



Marta Sofia Silva Maia Mendes

## **A TUTELA PENAL DO IDOSO:**

A indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico.

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MARTA SOFIA SILVA MAIA MENDES

## **A Tutela Penal do Idoso:**

A indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico.

## **The Criminal Protection of the Elderly:**

The question about a new (old?) legal interest.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação do Senhor Professor Doutor JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA.

Coimbra

2016

## I. AGRADECIMENTOS

ÀQUELA que sempre vela por nós e apesar de não ver com os seus olhos o trabalho a que chegamos, cremos (de forma consciente) que aplaudirá cada linha. A TI tudo devemos,

ÀQUELES que ampararam os desânimos, as dúvidas, o cansaço da jornada e, sem rodeios, impeliram a canoa rumo à concretização, *(P., P., B. e Pais)*

ÀQUELE que aceitou, sem reservas, ser guia de uma exploradora desconhecida e assumiu, com doura proficiência, o papel de Mestre.

“Não deixes cair teus olhos, não te deixes enganar, olha de frente os escolhos...”

## II. RESUMO

A indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico pretende analisar a solução, por enquanto, plasmada no ordenamento jurídico-penal português, a fim de, revestindo-a de distintas orientações, concluir pela necessidade (ou não) de novas concretizações.

Centrado na pessoa velha, o presente estudo pretende ser o palco onde convergem as ideias de vulnerabilidade e fragilidade – advindas da idade avançada –, vetores do (mais forte) apelo ao outro.

Conscientes do papel do Direito Penal (de hoje), esquissamos (mais) um percurso jurídico-argumentativo, com vista à postulação de uma (verdadeira) Tutela Penal do Idoso.

**Palavras-chave:** idoso; vulnerabilidade; contexto inerente; cláusula geral de agravação.

## III. ABSTRACT

The question about a new (old?) legal interest intends to analyze the solution, for a while, shaped in the portuguese legal and criminal law in order to, coating it in different directions, complete by the need (or not) of new achievements.

Centred on the old person, the present study aims to be the stage where converge the ideas of vulnerability and fragility – arising from old age – vectors (of the strongest) appeal to another.

Conscious of the role of criminal law (today), we intend (more) a legal and argumentative route for the postulation of a (real) Criminal Protection of the Elderly.

**Keywords:** Elderly; vulnerability; inherent context; general clause of aggravation.

#### **IV. LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**AAFDL** Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

**AAVV** Autores Vários

**Ac.** Acórdão

**AEDUM** Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho

**Al(s).** Alínea(s)

**APAV** Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

**Art(s).** Artigo(s)

**BFDUC** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Cfr.** Conforme

**CDFUE** Carta Direitos Fundamentais da União Europeia

**CEJ** Centro de Estudos Judiciários

**CNECV** Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

**CP** Código Penal

**CPBras.** Código Penal Brasileiro

**CPP** Código Processo Penal

**CSE(R)** Carta Social Europeia (Revista)

**CRP** Constituição da República Portuguesa

**DL** Decreto-Lei

**FLUP** Faculdade de Letras da Universidade do Porto

**I. P.** Instituto Público

**n.º** Número

**OMS** Organização Mundial de Saúde

**ONU** Organização das Nações Unidas

**p(p).** Página(s)

**Proc.** Processo

**RIDB** Revista do Instituto do Direito Brasileiro

**STJ** Supremo Tribunal de Justiça

**ss** Seguintes

**TC** Tribunal Constitucional

**TRC** Tribunal Relação Coimbra

**Vol.** Volume

## V. ÍNDICE

<b>I. AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>1</b>
<b>II. RESUMO</b> .....	<b>2</b>
<b>III. ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>IV. LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	<b>3</b>
<b>§ 1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>5</b>
<b>PARTE I: A TUTELA PENAL DO VELHO</b> .....	<b>7</b>
1. A SUA REPRESENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL: A FRAGILIDADE E VULNERABILIDADE COMO A FORÇA MOTRIZ DO APELO AO OUTRO.....	8
1.1. A Relação do eu com o(s) outro(s): a ética do cuidado .....	8
1.2. A fragilidade e vulnerabilidade: expressão no ordenamento jurídico-penal .....	16
1.3. A velhice, o (necessário) apelo ao outro e o papel do Direito .....	23
2. O DIREITO PENAL (MATERIAL) COMO A PEDRA DE TOQUE DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL.....	34
2.1. A Constituição e a proteção da velhice: uma relação umbilical? .....	34
2.2. A Constituição e o Direito Penal (material): a (im)posição de uma tutela de proteção	40
<b>PARTE II: A INDAGAÇÃO SOBRE UM (NOVO) VELHO BEM JURÍDICO</b> .....	<b>52</b>
1. A (IN)SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA À LUZ DAS TEORIAS DO BEM JURÍDICO .	53
1.1. A exaltação do bem jurídico e o Direito Penal de Hoje.....	53
1.2. A indagação sobre um (novo) velho bem jurídico à luz dos princípios jurídico-penais	62
2. A LEGITIMIDADE DE UMA TUTELA PENAL DO VELHO: O SE, O QUE E COMO SE PROTEGE? .....	71
2.1. A (eventual) existência de um novo bem-jurídico ou a densificação dos “velhos” bens jurídicos. A necessidade de uma tutela penal do velho (?) – <i>O Que e o Se da proteção jurídico-penal?</i> .....	71
2.2. O âmbito da proteção jurídico-penal da vulnerabilidade (em razão da idade avançada) – <i>Como?</i> .....	79
3. NOTA CONCLUSIVA .....	90
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>94</b>

## § 1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI – o *século dos idosos*, como é por muitos designado<sup>1</sup> – não poderá ignorar-se a relevância e “inevitabilidade temática” destes “seres-aí-diferentes”, importando refletir seriamente sobre o papel do Direito na regulação das específicas situações que a eles respeitem. Em verdade, alicerçados neste “fenómeno estrutural irreversível”<sup>2</sup>, as preocupações da sociedade, de Governos e juristas podem e devem ser outras. Com efeito, e identificado tal ponto de partida, cumpre avançar rumo à verificação da sua postulação legal, reconhecendo eventuais falhas e propugnando possíveis soluções.

Em dois distintos momentos, esta dissertação intitulada *A Tutela Penal do Idoso* pretende ser uma exposição jurídico-dogmática da tutela (eventualmente) existente, averiguando os seus meandros como resposta adequada e eficaz à proteção do “ser-aí-diferente” particularmente indefeso<sup>3</sup>, em razão da sua idade avançada<sup>4</sup>.

Numa primeira excursão pela temática, indagamos sobre a ética do cuidado, enquanto relação do eu para consigo mesmo, do eu para com o(s) outro(s) e do(s) outro(s) para com o eu. Partindo desta primeira relação, caminhamos rumo à sua expressão no ordenamento jurídico-penal português. Destarte, compreendida a vulnerabilidade/fragilidade da pessoa velha, bem como a sua específica constatação nos articulados do Código Penal, procuramos retirar as primeiras conclusões reunindo as parcelas da equação: velhice, apelo ao outro e o papel do Direito.

Importa salientar que a investigação ficaria por demais incompleta senão se visse feita a verificação das exigências constitucionais. Deste modo, agrupando esforços, procedemos a uma parca e singela análise dos principais preceitos constitucionais, fortemente conexionsados com a temática objeto de estudo. Porém, desde cedo deve alertar-

---

<sup>1</sup> Vide ALBUQUERQUE, António Joaquim, *A Violência sobre as pessoas idosas*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Universidade de Coimbra, 2012 p. 13. Ver também MENDES, Andreia Joana Morris, *Direito ao envelhecimento: perspetiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho, 2012, p. 7.

<sup>2</sup> Referimo-nos ao notório envelhecimento da população. Cfr. ALBUQUERQUE, António Joaquim, *A Violência...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Conotação com a expressão utilizada pelo legislador, no nosso ordenamento jurídico.

<sup>4</sup> Neste tópico, cumpre fazer severas advertências, limitando por tais, o nosso objeto de estudo. Desde logo, pela concreta classe a que nos referimos i) pessoa idosa e/ou velha (maiores considerações *infra*) e ii) vítima de crimes. Assim, não se abordará uma outra face, ou seja, o idoso enquanto agente de crimes e a procura da pena justa. Sobre este assunto ver BURGOA, Elena, “Reflexões para desenvolver um Direito penal de maiores. Alguns casos na jurisprudência (na procura da pena justa para idosos)”. *Julgar* (2012), disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Elena-Burgoa-Reflex%C3%B5es.pdf>, consultado a 20-11-2014.

se para, por razões de espartilho espaço-temporal, muitos dos assuntos aqui abordados serem partes de temas mais densos, sujeitos ao rateio das linhas e das exposições jurídico-dogmáticas. Contudo, tal imposição não é necessariamente ponto negativo, antes devendo ser encarada como tarefa, além de necessária e de difícil execução, adequada e capaz a fazer emergir uma série de quesitos, procurando afunilar no exato nódulo problemático que nos propusemos deslaçar.

Neste seguimento e com as ressalvas já verbalizadas, procedemos a uma modesta análise do Direito Penal (de hoje) – suportado nos pegões da segurança e certeza jurídicas, ladeado por grandes valores, assim foi crescendo e assentou o nosso ordenamento jurídico-penal. Importa neste ponto (tornando-se parte imprescindível da dissertação) identificar, compreender e carrear a importância dos princípios jurídico-penais, propiciando a (necessária) indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico.

Por todo o percurso efetivado, a exposição argumentativa impele-nos, sem demoras, a depositar e catalisar todos os fundamentos esquisitados, numa derradeira averiguação: a legitimidade de uma tutela penal do velho. Sendo certo que para tal terá de ser realizado um raciocínio de necessidade, agrupado com a justificação dessa proteção jurídico-penal, sempre cingido pela (ainda) dúvida (razoável) de enquadramento – existência de um novo bem jurídico ou a densificação dos “velhos” bens jurídicos –, cremos ser possível apreender o específico âmbito de tal proteção jurídico-penal a empregar, em razão daquele cenário de especial ou extraordinária vulnerabilidade que circunda aquele concreto bem jurídico.

Na verdade, porque todo “o caminho se faz caminhando”, esperamos que este estudo seja apenas o início de uma reflexão consciente e credível., porventura, um pensamento hábil na indagação sobre novos rumos, interpretações ou visões a fornecer ao Direito. Sem reservas quanto à dificuldade do percurso, mas conscientes da importância do mesmo, cremos que os frutos desta investigação, por mais pequenos e frágeis que possam aparentar ser, serão (sem sombra de dúvidas) o início do arquétipo do *traje jurídico*, possivelmente, a entregar a tal questão.



## **PARTE I: A TUTELA PENAL DO VELHO**

# 1. A SUA REPRESENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL: A FRAGILIDADE E VULNERABILIDADE COMO A FORÇA MOTRIZ DO APELO AO OUTRO

## 1.1. A Relação do eu com o(s) outro(s): a ética do cuidado

“Precisamos dos outros para ser e para nos libertar”.

*Leonard Boff*

Neste tópico propomo-nos abordar a relação máxima do “eu” com os “outros”. Na verdade, num tempo em que se vem vincando a ideia de um “eu” independente, que ousa escrever única e exclusivamente com as suas mãos a sua história – a história do direito penal<sup>5</sup> –, queremos chamar a atenção para as forças naturais que esbracejam a importância do “outro”. Ademais, não podemos olvidar que o direito penal “se move em uma teia complexa de relações de matriz onto-antropológica cuja apreensão, uma vez mais, só se pode operar através da razão hermenêutica, enquanto constituens do nosso agir comunicacional, imorredoiamente frágil e aberto aos outros”<sup>6</sup>.

Explorando os meandros desta relação umbilical, intrinsecamente conjugada com a nossa própria existência, quedamo-nos de navegar na minúcia, antes cedendo aos ventos do tempo moderno, do efémero e da escassez, embarcando numa curta viagem, realisticamente incapaz de em si abarcar os seus múltiplos contornos.

Se tudo na natureza está sujeito a uma “lei de coerência ou de consistência interna”, certo é que também a natureza humana se vê banhada por tal imposição. Assim, os seres vivem na união, vivem pela união: uma união de diferenças. Neste conspecto, na diferença (no ser enquanto diferença) radicam as proibições e imposições, que permitem que essa diferença face aos “outros” não seja aniquilada<sup>7</sup>. Se todo e qualquer ser humano é

---

<sup>5</sup> Vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 14.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 15. Ademais, conforme expressa MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “o homem é, em si mesmo, autónomo, “a se stante”, mas não pode realizar-se, senão comunicando-se, porque essa é condição indefetível da sua natureza social”. E continua, “a sociedade surge assim, como exigência natural do homem para sua conservação e aperfeiçoamento.” Para mais desenvolvimentos, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Obra Dispersa – I* (1933-1959). Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996.

<sup>7</sup> Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em..., op. cit.*, pp. 76 e ss.

uma manifestação do “ser-aí” e do “ser-com-os-outros”<sup>8</sup>, não parece o direito (sobretudo, o direito penal) poder alhear-se de tal realidade social complexa. O direito, nomeadamente o direito penal, enquanto realidade com densidade e parâmetros próprios, tem de emergir daquela ideia resignadora de “mero receptáculo de valorações”<sup>9</sup> e assumir todas as suas capacidades de captação, compreensão e interpretação do seu próprio ordenamento<sup>10</sup>, enquanto expressão do mundo circundante.

Ora, na sociedade atual dominada pela complexidade e pluralidade, onde as relações se assumem cada vez mais como anónimas e poligonais<sup>11</sup>, não podemos desprezar o chamamento desta, lembrando a necessária proteção e defesa dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. A sociedade é uma comunidade viva que, marcada pela sua temporalidade e historicidade, decide os mecanismos (tidos por essenciais) para a sua proteção e regulação.

Desde os primórdios se apura que a comunidade humana é, sobretudo, uma teia de cuidados<sup>13</sup> – o cuidado do “eu” para consigo mesmo, o cuidado dos “outros” para com tal “eu” e o cuidado do “eu” para com os “outros”. Deste modo, o cuidado enquanto categoria da matriz ontológica<sup>14</sup> do “ser-aí-diferente” anuncia a necessidade da reciprocidade, da abertura e do constante estado de alerta. Uma comunidade juridicamente organizada tem de afirmar como baluarte essencial o cuidado. Aliás, este, entendido como *alfa* da comunidade, tem potencial para se intrometer no dia-a-dia desta, assumindo o papel de regulador (de eventuais novas situações tipo), dando expressão ao princípio da segurança (e a uma das suas premissas: o cuidado do Estado para com os cidadãos)<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 284-285.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>12</sup> Como lembra COSTA ANDRADE, “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe perseguir.” ANDRADE, Manuel da Costa, “Consenso e Oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1995, 317-358, p. 332.

<sup>13</sup> Neste ponto, parafraseamos FARIA COSTA. A título de exemplo *vide* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 319. Ver ainda DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 237.

<sup>14</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 319, 324 e 327.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 351.

A comunidade jurídica é uma verdadeira comunidade de cuidados, transportando ao longo dos tempos os patamares mínimos da segurança<sup>16</sup>, mas também da solidariedade. Em boa verdade, o cuidado absoluto<sup>17</sup> não pode passar de uma utopia da própria comunidade. Aberta aos perigos, deve este “cuidado do ser-aí-diferente para consigo mesmo e para com os outros e ainda o cuidado do ser-todos para com os particulares e únicos ser-aí-diferentes” ser a alavanca para a criação de uma verdadeira comunidade jurídica, atenta e capaz de encontrar a solução jurídico-penal (mais) justa<sup>18</sup>.

Conscientes do problema ora apresentado, é hora de encarar aquele que é o nosso tempo: o tempo da lucidez, a fim de fomentarmos as novas consequências ao nível da consciência ético-jurídica, que procurarão de forma simples e transparente, mas também ético-socialmente comprometida, corresponder aos desígnios de uma (verdadeira) justiça penal<sup>19</sup>.

