueles que se abstêm da mesma conduta no pressuposto de que os outros também o farão e que têm assim todo o direito de sentirem ofendidos. Ofensa que não está numa lesão dos seus interesses, mas simplesmente no facto de o *freeloader* se aproveitar injustamente da sua confiança e só lucrar por causa da sua atitude cooperante <sup>(174)</sup>.

O denominador comum do *freeloading* e dos demais casos de exploração identificados por Feinberg é o proveito injusto (*unjust gain*). A constatação de que o agente praticou um mal, que, por expressar uma injustiça, pode inclusivamente ser visto como um mal moral, leva-o, numa primeira aproximação, a enquadrar estes casos num princípio que designa como “*the exploiting principle*” <sup>(175)</sup>. E porém, não é por via dele que o *freeloading* vê legitimada a sua repressão penal. De acordo com Feinberg, o que — num plano subse-

---

<sup>(171)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 176 e ss.

<sup>(172)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 206 e ss.

<sup>(173)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 183.

<sup>(174)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, pp. 13 e s. e 206 e s.

<sup>(175)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 210.

quente de análise, o da avaliação da legitimidade de concessão de relevância penal aos casos de exploração antes discriminados — pode legitimar uma intervenção criminal nas situações de *freeloading* é ainda o tradicional *harm principle*. E isto porque nesse tipo de comportamento ainda vai implícita uma lógica de dano, nomeadamente, de dano cumulativo: “quando o batoteiro tira um proveito injusto do comportamento conforme à lei dos demais para obter um ganho para si próprio, ele pode não causar nenhum dano directo a ninguém, mas se a sua conduta se tornasse comum, então teria consequências imensamente danosas para as instituições e práticas sociais que a todos dizem respeito”<sup>(176)</sup>. É pois com base na potencialidade de dano para os interesses ameaçados pelo comportamento do *freeloader* e não com fundamento na reprovação moral da obtenção de um ganho injusto que a criminalização do *freeloading* pode ser sustentada<sup>(177)</sup>.

Na medida em que este e outros casos de exploração devem ser afinal reconduzidos ao *harm principle*, em virtude da sua imediata ou remota<sup>(178)</sup> danosidade, Feinberg circunscreve a amplitude do *exploiting principle*, definindo-o como o princípio de acordo com o qual há sempre uma boa razão em favor de uma certa proibição criminal que vá prevenir um benefício injusto, mesmo quando esse ganho errado não seja acompanhado de qualquer perda injusta. Mas porque assim é, porque não é aí possível identificar qualquer dano, próximo ou longínquo (“*it makes no appeal to the prevention of derivative harms*”), uma tal concepção deve ser rejeitada e não pode servir de base legítima a uma criminalização, por ser antiliberal e constituir uma manifestação clara de um puro moralismo legal<sup>(179)</sup>.

<sup>(176)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 211, que já antes se havia referido ao risco envolvido na repetição do *freeloading*: “se todos os consociados do *freeloader* fizessem o mesmo, então o resultado seria danoso para os interesses de todos do grupo” (p. 14).

<sup>(177)</sup> Sublinhando também que *freeloading* e acumulação são figuras que se cruzam, mas não coincidem totalmente, SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 318.

<sup>(178)</sup> Para uma caracterização dos “*remote harms*”, cf. A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle”, p. 263 e ss.

<sup>(179)</sup> FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 213.

2. Estas lúcidas objecções de Feinberg à possibilidade de uma responsabilização penal ser assente num puro propósito de prevenção do ganho injusto desligado da produção imediata ou mediata de danos para terceiros não foram todavia suficientes para dissuadir Wohlers e Andrew von Hirsch de fundarem a justificação para as incriminações cumulativas num pensamento que, em substância e apesar dos seus “protestos” em contrário, se identifica com esse propósito<sup>(180)</sup>.

Wohlers dá razão a Feinberg na recusa deste em ver o direito penal de uma sociedade pluralista transformado em instrumento para a prossecução de posições moralistas, mas faz corresponder esse princípio apenas à proibição de promover certas concepções de vida através do direito penal contra outras particulares concepções. Na sua perspectiva, esse princípio já não obsta todavia à possibilidade de oferecer uma reacção com meios penais contra comportamentos que afrontem o quadro de direitos de uma sociedade pluralista. E esse quadro de direitos é inequivocamente posto em causa quando alguém ofenda concretos interesses pessoais de outros sujeitos sem o seu acordo. Ora, considera Wohlers, numa sociedade organizada em Estado os deveres jurídicos dos cidadãos não se ficam pela mera observância de um *neminem laede*, compreendendo ainda a obrigação de cooperar com o asseguramento de um estado em que a cada um seja garantido o que lhe é de direito (*suum cuique tribuere*). De modo que estando a vida de um cidadão de uma moderna sociedade pluralista dependente da disponibilização de determinados bens colectivos e da garantia da sua funcionalidade, ao recusar prestar uma cooperação justa para a disponibilização dos bens colectivos o *freeloader* arroga-se em benefício próprio de um *princípio de direitos iguais para pessoas com posições jurídicas incompatíveis*. Assim, o fundamento para a legitimação da responsabilização penal deste indivíduo encontra-se na reposição do princípio da igualdade por ele posto em causa; e o problema da criminalização das contribuições cumulativas deixa de radicar na procura de um fundamento válido para a sua legitimação e passa a

---

<sup>(180)</sup> WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 321 e s., e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207 e s.

ser somente o da determinação das concretas condutas que podem ser criminalizadas a esse título.

A recondução do fundamento das incriminações cumulativas à necessidade de reconstituir a posição de igualdade que deve caracterizar a participação de cada um no quadro da interacção social, penalizando a recusa de cooperação no esforço comunitário em prol do bem comum que a todos incumbe<sup>(181)</sup>, não é todavia suficiente para apagar os traços de ligação desta tese ao discurso de reprovação moral que está associado à identificação da figura do *freeloader*.

Em nosso modo de ver, ou bem que se deduz a possibilidade de legitimação da intervenção penal da afronta que esse comportamento representa para valores como a igualdade ou a solidariedade social, mas sempre em função de uma perspectiva de tutela de bens jurídicos (em último termo, como Kuhlen e Figueiredo Dias; ou até como Feinberg, à luz do *harm principle*); ou bem que se prescinde por completo de um esforço legitimador assente em derradeira instância num propósito de protecção de bens jurídicos e não há como evitar cair no vício de um discurso fundamentador de *matriz puramente moral*, próprio de um direito penal do autor e não de um direito penal do facto, naturalmente inaceitável.

Como Feinberg pôs em relevo, o que torna a conduta do *freeloader* particularmente repugnante é o enriquecimento sem causa de que ele beneficia; e que é tanto mais injusto quanto é obtido à custa da rectidão e probidade dos seus concidadãos, que, ao cumprirem os deveres legais que sobre eles impendem para prossecução do interesse público, lhe dão a oportunidade de obter tal enriquecimento. Wohlers procura furtar-se à objecção de que a punição penal daquele indivíduo apenas em função desse locupletamento indevido assumiria as vestes de um moralismo legal antiliberal com o argumento de que, ao eximir-se a participar no esforço colectivo de criação e manutenção de bens colectivos que a todos importam, o agente viola o direito dos seus concidadãos a um *suum cuique tribuere*, sendo isto (e apenas isto) que justifica a

---

(181) Cf. A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207: para que todos os cidadãos tenham um estatuto jurídico igualitário, ninguém pode tomar para si o papel de *freeloader*.

sua responsabilização criminal. E assim até poderia ser, convergindo-se com Wohlers, se se acabasse por fazer repousar o fundamento criminalizador no risco de comprometimento dos interesses colectivos propriamente ditos. Mas não é esse o caso. O que, segundo Wohlers, dá corpo à fundamentação é apenas a necessidade de repor o equilíbrio jurídico posto em causa pela conduta do *freeloader*, de forma a prevenir que o ordenamento jurídico dê cobertura a um tratamento igual para posições jurídicas desiguais.

Ao desamarrar esta lógica de uma finalidade de protecção dos bens jurídicos colectivos, do mesmo passo que enfatiza a vertente da desconsideração que a conduta do agente representa para os direitos dos seus concidadãos, nomeadamente, o direito de ver os demais cooperarem na edificação do bem comum, a posição de Wohlers e A. von Hirsch resume a puro moralismo. Pois, em substância, nesta visão das coisas temos de um lado os cidadãos cumpridores, dotados de uma espécie de superioridade moral, e de outro lado os batoteiros, egoístas e parasitas da cooperação alheia, sendo inconcebível que, independentemente das (potenciais) consequências dos seus comportamentos, a ordem jurídica trate todos do mesmo modo. Aqueles, os cidadãos probos, têm direito a que estes, os parasitas, sejam escarmentados com a sanção penal para lhes mostrar que não é impunemente que se furtam ao seu dever de cooperação social e, aproveitando-se da rectidão alheia, obtêm benefícios injustos à custa deles.

Temos assim para nós que ao vincular a reacção penal à necessidade de mostrar aos moralmente rectos que a sociedade não cruza os braços perante o defeito moral evidenciado por aqueles que se aproveitam da sua honestidade, esta concepção se assume como expressão de um puro direito penal do autor, incompatível com aquele que deve ser o direito penal de uma sociedade liberal e plural, um direito penal do facto, vinculado à tutela de bens jurídicos e em que o fundamento positivo para qualquer intervenção penal só pode ser o *dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes*<sup>(182)</sup> (arts. 2.º e 18.º-1 da CRP).

---

<sup>(182)</sup> Cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, §§ 27. a 32.

### § 3. Tomada de posição a favor do modelo cumulativo

O que vai dito deixa já claramente perceber a nossa concordância com aqueles, como Hefendehl, Kuhlen ou Figueiredo Dias, que manifestando-se a favor de um pensamento cumulativo para compreensão da estrutura delitual dos crimes contra bens jurídicos colectivos<sup>(183)</sup> sustentam a legitimidade material das incriminações cumulativas directamente no paradigma do bem jurídico. Tratando-se de explicitar a arquitectura interna da generalidade dos crimes afectos à protecção de bens jurídicos supra-individuais e de afirmar a legitimidade da incriminação sob o ponto de vista da ofensa ao bem jurídico, não divisamos, com efeito, melhor alternativa do que o modelo da acumulação.