Na complexidade desta teia de cuidados, é o “cuidado para com o «outro» que nos responsabiliza, porque só também por esse acto o «meu» cuidado tem sentido quando se vira sobre si mesmo”<sup>20</sup>. Este cuidado matricial que envolve o ser comunitário é a fonte de onde brota a necessidade de afirmação de uma comunidade (jurídica) como uma “teia relacional dos seres-aí-diferentes solidários”<sup>21</sup>. Desde sempre, o “eu” abriu-se à estrutura organizacional (sendo, também ele ser-social), a fim de compreender, interagir e auxiliar o “outro”, buscando, em simultâneo, a reciprocidade de tal abertura. Em verdade, esta abertura – “*abrir-se para* ou o *abrir-se com*” – indica a fragilidade inerente ao relacionamento estrutural comunicativo<sup>22</sup>. O “ser-aí-diferente” vulnerável, desde do ventre que o gerou<sup>23</sup>, abre-se ao “outro” por inerência da fragilidade da sua própria condição<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> Como expressa FELIPE DEODATO a “nossa segurança deve passar pela abertura solidária com que o “eu” se sustenta com os outros e pelos outros”. ”. Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 238.

<sup>17</sup> Considerado por FARIA COSTA como “absurdo jurídico constitutivo”. Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em..., op. cit.*, p. 352.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 327 e 358.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>21</sup> Para mais desenvolvimentos atentar *in Ibidem* pp. 385, 391-392.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>23</sup> Referimo-nos à relação onto-antropológica como fonte primeira da teia relacional comunitária que nos envolve – relação comunicacional primeira. Para mais desenvolvimentos Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 232.

<sup>24</sup> Conforme esclarece FARIA COSTA existe uma “conexão ético-existencial de um “eu” concreto – de “carne e osso” – que, exactamente pela sua condição de permanente abertura ou incompletude (projecto), só pode “ser” se tiver o “outro”, cuidar do “outro”, cuidar de si mesmo cuidando o “outro” e ao cuidar este cuidar de si mesmo”. *Vide* COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem

Como resposta ao apelo realizado por uma pessoa vulnerável, toda a comunidade (todo “ser-aí-diferente”) responde com uma atitude pura e inerente à sua condição: o “cuidado-do-outro” – sendo este muito mais do que o simples cumprimento da “obrigação contratual numa relação técnica ou comercial”<sup>25</sup>. Em poucas palavras, este cuidado é a capacidade de assumir a nossa responsabilidade (enquanto “seres-aí-diferentes”), exordialmente ancorada no reconhecimento das necessidades do “outro”, mas também na pertença ao mundo vulnerável. Com efeito, há no “*cuidar, no cuidado, a cultura do vínculo, da relação*”<sup>26</sup>.

Deste modo, entendemos que o “eu” para erigir-se ao patamar de “ser-aí-diferente” assume a sua vulnerabilidade e fragilidade perante o “outro” que logo o acolhe, na comunidade, estabelecendo-se sem mais uma relação jurídico-comunicativa<sup>27</sup>. Além disso, dada a vulnerabilidade desta mesma relação – sujeita aos perigos inerentes à própria comunidade<sup>28</sup> – não podemos deixar de frisar que esta é (também) conformação da fragilidade e vulnerabilidade do “eu”. O “ser-aí-diferente”, consciente ou não da exposição de tais características, percorre esta via originária (aparentemente) eficaz de proporcionar o cuidado do “outro” para com o “eu”, o cuidado do “eu” para com o “outro” e o cuidado do “eu” para consigo mesmo.

Nesta senda, somos conduzidos a concluir que uma especial relação une os seres humanos<sup>29</sup>, que naturalmente constroem um ambiente social<sup>30</sup>, rubricado pela força motriz do apelo ao “outro”. *Veritas*, o “eu” só ousa (e adquire meios para) a compreensão do

---

jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 142, n.º 3978, 158-173, p. 171.

<sup>25</sup> Cfr. ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude: a ética do cuidado do outro”. *Síntese – Revista de Filosofia*, v. 39, n.º 125 (2012), 433-456, p. 448.

<sup>26</sup> Em breves palavras, a “perspetiva do cuidado atribui a maior relevância ao vínculo, à relação inter-humana, à compaixão”. Cfr. ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude...”, *op. cit.*, pp. 445-447.

<sup>27</sup> Ademais, é por esta mesma necessidade intrínseca ao próprio eu que, necessariamente frágil e vulnerável, “apela ao cuidado dos outros, estabelecendo-se, também por esta via, uma relação de cuidado-de-perigo dos «outros» para com o «eu». Por outras palavras ainda: é a nossa condição de seres irremediavelmente frágeis e insustentavelmente vulneráveis que gera matricialmente os cuidados-de-perigo dos «outros» para com o «eu».” Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 398-399.

<sup>28</sup> Ainda, nas palavras de FELIPE DEODATO, “o “eu-comunitário” está permanentemente ameaçado por uma dispersão ou por circunstâncias outras difíceis de nominarmos. Tais circunstâncias fazem com que esse “eu-comunitário” não suspenda um contínuo esforço na constituição de uma ordem, ou de um nódulo sociocultural, na qual a indeterminação e as diferenças sejam superadas através de um quadro estabilizador”. Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 135. Ver ainda, quanto à comunidade de perigos COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 320-321.

<sup>29</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 171.

<sup>30</sup> Vide DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 135 e MACHADO, Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra, Livraria Almedina, 1994, pp. 7-14 e 22-23.

mundo, bem como da sua própria condição<sup>31</sup>, quando passa a assumir-se como “ser-aí-diferente”<sup>32</sup>, como “ser-com-os-outros”<sup>33</sup>. Deste jeito, as respostas que pretendemos (aquelas pelas quais ansiamos) só poderão estar no cuidar do outro, no comungar com os outros, no densificar este “ser-com-os-outros”<sup>34</sup>, não fossemos todos, globalmente, “responsáveis pelos homens e mulheres reais e concretos que estão à nossa volta”<sup>35</sup>, isto é pelo cuidado a estes “ser-aí-diferentes”, em tudo semelhantes ao “eu”. Frágeis, vulneráveis, inseguros abriram-se para (e com) a comunidade procurando, apelando ao cuidado do “outro”. Romper com esta responsabilidade forjada no cuidado é “romper com o marco derradeiro que provoca a insegurança que não aceitamos, porque ela nos ameaça, pontuando a necessidade de impormos limites”<sup>36</sup>.

Em verdade, cremos que o “ser-aí-diferente” carrega sobre si a densificação dos conceitos da solidariedade, da segurança, do cuidado – marcas originárias da nossa condição, que balizarão para sempre a nossa história<sup>37</sup> – em última análise, a verdade<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Tal como expressa HUMBERTO ECO “é o outro, é o seu olhar, que nos define e nos forma”. Cfr. *apud* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 175. Destarte, “não existem dúvidas de que o “eu” só tem sentido a partir do momento em que se abre ao outro, cuida do outro, eis que esse outro é essencial para que o “eu” não se coisifique e exista”. Para mais desenvolvimentos atentar *in* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 237. Ver ainda HEIDEGGER, Martin (GAOS, José, trad.), *El Ser y el Tiempo*. México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 107 e ss.

<sup>32</sup> Neste horizonte, FELIPE DEODATO expressa que “não seria justificável negarmos a ideia segundo a qual o “ser-aí” (Dasein) se vê na estrutura simbólica do mundo”. *Vide* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 196. Assim, “si “mundo” es él mismo un ingrediente constitutivo del “ser ahí”, pide el apresar en conceptos el fenómeno del mundo ver dentro de las estructuras fundamentales del “ser ahí”.” Cfr. HEIDEGGER, Martin (GAOS, José, trad.), *El Ser y..., op. cit.*, p. 64.

Nesta senda, “o Dasein nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a sua significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo (...) que é, em si, hermenêutico”. Em suma, “para se ver no mundo é necessário investigar o “ser-no-mundo”. Cfr. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 199 e ss. E ainda LIMA, Paulo Pacheco de, “Ecce Homo: Ensaio sobre a Representação da Essência do Homem na “Nova Filosofia” de Ludwig Feuerbach”. *Revista Portuguesa de Filosofia – Natureza Humana em Questão I*, tomo 68, fasc. 3 (2012), 411-438, p. 423.

<sup>33</sup> Para mais desenvolvimentos atentar *in* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, pp. 135-136.

<sup>34</sup> Esta afirmação só pode ser o “reconhecimento de um dado inafastável do nosso modo-de-ser”. *Ibidem*, p. 235; COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 25 e HEIDEGGER, Martin (GAOS, José, trad.), *El Ser y..., op. cit.*

<sup>35</sup> Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 236.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 238 e D’AVILA, Fabio Roberto, “O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica”, *in* GAUER, Ruth Maria Chittó (org.), *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, 95-108.

<sup>38</sup> Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 231 e ainda MACHADO, J. Baptista, “Antropologia, existencialismo e direito”. *Separata de Revista de Direito e Estudos Sociais*, 12, 1- 2 (1965), pp. 56-57 e ainda STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m)...*, *op. cit.*, pp. 199 e ss.

Este *cuidado* – que empossou a dificuldade de definição com exatidão<sup>39</sup>, durante severos anos – vê HEIDEGGER o encarar enquanto visão antropológica, num duplo sentido *i*) a luta (de cada ser) pela sobrevivência, mas também *ii*) como desenvoltura para o “outro”. No essencial, comportar estes dois patamares reflete a aceitação do cuidado como próprio do ser humano que luta, diariamente, cuidando do “eu”, sem nunca esquecer a solidariedade, o “outro” – revelando as suas plenas potencialidades, no cuidado para com o “outro”<sup>40</sup>. Neste aspeto, assumido na sua plenitude “não é um conceito ao lado dos outros”, é antes o centro nevrálgico, categoria ontológica da consideração antropológica necessária para a constituição de uma ética do cuidado<sup>41</sup>.

Esta ética do cuidado modeladora do direito permitirá, numa vertente positiva, uma convivência humana banhada pela solidariedade e afetividade<sup>42</sup>, e ousando uma interação negativa, impedir os possíveis distanciamentos e desvirtualizações das relações

---

<sup>39</sup> Vide TELLES, Marília Campos Oliveira e COLTRO, Antônio Carlos Mathias, “Cuidando do Cuidado”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 37-52, p. 38.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> Seguindo de perto *Idem*. Esta “ética do cuidar é uma das perspectivas da ética contemporânea que enfatiza as emoções e as relações humanas, em contraposição à ética da justiça, que privilegia os direitos e os princípios”. A ética do cuidar “entende o sujeito humano como interdependente, um ser de relações, e valoriza a vivência de relações inter-humanas e as virtudes baseadas na emoção, como a compaixão, a simpatia, a benevolência, a amizade.” Cfr. ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude...”, *op. cit.*, pp. 433 e 444.

Ademais, “o termo “ética”, tal como estamos acostumados a usar, é uma construção dos gregos, tendo partido do seu significado original como casa ou habitação animal e assimilado uma dimensão civilizacional ou humana quando passou a designar o conjunto de hábitos, valores, e costumes de uma comunidade que permitem a convivência e a integração dos seus membros.” Por conseguinte, “A designada “Ética do Cuidado” reveste, para Heidegger (1953), o plano de paradigma ontológico e destino universal, na protecção da pessoa humana.” Por seu turno, “Boff (1999) retoma como tema principal da sua o Cuidado. Para este autor, a essência do ser humano reside no Cuidado, o que funda a ética mínima que salvaguarda a vida, as relações sociais e a preservação da natureza.” Para mais desenvolvimentos, ZAGALO-CARDOSO, J. A. e SILVA, António Sá da, “A ética do cuidado à luz da fábula/ mito de Hígino e da tragédia Filoctetes, de Sófocles”. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Vol. 66, Fasc. 1 (2010), pp. 82-83.

Em síntese, “la ética del cuidado se fundamenta desde la dialéctica fragilidad/responsabilidad. La vulnerabilidad del otro me conmina a responder desde el cuidado”. Cfr. BARBERO, Javier, “La Ética del Cuidado”, in GAFO, Javier e AMOR, José Ramón (eds.), *Deficiencia Mental y Final de la Vida*. Madrid, UPCO, 1999, 125-159, p. 157.

<sup>42</sup> “Reconhecimento de ser solidário e igual”. Cfr. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, “Ambiente propício a perturbações mentais: o valor jurídico do cuidado ante a vulnerabilidade social”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 53-62, p. 62. Para uma outra visão, muito semelhante à perfilhada atentar in NOVAES, Maria Helena, “Paradoxos contemporâneos: o cuidado numa convivência saudável”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. Atlas, 2009, 198-207, p. 198. Ademais, vislumbrando a “ética do cuidado como contributo para um repensamento do ser-com-o(s)-outro(s)-no-mundo”. Cfr. PERDIGÃO, Antónia Cristina, “A ética do cuidado na intervenção comunitária e social: os pressupostos filosóficos”. *Análise Psicológica*, 4 (XXI) (2003), 485-497, p. 497.

originárias, que fazem da comunidade uma verdadeira teia de cuidados<sup>43</sup>. Ademais, permitirá uma compreensão mais clara, firmada na premissa de que a fragilidade é uma característica inerente a qualquer ser humano<sup>44</sup>, não obstante revestir diferentes *intensidades* face às concretas situações<sup>45</sup>. Em suma, o homem só existe porque foi (e é) cuidado numa interação de forças do “eu” para com o “outro”, do “outro” para com o “eu”, do “eu” para consigo mesmo. Nesta comunidade assimétrica, o “ser-aí-diferente” não resiste sem a (necessária) teia de cuidados, sem a bengala do “outro” que a par e passo caminha com o “eu”, proporcionando a atenuação (leve e eficaz) da sua vulnerabilidade. Afinal, desta ética do cuidado emerge a ideia de que o homem é, efetivamente, um projeto em aberto<sup>46</sup>, cuja construção, cimentação cabe ao “outro”, nas suas múltiplas interações com o “eu”<sup>47</sup>. Deste

---

<sup>43</sup> Vide TELLES, Marília Campos Oliveira e COLTRO, Antônio Carlos Mathias, “Cuidando do Cuidado”..., *op. cit.*, pp. 47-48. Ver ainda BOFF, Leonardo, *Justiça e cuidado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 10. Nesta senda, JUSSARA MEIRELES impõe uma “forma responsável de se organizar”. Cfr. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, “Ambiente propício a perturbações mentais: o valor jurídico do cuidado ante a vulnerabilidade social”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 53-62, p. 62.

<sup>44</sup> Para densificar esta afirmação urge evidenciar que “nascemos nus e o desamparo psíquico e corporal nos espreita. Nascemos vulneráveis, não fosse o cuidado de nossos próximos morreríamos sem recursos vitais que impedissem esse desfecho sempre adiado, mas inevitável. Ao contrário de outros animais, o animal humano nasce prematuro e seu potencial para a integração e amadurecimento é apenas uma possibilidade, desenvolvendo-se somente sob a condição de uma rede de cuidados.” Cfr. MAIA, Marisa Schargel, “Cuidado e Vulnerabilidade psíquica”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 359-371, p. 359. Neste mesmo sentido JAVIER BARBERO veicula que “Cuidar es una tarea propia, aunque no exclusiva, del ser humano. Ya al nacer, nos hemos convertido en objeto de cuidados por otros seres humanos. De no ser así, ni hubiéramos podido sobrevivir”. Cfr. BARBERO, Javier, “La Ética del...”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>45</sup> Cfr. BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 106-118, p. 107. Para mais desenvolvimentos atentar in FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*, 13-32, disponível em <http://www.pug.fr/extract/show/107>, consultado a 18.07.2015. Em suma, o Homem (re)conhece os seus limites, “a sua fragilidade diante da natureza, da efemeridade de seu corpo” (MAIA, Marisa Schargel, “Cuidado e Vulnerabilidade...”, *op. cit.*, p. 359). Todavia tal vulnerabilidade apresentará diferentes amplitudes, pelo que “a mayor vulnerabilidad, mayor exigibilidad de respuesta desde los cuidados. El cuidado del otro no se guía por el criterio de proximidad – otro como prójimo-próximo-sino, en todo caso, por los criterios complementarios de universalidad y vulnerabilidad.” Vide BARBERO, Javier, “La Ética del...”, *op. cit.*, p. 130

<sup>46</sup> Cfr. MAIA, Marisa Schargel, “Cuidado e Vulnerabilidade...”, *op. cit.*, p. 371.

<sup>47</sup> O homem “não sendo um ser absoluto”, “necessita de entrar em relação aos restantes entes, para constituir e manter – física e mentalmente – a atualidade da sua essência, isto é, o seu ser.” Cfr. LIMA, Paulo Pacheco de, “*Ecce Homo*: Ensaio...”, *op. cit.*, p. 433.

Esta procura incessante não é nova. Desde “tempos de antanho que os humanos, à medida que se têm vindo a organizar em aglomerações sociais, com maior ou menor dimensão, se preocupam em tecer entre eles laços que lhes permitam viver unidos, sabendo, deste modo, que podem contar uns com os outros, para o bem e para o mal que os pode atingir ou simplesmente ameaçar.” Para mais desenvolvimentos atentar in LEANDRO, Maria Engrácia e CARDOSO, Daniela Freire, “Tecer laços sociais. O que se desfaz, refaz e inova”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11 (2010), 231-258, p. 236.



modo, a comunidade moderna deve afigurar-se como uma comunidade solidária<sup>48 49</sup> – afinal, a solidariedade é um “*um laço antropológico fundamental*”<sup>50</sup> e todo o homem nasce aprendiz da arte de cuidar e mestre na carência de cuidado<sup>51 52</sup>.

---

<sup>48</sup> Neste horizonte, “a solidariedade está implícita nas sociedades da modernidade. Ela não se discute.” Cfr. LEANDRO, Maria Engrácia e CARDOSO, Daniela Freire, “Tecer laços sociais...”, *op. cit.*, p. 240.

<sup>49</sup> Solidariedade que pode assumir uma forma negativa ou positiva. Em poucas palavras, a solidariedade negativa, isto é “quando alguma das partes exerce o despotismo sobre a(s) outra(s)”, também advém da incessante relação do “eu” com o(s) outro(s) e com o mundo. *Vide* LEANDRO, Maria Engrácia e CARDOSO, Daniela Freire, “Tecer laços sociais...”, *op. cit.*, pp. 241-242.

<sup>50</sup> L. BASLÉ *apud* LEANDRO, Maria Engrácia e CARDOSO, Daniela Freire, “Tecer laços sociais...”, *op. cit.*, p. 248.

<sup>51</sup> Como sabiamente reconhece ANA PERDIGÃO, “todo o ser humano possui a capacidade do cuidado e/ou do cuidar”. Todavia, questiona: “estará o nosso tempo carente deste sentido de cuidar?”, logo respondendo afirmativamente. Cfr. PERDIGÃO, Antónia Cristina, “A ética do cuidado ...”, *op. cit.*, pp. 485-497.

<sup>52</sup> Contudo, deverá sempre ser recordado que “o Direito é um conjunto de normas que os membros de uma comunidade têm a obrigação recíproca de cumprir. A Ética, embora não implique esse cumprimento obrigatório, tem um sentido mais radical, na medida em que nos interpela com outras obrigações sem a exigência de uma contraprestação, tal como o Pai do Filho Pródigo age sabendo que, do ponto de vista do Direito, nada mais tinha a obrigação de fazer.” Destarte, “sendo todos nós pessoas necessitadas e prestadoras de cuidados não somos propriamente um estorvo para os outros como o herói grego foi tratado pelos companheiros. Se pensarmos na falta de Cuidado, numa perspectiva mais ampla, vamos encontrar essa atitude abominável dentro das nossas próprias casas, uma vez que é, também, natural que os idosos e os doentes se vejam acometidos de uma redução das suas habilidades físicas e psicológicas para o desempenho das suas actividades; não é por outro motivo se não a nossa falta de cuidados que não raramente vemos estes ficarem esquecidos”. Neste seguimento, “como recomenda Kierkegaard (1941), [devemos tomar] consciência daquilo que parece tornar-nos verdadeiramente humanos e o que significa ser-se humano: a consciência da nossa finitude e da possibilidade de uma inversão de papéis, tudo a descambar de uma exigência mútua de solidariedade de uns para com os outros.” (...) “Com efeito, a experiência civilizacional tem-nos mostrado que a superioridade que costumamos exibir não passa de arrogância e pretensão, já que somos todos irrevogavelmente seres dependentes de cuidados.” Por tudo conclui-se a importância do papel da educação, na “construção dessa verdadeira mudança de comportamentos que a “Ética do Cuidado” nos exige.” Afirmando-se que “Estamos diante de uma questão cultural que devemos enfrentar, que muito mais do que leis implica humanidade.” Cfr. ZAGALO-CARDOSO, J. A. e SILVA, António Sá da, “A ética do...”, *op. cit.*, pp. 86-87.

## 1.2. A fragilidade e vulnerabilidade: expressão no ordenamento jurídico-penal

“Então, cada ser humano é, no tempo, uma pluralidade de estados físicos e de situações, com profundas diferenças quanto à sua capacidade para acolher e suportar as acções externas, de todos os tipos, que sobre ele possam ser exercidas. As diferenças nesta capacidade são a medida da vulnerabilidade que parte da diferença como um valor humano digno de respeito e de ponderação.”

Daniel Serrão

Antes de atracarmos, aí realizando uma sumária (e central) análise do ordenamento jurídico-penal português, impõe-se operar uma densificação dos conceitos de fragilidade e vulnerabilidade<sup>53</sup>. Uma vez esclarecidos, quanto aos seus contornos essenciais, afigurar-se-á mais seguro, fácil e intuitivo compreender a escolha realizada pelo legislador, avaliando-a e ponderando a (eventual) necessidade de mudança de rota.

Anteriormente, podemos constatar que o ser humano é *ab initio* um ser carente de cuidado<sup>54</sup>. Sem tal, ficaria inseguro, desorientado e desnutrido do verdadeiro sentido de comunidade. A vulnerabilidade, sinal de nascença imposto sobre o “eu” é, na verdade, “condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, característica universal que não pode ser protegida”<sup>55</sup>. Contudo, para além desta vulnerabilidade primária, poderão existir

---

<sup>53</sup> Neste ponto, importa reter a nossa atenção em torno da discussão doutrinária acerca da vulnerabilidade absoluta e/ou relativa, que a redação da lei n.º 12.015/2009 operou – nomeadamente pela introdução do crime de “estupro de vulnerável”, no art. 217.º-A do Código Penal Brasileiro. Em verdade, a par desta discussão intrinsecamente conexcionada com o grau e/ou intensidade da própria vulnerabilidade, perfila-se uma outra questão: presunção absoluta ou relativa de vulnerabilidade. Para mais desenvolvimentos, LARA, Máira Batista de, “Vulnerabilidade no art. 217-A do Código Penal”, disponível em [http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID\\_2014\\_23.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf), consultado 01.03.2016.

<sup>54</sup> Segundo MICHEL RENAUD, “A pessoa humana define-se por aquilo que ela é em si ou nela mesma assim como pelas relações que tem ou mantém com os outros. A fenomenologia mostra com toda a evidência necessária que a pessoa vive em situação de intersubjectividade. Já Tomás de Aquino e os escolásticos tinham repetido abundantemente que a pessoa é um ser de relação, um *esse ad*. Segue-se então que o sentido da minha existência passa também pelo reconhecimento que os outros lhe conferem. Na verdade, este reconhecimento significa que a avaliação ética da existência do outro tem que ser uma valorização ética e ontológica.” Cfr. RENAUD, Michel, “Antropologia da Morte”, in CARVALHO, Ana Sofia (coord.), *Bioética e Vulnerabilidade*. Coimbra, Almedina, 2008, 293-307, pp. 299-300.

<sup>55</sup> Vide SCHARMM, Fermim Roland, “Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização”. *Revista Bioética*, v. 16, n.º 1, 11-23, disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/52](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52), p. 20. Do “latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”, de *vulnerare*, “ferir”, de *vulnus*, “ferida” refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção”. Cfr. BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado...”, *op. cit.*, p. 110.

outras – vulnerabilidades secundárias – que exigem uma estratificação dependente dos diversos graus de vulnerabilidade<sup>56</sup>.

Esta ideia de vulnerabilidade, “condição ontológica universal do ser humano”, tem de ser presenciada pela construção da ideia de pessoa para o direito<sup>57</sup>. Frágil, incompleto, inseguro o ser-á-diferente abre-se para (com) o “outro”, reconhecendo que essa vulnerabilidade detém uma “característica essencial diferenciadora, que [não raras vezes] justifica o reconhecimento de um grau diferente de capacidade e que fundamenta uma discriminação na graduação da capacidade jurídica, em função do domínio (potencial) da «ação comunicativa», como a cunhou Habermas”<sup>58</sup>.

Ao invés de avançar com uma definição única e cristalizada de vulnerabilidade<sup>59</sup>, propomos as presentes linhas orientadoras, capazes de fornecer o rumo a traçar – rumo, dizemos, por não ser nossa pretensão limitar, desde já, o respetivo fim. Desta forma, a noção de vulnerabilidade – emergente de um contexto evolutivo – se afirma (tal como o “ser-á-diferente”) – um conceito aberto, ainda em construção. Em verdade, cremos que a inserção de uma qualquer definição de vulnerabilidade nos preceitos legais, pecaria (irremediavelmente) por ser escassa e incapaz de abarcar as múltiplas interpretações que o aplicador do direito é chamado a realizar<sup>60</sup>. Nesta senda, acreditamos que se tal proposição firma-se “ce serait inscrire dans le droit ce qui se perd dans la morale ou, plus simplement, dans la civilité”<sup>61</sup>. De facto, a vulnerabilidade que impele o sentido de Estado de Direito é

---

<sup>56</sup> Cfr. SCHARMM, Fermim Roland, “Bioética da Proteção...”, *op. cit.*, p. 20. Como esclarece HELOISA BARBOZA “a cada dia surgem novas situações em que a vulnerabilidade se torna evidente, a exigir proteção diferenciada, especial”. Cfr. BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado...”, *op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>57</sup> Vide FERREIRA, Ana Elisabete, “A vulnerabilidade humana...”, *op. cit.*, pp. 1024-1025.

<sup>58</sup> Vide *Ibidem*, p. 1025. Ver ainda RENDTORFF, Jacob Dahl, “Basic Principles in Bioethics and Biolaw”, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>, consultado a 03.03.2016 e, também, Daniel SERRÃO, “Vulnerabilidade: uma proposta ética”. *Revista Autopoética. Sentir, Pensar e Agir*, disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>, consultado a 01.02.2015.

<sup>59</sup> Embora, não avancemos qualquer definição certo é que “o termo fragilidade tem a mesma etimologia que a palavra «fractura», a fragilidade introduz a vertente da possibilidade: frágil é aquilo que pode fracturar-se. Tal como vulnerável é aquilo que pode ser ferido (*vulnus-vulneris* em latim).” Para mais desenvolvimentos RENAUD, Isabel, “Fragilidade e vulnerabilidade”. *Cadernos de Bioética*, ano XVI, n.º 39 (2005), 405-416.

<sup>60</sup> Importa acompanhar a excursão argumentativa de FARIA COSTA. Neste conspecto, “se o juiz está – e bem, acrescente-se – longe de ser considerado um mero autómato na aplicação da lei, longe de ser um intérprete com um grau de variação igual a zero, longe de ser aquele que não pode aplicar, autónoma e imparcialmente, a lei em nome do povo, também não pode ser o árbitro, o decisor ou o criador, fora do âmbito de protecção da norma, daquilo que se entenda deva proteger penalmente, mesmo que seja o mais nobre dos valores.” Atentar in COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”. *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, 354-365, p. 365.

<sup>61</sup> Cfr. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 31.

uma noção geral que dada a sua abrangência impõe a uma qualquer definição o carimbo de incompletude<sup>62</sup>, atenta a riqueza e pluralidade da própria existência<sup>63</sup>.

No essencial, esta característica imanente ao homem<sup>64</sup> merece, em determinadas circunstâncias, a consideração por parte do direito<sup>65</sup>. Em suma, o “eu” “est un être social et le groupe dans lequel il s’insère est un remède social à un mal individuel. Source de protection, le groupe peut par ailleurs alimenter cette fragilité. Ce n’est pas dire que le groupe donne naissance à la vulnérabilité car cet état préexiste aux relations humaines”<sup>66</sup>, pois o “ser-aí-diferente” é, necessariamente, um ser incompleto<sup>67</sup>. *Brevis causa*, o homem enquanto ser imaculadamente vulnerável, mas também ceoso para ocupar o seu lugar na rede complexa de cuidados – para firmar a sua posição de “ser-aí-diferente” e “ser-com-os-outros” – apela do direito a regulação para esta sua particular (e frágil) situação<sup>68</sup>. Munido de uma compreensão desta vulnerabilidade, o direito deve distinguir a vulnerabilidade *a priori* ou geral – intrínseca à condição humana – e, uma outra, *a posteriori* ou específica – dada a particular situação daquele “ser-aí-diferente”<sup>69</sup>.

No nosso ordenamento jurídico-penal, tal como em tantos outros, parece-nos que o legislador foi sensível a tais situações especiais, reconhecendo que dada a idade (reduzida ou avançada) ou a especial situação de saúde, certos sujeitos carecem de um *plus*

---

<sup>62</sup> Neste mesmo sentido, “la relativité de la notion semble être alors un obstacle à une approche globale”. Vide FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>63</sup> Cfr. RENAUD, Michel, “Vulnerabilidade e Espiritualidade”. *Cadernos de Bioética*, Suplemento n.º I (novembro 2008), 7-18, p. 13

<sup>64</sup> Para mais desenvolvimentos FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>65</sup> A expressão *peessoa vulnerável* apareceu no direito positivo francês, nomeadamente na lei penal. Em verdade, parece ter surgido para “indicar certas vulnerabilidades que construíram elemento da infração, uma circunstância agravante, ou que deviam ser observadas na aplicação da pena”. Para mais desenvolvimentos atentar in BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado...”, *op. cit.*, p. 114. Nesta mesma senda, FREDERIQUE FIECHTER-BOULVARD esclarece “a notion de personne vulnérable est apparue en droit positif dans le droit pénal. Pas moins de dix-neuf incriminations y font référence, soit au titre d’un élément constitutif de l’infraction, soit au titre d’une circonstance aggravante(...) une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l’auteur” e “En premier lieu, en effet, l’apparition du terme de vulnérabilité dans le droit semble être la traduction d’une évolution du droit, ou tout au moins des mentalités qui précèdent l’établissement de la règle de droit. La mouvance du droit, qui n’est pas chose nouvelle, est le reflet de la mouvance sociale magistralement dénotée par Monsieur Carbonnier”. Cfr. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, pp. 24 e 30.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>67</sup> Neste mesmo sentido, expressa a “définissant l’homme comme un être incomplet parce que son existence est limitée”. *Idem*.

<sup>68</sup> Por outras palavras, “c’est parce que l’homme est par nature un être vulnérable qu’il est un être social et c’est parce qu’il est un être social qu’il a recours aux règles de droit”. *Ibidem*, p. 16.

<sup>69</sup> Reconhecendo que “a fragilidade e vulnerabilidade dizem respeito a cada um de nós, sem que ninguém lhes possa escapar.” Vide RENAUD, Isabel, “Fragilidade e vulnerabilidade”..., *op. cit.*, p. 405.

protetivo, a que o direito não pode alhear-se<sup>70</sup>. Por tal razão, cedendo aos anseios da particular situação, o zeloso legislador reconhece que a comunidade jurídica é geradora de perigos. Perigos estes que, dada a sua específica situação, fazem emergir a fragilidade originária, mas sobretudo a vulnerabilidade secundária<sup>71</sup>, destes “seres-áí-diferentes” *especialmente vulnérables*.