1. Em primeiro lugar, pelas razões já expostas, deve concordar-se que nenhuma das categorias tradicionais dos crimes de perigo e de dano pode ser adequadamente moldada aos fenómenos de agressão a bens jurídicos colectivos. O modelo cumulativo leva vantagem sobre aquelas correntes que se lhe opõem desde logo porque, ao contrário delas, não insiste em integrar a questão da legitimação material das incriminações dirigidas à tutela de bens jurídicos colectivos num fictício ambiente de tranquilidade aproblemática<sup>(184)</sup>. Como se vê claramente em Roxin e Anastasopoulou, do que se trata é de procurar varrer as dificuldades para debaixo do já desgastado tapete da dogmática tradicional: não há necessidade nenhuma da figura da acumulação, porque afinal qualquer conduta que caiba na previsão típica de um crime contra bens jurídicos colectivos, mesmo que praticamente insignificante, pode qualificar-

---

<sup>(183)</sup> Cf. ainda, na conclusão, WOLFGANG FRISCH, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 233 e ss.

<sup>(184)</sup> Já neste sentido crítico, LUÍS GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 93.

-se como lesão do bem jurídico e permite que a incriminação seja classificada como crime de dano<sup>(185)</sup>, assim ficando (automaticamente?) resolvidos todos

---

<sup>(185)</sup> Num plano semelhante, e como tal merecedor de crítica, parecem-nos estar ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, 1984, p. 140 e ss., e AUGUSTO SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *RPCC*, 1/1999, p. 65 e ss.

A. DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140 e ss., e “A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao «trabalho suplementar». Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral”, in: Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1054 e ss., lança mão do conceito de *bem-meio* ou *bem-instrumental* — uma categoria que, aliás, remonta já a TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 119 e ss., e que ainda recentemente o próprio KLAUS TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht in Europa”, in: Hellmann / Schröder (orgs.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, p. 573 e s., reputou como uma primeira fase dogmática entretanto já há muito ultrapassada — para, confessadamente, ultrapassar uma pretensa fragilidade de concepções dogmáticas construídas em torno de bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente, a recondução dos respectivos tipos-de-ilícito a estruturas típicas de perigo. Uma dificuldade que Almeida Costa crê poder superar através de um “passe de mágica” puramente formal, como até o próprio não deixa de reconhecer quando admite que a sua proposta não passa de “uma outra via que, no fundo, partindo de idênticos pressupostos materiais, apenas diverge quanto à sua arquitectura e formulação” (“Sobre o crime de corrupção”, p. 140). Com efeito, considera A. DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, p. 141 e s., que uma vez postulados os chamados valores-meios, bens que pela sua “fusão íntima com os bens jurídicos fundamentais a que servem de suportes” podem reclamar para si o estatuto de bens jurídico-penais, já poderá entender-se que “os delitos que os ofendem não representam simples crimes de perigo, uma vez que embora revistam a natureza de «valores-meios», aquelas entidades, porque imprescindíveis à organização social, têm uma «densidade» penal própria, integram bens jurídico-criminais independentes, cuja violação constitui um crime de dano”. Que assim, só pelo facto de já não estarmos perante delitos de perigo e passarmos a estar diante de crimes de dano, não deixam de continuar em aberto as mesmíssimas possíveis questões de legitimação material das incriminações em jogo é realidade que nos parece inludível e que depõe no sentido da insuficiência da tese dos bens jurídicos instrumentais.

De aporia similar padece o pensamento de SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»”,

os problemas de legitimidade, dado que é uma lesão que está em causa! Isto quando salta à vista que não é em função de uma lesão, de um perigo concreto ou de uma imediata perigosidade concreta<sup>(186)</sup> para o bem jurídico colectivo que o legislador criminaliza condutas que a eles se oponham. Na realidade, perante um conjunto amplo de tipos incriminadores afectos à sua tutela baldadamente se procurará estabelecer um relacionamento entre a conduta típica e o bem jurídico com base numa conexão de lesão ou de perigo, mesmo de perigo abstracto, pois a conduta descrita no tipo e que o legislador teve em mente prevenir sob ameaça de pena não é, as mais das vezes, por si só adequada para determinar uma lesão ou um perigo para o bem jurídico. E todavia, o certo é que a conduta em questão tem relevo penal; urgindo por isso encontrar um enquadramento dogmático congruente com essa espécie de previsão normativa.

Admitindo-se que os bens jurídicos colectivos têm um relevo autónomo (e não puramente derivado e/ou instrumental em relação aos bens jurídicos individuais) e não havendo motivo para suspeitar que o legislador, ao criminalizar condutas que afrontem interesses de natureza colectiva, se quis afastar do paradigma legitimador do bem jurídico, importa perceber então que tipo de relação entre conduta e bem jurídico poderá ser equacionável nesses casos. Parece-nos que, apesar de não isento de dificuldades e objecções de peso, o pensamento cumulativo oferece uma explicação suficientemente cabal e consistente para o efeito.

---

RPCC, 1/1999, p. 65 e ss., quando — depois de repudiar a concepção de Tiedemann acerca da estrutura dos delitos que atentam contra bens jurídicos institucionais, porque, além do mais, moldada sobre uma ideia de desobediência e assim desprovida de um momento de ofensividade — parece considerar como suficiente para afirmar a legitimidade material de um crime como o do tipo legal contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares (art. 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84) que o mesmo possa ser concebido como um crime de dano contra o bem jurídico do direito à qualidade e genuinidade dos bens alimentares.

<sup>(186)</sup> Falamos aqui de *perigosidade concreta* no sentido proposto HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e s.

Se, quando considerados na sua individualidade, os comportamentos que o legislador qualifica como crime são claramente *inidóneos* para lesar ou fazer perigar o bem jurídico, será legítimo admitir como possível que nesses casos o legislador deslocou o ângulo de análise subjacente à decisão criminalizadora de um plano eminentemente individual, focado de modo estrito numa relação avulsa entre o facto que descreve na norma incriminadora e o bem jurídico que através desta visa tutelar, para um plano mais amplo, de *natureza colectiva*. Nesta última perspectiva, congruente com a ideia de que nas sociedades contemporâneas os danos e disfuncionalidades sistémicas são regra geral produto de *processos colectivos*<sup>(187)</sup>, a tese cumulativa adquire pleno sentido: o dano ou o perigo para o bem jurídico colectivo poderá advir da prática em larga escala, por muitas pessoas distintas, de condutas como aquela que é descrita no tipo incriminador. O propósito é aqui ainda o da tutela de um bem jurídico e a criminalização de tal conduta baseia-se no receio fundado da sua prática em elevado número no caso de inexistir uma sua proibição sob a alçada do direito penal<sup>(188)</sup>, reconduzindo-se, assim, em primeira linha, à dimensão de *legitimação material positiva* da criminalização radicada no dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes<sup>(189)</sup>. É a ideia, pois, de que através da criminalização se poderá esperar, em função da *concreta* adequação e eficácia da intervenção penal nesse domínio, um efeito suficientemente dissuasor que iniba a generalidade das pessoas de praticarem condutas que, apesar da sua baixa ou mesmo nula densidade axiológica, são idóneas a lesar ou colocar em perigo um bem jurídico colectivo quando cometidas em massa.

Com esta ordem de considerações tocamos já a segunda questão sobre a qual pretendemos tomar posição neste contexto, a da *legitimidade material negativa* das incriminações cumulativas, vistas à luz dos princípios constitu-

<sup>(187)</sup> SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 313.

<sup>(188)</sup> Na mesma conclusão, embora em sentido fortemente crítico, SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 345: “Não discuto que há tipos cumulativos no Direito Penal português e que o tipo do art. 279.º é disso testemunho claro”.

<sup>(189)</sup> Cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 663 e ss.

cionais penais da dignidade penal e da necessidade de pena, correspondentes à proibição constitucional da proibição do excesso.

Trata-se, portanto, da questão formulada de forma exemplarmente corrente por Kuhlen: “justificar-se-á punir penalmente condutas que individualmente, em regra e não apenas excepcionalmente, não determinam um dano, nem um perigo concreto ou abstracto para o bem jurídico protegido?”<sup>(190)</sup>. A resposta, tanto quanto nos parece, não tem necessariamente de ser respondida de forma negativa. Pressuposta a *relevância constitucional do bem jurídico colectivo* sob ameaça, se e na medida em que a criminalização seja determinada pelo propósito da sua tutela e for de concluir que o modo típico de este poder ser comprometido se caracteriza pelo efeito conjugado de uma miríade de acções individuais de pequena monta para prevenção do qual não haja meio de tutela *idóneo* (v. g., contra-ordenacional) que assegure uma protecção *tão eficaz* como aquela que a intervenção penal está em condições de garantir, será então de concluir pela legitimidade material da criminalização.

São assim, no fundo, os critérios constitucionais gerais de legitimação material do direito penal que dão corpo ao conceito material de crime que permitem, enfim, assegurar a validade material das incriminações cumulativas referidas à tutela de bens jurídicos colectivos. Não negamos que aquelas formulações podem parecer tautológicas, mas o certo é que num sistema que vai buscar as suas bases de legitimação ao paradigma do bem jurídico não excogitamos outra derradeira razão de fundo para avaliar e afirmar a legitimidade de uma dada incriminação que não seja a de que, justamente, a mesma é adequada e necessária para tutelar um bem jurídico com dignidade penal. Tanto assim é que, como vimos, para Figueiredo Dias a avaliação da legitimidade da criminalização deve passar também aqui, como em geral, pelos parâmetros da dignidade penal do bem jurídico colectivo tutelado e pela sua carência de tutela penal<sup>(191)</sup>; e para Frisch mesmo em relação “àqueles que com a sua conduta, por si só, não determinam uma grave lesão (ou colocação em perigo) do bem jurídico, pode ser contraposto o discurso argumentativo de que a pro-

<sup>(190)</sup> KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 401.