A vulnerabilidade, uma vez manifestada nos campos do direito penal, poderá dar expressão, essencialmente, a duas situações. Em primeiro lugar, estando patente tal característica do “eu”, o agente tenderá a ser punido por um crime específico ou, antes, pela verificação de uma circunstância agravante<sup>72</sup>. Por outro lado, é na própria esfera do “ser-áí-diferente” que operarão as demais modificações, na medida em que o próprio estado de vulnerabilidade para o direito no caso *sub iudice* revestirá em si notas distintivas<sup>73</sup>. Surge assim a ideia de que, “la vulnérabilité s’inscrit le droit, non seulement parce que le législateur s’est soucié de protéger les personnes particulièrement vulnérables, mais aussi parce que le juge, par le pouvoir d’appréciation qui est le sien, a recours à la vulnérabilité pour motiver ses décisions. Si l’intention du législateur circonscrite à des domaines particuliers a pu inspirer le juge dans sa démarche, il reste à savoir si l’élargissement jurisprudentiel est le bienvenu”<sup>74</sup>.

Centrando-nos no ordenamento jurídico português cumpre-nos referir que, ao longo dos anos, muitos diplomas têm salientado como seus objetivos, prioridades e orientações a edificação de uma política vocacionada para as designadas *vítimas*

---

<sup>70</sup> Conforme relata FREDERIQUE FIECHTER-BOULVARD, “toujours en cette même matière, les incapables mineurs ou majeurs bénéficient d’une protection particulière. Parce qu’ils sont particulièrement vulnérables, soit en raison de leur manque de maturité, soit en raison d’une pathologie, le droit prévoit un arsenal de dispositions”. *Vide* FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 18.

Numa outra visão, desligada de conceitos jurídicos, DANIEL SERRÃO expressa que “a reflexão ética que, com base no princípio da vulnerabilidade, devemos fazer sobre os idosos dependentes e os doentes em fase terminal, terá de ser diferente da que faremos sobre um adulto saudável, autónomo e feliz. O “cuidado” que devemos prestar às pessoas nestas condições – idosos dependentes e terminais – tem de apoiar-se em uma discriminação positiva que não atenda a critérios economicistas e a ponderações custo benefício”. Cfr. SERRÃO, Daniel, “Vulnerabilidade: uma proposta...”, *op. cit.*

<sup>71</sup> Neste horizonte FREDERIQUE FIECHTER-BOULVARD veicula que “en ce sens, ce n’est pas toute forme de vulnérabilité qui est prise en compte mais une certaine vulnérabilité”. *Vide* FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>72</sup> Referimo-nos às circunstâncias comuns ou gerais agravantes, isto é “as que alteram a moldura penal elevando-a ou só no limite máximo, ou só no seu limite mínimo, ou nos limites máximo e mínimo”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências jurídicas do crime*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 262.

<sup>73</sup> Cfr. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, *La notion de...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>74</sup> Como sabiamente salienta o mesmo autor, “la règle de droit a vocation à protéger certaines personnes particulièrement vulnérables”. *Ibidem*, pp. 28-29.

*especialmente vulneráveis*<sup>75</sup>. Contudo, apesar de a violência<sup>76</sup> atingir crianças, pessoas com deficiência, pessoas dependentes e pessoas idosas, as mulheres parecem manter-se como constituinte-essencial do centro nevrálgico da preocupação do nosso legislador. Diríamos, que a sociedade contemporânea – múltipla e complexa – deveria atentar e coadunar a sua atuação não num só centro, mas, *a contrario* numa multiplicidade de "centros", que, cumuladamente, vêm orbitando na realidade de hoje. Por conseguinte, e no que ao nosso objeto respeita, não podemos esquecer os idosos<sup>77</sup> (que são alvo de variados crimes), dos

---

<sup>75</sup> Focando, desde já, as possíveis enumerações quanto ao professado, no âmbito do nosso objeto de estudo, cumpre dar conta da reforma penal de 1995 – nomeadamente do artigo 152.º do Código Penal –, que reforçou a tutela das pessoas idosas ou doentes, na medida em que a redação original limitava-se à função tuteladora do “pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos”. Ademais, também a Lei n.º 38/2009, de 20 julho, que definiu os objetivos, prioridades e orientações da política criminal para o biênio de 2009-2011, promover a proteção de vítimas especialmente indefesas, onde se incluem as pessoas idosas (art. 2.º, alínea b)). Recentemente, foram apresentados os Objetivos Estratégicos do Ministério Público para o triénio judicial 2015-2018 e para o ano judicial 2015-2016, de onde consta a promoção e proteção dos direitos dos idosos. Importa neste mesmo momento, realçar o Projeto de Lei n.º 62/XIII/1 – 41.ª Alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, criminalizando um conjunto de condutas que atentam contra os direitos fundamentais dos idosos –, bem como todos os pareceres emitidos (disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39871>, consultado a 10.06.2016). Por fim importa ainda atentar no Estatuto de Vítima (Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro), bem como no art. 67.º-A, n.º 1, al. b) do CPP, onde “vítima especialmente vulnerável” é aquela “cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”.

Deste modo, a política criminal reconhece a imperiosa necessidade que reveste a proteção da pessoa idosa em situação de vulnerabilidade. Embora não seja no âmbito jurídico-penal, urge evidenciar o Decreto-Lei n.º 232/2005 de 29 de dezembro que “institui uma prestação extraordinária de combate à pobreza dos idosos, adiante designada por complemento solidário para idosos, integrada no subsistema de solidariedade, que visa a melhoria do nível de rendimento dos seus destinatários” (art. 1.º, n.º 1). Para mais desenvolvimentos atentar *in* PINHO, Paula Cristina Bastos, *Violência Doméstica Contra Idosos*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra, 2010, p. 15.

<sup>76</sup> No presente estudo, a violência pode ser definida como “qualquer forma de uso intencional da força, coação ou intimidação contra terceiro ou toda a forma de acção intencional que, de algum modo, lese a integridade, os direitos e necessidades dessas pessoas”. Cfr. MANITA, Celina (coord.), *Violência Doméstica: Compreender para Intervir. Guia de Boas Práticas para Profissionais e Instituições de Apoio a Vítimas*. Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2009, p. 10 e LEITE, André Lamas, “A violência relacional íntima”. *Julgar*, n.º 12, Especial: crimes no seio da família e sobre menores, 25-66, p. 32.

Ademais, seguindo a definição fornecida pela OMS a violência contra a pessoa idosa pode-se materializar num “ato único ou repetido, ou a falta de uma ação apropriada, que ocorre no âmbito de qualquer relacionamento onde haja uma expectativa de confiança, que cause mal ou aflição a uma pessoa mais velha”. Cfr. *apud* SANTOS, Ana João (*et. al.*), “Prevalência da violência contra as pessoas idosas: uma revisão crítica da literatura”. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 72 (2013), 53-77, disponível em <http://spp.revues.org/1192>, consultado a 15-12-2014, p. 55.

<sup>77</sup> Importa, neste ponto, fazer uma parca advertência, relativa à utilização dos conceitos “idoso”, “pessoa idosa”, “velho” e “pessoa velha” (pois a ela retomaremos, numa fase mais adiantada do estudo). Em verdade, apesar de “velho/pessoa velha” carrear para o nosso discurso toda uma carga – ao conceito, intrinsecamente conexcionada –, certo é que a denominação “idoso/pessoa idosa” tem-se sedimentado na nossa sociedade, sendo por esta interiorizada. Para mais desenvolvimentos SOUSA, Ana Maria Viola de, *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas, Editora Alínea, 2011, pp. 165-166; MAURITTI, Rosário, “Padrões de vida na velhice”. *Análise Social*, vol. XXXIX, 171 (2004), 339-363, pp. 340 e 343;

seus direitos enquanto vítimas, dos meios capazes de responder adequadamente às suas necessidades, por vezes tão básicas como alimentação e segurança<sup>78</sup>.

Muito embora não seja (nem possa ser) função do direito penal integrar-se na esfera de imposição do amor, carinho, afeto e solidariedade entre gerações, a verdade é que o mesmo não pode deixar que uma pessoa sem cuidados e/ou sem assistência seja privada dos seus bens, ameaçada, humilhada, violada, ou mesmo morta<sup>79</sup>.

Apesar de, normativamente, nos ser possível, na parte especial, encontrarmos normas capazes de, em abstrato, compreenderem os crimes anteriormente aludidos, serão estas adequadas à proteção da pessoa idosa<sup>80</sup>? Certo é que, numa primeira e parca análise ao nosso Código Penal, nos deparamos com a (aparente) ausência da expressão pessoa idosa. Em vez desta, entendeu-se consagrar uma expressão lata: *pessoa particularmente indefesa*. Esclarece o legislador que esta pessoa pode estar em tal circunstância por força da *idade, deficiência, doença ou gravidez* – por exemplo, artigo 132.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal. Assim sendo, e à semelhança de outros ordenamentos jurídicos europeus<sup>81</sup>, a proteção da pessoa idosa parece encontrar-se salvaguardada no âmbito da abrangente expressão supratranscrita. Porém, tal conceito abarca uma multiplicidade de situações de fragilidade, desamparo e vulnerabilidade em que o indivíduo se poderá encontrar<sup>82</sup>.

Com efeito, uma imperiosa questão (ainda em formação) vai sendo preenchida pelos múltiplos conceitos, ganhando volume e expressão, almejando uma resposta que, por enquanto, somos incapazes de acolher: estará o “ser-af-diferente” frágil e primitivamente vulnerável, com o passar dos anos devidamente acoitado na expressão (demasiado?) lata

---

COSTA, José Martins Barra da, *O Idoso e o Crime (Prevenção e Segurança)*. Lisboa, Edições Colibri, 2007, p. 19 e MENDES, Andreia Joana Morris, *Direito ao envelhecimento...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>78</sup> Vide PINHO, Paula Cristina Bastos, *Violência Doméstica ...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>79</sup> Cfr. MAYORDOMO, Virginia, “La Responsabilidad Penal Del Maltratador”, in ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta (ed.), *El Maltrato de personas mayores: detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*. Donostia, Hurkoa Fundazioa, 2006, 133-146, p. 133.

<sup>80</sup> Neste âmbito, um dos grandes problemas de intervenção penal reside em que a maioria das vítimas são vítimas silenciosas. Ademais na hora de medir o dano causado – tanto físico como psicológico – do ponto de vista clínico, a avaliação complica-se por existirem outras patologias. Cfr. *Ibidem*, pp. 133-134.

<sup>81</sup> Para mais desenvolvimentos atentar in FONSECA, Rita (*et. al.*), “Perspetivas atuais sobre a proteção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar: contributo para uma investigação em saúde pública”. *Revista Portuguesa de saúde pública*, vol. 30, n.º 2 (2012), 149-162, p. 154, também disponível em <http://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2010/conteudos/2012/pdf/pdf-vol-2/6-Perspetivas%20atuais%20sobre%20a%20protecao%20juridica.pdf>, consultado a 03-12-2014.

<sup>82</sup> Ademais, dos estudos analisados (estudos internacionais – da Organização Mundial de Saúde (OMS), bem como da Organização das Nações Unidas (ONU) – e nacionais – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) e do Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P., entre outros) ressalta uma clara e inequívoca dificuldade: a ausência de uma matriz concetual clara entre as diferentes terminologias utilizadas, pelo que se torna árdua a tarefa da sua operacionalização nos tipos legais vertidos.

elegida pelo legislador? Vislumbrará aquele “ser-com-os-outros”, dotado de uma vulnerabilidade secundária, o reforço do apelo ao outro – ancorado no *plus* protetivo da sua especial fragilidade?

Sobre a base da constatação onto-antropológica universal da fragilidade e vulnerabilidade do “ser-aí-diferente”, construímos a premissa fundamentadora da ética do cuidado, do apelo ao outro – “ser-aí-diferente” –, único em algumas das suas características, mas tão idêntico em tantas outras<sup>83</sup>. Todavia, poderá o direito (nomeadamente o direito penal) estender o seu véu – não o da ignorância, proclamado por JOHN RAWLS mas antes, o – da diferença ancorada na *especial* situação?

---

<sup>83</sup> Deste modo e do percurso argumentativo esgrimido, podemos concluir que “podem existir pessoas com maior grau de vulnerabilidade do que outras”. LARA, Maíra Batista, “Vulnerabilidade no art. ...”, *op. cit.*, p. 392.



### 1.3. A velhice, o (necessário) apelo ao outro e o papel do Direito

“Quero dizer-vos a diferença entre o lobo e o homem: nenhuma. Excepto uma, na velhice. O lobo entra nos bosques para esperar o seu fim sozinho, o homem quanto mais sente que a morte se aproxima, mais busca companhia, mesmo se ele se aborrece, e se ela o aborrece.”

*Riccardo Bacchelli*

Estabelecidos na ideia da imperiosa necessidade de proclamar o “igual valor da dignidade da pessoa humana em todas as fases da vida, sobretudo quando está presente uma vulnerabilidade”<sup>84</sup>, seguimos na elaboração deste discurso argumentativo, procurando demonstrar as interações que se estabelecem entre a velhice<sup>85</sup> (expressão da idade avançada do “ser-af-diferente”), o apelo ao outro – edificado nas vulnerabilidades

---

<sup>84</sup> Vide Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, “Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições” (80/CNECV/2014), disponível em [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959\\_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf), consultado a 01-04-2015, p. 3. Segundo MARIA HELENA NOVAES, “o “cuidado” recria o conceito de dignidade da pessoa humana e se concretizaria verdadeiramente na regra do “outro” e da justa medida ligada à capacidade de fazer conviver nas dimensões de produção, efetividade, compaixão, respeito mútuo para o exercício do equilíbrio da própria sociedade”. Cfr. NOVAES, Maria Helena, “Paradoxos contemporâneos: o...”, *op. cit.*, p. 199. Ademais, cumpre expressar que a primeira enunciação do princípio da dignidade humana ancora no pensamento de IMMANUEL KANT. “Ciertamente tal atribución deriva del hecho de que Kant ha sido uno de los primeros teóricos en reconocer que al hombre no se le puede atribuir un valor entendido como precio -, justamente en la medida en que debe ser considerado como un fine n sí mismo y en función de su autonomía en cuanto ser racional”. Cfr. VALLS, R., “El concepto de dignidad humana”. *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 5 (2005), disponível em <http://hdl.handle.net/2072/12287>, consultado a 01.03.2015, p. 1 e ainda SERRÃO, Daniel, “A dignidade humana no mundo pós-moderno”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11 (2010), 191-199, p. 192.

<sup>85</sup> Neste horizonte importa (desde já) firmar que a Constituição da República Portuguesa, enquanto “Constituição fortemente comprometida no plano social não pode(ria) ignorar um dos grupos sociais mais vulneráveis do nosso tempo: a população idosa”. Por conseguinte, consagra no seu capítulo II (direitos e deveres sociais), artigo 72.º o direito dos idosos à segurança económica, a condições de habitação, de convívio familiar e comunitário. Revelando-se mais do que um mero espetador, o nosso legislador constitucional afirma-se como um sujeito consciente das ameaças que esta população enfrenta. Neste sentido – e porque a “dignidade da pessoa humana concreta e historicamente situada não cessa na velhice” –, exige a adoção de medidas capazes de evitar o isolamento e a marginalização social, realizando o tão aclamado respeito pela autonomia pessoal da pessoa idosa. Cfr. MEDEIROS, Rui, “Anotação ao artigo 72.º” in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal: Coimbra Editora, 2010, p. 1404.

Após a segunda Guerra Mundial, algumas Constituições europeias incluíram referências à terceira idade. Por exemplo, a Constituição Italiana de 1947, no seu art. 38.º, bem como a Constituição Espanhola, no art. 50.º. Ademais, cumpre frisar que o art. 72.º da nossa Constituição teve influência na Constituição Espanhola, à semelhança do que acontece com os outros direitos sociais. Todavia, cremos que a designação terceira idade imbuída na epígrafe do artigo 72.º da CRP, só pode ser interpretada de forma a envolver todos os idosos (terceira e quarta idade). Cfr. PRADO, Carlos Vidal, “La protección constitucional de la tercera edad”, in ÁLVAREZ, Carlos Lasarte (dir.), *La protección de las personas mayores*. Madrid, Editorial Tecnos, 2007, 19-28, p. 20 e MEDEIROS, Rui, “Anotação ao artigo 72.º”, *op. cit., loc. cit.*

secundárias que, não raras vezes, constituem marca distintiva dos denominados *velhos* – e o papel do direito, enquanto expressão normativa máxima do imperativo da justiça, da segurança e, acima de tudo, da liberdade.

Iniciemos pelo conceito de idoso. Este surge no final do século XVIII, na sequência da tradição ocidental, fortemente conexas com a identificação do envelhecimento enquanto degeneração e decadência dos indivíduos, numa fase já avançada das suas vidas<sup>86</sup>. Em verdade, a Revolução Industrial densificou este entendimento, operando múltiplas modificações e consequências que se afunilaram num único e cruel caminho: o “banimento e segregação”<sup>87 88</sup> da pessoa idosa (ou melhor, alicerçada em toda a carga que o próprio conceito transporta: da pessoa *velha*)<sup>89</sup>. Se no subconsciente se

---

<sup>86</sup> Vide SOUSA, Ana Maria Viola de, *Tutela jurídica do ...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>88</sup> Deste modo, descortinam-se dois discursos radicalmente opostos, que podem designar-se como *velhice negativa* e *velhice positiva*. Entre outros cumpre salientar CARADEC *apud* MAURITTI, Rosário, “Padrões de vida...”, *op. cit.*, p. 340.

<sup>89</sup> Segundo alguns autores, “As categorias velho, idoso e terceira idade são construções sociais utilizadas para situar o indivíduo nas várias instituições da sociedade, em proveito da ordem social e do poder”. Cfr. RODRIGUES, Lizete de Souza e SOARES, Geraldo Antonio, “Velho, Idoso e Terceira Idade na Sociedade Contemporânea”. *Revista Ágora, Vitória*, n.º 4 (2006), 1-29, p.1.

Em verdade, “A ideologia cientificista do evolucionismo foi a caução científica que fundou o ciclo biológico da existência humana em faixas etárias bem delineadas. O conceito de velhice se constitui apenas nesta conjuntura histórica e teórica como sendo um momento de decadência da existência humana, caracterizada por especificidades no seu funcionamento biológico.” De facto, “...o conceito de velhice é bastante recente na nossa tradição histórica, contando com apenas dois séculos de existência. Além disso, sobre a velhice foram investidos valores negativos, considerando-se apenas como critério social o seu potencial funcional de produção e reprodução de riqueza.” Porém, nos dias de hoje, ocorrem “transformações importantes nas relações estabelecidas pela sociedade com a velhice (...). A velhice passa a ser objeto de cuidado e atenção especiais, que eram certamente inexistentes nos últimos dois séculos.” Cfr. BIRMAN, Joel, “O Futuro de Todos Nós: temporalidade, memória e terceira idade na psicanálise”. *Série: Estudos em Saúde Coletiva*, n.º 86 (1994), 1-24, pp. 3, 6 e 8.

Neste seguimento, importa atentar no discurso de ALDA MOTTA, acerca dos conceitos a utilizar. Desde logo, a autora evidencia “um problema com o uso cotidiano da palavra velho”. Assim, a “sua aplicação generalizada e indiferenciada a pessoas e a objetos, os significados de gasto e descartável predominam. Ao reino animal e, principalmente, aos humanos, acrescentam-se as remissões diretas ao desgaste da saúde e da energia, e ao descarte final da morte.” Por tal envereda-se por “designações mais eufemísticas, como terceira idade. Este termo, em moda para designar a velhice, ou uma parte 'melhor' dela, é, também, o mais recente. Criado em fins da década de 60, na França”. Com efeito, não menosprezando os aspetos positivos de tal termo, devemos estar atentos ao possível “eufemismo/escapismo negador da velhice e [a] uma 'indústria' e produção de serviços, com um novo e envolvente mercado.”

Por tudo, ALDA MOTTA parece preferir o termo “idoso”, pois na “sua simplicidade e unicidade de sentido”, “descomprometido com a ideologia e o preconceito, o termo pode ter sentido singelo como o de muita idade, sim, mas pode ter também o de pleno de idade – positividade possível”. Em suma, o termo “idoso” – também usado nas políticas públicas – deixa transparecer as particularidades associadas ao avançar da idade, sem estar conexas com valorações negativas. Consequentemente, a autora conclui: “Sem ter descartado velho, reconhecendo a atualidade ambivalente de terceira Idade e afirmando a expressividade/neutralidade mais atraente de idoso, não proponho soluções; só exponho uma trajetória conceitual, geral, que se desenhou como imprecisa e insatisfatória.” E acrescenta “Tanto mais que há de reconhecer-se que só a família gramatical velho, velhice, envelhecer, envelhecimento etc., preenche todas as alternativas de categorias tanto gramaticais como de vivência. Terceira idade não se conjuga, é cristalizado, imóvel e classificatório,

proclamava a brevidade de tal estádio, a verdade é que o advento desta nossa sociedade não foi baluarte de boas novas. Numa sociedade que se autoproclama desenvolvida e promotora da dignidade da pessoa humana, a despreocupação para com os idosos e as suas (especiais) peculiaridades só pode ser uma daquelas velas escuras e frias que recusamos explorar, resignando-nos a uma espécie de *não querer saber*<sup>90</sup>.

Embora, por inúmeras vezes, se tenha empregue o conceito de velhice, urge agora expressar sucintamente a concreta classe a que nos referimos. Normalmente, a cada ciclo de vida corresponderá uma determinada idade (biológica). Desta forma, a infância seria a primeira, seguida daquela que se encontra associada à vida laboral e, por último, perfilamos a terceira e quarta idade<sup>91</sup>. Ora, estas últimas corresponderão ao conceito de idoso (de pessoa *velha*, “ser-á-diferente” muito semelhante a todos os outros, mas com algumas importantes particularidades – desde logo, a sua idade avançada), que resulta do limite oficialmente fixado para a idade da reforma<sup>92</sup>.

---

enquanto Idoso desdobra-se em idade como sinónimo de velhice ou em expressões mais longas, do cotidiano, como "chegando pra idade".” Para mais desenvolvimentos atentar in MOTTA, Alda Britto da, “Palavras e Convivência – Idosos, Hoje”. *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 1 (1997), disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12565/11723>, consultado a 15.03.2016, pp. 2-7.

Urge evidenciar que no âmbito do Ano Internacional das Pessoas Idosas e depois de auscultadas diversas pessoas idosas, ter-se-á elegido o termo “pessoa idosa”, em detrimento do termo “idoso” – correlacionado, pelos próprios, com uma conotação negativa. Em boa verdade, o termo “pessoa” – anterior à palavra “idoso” – parece valorizar a pessoa, independentemente das suas características, no específico caso a idade avançada. Nesta investigação serão usados, indistintamente, os termos “velho”, “pessoa velha” “pessoa idosa” e “idoso”. Porém, o título do presente estudo pretendeu optar por uma solução intermédia, isto é sem estar (diretamente) conexas com a conotação negativa (atribuída ao termo “velho”), quer ser expressão das fragilidades e vulnerabilidades associadas a este “ser-á-diferente”, pelo que (sem esquecer a vulnerabilidade de uma qualquer pessoa), ousa reclamar a incidência daquele especial contexto: o da idade avançada.

Ver ainda FERREIRA, Pedro Moura, “Envelhecimento e Direitos Humanos”. *Conjectura: Filosofia e Educação*, v. 20, número especial (2015), 183-197.

<sup>90</sup> Em verdade, a dignidade da pessoa humana é o “fundamento de todo o ordenamento jurídico e da sociedade”. Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, n.º 97 (2010), 183-213, p. 206.

<sup>91</sup> Como bem salienta BARRA DA COSTA, após a análise das respostas de um questionário europeu (Questionário sobre «Idade e Atitudes» realizado em 1992) a Comissão das Comunidades Europeias destacou a necessidade de alteração do significado da expressão terceira idade. Em verdade, entenderam que a mesma se encontrava desadequada, dado o aumento significativo da esperança média de vida. Neste sentido a proposta seria restringir a expressão (terceira idade) ao grupo de pessoas entre os 50 a 74 anos. Ademais, avançam com uma outra designação: quarta idade. Esta estaria reservada para os indivíduos com 75 anos ou mais. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José Martins Barra da, *O Idoso e ...*, op. cit., p. 19.

<sup>92</sup> Em termos genéricos e alicerçados no entendimento da Organização Mundial da Saúde, importa mencionar que nos países em desenvolvimento são tidos como pessoas idosas, os indivíduos com mais de sessenta anos. Porém, nos países desenvolvidos esse limiar passará para os sessenta e cinco anos. A lei portuguesa parece definir como idoso a pessoa com mais de 65 anos (sendo que, no presente momento a idade da reforma é já os 66 anos). Sendo esta uma presunção legal é, também, uma premissa social, na medida em que se encontra profundamente enraizada na sociedade. Porém, deve-se salientar que a idade é uma mera indicação volátil, dependente do país e a cultura em apreço. Cfr. MENDES, Andreia Joana Morris, *Direito ao envelhecimento...*, op. cit., p. 10. Ver ainda MAURITTI, Rosário, “Padrões de vida ... op. cit., p. 343.

Dito isto, e aparentemente resolvido (ou somente contornado) este primeiro obstáculo, impõe-se a análise de um outro, que se afigura como um verdadeiro *Mostrengo*<sup>93</sup> ancorado no seu Cabo das Tormentas, capaz de atormentar e amedrontar todos os audazes tripulantes que anseiam ultrapassá-lo: tais particularidades constituirão motivo justificativo de um mais forte apelo ao outro? Poderá o nosso legislador, alicerçado em tais especificidades, edificar uma maior proteção da pessoa *velha*<sup>94</sup>?

Conscientes de que o envelhecimento exacerba as vulnerabilidades, estabelecendo-se uma relação de interdependência (por demais evidente) entre a idade avançada e o aumento das situações de fragilidade, não podemos menosprezar que esta constatação parece exigir de toda a comunidade o aumento dos cuidados para com o “outro” – ser dotado de particularidades capazes de exponenciar as originais características<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> O *Mostrengo* é uma figura patente na “Mensagem”, de FERNANDO PESSOA. Guardiã do Mar Tenebroso, ancorado no Cabo das Tormentas, ele é a personificação do medo e do receio. Porém, a sua utilização, no presente trabalho, visa expressar não só o medo e o receio que durante dias atormentaram-nos, mas também a esperança que depositamos na realização deste estudo. Cremos que a ultrapassagem deste obstáculo permitirá a revelação de um mundo manchado pelas enormes atrocidades que se cometem (diariamente) contra os idosos, muitas das vezes aprisionadas naquele silêncio (demasiado) pesado.

<sup>94</sup> Neste ponto, importa mencionar as medidas, instrumentos e convenções internacionais, a que Portugal se vê vinculado. Em 1982 ocorreu em Viena a I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento organizada pelas Nações Unidas. Desta Assembleia resultaram vários compromissos, que corporizavam o Plano de Ação de Viena sobre o Envelhecimento – primeiro plano global, com princípios orientadores centrados nas questões do envelhecimento. Deste se destacam as sessenta e duas recomendações, distendidas por sete diversas áreas: saúde e alimentação, proteção ao consumidor idoso, habitação e meio ambiente, família, proteção social, segurança social, trabalho e educação.

Demonstrando a crescente preocupação e reconhecimento do problema celebrou-se o Ano Europeu dos Idosos e da Solidariedade entre as Gerações, em 1993 (Decisões n.ºs 91/49/CEE, de 26.11.90 e 92/440/CEE, de 24.06.92). Não se estacando as vozes e anseios da comunidade, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama o ano de 1999 como o Ano Internacional das Pessoas Idosas e, em abril de 2002, realiza a II Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, em Madrid. Nesta Assembleia – para além de se celebrar o aumento da esperança de vida em muitas regiões do mundo – procedeu-se à revisão do Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento aprovado em 1982, elaborando cento e dezassete recomendações, com o objetivo fulcral de promover uma sociedade para todas as idades.

Cumpra ainda realçar os artigos 21.º e 25.º da CDFUE. Em verdade, este último tendo por epígrafe “Direitos das pessoas idosas” expressa que “a União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural”. Ademais, importa atentar ainda no artigo 23.º da CSE(R). Depois de todos estes marcos importantes, e de tantos outros que se seguiram, urge averiguar e questionar: qual o reflexo da sua importância em Portugal? Encontrarão aquelas vozes internacionais e europeias eco em território nacional? Cfr. Direção Geral da Solidariedade e Segurança Social. *Boletim Envelhecimento Demográfico*, n.º 20 (2002) e LOPES, Alexandra e LEMOS, Rute, “Envelhecimento demográfico: percursos e contextos de investigação na Sociologia Portuguesa”. *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Número temático: Envelhecimento demográfico (2012), 13-31.

<sup>95</sup> Vide ABREU, Ana M. Lourenço de, *Violência contra idosos: vulnerabilidade(s) e contributos para a prevenção e intervenção*. Dissertação de Mestrado em Psicologia forense e criminal. Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, 2014.

Em suma, a pessoa *velha* – pessoa *especialmente vulnerável* –, dada a sua específica situação, alicerçada nas suas fragilidades, “esconde” especiais necessidades de “proteção, solicitude e cuidado”<sup>96</sup>. Tal vulnerabilidade poderá, na verdade, ser vislumbrada em três campos distintos, afirmando-se como vulnerabilidade *i*) biológica e corporal, *ii*) social e *iii*) cultural<sup>97</sup>. Todavia, é a vulnerabilidade social que “define a necessidade de cuidado e de proteção”<sup>98</sup>, por exprimir de forma clara o necessário apelo ao outro; afinal, todas as múltiplas interações poderão reduzir-se a uma só e simples frase: a fragilidade humana constitui “um alicerce da vulnerabilidade que impõe o evento de ajuda mútua eficaz (o “cuidar”)<sup>99</sup>.

Esta vulnerabilidade que “mobiliza a vigilância ética pelo cuidar do outro”, revelação da “carência e incompletude”<sup>100</sup> do “ser-aí-diferente” apela à intervenção do Direito. Por tal, somos a concluir que o grupo das pessoas *velhas* perfaz, não raras vezes, um grupo transportador de uma “vulnerabilidade potencializada”<sup>101</sup>. Neste horizonte, se uma das principais características do “ser-aí-diferente” é a vulnerabilidade, cumpre expressar que numa idade avançada este tenderá a ser *especialmente vulnerável*, pois “a arquitectura do ciclo de vida’, ao invés de reflectir a beleza incompleta que se encontra em algumas obras de arte inacabadas pelos seus autores”, “reflecte uma frustrante

---

<sup>96</sup> Cfr. ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude...”, *op. cit.*, p. 440.

<sup>97</sup> Para mais desenvolvimentos atentar *in Idem*.

<sup>98</sup> Conforme esclarece NEWTON ZUBEN, “o sujeito humano é ser-no-mundo-com-o-outro pela afetividade que lhe é essencial (...) Pela intencionalidade, ele se lança ao outro, está atento a seu apelo, ao seu olhar e, ao mesmo tempo, responde a ele: é responsável pelo outro. A vulnerabilidade instaura essa relação de cuidado, o pacto fundado na confiança...”. *Vide* ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude...”, *op. cit.*, pp. 440-441.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 453-454.