<sup>(191)</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 72 e ss.

tecção de tais bens, em cuja preservação também eles próprios têm interesse, só é possível levar a cabo sob esta forma — de modo que uma pessoa razoável que o possa reconhecer não poderá objectar que a sua responsabilização penal, que ela estaria em condições de evitar, representa uma reacção desproporcionada em relação aos limitados efeitos da sua conduta individual”<sup>(192)</sup>.

2. Compreende-se deste modo que tenhamos como improcedente uma objecção de fundo oposta à concepção cumulativa baseada na violação do *princípio da ofensividade*<sup>(193)</sup>. Acenar aqui com o princípio da ofensividade não significa senão uma forma distinta de repudiar a criminalização das contribuições cumulativas a partir da ideia de que é ilegítima uma criminalização de uma acção que *por si mesma* não lese ou ofereça perigo para o bem jurídico. É certo que na lógica cumulativa, em geral, “o contributo singular é insusceptível de afectar o bem jurídico colectivo”<sup>(194)</sup>, mas também nos parece certo que o direito penal não pode prescindir dessa lógica, em todo o caso ainda vinculada a um propósito de protecção de bens jurídicos, se pretender ser operante e funcionalmente adequado na prossecução da finalidade de protecção dos bens jurídicos colectivos dotados de autêntica dignidade penal. Pois, como sublinha certamente Alcácer Guirao, sendo o pensamento cumulativo inerente aos bens jurídicos supra-individuais, “a ideia do dano cumulativo não pode ser expulsa do direito penal sem ao mesmo tempo se expulsar do seu catálogo de interesses protegidos numerosos bens jurídicos colectivos institucionais que, sob essa perspectiva liberal, são indubitavelmente merecedores de protecção”<sup>(195)</sup>.

<sup>(192)</sup> FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

<sup>(193)</sup> Cf. SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 335 e ss. e *passim*; FABIO ROBERTO D’AVILA, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 390, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 139, e FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal...”, p. 156 e s.

<sup>(194)</sup> SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 339.

<sup>(195)</sup> ALCÁCER GUIRAO, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, p. 171 e s.

A menos que se queira<sup>(196)</sup> ou aceite que o direito penal bata em retirada perante a necessidade de oferecer um quadro de intervenção político-criminalmente conseqüente com os desafios com que actualmente se confronta e que se jogam essencialmente em torno da tutela de interesses colectivos, não haverá razão para “rasgar as vestes” perante um seu modo de actuação, mais ou menos vincado, consoante os bens jurídicos colectivos, dominado pelo pensamento cumulativo. Só assim, estamos em crer, poderá o direito penal continuar a ter uma palavra relevante a dizer na tutela de bens jurídicos de natureza supra-individual — como, aliás, convém não esquecer, sempre teve ao longo da história — e do mesmo passo continuar a ser um direito penal do bem jurídico. Porque, não haja ilusões, aprisionar a ideia de bem jurídico numa camisa de onze varas é o caminho mais rápido para que o legislador se livre dela!

Entre as vias de forte contracção do direito penal contemporâneo como são as preconizadas pela Escola de Frankfurt, Augusto Silva Dias ou Silva Sánchez e a visão de que nada há de específico nesta matéria da tutela dos bens jurídicos colectivos que justifique um novo quadro compreensivo, como nos deparamos nas concepções (aparentemente) tranquilizadoras de Roxin e Anastasopoulou, afigura-se-nos pois preferível alinhar com aqueles que, sem tibiezas, assumem de modo explícito que a intervenção penal no domínio dos bens jurídicos colectivos é incontornável e é feita essencialmente em função de uma lógica cumulativa. Até porque, e essa parece-nos ser uma vantagem assinalável da tese cumulativa em relação às demais, só através e a partir da clara assumpção desta realidade será possível desenvolver critérios complementares de legitimação material das incriminações dirigidas à protecção de bens jurídicos supra-individuais que tomem em devida consideração as suas especificida-

---

<sup>(196)</sup> Como, por exemplo, é patente no discurso de MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466, da Escola de Frankfurt, quando, logo após considerar que a tutela de bens jurídicos que protegem a eficiência de funções sociais (como sucede, além do mais, nos crimes de corrupção) é sempre dominada por uma lógica cumulativa, preconiza a supressão do direito penal de todos os tipos cumulativos, sem excepções.

des e as razões que legitimamente podem estar na base da criminalização.

Com efeito, um dos méritos da corrente cumulativa foi ter procurado des-simplificar da *ratio* do grande número um conjunto de parâmetros que devem servir de crivo à legitimidade da criminalização de condutas referida à protecção de bens jurídicos colectivos. Esse que, para nós, é um mérito da tese da acumulação constitui todavia um campo privilegiado das críticas que sobre ela se abateram. Não raro, porém, o encarniçamento e a exaustividade crítica que nelas se divisa não são acompanhados por um esforço de igual ou sequer parecida monta na proposta de alternativas válidas e operativas para a actuação penal no espaço de tutela dos bens jurídicos colectivos. Levadas até ao fim, essas concepções confrontam, *a contrario*, os seus destinatários ou com uma via de largo abandono penal desse espaço ou com uma posição de resignação que na prática se traduz em aplicar-lhe o mesmo instrumentário que é usado na dogmática dos bens jurídicos individuais. Atitudes que levam a que, em nome de uma pretensa maior fidelidade ao paradigma do bem jurídico, se dêem como boas soluções que na sua materialidade acabam por ser mais restritivas da esfera individual do cidadão<sup>(197)</sup> do que aquelas que resultam do funcionamento do pensamento cumulativo, afeiçoado por critérios complementares de legitimação como a previsão realista dos efeitos cumulativos e a proscricção das condutas de relevo absolutamente insignificante.

São precisamente esses e outros critérios adicionais de legitimação que no nosso ponto de vista deverão entrar em linha de conta na ponderação da legitimidade da criminalização para tutela de bens jurídicos colectivos numa base cumulativa que de seguida nos propomos explicitar.

**2.1** Em conformidade com a justificação do “grande número” que dá razão de ser ao pensamento cumulativo, toda a doutrina cumulativa, mesmo aquela que sustenta uma fundamentação de carácter filosófico-moral<sup>(198)</sup>, con-

---

<sup>(197)</sup> Exemplo claro do que pretendemos significar é a posição de ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 151 e ss. e 203 e ss.

<sup>(198)</sup> Assiste, por isso, razão a SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, quando afirma que “a questão da relevância jurídico-penal da acção cumulativa não dispensa,

corda com a necessidade de submeter a criminalização de condutas contrárias a bens jurídicos colectivos a uma exigência de *avaliação realista* da probabilidade da sua multiplicação e da possibilidade de sobrevir um dano ou um perigo para o bem jurídico colectivo por efeito da sua acumulação.

Como sustenta Frisch, a intervenção penal sob a forma cumulativa será de admitir quando se mostrar necessária e adequada, sendo para tal indispensável a observância de três condições: primeira, que o facto em apreço, apesar de isoladamente possuir baixo significado, possa representar uma verdadeira ameaça para o bem jurídico se reproduzido em número substancial; segunda, que essa ameaça se mostre realista e não possa ser evitada sem recurso à pena; e terceira, que o bem jurídico assim ameaçado tenha uma importância tal que se revele justificado cominar uma pena para a sua protecção<sup>(199)</sup>.

**2.1.1** Tal como perspectivamos a questão, nesta sede a ponderação acerca da atribuição de relevância penal deve começar por passar por um juízo legislativo sobre a efectiva existência de uma generalizada propensão para a comissão de factos que, quando acumulados em grande número, poderão reflectir-se negativamente sobre um bem jurídico colectivo. Não basta pois admitir como possível que um tal efeito possa corresponder ao somatório de um conjunto alargado de condutas individuais, sendo sempre necessária uma fundada convicção legislativa de que, inexistindo uma proibição penal, o risco da multiplicação desse fenómeno é para ser levado a sério<sup>(200)</sup>.

Tudo está portanto aqui em saber se na ausência de proibição será de esperar uma prática generalizada de actos da espécie que o legislador admite

---

numa perspectiva ou noutra, a consideração do problema do grande número” (p. 317) e que “a lógica do grande número é, em suma, determinante para a qualificação de uma situação como de acumulação e o problema do seu desvalor deve ser entendido principalmente a essa luz” (p. 320).

<sup>(199)</sup> FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

<sup>(200)</sup> Não colhe, nessa medida, a objecção lançada em jeito de provocação contra a tese cumulativa, pretendendo-se mostrar que, se levada até ao fim, poderia gerar situações absurdas, traduzida no exemplo da possibilidade de criminalizar o acto de buzinar baseado no receio do ruído insuportável que se geraria se todos os condutores

colocar sob a alçada penal<sup>(201)</sup>. Para tal, “o legislador deve recolher a melhor informação empírica que estiver ao seu alcance sobre a propensão (e também sobre as oportunidades e capacidades) das pessoas para em geral agirem no sentido cuja proibição está em consideração. Se, de facto, não for de esperar que um número suficiente de pessoas venha a agir do modo em questão, afectando negativamente um qualquer interesse público, não haverá então mal em permitir tais acções, ainda que a sua prática generalizada pudesse ser desastrosa”<sup>(202)</sup>. Essencial será assim perceber *por que razão* a generalidade das pessoas se absteria de praticar tal tipo de comportamento se o mesmo não fosse penalmente proibido<sup>(203)</sup>, para o que relevará sobremaneira os estímulos motivacionais que, em geral, poderão determinar a sua prática<sup>(204)</sup>.