<sup>101</sup> Assim, embora todo o humano seja vulnerável, os idosos (poder-se-á) comumente expressar que terão uma “vulnerabilidade potencializada”. Conforme expressa HELOISA BARBOZA, “a cada momento, é feita a análise das circunstâncias a que está submetido determinado grupo, para configurar sua vulnerabilidade. Foi o que ocorreu com o idoso. Para caracterizar sua vulnerabilidade, enfatizou-se a debilitação física e mental, a cessação da produtividade, o abandono, enfim a situação indigna em que muitos se encontram. Chegou-se mesmo a enfatizar sua “invisibilidade”, na medida em que não integrava um setor produtivo economicamente ativo”. Todavia, conclui que “tal análise é de todo indispensável, mas é necessária a reflexão sobre o significado mais amplo de vulnerabilidade”. Para mais desenvolvimentos, BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado...”, *op. cit.*, pp. 110-112.

Deste modo, “ao avanço da idade corresponde uma tendência crescente de vulnerabilidade e limitação. Isto significa, no fundo, que devemos ter a consciência de que o desenvolvimento comporta um carácter finito, não propriamente em termos de um “fim previsível” (o aumento da longevidade do ser humano mostra que o desenvolvimento não cessa nesta ou naquela idade pré-determinada), mas provavelmente em termos de uma acentuada diminuição do potencial do desenvolvimento e conseqüente aumento de vulnerabilidade, devida a fatores simultaneamente biológicos e evolutivos”. Cfr. FONSECA, António M., “Psicologia do Envelhecimento e Vulnerabilidade”, *in* CARVALHO, Ana Sofia (coord.), *Bioética e Vulnerabilidade*. Coimbra, Almedina, 2008, 195-286, pp. 195-196.

incompletude que se torna particularmente evidente nas suas implicações à medida que se aproxima a velhice mais avançada”<sup>102</sup>. Portanto, muitos dos denominados *velhos* são o rosto visível da vulnerabilidade – não só a geral, comum a todo o “ser-aí-diferente”, mas também das vulnerabilidades específicas ou secundárias – e da fragilidade. Por tudo isto, se justifica uma proteção jurídica diferenciada, “a fim de suprir os *deficits* existentes, mas também capaz de valorizar os espaços de autonomia, nas áreas em que ele é competente para decidir, principalmente, acerca da sua própria vida”<sup>103</sup>.

Neste ponto afigura-se de suma importância compreender as linhas orientadoras vertidas no nosso ordenamento jurídico-penal<sup>104</sup>. Como sabemos, a realidade social, vertida no Código Penal, densifica a sua expressão na parte especial<sup>105</sup>.

Por isso, insta salientar que não é pelo simples facto de a pessoa ser idosa que ocorre o preenchimento automático da norma incriminadora<sup>106</sup>. Neste sentido, tais

---

<sup>102</sup> BALTES, P. B. e SMITH, J. *apud* FONSECA, António M., “Psicologia do Envelhecimento...”, *op. cit.*, p. 203.

<sup>103</sup> Vide TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, “Procurador para cuidados de saúde do idoso”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 1-16, p. 5.

<sup>104</sup> Neste momento propomos a elaboração de um raciocínio que se figura lógico. Tal expressa as traves mestras do nosso ordenamento jurídico-penal, visando proporcionar, em escassas linhas, o rumo do nosso legislador.

<sup>105</sup> Neste horizonte, se um dos “bens jurídicos para o qual se reclama uma protecção extrema” é a vida, uma análise cuidada desses crimes constituirá a melhor e mais visível expressão da protecção que o nosso legislador concede(u) à pessoa *velha*. O bem jurídico protegido, no capítulo I, do Código Penal, está relacionado com o direito à vida (art. 24.º CRP) o qual perfilha um “valor ímpar no plano axiológico”. Este direito é oponível *erga omnes*, desde o momento do nascimento até à morte, independentemente das condições físicas e psíquicas do indivíduo. É de salientar que o nosso legislador distingue diferentes estádios da vida humana (vida humana intra-uterina e vida humana formada, sendo que esta última goza de uma protecção quase absoluta). Cfr. DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra a vida e a integridade física*. Lisboa, AAFDL, 2007, pp. 15-17.

Assim, em comunhão com o referenciado por ELISABETE MONTEIRO, podemos afirmar que a sistemática “não é axiologicamente neutra”, antes pelo contrário a mesma permite percecionar o “lugar que (se) concede ao homem no mundo normativo”. Para mais desenvolvimentos, MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime de Homicídio qualificado e Imputabilidade diminuída*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2012, p. 20 e SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Crimes contra as pessoas*. Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 35. Ver ainda COSTA, José de Faria, “O fim da vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 759-807, p. 767, onde se afirma que “o bem ou valor jurídico-penal mais fortemente protegido é a vida humana”.

<sup>106</sup> Atentando, a título de exemplo no art. 132.º do CP, admitindo que tal análise não constitui propósito nuclear deste estudo, cumpre salientar a evolução das técnicas de tipificação e a concreta protecção da *pessoa particularmente indefesa*. Hoje (e desde 1982), a técnica utilizada pressupõe a existência de uma cláusula geral de agravação (patente no art. 132.º, n.º 1), e um elenco de exemplos padrão (art. 132.º, n.º 2) – *regelbeispieltechnik*. Assim, a qualificação opera mediante “uma conexão hermenêutica entre ambos os aspectos”. Por conseguinte, a mera constatação de um exemplo padrão não implica a presença de um caso de especial censurabilidade ou perversidade e a consequente agravação. Contudo, uma vez verificada uma situação capaz de se subsumir a um exemplo padrão, deve o aplicador indagar se há (ou não) uma especial censurabilidade ou perversidade do agente. Centrando o foco de análise no exemplo regra vertido na alínea c), do n.º 2, do artigo 132.º, deparamo-nos com um desvalor da ação particularmente grave, dado o modo de

caraterísticas da vítima deverão, necessariamente, contribuir e favorecer o desfecho<sup>107 108</sup>.

Desde logo, afigura-se imperioso mencionar, e como necessariamente facilmente se concluirá, que os comportamentos de violência contra a pessoa idosa são passíveis de

---

realização do ilícito. Neste seguimento, esta alínea parece ter como fundamento o “maior desamparo da vítima”, isto é, a situação em que o agente, aproveitando-se das peculiaridades da vítima (idade, doença, gravidez ou deficiência física e/ou psíquica), comete o homicídio, revelando um enorme desrespeito pela pessoa humana.

Porém, e na esteira do defendido por FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, deveremos salientar que não é pelo simples facto da pessoa ser idosa (ou incorporar qualquer outra caraterística enumerada) que ocorre o preenchimento automático deste exemplo padrão. Neste sentido, tais caraterísticas da vítima deverão, necessariamente, contribuir e favorecer o desfecho mortal.

Neste ponto, importa ainda referenciar que a violência contra a pessoa idosa surge, com especial expressão, no meio familiar e normalmente é perpetuada pelo silêncio da vítima, derivado do medo de represálias, da exposição pública do seu caso, bem como do pânico da eventual perda do seu cuidador (e subsequente institucionalização). Visto que na sua maioria os agressores são simultaneamente filhos da vítima poderá (também) estar preenchido o art. 132.º, n.º 2, alínea a) do CP. Porém, *in* caso, a qualificação poderá ser afastada, desde logo porque a conduta do agente poderá não revestir especial censurabilidade e perversidade (cláusula geral patente no n.º 1 do art. 132.º).

De outro modo, podemos vislumbrar um cenário de uma menor culpa ou, até mesmo, a possibilidade de um sentimento de compaixão para com aquela pessoa – por exemplo, quando um filho mata o seu ascendente para acabar com o sofrimento atroz que este enfrenta.

Em suma, a verificação, no caso concreto, de um ou mais exemplos padrão não significa, necessariamente, a realização do especial tipo de culpa e a consequente qualificação do homicídio. Do mesmo modo, a não verificação de um qualquer exemplo típico não impedirá a qualificação, na medida em que o elenco consagrado no art. 132.º, n.º 2 não é um elenco taxativo. Assim, nas palavras de TERESA SERRA, “a enumeração exemplificativa concretiza a cláusula geral e a cláusula geral delimita a enumeração exemplificativa”.

Do exposto subjazem algumas ideais que não podemos deixar de evidenciar. Desde logo, exige-se do aplicador um correto emprego do texto legal, ancorado nos princípios jurídico-penais e alicerçado numa limpa mundividência. Se “o mundo pula e avança” a um ritmo vertiginoso, iluminando um problema duradouramente escondido, requer-se de toda a sociedade (e de nós – juristas – em particular) um olhar atento sobre o concreto tipo legal.

Revelada a técnica de tipificação agora consagrada, cremos que da antecedente joravam mais desvantagens, que vantagens. Nessa medida recuar não poderá ser opção. Na nossa opinião, o caminho traçado – assente numa enumeração (meramente) exemplificativa – permite (e permitirá) uma adequada proteção da pessoa idosa. Na verdade, a “construção da norma incriminadora (se) faz[-se] valorando, interpretando a realidade histórico-social”. O juiz não é (nem poderá ser) “um mero autómato na aplicação da lei”, mas antes um ser que se move no campo delimitado pelo âmbito de proteção da norma.

Para mais desenvolvimentos atentar *in*, COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação ...”, *op. cit.*, pp. 357 e 365, DIAS, Jorge de Figueiredo e BRANDÃO, Nuno, “Anotação ao artigo 132º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Tomo I)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 57, MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime de Homicídio qualificado ...*, *op. cit.*, pp. 42 e 61-63, SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado – tipo de culpa e medida da pena*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 122, SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>107</sup> Vide DIAS, Jorge de Figueiredo e BRANDÃO, Nuno, “Anotação ao artigo 132.º”, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>108</sup> Apesar dos idosos serem encarados como doentes, vulneráveis, dependentes, isolados e uma das populações de alto risco, as conclusões de PATRÍCIA CESÁRIO pretendem demonstrar “que a idade não é sinónimo de vulnerabilidade. Para determinar se uma pessoa idosa é socialmente vulnerável é necessário utilizar métodos e estratégias que permitam uma avaliação completa e compreensiva.” Cfr. CESÁRIO, Patrícia Sofia Camponês, *A Vulnerabilidade Social em adultos e adultos idosos: Efeitos da capacidade funcional e financeira, do funcionamento psicológico e de caraterísticas sócio-demográficas*. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde – subespecialização em Psicologia Forense. Universidade de Coimbra, 2013, conclusões do estudo e p. 6. Destarte, é em face ao caso concreto que toda esta ponderação deve ser realizada.

configurar ilícitos penais, tendo, não raras vezes, o legislador consagrado agravações, edificadas nessa especial vulnerabilidade e fragilidade.

Contudo, adotando uma posição distinta de outros ordenamentos, o nosso legislador não consagrou qualquer instrumento com natureza específica e diferenciada. Embora vezes haja que pregoem tal necessidade, sustentadas na especial fragilidade da pessoa idosa, enquadrando-a no designado grupo dos hipossuficientes (do qual também fazem parte as mulheres e os menores), a verdade é que importa perceber se tais características e peculiaridades merecerão uma legislação capaz de compensar as insuficientes respostas das famílias, da comunidade e do Estado.

Reconhecendo a necessidade de, em inúmeros casos, haver uma ação diferenciada, certo é que não podemos, sem mais, reconduzir um qualquer idoso – por ter, tão-somente “soprado sessenta e cinco velas” – à categoria de *pessoa particularmente indefesa*. Em verdade, essa situação de particular fragilidade ou vulnerabilidade tem de resultar de características endógenas ou exógenas, analisadas no caso concreto. Caso contrário, estaríamos a criar situações desiguais, não admissíveis à luz da nossa ordem jurídico-constitucional e não coadunáveis com as diretrizes do nosso ordenamento jurídico.

Conscientes de que (a) esta ausência de quadro legal específico poderá desembocar em plúrimas lacunas e contradições, expressando “um certo autismo jurídico face à evolução demográfica e aos seus impactes sociais”<sup>109</sup> e (b) cientes de que esta classe populacional tem enormes fragilidades económicas e políticas, perfazendo um fosso, por demais profundo, incapaz de fazer brotar medidas e instrumentos eficazes na proteção destas pessoas<sup>110</sup>, entendemos que cabe à sociedade, na pessoa de cada um de nós – “idosos a termo” – assumir a defesa destes “concidadãos idosos, com base numa solidariedade intergeracional consciente e sem reservas”<sup>111</sup>.

No que ao direito comparado concerne, propomo-nos organizar um breve périplo pelos instrumentos legais brasileiros e espanhóis, procurando sinalizar a eventual adoção de legislações específicas.

---

<sup>109</sup> Cfr. PERISTA, Heloísa, “Envelhecimento, um Direito em construção”, in Comissão Executiva do Ano Internacional das Pessoas Idosas (AIPI) e Secretariado técnico, *Actas do Seminário de Encerramento do Ano Internacional das Pessoas Idosas*. Lisboa, Direção-Geral da Ação Social – Núcleo de Documentação técnica e Divulgação, 2001, 23-27, p. 27.

<sup>110</sup> Vide HESPANA, Maria José Ferros, “Os Direitos dos idosos: da retórica à realidade”, in QUARESMA, Maria de Lurdes (et. al.), *Envelhecer: Um direito em Construção: Actas de Seminário*. Lisboa, CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social, 2000, 89-96, p. 95.

<sup>111</sup> *Idem*.



O Brasil, demonstrando a sua atenção pela pessoa idosa, promulga o Estatuto do Idoso em 2003 (Lei n.º 10.741, 1 de outubro de 2003). Em verdade, tal diploma traça um quadro completo de medidas protetoras, assim como de direitos que assistem ao cidadão-idoso<sup>112</sup> – criando novos tipos legais<sup>113 114</sup> que tutelam os seus direitos. À semelhança do Código Penal português, também o brasileiro (com as alterações introduzidas pelo Estatuto já referenciado) fundamenta a agravação de muitos dos seus tipos legais fundamentais<sup>115</sup>. Porém, tal ocorre pela circunstância da pessoa ser maior de sessenta anos, e não por ser uma *pessoa particularmente indefesa* (expressão associada à vulnerabilidade e fragilidade da vítima). A par disso, estabelece no capítulo da aplicação da pena, uma circunstância agravante (geral) para quem cometer o crime contra pessoa maior de 60 anos (ou seja, contra a pessoa idosa)<sup>116</sup>.

Numa rápida travessia pelo Oceano Atlântico, atracamos em Espanha, a fim de vislumbrar qual a proteção da pessoa idosa, neste *país hermano*. Importa referir que, não obstante existir um quadro normativo próprio para salvaguarda das situações de dependência, o certo é que não há uma tutela específica de proteção da pessoa idosa. Segundo alguns autores, tal tutela advém da extrapolação de alguns textos legais que estabelecem proteção aos menores e às mulheres<sup>117</sup>. No Código Penal Espanhol, verifica-se também a preocupação do legislador pela pessoa idosa – “*persona especialmente vulnerable*”<sup>118</sup>. Todavia, não se vislumbram tipos legais específicos ou um Estatuto do Idoso.

É nesta ambiguidade entre saber qual o caminho a percorrer – seguir o exemplo do Brasil ou manter-se, em linha com os demais países europeus – que nos localizamos.

---

<sup>112</sup> Cfr. CABRAL, Jorge, “Prefácio”, in COSTA, José Martins Barra da, *O Idoso e ...*, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>113</sup> Entre outros, o crime de discriminação contra o idoso (art. 96.º), crime de omissão de socorro (art. 97.º), crime de abandono (art. 98.º) e o crime de maus tratos (art. 99.º) – todos do Código Penal Brasileiro (CPBras).

<sup>114</sup> Vide FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de, “Análise crítica da efetividade da tutela penal de interesses difusos no estatuto do idoso”. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/05.pdf>, consultado a 02-01-2015.