Não é possível, obviamente, delinear uma fórmula fechada que permita ao legislador enfrentar esta questão. Mas é possível, não obstante, identificar casos em que poucas ou mesmo nenhuma dúvida haverá sobre a existência

---

buzinassem ininterruptamente (cf. Erich Samson, *in*: PERRON, Walter, “Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1987 in Salzburg”, *ZStW*, 99, 1987, p. 663). E não colhe, porque, simplesmente, uma avaliação realista do comportamento da generalidade dos condutores não faz reçar uma qualquer indómita vontade geral em passar todo o tempo ao volante a carregar na buzina. É que, como refere HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185, o legislador tem em vista efeitos cumulativos realistas e não meras suposições teóricas. Sendo a ideia de generalização imanente ao pensamento cumulativo conformada por esta exigência de avaliação realista, no sentido de que só se justificará proibir determinada conduta quando houver um *perigo real* da sua prática generalizada, não haverá o risco de a tese cumulativa descambar naquele tipo de consequências absurdas a que a aplicação de um puro princípio de generalização poderia dar lugar — assim, de modo concludente, JAN C. JOERDEN, “§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1991, p. 419 e ss.

<sup>(201)</sup> Nesta direcção, na doutrina portuguesa e alemã, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 72, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716, nota 91, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322 e s., HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184 e ss., e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208 e s.

<sup>(202)</sup> JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume One: Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 226.

<sup>(203)</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226, e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322.

<sup>(204)</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185 e s.

de um risco de proliferação massiva de comportamentos indesejados na hipótese de abstenção penal; e através deles procurar linhas gerais orientadoras para responder ao problema.

a) Um exemplo incontestável de probabilidade elevada de multiplicação de acções individuais em caso de inércia penal é o da *falsificação de moeda* <sup>(205)</sup>. Perante a ausência de qualquer tutela sancionatória em relação a essa conduta, a tentação de obter dinheiro fácil, através da sua falsificação, seria certamente aproveitada por um largo número de pessoas, que, ainda por certo, não se limitariam a fabricar por sua conta pequenas somas de dinheiro. Aliás, tudo leva a crer que esse risco existiria mesmo que o facto fosse objecto de cobertura sancionatória, mas de natureza não penal, por exemplo, contra-ordenacional. Sendo cominada para esse facto apenas uma sanção principal de natureza exclusivamente pecuniária, afigurar-se-ia óbvio que a relação custo / benefício penderia a favor do benefício proporcionado pela falsificação <sup>(206)</sup>. Eis o que (também) explica o relevo penal da falsificação de moeda.

b) No âmbito tributário chega-se a uma conclusão semelhante. Este é um dos domínios em que Joel Feinberg testa a procedência dos “*accumulative harms*” à luz do *harm principle*, figurando o exemplo de um país em que apesar de as leis fiscais não terem tutela penal, sendo dada aos cidadãos a oportunidade de escolher pagar ou não pagar impostos, 99% opta pelo respectivo pagamento <sup>(207)</sup>. Embora seja diminuto o dano causado pelos *freeloaders* que compõem a população remanescente, mesmo assim Feinberg admite a intervenção penal, fundada num “*plausible harm principle fairly employed*” <sup>(208)</sup>. Só, todavia, por ingenuidade se poderia transpor o exemplo desta “*happy hipotetical land*” <sup>(209)</sup> para a realidade nacional. Não propriamente porque no caso português as percentagens se mostrariam invertidas, mas porque em face dos, por todos conhecidos, elevados índices nacionais de evasão fiscal, mesmo num quadro normativo

<sup>(205)</sup> Cf. INGEBORG PUPPE, “Probleme der Kausalität und Zurechnung, insbesondere im Umweltstrafrecht”, in: H. J. Hirsch (org.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht*, Białystok, Temida 2, 1996, p. 234, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 186 e s., e FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

<sup>(206)</sup> FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

<sup>(207)</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226 e s.

<sup>(208)</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, p. 227, e depois, ainda nesta direcção, em *Harmless Wrongdoing*, p. 211.

<sup>(209)</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226.

em que existe já uma apertada teia sancionatória penal e contra-ordenacional, seria totalmente fundado o receio de uma maciça fuga aos impostos na hipótese de o direito penal abandonar o campo fiscal e para-fiscal. Daí que, e independentemente da concreta qualificação dos tipos penais tributários como delitos cumulativos, não possa deixar de reconhecer-se, com Susana Aires de Sousa, que “a fenomenologia inerente aos crimes fiscais favorece o pensamento cumulativo”<sup>(210)</sup> <sup>(211)</sup>.

c) Outro campo que é a nosso ver exemplificativo da influência da lógica cumulativa é o da tutela penal do mercado de capitais, designadamente, do crime de abuso de informação privilegiada (art. 378.º-1 do CVM). Apesar das divergências acerca do específico bem jurídico protegido pela incriminação, é domi-

---

<sup>(210)</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais*, p. 300.

<sup>(211)</sup> Esta ideia encontra eco, ao menos implicitamente, na fundamentação apresentada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão n.º 8/2010 para justificar a inaplicabilidade do limite de punibilidade de € 7.500 introduzido em 2008 no crime de abuso de confiança fiscal (art. 105.º-1 do RGIT, na redacção dada pelo art. 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31/12) ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social (art. 107.º do RGIT): “tendo presente que, no nosso país, a maior parte do tecido empresarial é constituído por pequenas e médias empresas, que empregam um reduzido número de trabalhadores, e que muitos desses trabalhadores auferem rendimentos baixos, a descriminalização da falta de entrega de contribuições de valor igual ou inferior a € 7500 conduziria a que o bem jurídico tutelado pela norma (artigo 107.º do RGIT) ficasse, quase na totalidade, desprovido de tutela e, conseqüentemente, fosse gravemente afectado o património da segurança social. Certamente, não foi isto que o legislador quis, ao arrepio de toda a política legislativa seguida nessa área” (*DR-I Série*, de 23-09-2010, p. 4234). Tanto neste trecho do aresto, colhido pelo STJ da posição assumida pelo Ministério Público nesta controvérsia jurisprudencial, como em boa parte da argumentação sustentada para concluir pela inaplicabilidade daquele limite mínimo quantitativo de punição ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, salta à vista a preocupação que é inerente ao pensamento cumulativo: com a introdução de um tal limite, atento o modo como está construída a incriminação, em termos práticos a generalidade dos potenciais agentes do delito escaparia ao seu âmbito de aplicação, “afectando-se assim gravemente o sistema de segurança social e a sua sustentabilidade, o que o legislador não pode ter querido” (*loc. cit.*, p. 4235, novamente aderindo à posição do MP). E porquê? Porque — o STJ não o diz expressamente, mas subentende-se de forma clara — existe a nítida consciência de que na ausência *de facto* da ameaça penal seria de esperar uma generalizada abstenção de entrega das contribuições retidas destinadas à Segurança Social.

nante o entendimento de que o mesmo possui natureza supra-individual<sup>(212)</sup>, preponderando igualmente a ideia de que lhe é essencial, mesmo que não figure como sua componente constitutiva, uma dimensão de confiança<sup>(213)</sup>. Aceite a dignidade penal do bem jurídico tutelado<sup>(214)</sup>, subsiste em todo o caso a interrogação sobre o motivo pelo qual o legislador se inclinou para conferir relevo penal ao abuso de informação e não se limitou a atribuir-lhe natureza contra-ordenacional, como fez em relação à generalidade das demais infracções às regras do mercado de capitais. Uma vez mais, estamos em crer que tal se deveu à convicção de que a ameaça de um sancionamento exclusivamente pecuniário não constituiria factor de dissuasão suficiente para travar uma predisposição generalizada dos agentes do mercado de capitais para fazer uso de informação privilegiada quando dele possa advir a obtenção de ganhos, muitas vezes potencialmente avultados, para si ou para pessoas das suas relações, mesmo que à custa da quebra da confiança que neles é depositada pelo mercado<sup>(215)</sup>. Isso que era sugerido já por estudos realizados junto de executivos de empresas e de estudantes de escolas de negócios<sup>(216)</sup> tornou-se praticamente uma evidência com o eclodir da grande crise financeira em 2008, que deu a descobrir um sem-número de práticas antiéticas e de esquemas fraudulentos à escala global e

---

<sup>(212)</sup> Cf. FREDERICO COSTA PINTO, “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos dos Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 398 e ss., e JOSÉ DE FARIA COSTA / MARIA ELISABETE RAMOS, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada (Insider Trading). A Informação enquanto Problema Jurídico-Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

<sup>(213)</sup> Cf., de novo, COSTA PINTO, “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, p. 65, FARIA COSTA / MARIA ELISABETE RAMOS, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada*, p. 32 e ss.; e ainda OTTO, “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, p. 453, enfatizando a perda de confiança no mercado de capitais implicada nas transacções realizadas com informação privilegiada, e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 281 e s., apontando a igualdade de oportunidades como bem jurídico colectivo de confiança.

<sup>(214)</sup> Cf., uma vez mais, COSTA PINTO, “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, p. 16 e ss., que para o efeito apela ao disposto nos arts. 81.º-1, e), e 101.º da CRP, e FARIA COSTA / MARIA ELISABETE RAMOS, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada*, p. 32 e ss.; contra, todavia, SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 494 e ss.

<sup>(215)</sup> Também HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 282, considera ser aqui de afirmar uma prognose de efeitos cumulativos realistas.

<sup>(216)</sup> Cf. WILLIAM K. S. WANG / MARC STEINBERG, *Insider Trading*, 3.ª ed., New York, Oxford University Press, 2010, p. 89 e ss.

transversais a todo o sistema financeiro, levando inclusive a que se denunciasse esse período como o da idade de ouro do *insider trading*<sup>(217)</sup>.

d) Aos exemplos dados pode, por último, acrescentar-se o das agressões ambientais, em relação aos quais, por tudo quanto foi dito já, dúvidas também não haverá de que se trata de um campo privilegiado para o funcionamento do pensamento cumulativo. A incipiente consciência ambiental de boa parte da população e as imediatas vantagens, lúdicas e/ou económicas, que podem advir de condutas que só remotamente e através da sua acumulação com muitas outras da mesma espécie se repercutem em efectivos danos ambientais criam o caldo de cultura ideal para o florescimento de acções prejudiciais para o meio ambiente e reclamam um regime legal sancionatório que as possam efectivamente conter.

A casuística apresentada permite surpreender duas características que em geral estão presentes nas tipologias de comportamentos identificadas, todas elas contendendo com bens jurídicos colectivos nos quais é reconhecível um referente constitucional e objecto de processos de criminalização que, embora longe de se mostrarem incontrovertidos, tanto quanto ao seu *se*, como quanto ao seu *modo*, colhem a concordância da doutrina maioritária e têm escapado à censura da jurisprudência constitucional. Como vimos, a criminalização daquelas condutas está impregnada de uma lógica cumulativa, fundada desde logo na suposição da existência de uma predisposição generalizada para a sua prática em caso de ausência de tutela penal. São duas as características que, em nosso modo de ver, se encontram associadas a estes fenómenos e dão consistência a tal suposição.

A primeira delas é a escassa coloração ético-social desses comportamentos. A impossibilidade de, por si mesma, a conduta comprometer em qualquer medida que seja a subsistência e a capacidade de funcionamento dos interesses colectivos com que colide leva a que, em geral, os indivíduos não a concebiam como um mal que deva ser evitado independentemente de qualquer proibição legal ou pelo menos como um mal menor, por si só insuficiente para

---

<sup>(217)</sup> DENNIS BERMAN, “Secrets to keep: insider trading hits Golden Age”, *Wall Street Journal*, 19-06-2007, *apud* WANG / STEINBERG, *Insider Trading*<sup>3</sup>, p. 91, nota 153: “we have entered a Golden Age of insider trading, an era of expanding outlets for information and lightly regulated venues for trading on it”.

os dissuadir do seu cometimento. A generalidade das pessoas prefere seguramente viver numa sociedade onde a moeda não seja falsificada, os impostos sejam devidamente cobrados, os *traders* não se aproveitem em proveito pessoal da informação privilegiada a que têm acesso para ganhar dinheiro na bolsa e em que o ambiente seja salubre. Mas, se as condutas contrárias a esses interesses não fossem penalmente proibidas e sancionadas, se confrontadas elas próprias perante a possibilidade de as levar avante, não seriam certamente poucos os que, em virtude do seu insignificante relevo numa perspectiva global, seguiriam nesse sentido.

A segunda característica que nos parece ressaltar dos exemplos invocados é a existência de um interesse individual, as mais das vezes de natureza económica, que motiva o comportamento contrário ao interesse colectivo. Perante a preservação ou promoção do bem comum e a prossecução de um interesse próprio será de admitir uma propensão natural dos indivíduos para optarem pelo segundo termo da alternativa se não existir um mecanismo sancionatório suficientemente eficaz para os dissuadir dessa escolha. Acresce que, tendo o benefício pessoal uma dimensão eminentemente pecuniária, será mais do que duvidosa a eficácia de uma reacção sancionatória que se exprima também ela fundamentalmente em moeda, como sucede com a sanção contra-ordenacional, dada a possibilidade de numa análise custo / benefício a cominação ser interiorizada como um risco que vale bem a pena correr quando confrontado com as vantagens associadas à prática da conduta.

Quando o legislador tenha sob a mira determinado comportamento para o submeter a proibição penal, em ordem à protecção de um bem jurídico colectivo por ele ameaçado quando praticado em grande número, a ponderação acerca da existência de uma probabilidade séria da sua repetição poderá assim pois beneficiar de uma avaliação que o analise sob o perfil daquelas duas características, a sua escassa densidade ética para a generalidade das pessoas e a probabilidade de a sua prática vir acompanhada da obtenção de vantagens individuais. Se a conduta em questão reunir tais características parece-nos haver boas razões, em face de um juízo de normalidade e de conformidade com as regras da experiência comum, para regra geral considerar como fundado e

sério o receio do seu cometimento em grande número se não for objecto de uma tutela criminal, que, numa lógica cumulativa, é condição primária indispensável para a intervenção penal.

**2.1.2** Além da verificação desta condição, a criminalização numa base cumulativa *deve ter ainda como seguro o efeito cumulativo* danoso ou perigoso para o bem jurídico colectivo. Dito de outro modo, só será legítimo proibir sob ameaça de pena determinados comportamentos individuais por si só inócuos para o bem jurídico supra-individual se for tido como certo que a combinação sinérgica de um elevado número de acções dessa natureza terá repercussões negativas sobre o interesse colectivo que se visa tutelar, lesando-o ou colocando-o em perigo<sup>(218)</sup>. Trata-se de uma avaliação que é da exclusiva competência do legislador<sup>(219)</sup>, o qual, não obstante, porque não goza de uma espécie de livre discricionariedade, deverá tanto quanto possível tomar em linha de conta os conhecimentos das ciências naturais e sociais ao seu dispor<sup>(220)</sup>. Neste contexto, parece-nos correcto o entendimento de que será, em princípio, de aceitar a existência daquele risco em domínios como o dos atentados ambientais<sup>(221)</sup>, bem como, seguindo a classificação de Hefendehl<sup>(222)</sup>, o dos

---

<sup>(218)</sup> KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716, nota 91, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322 e s., HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184 e ss., e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208 e s.

<sup>(219)</sup> Assim, em definitivo, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 72.

<sup>(220)</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, e A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 209.

<sup>(221)</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389, FLÁVIA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 179 e ss., KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 403, e “Umweltstrafrecht...”, p. 716, e ss., WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 186 e 306 e ss.

<sup>(222)</sup> HEFENDEHL, “Die Popularklage als Alternative...”, p. 122 e s., *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 e ss. e *passim*, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 126 e ss., e “Uma teoria social do bem jurídico”, p. 112 e ss.

bens jurídicos da confiança<sup>(223)</sup> e o dos bens jurídicos que tutelam os recursos finitos do Estado.

**2.2** O risco de bagatelização<sup>(224)</sup> e de expansão desenfreada<sup>(225)</sup> do espaço de acção penal que, é difícil negá-lo, anda de mão dada com uma lógica cumulativa pode ser prevenido se a criminalização de comportamentos que afrontem bens jurídicos colectivos for desde logo subordinada às condições de legitimação que expusemos, designadamente, a tutela de bens jurídicos colectivos que, pelo seu significado e funções sociais, sejam dotados de inequívoca dignidade penal e a estrita necessidade do recurso ao arsenal sancionatório penal para lograr uma sua adequada protecção. Suposta a normal inidoneidade de uma simples conduta isolada para só por si lesar ou representar um perigo para o bem jurídico colectivo, a concretização daquela imprescindível<sup>(226)</sup> exigência de necessidade passa pela verificação um receio fundado da prática em larga escala desse tipo de condutas contrárias ao bem jurídico caso não lhes seja oposta uma reacção penal e ainda por uma avaliação, também ela devidamente realista e fundada, de que essa pesada acumulação de condutas singulares é idónea a lesar ou a colocar em perigo o bem jurídico colectivo.

Salvaguardadas estas cautelas, estamos em crer que o pensamento cumulativo não só não favorecerá fenómenos de criminalização desgovernada, como até, bem pelo contrário, poderá contribuir positivamente no sentido de

---

<sup>(223)</sup> Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, tanto em geral (p. 186 e ss. e 193 e ss.), especificamente a propósito dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda (p. 240 e s.), de abuso de informação privilegiada (p. 282) e de corrupção (p. 321 e s.).

<sup>(224)</sup> SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 344.

<sup>(225)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 182.

<sup>(226)</sup> Destacando a indispensabilidade do requisito da necessidade para conter a forte tentação do legislador para criminalizar qualquer conduta que se dirija contra bens jurídicos de elevada importância, FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 237.

um ponderado e racional exercício do processo de decisão de criminalização tendo em vista a protecção de bens jurídicos colectivos.

A busca de soluções equilibradas neste domínio penetrado pelo ideário cumulativo sairá ainda a ganhar se aquele núcleo irreduzível de pressupostos de legitimação de criminalização for acompanhado pela adopção e assumpção de cuidados e princípios adicionais.

Um desses cuidados deverá consistir numa integração articulada e coerente das normas penais incriminadoras na rede normativa, *maxime* de natureza sancionatória (*sc.*, contra-ordenacional), prevista para o respectivo sector do tráfico. Se isso suceder tornar-se-ão logo à partida mais claras e compreensíveis as razões determinantes da atribuição de relevo penal a certo tipo de condutas de um determinado contexto social. Nesta ordem de ideias, em áreas em que não haja ainda qualquer tutela sancionatória ou aquela que exista seja formada por uma incipiente teia contra-ordenacional, a menos que haja uma súbita erupção de fenómenos com graves repercussões sociais que tornem imperativa uma resposta penal, será em regra questionável uma opção legislativa de criminalização sem antes ter sido explorada a via contra-ordenacional e lhe ter sido concedido o tempo necessário para avaliar a sua eficácia preventiva.

Adicionalmente, a previsão de incriminações de tipo cumulativo deverá ser conformada, na medida do possível, pelo *princípio bagatelar ou da insignificância*. Parece-nos que, considerando as características-chave de uma infracção cumulativa, será frequentemente inevitável que ela seja socialmente perspectivada como uma bagatela, como quer que ela se defina<sup>(227)</sup>. A acção individual que efectivamente cabe no tipo cumulativo pode ser de tão pequena monta e de tal forma distanciada de uma lesão ou até de um perigo para o bem jurídico objecto de tutela que não há como negar que o cidadão co-

---

<sup>(227)</sup> Sobre o princípio bagatelar, contrapondo-o à figura da adequação social da conduta, e as tentativas de definição do que seja uma bagatela penal, cf., PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005, p. 315 e ss.

mum a verá sempre como um delito de somenos, enfim, como uma bagatela, mais precisamente como uma *fattispecie* bagatelar autónoma<sup>(228)</sup>. Isto mesmo naqueles casos em que, segundo a avaliação legislativa, essa contribuição mínima é por si suficiente, quando replicada em grande número, para se reflectir negativamente no estado do bem jurídico colectivo. O exemplo dos efeitos nocivos de *sprays* para a camada de ozono apresentado por Figueiredo Dias<sup>(229)</sup>, que agora tem expressão na incriminação de actividades perigosas para o ambiente constante do art. 279.º-A, n.º 2, do CP, é ilustrativo daquilo que queremos significar. Não há como fugir às evidências, a incriminação, com uma feição claramente cumulativa, do uso individual desses *sprays* para prevenir danos na camada de ozono constitui uma bagatela penal. Tal não significa, como sustentámos já, no plano da necessidade de tutela penal de bens jurídicos colectivos, que se deva por isso inevitavelmente concluir pela ilegitimidade material dos tipos cumulativos. Mas pelo menos aconselha prudência na criação de tipos penais cumulativos, mediante uso, quando possível e operativo, do princípio da insignificância e através ainda de uma criteriosa definição dos potenciais destinatários da norma incriminadora. Cautelas que o legislador português todavia não teve em relação ao novo crime de produção, comercialização ou uso de substâncias empobrecedoras da camada do ozono.