<sup>115</sup> Exemplos desta agravação estão patentes no crime de homicídio doloso, onde ocorre o aumento de um terço da pena (art. 121.º, § 4º do CPBras.). Análogas situações estão consagradas nos delitos de abandono de incapaz (art. 133.º, § 3º, inciso III CPBras.); de calúnia (art. 138.º CPBras.) e difamação (art. 139.º) – estes últimos pela agravação constante do art. 141.º, inciso IV, do CPBras.. Outras consagrações legais demonstram esta particular atenção pela pessoa idosa, como por exemplo: artigos 148.º, § 1º, inciso I; 159.º, § 1º e 183.º III (todos do CPBras.).

<sup>116</sup> Cfr. art. 61.º, II, “h”, do CP Brasileiro.

<sup>117</sup> Para mais desenvolvimentos ver FONSECA, Rita (*et. al.*), “Perspetivas atuais sobre...”, *op. cit.*, p. 154.

<sup>118</sup> Atentar, nomeadamente, nos artigos 153.º, n.º 1; 171.º, n.º 4; 172.º, n.º 2 e 177.º bis, n.º 4, c), do Código Penal Espanhol.

Sendo certo que o trilha traçado e evidenciado pelo nosso ordenamento jurídico é substancialmente semelhante ao espanhol, bem como a tantos outros países europeus (Reino Unido<sup>119</sup> e França<sup>120</sup>), questionamo-nos – em jeito de questão prévia – se haverá (ou não) a necessidade de ser promovida uma mudança de paradigma?

Estamos certos, atento o referido, que o nosso legislador não consagrou uma tutela específica para a pessoa idosa, antes a tendo enquadrado no grupo lato da *pessoa particularmente indefesa*, reduzindo-a a isso mesmo: a uma entre outras, todas manchadas por diversas particularidades, concedeu-lhe a tutela penal que entendeu ser a tutela juridicamente possível, para um “adulto com plena capacidade de exercício e como tal sujeito de direitos e deveres”<sup>121</sup>.

Contudo, dado o envelhecimento demográfico a que assistimos e a especial vulnerabilidade e fragilidade que muitos destes “seres-aí-diferentes” comportam, há uma interrogação que se impõe e que pela sua enormidade exige especial atenção: no respeito pelos princípios alicerçados no nosso ordenamento jurídico vislumbrar-se-á um novo desafio para o direito penal?

Apoiados no pensamento de GALLAS e COSTA ANDRADE, acreditamos que não poderá ser pretensão de um qualquer Estado moderno “prosseguir uma ideia de moralidade absoluta, mas antes tarefas práticas de defesa da sociedade e do direito; não realizar a justiça por ela própria, mas servir o bem comum de forma justa”<sup>122</sup>. Assim, desta “justiça penal contemporânea, credora do pensamento iluminista e gizada a partir de dois pólos – a ordem e a liberdade”<sup>123</sup> – alguns ousam exigir a mudança. Conquanto, sabiamente, FARIA COSTA alerta para a devida cautela que deve merecer uma qualquer mudança, “sobretudo quando trazemos a terreiro um conceito tão importante como o de alteração de paradigma”,

---

<sup>119</sup> A pessoa idosa encontra-se abrangida no conceito: “vulnerabel adult”. Para mais desenvolvimentos atentar in FONSECA, Rita (*et. al.*), “Perspetivas atuais sobre...”, *op. cit.*, pp. 154-155 e <http://www.legislation.gov.uk/>

<sup>120</sup> Em França recorre-se à expressão: “particulière vulnérabilité due à son âge”. *Ibidem*, p. 155

<sup>121</sup> Cfr. TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “A violação dos Direitos Humanos e o papel do Direito Penal na proteção aos idosos”. *Advocatus* (2015), disponível em <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/11595-a-viola%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-e-o-papel-do-direito-penal-na-prote%C3%A7%C3%A3o-aos-idosos.html>, consultado a 01-03-2015.

<sup>122</sup> *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 2, fasc. 2 (1992), 173-205, p. 178.

<sup>123</sup> *Vide* SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao Crime diferente da justiça Penal – Porquê, para quê e como?*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, p. 466.

na medida em que “o direito penal é a expressão de um dos mais expressivos saltos qualitativos que a humanidade”<sup>124</sup> vivenciou.

---

<sup>124</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, “Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139, n.º 3958, 48-55, p. 53.

## 2. O DIREITO PENAL (MATERIAL) COMO A PEDRA DE TOQUE DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

### 2.1. A Constituição e a proteção da velhice: uma relação umbilical?

“É tempo de consciencializar o País acerca da problemática da gente da terceira idade; reavivar o respeito que tradicionalmente se lhe dedicava; cuidar da profilaxia da velhice e a sua invalidez, da recuperação, tantas vezes possível, dessa invalidez; da compensação dos seus *deficits*. Há que fazê-la viver com paz, segurança e dignidade – que são a antítese da esmola proteccionista – e sobretudo longe dos seus grandes inimigos: a solidão, a inactividade, a dependência económica ou a miséria.”

*Agostinho Cardoso*

Neste tópico do estudo, propomo-nos abordar a eventual relação entre a Constituição da República Portuguesa<sup>125</sup> e a proteção da velhice<sup>126</sup>. Se é certo que, em termos gerais, o ordenamento jurídico-constitucional reconhece o direito de uma pessoa idosa à “segurança económica, a condições de habitação e convívio familiar que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Importa dar conta que a “tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenómeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema”. Para mais desenvolvimentos, STRECK, Lenio Luiz, “Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *BFUDC*, vol. LXXX (2004), 303-345, p. 303.

<sup>126</sup> ILÍDIO DAS NEVES esclarece que a velhice é o “estado de quem se encontra em idade avançada, de que resulta o progressivo enfraquecimento das suas faculdades físicas e mentais, determinantes do abandono do exercício de actividade profissional e, em certas circunstâncias, de diminuição da autonomia pessoal”. Vide NEVES, Ilídio das, *Dicionário técnico e jurídico de protecção social*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 774. Para compreender as diversas formas de velhice atentar NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 481-483.

<sup>127</sup> Assim “os direitos das pessoas idosas ou «direitos do envelhecimento» adquirem expressão prática através da concretização e efetivação de outros direitos, entre os quais a Constituição destaca o direito a segurança económica (que deve ser garantido naturalmente pelo sistema de segurança social, mediante pensões de velhice e de aposentação) (cfr. Ac TC n.º 576/96) e o direito a condições de habitação, de convívio familiar e comunitário apropriadas (que devem ser asseguradas pela integração familiar dos idosos e por mecanismos

importa, verificar, *in concreto*, quais as exigências plasmadas por este legislador, a fim de esboçar as linhas orientadoras de uma verdadeira política de proteção da velhice. Acreditando que ambos (Constituição e velhice) estendem os seus braços, enlaçando-se num abraço fraternal, somos conduzidos por tal ensejo a esgrimir argumentos capazes de densificar os laivos jurídicos desta relação, intimamente correlacionada com a situação (particular) da pessoa idosa.

Neste horizonte, exige-se evidenciar que “o pensamento jurídico é aquele sector cultural em que se assume e cumpre o sentido com que o direito se compreende a determinar as relações sociais, a ordenar a convivência comunitária”<sup>128</sup>. Ora, esta teia relacional terá, também, de receber o carimbo da constituição de uma política de velhice de *corpo inteiro*, isto é de uma (verdadeira) política de terceira idade, que impõe numerosos desafios à sociedade hodierna<sup>129</sup>. Dados os contornos sociais e demográficos, a comunidade terá de reunir e concentrar esforços, a fim de dar acolhimento e pleno cumprimento aos artigos 67.º, n.º 2, alínea b) e 72.º, da Constituição.

Um Estado de direito democrático<sup>130</sup> afirma-se como guardião e obreiro da efetivação das liberdades e direitos fundamentais, promovendo o “bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses” (art. 9.º, alíneas b) e d), da

---

comunitários, como lares, centros de convívio, etc.)”. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 884. Acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Importa reter que o princípio da não discriminação impõe que os direitos, liberdades e garantias, reconhecidos pelos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, sejam assegurados sem distinções fundamentadas na idade (arts. 13.º da CRP, assim como art. 14.º da CEDH). Vide Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer sobre as vulnerabilidades..., *op. cit.*, p. 7.

<sup>128</sup> Cfr. NEVES, A. Castanheira, “Método Jurídico”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado: antropologia cultural, direito, economia, ciência política*. Vol. IV. Lisboa, Verbo, 1986, pp. 219-220.

<sup>129</sup> Desde já temos de estar conscientes para a aparente ausência de uma “política integral e coerente para a terceira idade”, muito ancorada na “descoordenação entre as várias instâncias públicas e privadas que intervêm na área”. Vide BARRETO, João, “A Realidade Social dos Idosos em Portugal: O Desafio do Ano 2000”. *Revista Saber e Educar*, n.º 3, 17-24, disponível em [http://repositorio.esepf.pt/jspui/bitstream/10000/206/2/SeE\\_3RealidadeSocial.pdf](http://repositorio.esepf.pt/jspui/bitstream/10000/206/2/SeE_3RealidadeSocial.pdf), consultado a 01-05-2015, p. 21.

<sup>130</sup> Estado de direito democrático que pressupõe uma “intervenção dos cidadãos, individualmente ou (sobretudo) através de organizações sociais ou profissionais, nas tomadas de decisão das instâncias do poder, ou nos próprios órgãos do poder.” Deste modo, “as suas formas de expressão podem ir desde a simples participação consultiva até a formas de autoadministração e de autogoverno dos grupos interessados. Trata-se de suprir, em certo sentido, a distância entre o poder e os cidadãos decorrente das fórmulas tradicionais da democracia representativa, em que o envolvimento cívico tem tendência a restringir-se à periódica eleição dos órgãos representativos.” Para mais desenvolvimentos CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 212.

Constituição)<sup>131</sup>. Desta feita, esta promoção constitui incumbência prioritária do Estado sempre que se tratem de classes mais desfavorecidas. Ora, se os denominados velhos – “seres-aí-diferentes”, não raras vezes, especialmente vulneráveis em razão da sua idade avançada – são uma das classes mais vulneráveis, parece passível de conclusão liminar que os planos de desenvolvimento económico e social deverão, também (e quiçá, sobretudo), atentar nas políticas sociais de proteção do idoso, que se querem eficazes na promoção de uma maior qualidade de vida (art. 90.º da Constituição).

Nesta senda, se os “direitos sociais, enquanto direitos específicos, não são direitos de todas as pessoas, mas das que precisam, na medida da necessidade”, caberá ao legislador o importante papel de escolher as técnicas e políticas, equacionando-as “em função de um princípio de *realidade* ou de *substancialidade*”<sup>132</sup>. Assim, uma análise do desenvolvimento social e cultural do nosso país, a verificação das ansiedades das famílias, instituições e associações, permitirá uma melhor decisão, por parte do legislador. Todavia, não se exigindo um único caminho, apela-se a que essa concretização, consciente dos conteúdos mínimos dos vários direitos pessoais e sociais – estreitamente ligada com a estrutura económica, assim como com o tempo<sup>133</sup> e lugar – conceda uma resposta adequada. Anseia-se que esta resposta – por parte do legislador ordinário – seja capaz de concretizar uma (verdadeira) política de terceira idade (art. 72.º, n.º 2, da CRP)<sup>134</sup>.

Numa rápida análise do texto constitucional, antevemos que a concretização desta política permitirá dar pleno cumprimento aos princípios das Nações Unidas para as pessoas idosas<sup>135</sup>, nomeadamente à integração do idoso na sociedade, permitindo a sua participação “na formulação e execução de políticas que afectem directamente o seu bem-estar”, assim

---

<sup>131</sup> Neste seguimento, o “princípio da democracia económica, social e cultural” (art. 2.º, da Constituição) impõe tarefas ao Estado, desde logo a “obrigação de organizar um sistema da segurança social que proteja os cidadãos na doença e na velhice” (art. 63.º, n.º 3, da Constituição). Cfr. VÍTOR, Paula Távora, “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos””, in MOREIRA, José Manuel (coord.), *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público*. Coimbra, Almedina, 2008, 161-178, p. 167.

<sup>132</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, “O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (2004), 4-29, pp. 26-27.

<sup>133</sup> Como se esclarece é necessário o “bem jurídico tempo”. Tal permitirá, a interiorização das mais elementares regras objetivas de cuidado. Vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., p. 484.

<sup>134</sup> Em verdade, “tal direito está, pois, colimado à realização da autonomia pessoal, e à prevenção e superação do isolamento ou marginalização social, exigindo opções político-legislativas em cuja definição não cabe aos tribunais substituir-se ao legislador.” Cfr. Ac. TC n.º 570/01, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Atentar ainda, MEDEIROS, Rui, “Anotação ao artigo 72.º”, op. cit., p. 1406.

<sup>135</sup> Adotados pela Resolução 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1991, disponíveis em [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_15/IIIPAG3\\_15\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_15/IIIPAG3_15_1.htm), consultados a 03.07.2015.

como a possibilidade de constituição de “movimentos ou associações de idosos” (princípios 7 e 9). Logo, “os idosos devem ter a possibilidade de viver com dignidade e segurança, sem serem explorados ou maltratados física ou mentalmente” (princípio 17).

Deste jeito, o “ser-aí-diferente” encontra no outro, no cuidado do outro, o “valor de afirmação da [sua] personalidade” e espera (pois está consciente) que a sua vivência *no* e *pelo* Estado permita a promoção da sua existência, do seu bem-estar<sup>136</sup>, *in ultima ratio* a promoção de uma verdadeira política de velhice, que dignificando os velhos, erigirá todos os “seres-aí-diferentes” a obreiros de um verdadeiro Estado de direito democrático<sup>137</sup>.

A ordem jurídica enquanto “criação espiritual, com as marcas históricas do seu tempo e lugar”<sup>138</sup>, não pode quedar-se de assumir as rédeas da sua época, enfrentar as suas especiais particularidades e responder, de forma eficiente, às novas e imperiosas questões. Para tal será imprescindível abandonar o *status* da vivência na metódica do absoluto, ultrapassar barreiras e olhar (de frente) para a “dúvida criativa que a nossa historicidade impõe”<sup>139</sup> – dúvida essa sempre envolta numa ética do cuidado, propulsora de um dever de solidariedade social<sup>140</sup>.

Compreendida a exigência constitucional de uma política de velhice, importa frisar que a mesma se espelha em múltiplos domínios, inclusive, segundo cremos, no jurídico-penal. Embora este imperativo esteja consagrado no capítulo relativo aos direitos sociais, certo é que o velho, “ser-aí-diferente” com especial exposição à vulnerabilidade, continua a ser uma pessoa portadora de todos os direitos fundamentais plasmados de igual forma, para os demais “seres-aí-diferentes”. Contudo, aquela particularidade, reconhecida

---

<sup>136</sup> Vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em..., op. cit.*, pp. 368 e 478. Conforme EDUARDO CORREIA, “o homem moderno reconheceu que não vive só no Estado, mas *pelo* Estado, já que a este cumpre não só defender, mas promover a sua existência (Daseinsvorsorge) ou o seu Bem-estar.” Para mais desenvolvimentos, CORREIA, Eduardo, “Direito Penal e Direito de mera ordenação social”. *BFUDUC*, ano 49 (1973), 257-281, p. 268.

<sup>137</sup> Em suma, aqueles que “dignificando os mais velhos, honrará a geração que o empreender”. Vide CARDOSO, Agostinho, *Problemas da População Idosa..., op. cit.*, p. 58 (sublinhados retirados).

<sup>138</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em..., op. cit.*, p. 54.

<sup>139</sup> *Ibidem*, pp. 41-42

<sup>140</sup> Para mais desenvolvimentos acerca de um dever de solidariedade social atentar *in Idem* e, ainda, PALAZZO, Francesco, “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, *in* OUVIÑA, Guillermo (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 153-180, p. 169.