Não há nenhuma incompatibilidade de princípio entre o pensamento cumulativo e o princípio da insignificância<sup>(230)</sup>. Apesar de os delitos cumulativos terem colado à pele o estigma da bagatelizeção, existe neles espaço para o funcionamento do princípio bagatelar.

Casos haverá em que não é de todo possível ou é mesmo contraproducente definir legislativamente níveis ou critérios de insignificância. Pense-se, por exemplo, nos crimes de falsidade de testemunho, de falsificação de moeda

---

<sup>(228)</sup> Cf. CARLO ENRICO PALIERO, “*Minima non curat praetor*”. *Iperetrofia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985, p. 645 e ss., e MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social*, p. 325 e s.

<sup>(229)</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º CAP., § 74.

<sup>(230)</sup> Assim, nestes exactos termos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 188, na linha de KUHLEN, “*Der Handlungserfolg...*”, p. 407 e s., e “*Umweltstrafrecht...*”, p. 717. Ainda nesta direcção, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 324 e ss.

ou de corrupção<sup>(231)</sup>. Nestes, a segregação do tipo-de-ilícito de determinadas condutas através do funcionamento da cláusula bagatelar não poderá deixar de ser feita numa base casuística, pela jurisprudência<sup>(232)</sup>, com o contributo do tratamento dogmático da parte especial pela doutrina. Circunstância que, de todo modo, à vista das antigas e nunca encerradas discussões acerca das ofensas penalmente insignificantes da integridade física, da honra ou da propriedade<sup>(233)</sup>, para não ir mais longe, não constitui nenhuma especificidade dos delitos cumulativos em matéria de bens jurídicos colectivos.

De outra banda, casos haverá também em que o próprio legislador pode introduzir nos delitos cumulativos critérios quantitativos ou qualitativos de relevância penal, em nome do princípio da dignidade penal. Isso não só não comprometerá a natureza cumulativa da infracção, como poderá por vezes representar até uma manifestação desse carácter cumulativo, exprimindo um convencimento de que até determinado nível a conduta individual não apresenta relevância para o bem jurídico, mesmo quando praticada em grande número<sup>(234)</sup>. Deparamo-nos com uma opção dessa índole, traduzida na introdução directa ou indirecta de limiares quantitativos, em tipos penais cumula-

---

<sup>(231)</sup> Cf., A. DE ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, p. 167 e ss., e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in: *A Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 133 e ss., ambos apelando a uma cláusula de *adequação social* para excluir do âmbito típico da corrupção passiva certos tipos de ofertas de pequeno valor ou que fazem parte das praxes sociais.

<sup>(232)</sup> Nesta direcção, KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 407 e s.

<sup>(233)</sup> Cf., em geral, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social*, p. 320 e ss.

<sup>(234)</sup> Em sentido próximo, KUHLEN, “Der Handlungserfolg...”, p. 407.

tivos ou, ao menos, aos quais é imanente uma lógica de acumulação, *v. g.*, nos domínios da tutela penal do ambiente<sup>(235)</sup> ou do direito penal fiscal<sup>(236)</sup>.

**2.3** A lógica cumulativa deverá ainda ser temperada por uma criteriosa escolha dos *destinatários das incriminações cumulativas*. Quando tal suceda, afigurar-se-ão ainda mais infundados os receios de que o pensamento cumulativo conduza a um crescimento irreprimível das margens de intervenção penal e implique sempre uma violação do princípio da culpa por cobrir de relevância criminal condutas sem a densidade ética necessária para que a generalidade das pessoas as concebam como penalmente proibidas.

Faz aqui sentido, como propõe Andrew von Hirsch, estabelecer uma distinção fundada nos papéis sociais ou profissionais assumidos pelas pessoas que em tese poderão praticar as condutas que o legislador pondere criminalizar com um fundamento de acumulação<sup>(237)</sup>. Reservando-se os tipos cumulativos de aplicação geral (*sc.*, como crimes comuns) para aquelas espécies de condutas que contendam com interesses colectivos claramente sedimentados na consciência comunitária e em relação às quais exista um consenso generalizado sobre a necessidade da sua preservação e promoção, não haverá

---

<sup>(235)</sup> Cf. o novo tipo legal de crime de transferência de resíduos constante do n.º 1 do art. 279.º-A do CP, que prevê um delimitação típica referida a uma cláusula quantitativa (“quantidades não negligenciáveis”); e ainda o crime de poluição previsto no 279.º do CP na versão introduzida pela reforma de 1995, considerado como tipo cumulativos por SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 345, e, não sem hesitações, por FLÁVIA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 203 e s., que ao introduzir na factualidade típica um pressuposto de “medida inadmissível” (art. 279.º-1 e -3) fazia entrar o princípio bagatelar como critério de valoração da conduta — neste último sentido, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social*, p. 317 e s.

<sup>(236)</sup> O RGIT prevê, com efeito, limites quantitativos de relevância penal nos crimes de contrabando (art. 92.º-1), contrabando de circulação (art. 93.º-1), fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo (art. 95.º-1), introdução fraudulenta no consumo (art. 96.º-1), fraude fiscal (art. 103.º-2), abuso de confiança fiscal (art. 105.º-1) e de fraude contra a Segurança Social (art. 106.º-1).

<sup>(237)</sup> Cf. A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, pp. 268 e 271 e ss., e depois, A. VON HIRSCH / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 210 e s.

razões para, em via de princípio, duvidar da capacidade da norma incriminadora cumulativa para integrar a consciência da ilicitude do comum dos cidadãos<sup>(238)</sup>. Tal sucederá quando estejam em causa deveres cívicos básicos, “em matérias como o pagamento de impostos, a protecção da administração da justiça, *etc.*”<sup>(239)</sup>.

Em contraste, serão de admitir com maior liberdade as incriminações cumulativas que se dirijam especificamente a determinados sectores de actividade e às pessoas que a eles se dediquem em especial, *maxime* numa vertente profissional ou empresarial. Supostas as demais condições já enunciadas como critérios de legitimação material dos delitos de acumulação, concordamos, assim, com Andrew von Hirsch quando este sugere, no âmbito cumulativo, um reforço da contraposição entre crimes comuns e crimes específicos (“*general versus special prohibitions*”, na terminologia que emprega) que passe por acei-

---

<sup>(238)</sup> Neste sentido, de novo A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, pp. 268 e 271 e s.: “a restrição do número e da amplitude das prescrições de aplicabilidade geral ajudaria a garantir ao cidadão uma «justa advertência», salvaguardando-o de uma responsabilização que ele não está em condições de antecipar facilmente”. Nessa medida, ao contrário de FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º CAP., § 74 e da solução agora vazada pelo legislador português no n.º 2 do art. 279.º-A do CP, A. von Hirsch manifesta reservas em relação à possibilidade de, por exemplo, ser criminalizado o simples uso de *sprays* prejudiciais para a camada de ozono, já que, a seu ver, seria de mais pedir ao cidadão comum que compreendesse os efeitos ambientais desse uso de tal modo que pudesse desenvolver o sentido de que deveria abster-se de usar tais produtos.

<sup>(239)</sup> A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, p. 272 e s. Não nos parece que a integração dos deveres tributários neste contexto seja contraditória com o nosso entendimento, manifestado supra, de que a baixa coloração ética das obrigações tributárias justifica o receio da sua violação em grande número no caso de não serem cobertas pela tutela penal. É que o facto de ninguém ignorar a existência de um conjunto de deveres de ordem fiscal, desde logo o dever básico de pagar impostos, e a indispensabilidade dos tributos para a prossecução do interesse público, está longe de significar que se manifestem na generalidade dos cidadãos escrúpulos éticos de estrita observância das obrigações fiscais que tornem desnecessária uma abordagem penal para lhes dar uma cogência *de facto*.

tar uma amplitude não demasiado restrita das normas que afectem actividades especializadas e ainda por dispensar uma sua *óbvia* censurabilidade<sup>(240)</sup>.

Se o tipo cumulativo vê em geral reconhecida a sua validade pela necessidade da sua intervenção para tutela do bem jurídico colectivo, mesmo quando seja insignificante a ofensividade da conduta típica em si tomada, cremos que a diferenciação ora proposta assegura em definitivo a compatibilidade do pensamento cumulativo com o princípio da culpa. Dá-se assim expressão a uma realidade que parece óbvia, mas que a crítica ao modelo cumulativo desconsidera: a consciência da ilicitude de determinado comportamento não tem necessariamente de ser uniforme em toda a comunidade. É certo que em relação a um amplo conjunto de crimes, sobretudo os que integram o chamado direito penal clássico, poderá admitir-se uma generalizada e semelhante consciência da ilicitude. Mas também nos parece certo que, estando em causa ofensas a bens jurídicos colectivos, a circunstância de lhes faltar uma densidade axiológica que seja por si só suficiente para alertar o comum dos cidadãos para a sua relevância penal não tem de significar que não haja específicos grupos de pessoas que via de regra estão numa posição privilegiada para aceder ao específico sentido de ilicitude posto pela norma incriminadora no caso concreto, designadamente, porque a norma lhes é dirigida directamente, em função da específica actividade que desempenham e dos especiais riscos para o bem jurídico colectivo que lhe são inerentes<sup>(241)</sup>. Nestes casos não há motivo fundado para suspeitar, de plano, que aos destinatários da norma incriminadora cumulativa escapará em regra o desvalor penal da conduta em questão<sup>(242)</sup>. Porque assim é, afigura-se desprovida de sentido a ideia de que

---

<sup>(240)</sup> A. VON HIRSCH, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, p. 273.

<sup>(241)</sup> Convergindo com esta ideia, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores mobiliários”, *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 (originalmente publicado em 2003), p. 662 e *passim*.

<sup>(242)</sup> Embora se trate de amostra porventura reduzida e assumidamente sem pretensões de rigor estatístico, parece apontar nesse sentido a observação de COSTA PINTO, “Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores

toda e qualquer incriminação cumulativa infringe o princípio da culpa, com base numa genérica e infundada suposição de que o escasso relevo da conduta para o bem jurídico impede sempre o acesso ao seu significado penalmente desvalioso; sendo antes de supor que tal não sucederá quando a norma respeite a factos que possam integrar-se, ainda que sob uma forma patológica, no específico âmbito de actividade dos seus especiais destinatários.

3. Uma vez que no código genético da lógica cumulativa se encontra inscrito o princípio de que a concessão de relevo penal a certa conduta individual não depende do seu próprio e isolado significado para o bem jurídico, mas da probabilidade elevada de essa conduta ser praticada em larga escala se permanecer penalmente irrelevante e assim conduzir a um dano ou a um perigo para o bem jurídico colectivo, o pensamento cumulativo foi logo de início confrontado com a objecção de que não consegue escapar a uma violação do *princípio da culpa*, fundamentalmente porque lhe é inerente uma responsabilização criminal individual por factos de terceiros (*ex injuria tertii*)<sup>(243)</sup>.

Contra a tese cumulativa é oposto o argumento de que a relação entre a conduta típica e a lesão do bem jurídico deixa de se basear na acção indivi-

---

mobiliários”, p. 664, de que nos processos criminais abertos na sequência de iniciativa da CMVM é praticamente inexistente a invocação (pela defesa) do erro sobre a ilicitude referente a delitos de abuso de informação privilegiada (art. 378.º do CVM) ou de manipulação de mercado (art. 379.º do CVM). Esta circunstância pode ser naturalmente sinal de várias coisas, mas à luz da experiência do foro mais do que indiciar que em geral os arguidos em processos dessa espécie actuaram efectivamente com consciência da ilicitude dos factos objecto do processo, dá sobretudo a entender que uma defesa desse tipo é estratégia de que não vale a pena lançar mão, nem sequer como “arma” subsidiária, por ser mais do que duvidoso que um tribunal a leve minimamente a sério.

<sup>(243)</sup> Cf., KLAUS ROGALL, “Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts”, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 520; KURT SEELMANN, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 1259; KINDHÄUSER, “Zur Legitimität der abstrakten Gefährungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht”, p. 129; MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466; MATTHIAS DAXENBERGER, *Kumulationseffekte: Grenzen der Erfolgzurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft,

dual do agente e passa a assentar na possibilidade de existência de contributos cumulativos semelhantes. Nessa medida, em derradeira instância, a relação em questão funda-se exclusivamente na suposição de que outros potenciais autores poderão actuar do mesmo modo<sup>(244)</sup> e o relevo da conduta para o bem jurídico é adquirido totalmente a partir de fora, através de acções alheias sobre as quais o agente não tem qualquer poder de influência<sup>(245)</sup>. O comportamento do agente transforma-se assim como que num mosaico de um quadro mais amplo<sup>(246)</sup>, traduzido na ofensa do bem jurídico, cuja construção todavia lhe escapa por completo, mas pela qual deve responder individualmente no plano criminal. Se assim é, acrescenta-se, o agente acaba por ser punido por comportamentos hipotéticos de terceiros e por uma hipotética colocação em perigo do bem jurídico, pelos quais é responsabilizado sem que deles seja porém responsável. Desta forma, o agente responde por factos de outros, que não influencia, não pode prever e em relação aos quais não está em condições de prestar contas<sup>(247)</sup>. Ora, “o conceito de imputação com que lida a dogmática jurídico-penal e que integra uma teoria do sujeito penalmente responsável, não consente na atribuição a alguém de algo que jamais será produzido pela sua acção, mas somente pela combinação de factores aleatórios e com o concurso de uma pluralidade de agentes que actuam ignorando-se reciprocamente”<sup>(248)</sup>. Tudo o que implica, em

---

1997, p. 56 e ss. (esp. p. 65); SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, pp. 145 e 148; SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 340 e ss.; GERD JOHANNES HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, Marburg, N. G. Elwert Verlag, 2004, p. 241 e ss.; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179 e s.; ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, § 2, n.º m. 82, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, 587; e FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal...”, p. 157 e ss.

<sup>(244)</sup> HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, p. 242 e s.

<sup>(245)</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179.

<sup>(246)</sup> A imagem é sugerida por MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 465 e s.

<sup>(247)</sup> Assim, de novo, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179.

<sup>(248)</sup> SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 341.

suma, uma penalmente inadmissível responsabilização *ex injuria tertii* e como tal uma aberta e irremissível violação do princípio da culpa.

Por mais contundente que pretenda ser este requisito contra o pensamento cumulativo, a verdade é que ele passa por alto de uma diferença fundamental, há muito precedentemente clarificada pela tese cumulativa, a de que o juízo de perigosidade que vai implícito na construção dos tipos cumulativos é assumido pelo legislador e projecta-se no plano da criminalização e não do perfeccionamento do tipo pelo agente<sup>(249)</sup>. Na impressiva palavra de Figueiredo Dias, aliás particularmente autorizada no que respeita à compreensão do princípio da culpa, uma vez “tomada a decisão relativamente a certos (ou a certas espécies de) comportamentos, não tem qualquer sentido agitar o espantinho de que uma responsabilização por comportamentos aditivos ou cumulativos significaria sempre uma *responsabilização penal por facto de outrem* absolutamente incompatível com o princípio da culpa”<sup>(250)</sup>. Como nota Kuhlen, a suposição sobre a probabilidade de uma conduta ser praticada em número tão elevado que pode ser comprometedor para o bem jurídico é ponto que releva para a questão de saber se a mesma deve ser objecto de proibição. Desse modo, antes de tal decisão (legislativa, naturalmente) ser adoptada não há por que falar na ilicitude penal de tal conduta; sendo que só depois de introduzida a incriminação cumulativa é que o agente responde pela prática do facto nela descrito e como tal é apenas e só responsabilizado pelo seu próprio ilícito.

---

<sup>(249)</sup> Cf. KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, e por último, como dissemos já, com particular ênfase, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 182 e s. e 189 e s., e “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, p. 27.

<sup>(250)</sup> FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, manifestando expressa concordância com a posição de KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., referida em texto.

A maior ou menor probabilidade de os seus concidadãos se comportarem de maneira idêntica ou de o seu comportamento poder afectar em medida relevante, por si ou em conjugação com outros, interesses de natureza colectiva não são pois questões que devam assaltar o potencial infractor de uma norma de um tipo cumulativo. Tais questões devem, isso sim, como vimos, ser objecto de ponderação pelo legislador. E se a avaliação deste for no sentido de que para tutela de um bem jurídico colectivo digno de pena se mostra adequada e necessária uma reacção penal do tipo cumulativo, não há então por que suspeitar de uma qualquer ofensa ao princípio da culpa no plano da responsabilização por facto de terceiros. Ponto é que a decisão legislativa de criminalização do comportamento em questão se mostre válida sob uma perspectiva constitucional de legitimidade material, a que naturalmente não está imune, tanto no plano da fiscalização abstracta, como da fiscalização concreta da constitucionalidade. Se o tipo incriminador cumulativo não for merecedor de juízo de inconstitucionalidade, então quando o agente preenche a previsão dessa norma incriminadora e é declarado culpado e, em conformidade, penalmente punido é evidente que está a responder pelo que fez e não pelo que os outros fizeram ou poderão vir a fazer, sendo portanto infundada a (sua?) objecção de que ao ser assim punido vê violado o princípio da culpa, por ofensa ao princípio da proibição da responsabilização *ex injuria tertii*.

Esta perspectiva não representa um qualquer truque de magia<sup>(251)</sup> ou uma mera resposta formalista<sup>(252)</sup> com vista a contornar o problema da violação do princípio da culpa, mas o modo como deve — sempre e não só aqui — equacionar-se a bondade da atribuição de relevo penal a determinado comportamento. O que não se afigura correcto é misturar e confundir a dimensão da previsão legal abstracta de uma certa conduta com a dimensão da avaliação de uma específica responsabilidade penal num certo caso concreto, como sucede quando se sustenta, *a priori*, de plano e sem mais, que a própria criminalização é ilegítima porque comporta uma responsabilização referida a um dano global, “que não obedece ao modelo de responsabilidade individual,

---

(251) MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466.

(252) DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 66.

limitada pelo envolvimento pessoal do agente na produção do facto danoso”, não sendo por isso de esperar que a norma incriminadora desempenhe a função de orientação do comportamento individual, sempre indispensável para a formação de um juízo de culpa<sup>(253)</sup>.

O que se afigura temerário e formalista é de uma penada apodar como materialmente inadmissíveis um sem-número de tipos penais com base na suposição de que *todos eles* são insusceptíveis de reconhecimento pelos seus potenciais destinatários, sendo assim *todos eles* também incapazes de exercer um papel de motivação do conteúdo da acção desses destinatários. Isto como se em matéria de tutela de bens jurídicos colectivos todas as normas incriminadoras correspondessem a crimes comuns e não fosse frequente a delimitação do círculo de potenciais autores a certas pessoas titulares de determinados estatutos ou deveres. E ainda como se fosse sempre de presumir que as condutas proibidas não possuem a ressonância necessária para poderem ser interiorizadas como penalmente proibidas, apesar de respeitarem a bens jurídicos dotados de dignidade penal e serem criminalizadas justamente em função da perigosidade para o bem jurídico colectivo que comportam quando reproduzidas em grande número<sup>(254)</sup>.

Deve reconhecer-se que neste contexto a questão deve ter tratamento semelhante ao concedido aos tradicionais crimes de perigo abstracto<sup>(255)</sup>. Nesse sentido, será útil chamar à discussão a experiência da jurisprudência constitucional portuguesa, que pronunciando-se sobre determinados delitos destinados à tutela de bens jurídicos supra-individuais e admitindo a sua natureza de crimes de perigo abstracto tem propendido para lhes reconhecer validade sob o ponto de vista jurídico-constitucional<sup>(256)</sup>. Aliás, embora sempre ape-

---

(253) DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 66.

(254) Referimo-nos aqui, uma vez mais, à perigosidade no sentido proposto por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss.

(255) Assim, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 183 e 189, nota 234.

(256) Cf., por outros, os Acs. do TC n.º 246/96 (*AcsTC 33.º*, p. 442 e ss.) e n.º 165/2008 (*AcsTC 71.º*, p. 428 e ss.), e ainda a síntese de MARIA JOÃO ANTUNES, “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: Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 105 e ss.

lidados de crimes de perigo abstracto, em rigor, numa parte desses casos os tipos penais submetidos à apreciação do nosso Tribunal Constitucional têm natureza cumulativa. É o que quanto a nós sucede de forma clara com o tipo legal de crime de “comércio ilícito de material de guerra” (art. 82.º do Código de Justiça Militar), no âmbito do direito penal militar. Considerou o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 165/2008, que “o bem jurídico protegido, no crime de comércio ilícito de material de guerra, não se reduz apenas a um potencial perigo que possa resultar para a integridade do território ou a segurança das populações da detenção incontrolada de material de guerra por parte de pessoas que não integrem o corpo hierarquizado das Forças Armadas; mas reporta-se também à diminuição da capacidade militar, com a consequente perda de operacionalidade, que deriva da apropriação por terceiros de material que deve estar exclusivamente afecto aos fins de defesa nacional”<sup>(257)</sup>. Ponderando a hipótese de tratar-se de um crime perigo abstracto — ou de um delito cumulativo, como diríamos nós, como logo se compreende pela consideração que se segue — em que, portanto, o que está em causa é a mera probabilidade de um dano para a capacidade militar e para a defesa nacional por efeito da existência de um comportamento potencialmente perigoso (a detenção de material de guerra), concluiu o Tribunal não existir violação do princípio da proporcionalidade inscrito no art. 18.º-2 da Constituição.

Este tipo legal mostra quão infundadas podem ser as objecções ao pensamento cumulativo puramente abstractas e apriorísticas. Sendo proibida a detenção e o comércio de material de guerra com o propósito de proteger os bens colectivos da capacidade militar e da defesa nacional, será de admitir que a criminalização obedece uma lógica cumulativa: muito dificilmente esses interesses poderão ser comprometidos, sequer minimamente, por casos isolados dessa espécie, justificando-se a incriminação pela suposição realista do perigo efectivo a que todavia ficariam expostos se, na (e em virtude da) ausência de tutela penal, a posse de material de guerra se tornasse num comportamento amplamente difundido. E todavia, não vemos como possa, seria-

---

<sup>(257)</sup> *AcsTC 71.º*, p. 431.

mente, duvidar-se da necessidade da incriminação para proteger aqueles bens jurídicos supra-individuais e ainda brandir com uma violação do princípio da culpa perante eventual condenação de um indivíduo surpreendido com material de guerra, seja com base na ideia de que é transformado em bode expiatório de todos os demais potenciais traficantes de material de guerra, seja porque o comportamento é destituído de qualquer ressonância ética e por isso não seria *a priori* expectável que o agente tivesse consciência da ilicitude penal do facto.

A este propósito, cumpre por último confrontar os opositores da tese cumulativa com a alternativa que propõem ou admitem como possível para evitar a afronta ao princípio da culpa na vertente *ex injuria tertii*. Não podendo o direito penal albergar proibições de comportamentos fundadas num princípio de acumulação, considera-se que o seu porto de abrigo seria o direito contra-ordenacional, atento o seu carácter eminentemente preventivo e a sua natural vocação para lidar com perigos de ordem sistémica<sup>(258)</sup>. Sucede que, se se entender que a intervenção sancionatória cumulativa coenvolve uma responsabilização *ex injuria tertii*, o acesso dos tipos cumulativos ao direito de mera ordenação social estaria igualmente barrado, uma vez que também a responsabilidade contra-ordenacional é conformada pelo princípio da culpa<sup>(259)</sup>, ao qual deve ser reconhecido estatuto constitucional<sup>(260)</sup>. Não se vislumbra, porém, na oposição ao pensamento cumulativo um propósito de encontrar um modelo sancionatório alternativo que evite a aporia em que esta concepção crítica se deixa enredar, há muito denunciada por Kuhlen. Em relação a todos aqueles que, aceitando a inevitabilidade da lógica cumulativa nas

---

<sup>(258)</sup> Nestes precisos termos, FEJOO SÁNCHEZ, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal...”, p. 157. Ainda nesta direcção, de forma mais ou menos assumida, MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 478 e ss., DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 59 e ss., SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 143 e ss., SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 339, e HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, p. 244.

<sup>(259)</sup> Assim, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718, e “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 150.

<sup>(260)</sup> Cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 913 e ss.

ofensas a autênticos bens jurídicos colectivos, pretendem empurrá-las para fora do direito penal para evitar uma ofensa ao princípio da culpa no plano criminal do mesmo passo que se conformam com tal ofensa se ela se verificar no domínio contra-ordenacional fica mesmo a pairar a sensação da adopção de uma lógica “do mal, o menos”!

4. Num ponto, todavia, os opositores do movimento cumulativo andam próximos da razão, nomeadamente, quando acentuam, embora em jeito crítico, a aproximação do direito penal ao direito contra-ordenacional que resulta da tendência de expansão que aquele vem conhecendo e que é de alguma forma caucionada pelo pensamento cumulativo.

Não que deva ser reconhecida procedência à sua posição de que entre o delito cumulativo e o ilícito contra-ordenacional intercede uma similitude estrutural fundada na circunstância de a disfuncionalidade que naquele se espelha corresponder a uma “exteriorização social de uma dimensão interna, relativa ao Direito, que é a infracção de um dever de ordenação”<sup>(261)</sup>. A crítica que aqui se pretende dirigir a uma compreensão cumulativa do ilícito penal falha o alvo tanto quando é vista do lado penal, como quando é observada sob um prisma contra-ordenacional. Como temos insistido, a ideia de acumulação não só não é estranha a uma função penal de tutela de bens jurídicos, como se mostra o penhor mais seguro para garantir que o direito penal continue a ser concebido como uma ordem de protecção de bens jurídicos quando estejam em causa ofensas a bens jurídicos supra-individuais. Nessa medida, não há razão para identificar a acção penal cumulativa com uma função de pura ordenação social, alheia ao ideário do direito penal do bem jurídico. Sob uma perspectiva contra-ordenacional, a recondução do ilícito penal cumulativo ao espaço contra-ordenacional soa, por seu turno, a anacronismo, dado que para tanto tem de forçar uma associação do ilícito contra-ordenacional a um modelo de ilicitude por desobediência<sup>(262)</sup>. No fundo, o que se pretende insinuar é que o ilícito dos tipos penais cumulativos corresponderia materialmente a um

<sup>(261)</sup> SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, p. 339.

<sup>(262)</sup> Nesta direcção, SILVA DIAS, “«What if everybody did it?»”, pp. 336 e s. e 344.

ilícito contra-ordenacional porque não passaria de uma infracção a um dever jurídico ordenador, resumando, por isso, a um ilícito de desobediência que seria característico do direito das contra-ordenações. Trata-se, porém, de uma concepção do ilícito contra-ordenacional que, no essencial, corresponde ou é tributária de um modelo, o de Eberhard Schmidt, já há muito superado no pensamento contra-ordenacional<sup>(263)</sup>. Devendo aceitar-se a tutela de bens jurídicos como legítima função contra-ordenacional, não se vê a que título possa uma determinada espécie de ilicitude penal ser identificada com o domínio das contra-ordenações com base numa ideia de ilícito contra-ordenacional que não é aquela que actualmente lhe serve de matriz.

A questão avulta, em todo o caso, num plano mais amplo, que se prende com o próprio destino do direito penal.

A evolução do direito penal das últimas décadas tem sido pautada, como vimos, por um movimento de expansão através do qual o direito penal tem assumido funções de protecção de bens jurídicos que num passado não muito distante lhe eram desconhecidos e tem intervindo crescentemente através de tipos delituais de perigo, *hoc sensu*. Posto que questionável em muitos dos seus aspectos, este — ao que parece, irreversível — rumo político-criminal corre na direcção certa quando chama o direito penal a actuar para protecção de valores supra-individuais com eminente relevo social em face de perigos a que se encontrem expostos e que só através de uma participação do direito penal num esforço concertado de tutela podem ser devidamente prevenidos. Na lúcida conclusão de Figueiredo Dias, “a ordem económica ou financeira, como a ordem política, a fiscalidade, o mercado, a organização económica, a organização europeia... conformam valores jurídico-constitucionalmente reconhecidos, mesmo que sistémico-funcionalmente condicionados ou mesmo determinados e, nesta medida, fundamentos de uma criminalização legítima e válida”<sup>(264)</sup>. Há razões ponderosas para evitar fazer do direito penal o instrumento sancionatório por excelência desses domínios<sup>(265)</sup>, mas há igualmente motivos fundados

---

(263) NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, pp. 49 e ss. e 85 e ss.

(264) FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG<sup>2</sup>*, I, 6.º Cap., § 23.

(265) NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 474 e ss.

para que aí se deva poder contar com a sua especial força de tutela quando tal efectivamente se justifique. Sendo esse o caso, a opção criminalizadora encontra-se em geral constitucionalmente legitimada, mesmo que de infracções sistémico-funcionais se trate e que o modo de tutela assuma feições cumulativas. É este um direito penal que, não custa reconhecê-lo, se afasta da matriz do direito penal clássico, mas que nem por isso deixa de ser verdadeiro direito penal.