Segundo GUILHERME CÂMARA, “subjaz a esse dever universal de solidariedade um princípio de generalização (“Verallgemeinerung”) a reforçar a ideia de que a noção de justiça intergeracional se põe a serviço não de um fragmento da humanidade espaço-temporalmente isolável ou delimitável, mas sim da humanidade como um todo, como substância real atemporal a que o direito penal, com todas as suas importantes limitações de índole garantística – deve servir.” Vide CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2011, pp. 317-318.

pelo nosso legislador constitucional, parece ser o patamar necessário para a conclusão de que maiores e redobrados esforços terão de ser tidos em conta.

Assim, se em termos dogmáticos, o cuidado é “a representação ideal de um cânone de comportamento que a comunidade julga como o mais adequado à protecção de bens jurídicos-penais”, cumpre expressar que também é “exigência geral que impende sobre todos os membros da ordem jurídica no sentido de adequarem as suas condutas aos cânones comportamentais que a ordem jurídica, através de vários referentes vai estabilizando”<sup>141</sup>. O nosso legislador manifestando a importância da concretização e protecção dos direitos fundamentais<sup>142</sup> iminentes a cada “ser-aí-diferente”, revela uma especial atenção para com os denominados velhos. Para estes, plasmou a necessidade de reunião de esforços e conhecimentos na construção de uma política de pilares fundamentais, em tudo iguais aos demais, mas com a especificidade resultante da idade avançada.

Em jeito de (parcial) conclusão, revela-se fundamental mostrar que a protecção do “ser-aí-diferente”, (já) não limitada pelo nascimento ou morte<sup>143</sup> – e de extrema necessidade numa fase mais adiantada – trilha um caminho que só o tempo dirá se é (ou não) adequado. Na verdade, o porquê antropológico da protecção social é a fragilidade e vulnerabilidade<sup>144</sup>. Assim, falamos de uma fragilidade estrutural, intimamente conexas com a condição humana mas, também, de uma fragilidade circunstancial alimentada pela diversidade das épocas. Todavia se tais fragilidades são transversais aos seres humanos, certo é que a vulnerabilidade da pessoa idosa (assim como das mulheres e crianças) tem de ser encarada como uma fragilidade especial (individual ou grupal). É neste seguimento que se eleva a imperiosa necessidade de uma maior consciencialização para a especial

---

<sup>141</sup> Vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, op. cit., p. 478.

<sup>142</sup> Segundo NUNO BRANDÃO, “Na sua formulação clássica, de índole liberal, os direitos fundamentais exprimem um significado de defesa do cidadão perante o Estado. Sob esta perspectiva, desempenham uma função de protecção das pessoas face a possíveis investidas estaduais”. Com efeito, expressa que são direitos fundamentais de primeira geração, os “direitos ditos fundamentalíssimos como a vida, a integridade pessoal, a liberdade física e de consciência, bem como outros interesses individuais de natureza pessoal e patrimonial como a honra”. Para mais desenvolvimentos atentar in BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material – ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2013, pp. 505-506.

<sup>143</sup> Já não mais uma protecção limitada “do berço até ao túmulo”, como afirmava WINSTON CHURCHILL.

<sup>144</sup> Seguindo os doutos ensinamentos do professor doutor JOÃO LOUREIRO. Para mais desenvolvimentos atentar, LOUREIRO, João Carlos, “Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. II – Cuidado(s)”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 4 (abril-maio2008), 37-83 e ainda LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana* (vol. I). Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Coimbra, pp. 37-49.



vulnerabilidade da pessoa idosa. Hoje mais do que ontem, reclama-se “a satisfação de novas e maiores necessidades”<sup>145</sup> inteiramente relacionadas com as características anteriormente referenciadas.

Com a certeza de que o tempo “é a determinante dos factos que derrotam teorias e realizam ficções”<sup>146</sup>, tecemos (mais) um percurso<sup>147</sup> – atracado na cidadania social e nos demais altos valores de um Estado de direito democrático – que consideramos válido e apto a instituir uma autêntica política de velhice: uma política de corpo inteiro.

Por fim, importa reafirmar que “se o texto constitucional é um referente para se aferir da não desconformidade (ou desconformidade) da norma incriminadora com os princípios nucleares da Lei Fundamental e assim avaliar-se da sua legitimidade formal e material”<sup>148</sup>, certo é que o mesmo não estabelece um quadro estático e simples, no qual apenas somos peões de paragens já definidas. Na verdade, vivemos num quadro complexo, num verdadeiro *multiversum*, impossível de ser gradeado, mesmo pelas correntes fortes e espessas da nossa Lei Fundamental<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Vide VÍTOR, Paula Távora, “Solidariedade social e solidariedade...”, *op. cit.*, p. 161.

<sup>146</sup> Cfr. CONCEIÇÃO, Apelles J. B., *Segurança Social: manual prático*. Coimbra, Edições Almedina, 2008, p. 59.

<sup>147</sup> Respondendo ao apelo do Cardeal Patriarca de Lisboa (D. MANUEL CLEMENTE), não limitamos a nossa voz aquilo que queremos fazer, propugnando um (possível) modo de execução.

<sup>148</sup> Vide COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 646.

<sup>149</sup> Certo se afigura que não podemos “discordar daqueles que sustentam que a ordem de valores jurídico-constitucionais, ao refletir o ambiente social e valorativo de uma comunidade, expressa um quadro de referência e, ao mesmo tempo, um critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado”. Ademais, não podemos olvidar que existe uma “relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal – não através de uma simples identidade ou mesmo recíproca cobertura desses dois quadrantes, mas por meio de uma analogia material que teria na ordem constitucional um quadro de referência e de critério regulativo da atividade punitiva do Estado”. Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, pp. 188-190. Deste modo, será de concluir que “o ordenamento penal não é um *universum* mas sim um autêntico *multiversum* com unidade e específica intencionalidade jurídica”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 654.

## 2.2. A Constituição e o Direito Penal (material): a (im)posição de uma tutela de proteção

“Não te fiz, ó Adão, nem celeste nem terrestre, nem mortal nem imortal, para que tu, livremente, tal como um bom pintor ou um hábil escultor, dês acabamento à forma que te é própria”.

*Pico della Mirandola*

Num “«jogo» particularmente fértil e frutuoso entre o direito penal e o direito constitucional”<sup>150</sup>, cumpre constatar a eventual existência de imposição de concretas exigências constitucionais ou, antes, a mera posição constitucional acerca da proteção a conceder a uma pessoa idosa. Sabendo de antemão que longe vão os tempos em que os Códigos, especialmente os Códigos Penais, eram encarados como realidades normativas com validade secular, compreende-se hoje a “ideia de relativa vocação de validade temporal”, sempre manchada pela tendencial “validade transgeracional”<sup>151</sup>, densificada pelos genes que o *corpus* normativo tem de comportar.

O direito penal, enquanto templo de defesa de bens jurídicos e expressão máxima do Estado punitivo<sup>152</sup>, deve atentar na possibilidade de mudança<sup>153</sup>. Sem nunca desprezar

---

<sup>150</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 15. É neste jogo que importa mencionar, desde já, as múltiplas interferências que poderão ocorrer. Segundo ENRIQUE BACIGALUPO, “en un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios superiores, es decir, constitucionales, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos distintas direcciones. Por un lado existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores. Por otro lado, la interpretación de los textos legales se debe realizar de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución.” Para mais desenvolvimentos atentar in BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual” in OUVIÑA, Guillermo (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 131-152, p. 132.

Para uma visão sobre alguns exemplos de como “compatibilizar normais penais e constitucionais” atentar in DELMAS-MARTY, Mireille (VIEIRA, Denise Radanovic, trad.), *A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos*. Barueri, Manole, 2005, pp. 287-302.

<sup>151</sup> Todavia, a mesma não pode fazer com que o Código Penal seja perspetivado como uma lei de emergência ou temporária. Ver COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial (contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 23. Contudo, cumpre salientar que o “...Código Penal es una obra abierta, esto es, un sistema normativo que continuamente se está haciendo”. Cfr. OUVIÑA, Guillermo, “Estado Constitucional de...”, *op. cit.*, p. 49.

<sup>152</sup> Urge ainda evidenciar que “o direito penal representa a mais poderosa e severa reacção ao ilícito de que o sistema jurídico pode lançar mão sobre os cidadãos deve a sua acção circunscrever-se às ofensas mais significativas dos mais importantes interesses individuais e colectivos constitucionalmente reconhecidos.” Cfr. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações...*, *op. cit.*, p. 499.

<sup>153</sup> Para mais desenvolvimentos COSTA, José de Faria, “Reflexões mínimas e ...”, *op. cit.*, p. 10.

os seus princípios basilares, deve preocupar-se em ser “um direito penal de corpo inteiro”<sup>154</sup>. Sendo certo que o nosso legislador, em muitas das reformas, tem atentado na *pessoa particularmente indefesa*, nas suas fragilidades e particularidades, questionamos se tal cumpre as exigências constitucionais deste que é (o nosso) tempo. Apesar de reconhecermos que a violência contra os idosos está ancorada em questões que suplantam a intervenção jurídico-penal (não bastando a mera intervenção legislativa), cremos que os juristas têm “um especial dever de fomentar tal transformação”<sup>155</sup>, nesta comunidade marcada pela “globalização da indiferença”<sup>156</sup>.

À semelhança do percurso do direito penal<sup>157</sup>, também o “envelhecimento é um triunfo do desenvolvimento”<sup>158</sup>, é um triunfo da luta que todos (diariamente) travamos. Neste rasto, reclama-se hoje um “direito penal mais denso, mais moderno, mais justo, mas também e definitivamente sempre liberal”<sup>159</sup>. No essencial, um direito penal capaz de responder a problemas legítimos que os demais ramos de direito não conseguiram colmatar; problemas intimamente conexados com bens dignos de tutela penal, que carecem de proteção juspenal.

Desta maneira, uma confrontação entre o direito constitucional e o direito penal (material) tenderá a iluminar certas ruelas recônditas, converter os pontos de interrogação

---

<sup>154</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Apontamentos para umas ...”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>155</sup> Expressão que consta de um texto gentilmente cedido por FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO. Conforme esclarece GUSTAVO VITALE “...Derecho Penal mínimo que se deriva del Estado Constitucional y Democrático de Derecho nos crea (a los juristas penales) el serio compromiso de luchar (con toda firmeza) por la disminución de las cuotas de irracionalidad de nuestros sistemas penales, y, con ello, por la reducción de las desiguales cuotas del innecesario dolor punitivo que recae generalmente sobre los mismos de siempre. Parafraseando a BERTOLT BRECHT: “Con esto no se hace la revolución”, pero sin embargo habrán innumerables seres humanos que, desde la marginación más estigmatizante (o desde la postración más absoluta en una cárcel), nos van a agradecer – al menos – cada cuota de disminución de sus espantosos sufrimientos cotidianos”. Para mais desenvolvimentos, VITALE, Gustavo L., “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, in OUVIÑA, Guillermo (et. al.), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 71-130, p. 130.

<sup>156</sup> Expressão patente na mensagem do PAPA FRANCISCO para a Quaresma de 2015.

<sup>157</sup> Percurso tingido por avanços e recuos. Hoje, ele é “uma garantia, uma verdadeira ordem de liberdade”, em que os cidadãos depositam a sua confiança.

Cumprido, desde já fazer a ressalva que, no presente estudo, importa “compreender o direito naquilo que ele é na nossa vida prática: uma intenção axiológica de validade normativa e de cumprimento histórico-problemático que o pensamento jurídico é chamado a assumir como tal, naquela sua intenção e em ordem a este seu cumprimento.” Para mais desenvolvimentos, NEVES, Castanheira A., “A Unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1979, p. 13.

<sup>158</sup> Vide HELLER, Eleny Corina (trad.), *Envelhecimento no Século XXI...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>159</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, “Vida e Morte em Direito Penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 1 e 2 (2004), 171-194, p. 192.

em pontos finais – ou, porventura, meras vírgulas, sujeitas à extensão do debate –, traçando uma possível rota neste *mar de incertezas*<sup>160</sup>.

Facilmente se depreende que o legislador não poderá proibir todas as condutas indutoras de perigo para com o “ser-aí-diferente”. Tal consubstanciação seria “uma vã tentativa de parar o desenvolvimento e, sobretudo, corresponderia não só a uma impossibilidade material, como também a uma insensibilidade político-legislativa inqualificável”<sup>161</sup>. Deste modo, emerge, com especial força, o conceito de dignidade penal<sup>162</sup>: se é certo que o direito penal tem, desde dos seus primórdios, como tarefa primordial a proteção de bens jurídicos, é indubitável reconhecer que nem todos alcançam este patamar, que é (ainda e bem) um altar sagrado<sup>163</sup>, rodeado pela eficácia da proteção concedida pelos demais ramos de direito<sup>164</sup>.

Os “seres-aí-diferentes” vulneráveis e frágeis são, também, seres comunicacionais. Desta manifestação comunicacional nasce a ação do direito penal, na qual o legislador dispõe de “uma enorme margem de manobra, não só na definição de

---

<sup>160</sup> Não seguiremos a teoria constitucional de bem jurídico que considera que “só os valores dotados de dignidade constitucional podem ser elevados à categoria de bens jurídico-penais”. Todavia, cremos que “entre o objecto candidato à tutela e o quadro axiológico-constitucional não é necessário um nexo de “identidade” ou “recíproca cobertura””, havendo uma “tendencial relação de convergência entre os bens jurídico-constitucionais e os bens jurídico-penais, que pode muito bem ser afastada pela prerrogativa de avaliação do legislador ordinário.” Cfr. COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, pp. 160-162. Ver ainda DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral* (Tomo I). Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 120.

<sup>161</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 406-407.

<sup>162</sup> Como sabiamente esclarece COSTA ANDRADE, dificilmente, “conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desencontro de opiniões. Tudo é questionado e controvertido nesta babel em que se tornou a doutrina da dignidade penal e da necessidade de tutela penal. E onde, falando todos do mesmo, raros são os que falam da mesma coisa. Não havendo, por isso, consenso estabilizado em relação a praticamente nenhum dos aspetos mais decisivos: que termos e conceitos privilegiar; com que compreensão, extensão e relações recíprocas; e, sobretudo, com que estatuto e função dogmáticas”. Todavia, acaba por antever a dignidade penal “como a expressão de um juízo qualificado de intorabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspetiva da sua criminalização e punibilidade”. Nesta esteira, concretizando a dignidade penal nos diversos planos (transistemático, axiológico-teleológico e jurídico-sistemático), acaba por concluir que todos “sublinham que o juízo de dignidade penal implica um limiar qualificado de danosidade ou de perturbação e abalo sociais.” Para mais desenvolvimentos atentar *in* ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal»...”, *op. cit.*, pp. 175 e 184-185.

<sup>163</sup> Conforme descreve FÁRIA COSTA, ancorado em jurisprudência do tribunal constitucional alemão, “desde sempre foi tarefa do direito penal proteger os valores elementares da vida em comunidade”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 414.

<sup>164</sup> KARL PETERS sublinha que “o que é eficaz jurídico-civilmente nunca deve constituir fundamento para uma reacção penal.” *Apud* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 415. Ademais, não podemos acreditar num “direito penal fechado sobre si próprio e alcandorado a defensor solitário de bens jurídicos que são só dele”, antes devemos determinar “uma abertura da ordem jurídico-penal a uma atuação conjunta e articulada com outros ordenamentos sancionatórios para tutela concertada de interesses que por integrarem a ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos devem ser protegidos por todos os ramos do ordenamento jurídico e não apenas pelo direito penal.” Cfr. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações ...*, *op. cit.*, p. 495.

alguns comportamentos proibidos, como também (...) ao meio técnico-legislativo empregado”<sup>165</sup>. É assim que, ao nível normativo a primitiva relação de cuidado onto-antropológica gera a criação de um centro nevrálgico constituído pelas “relações normativas de primeiro grau ou intensidade”<sup>166</sup>, mas também de um outro polo, o direito de mera ordenação social<sup>167</sup>.

O ordenamento jurídico-penal, como não poderia deixar de ser, persevera numa intencionalidade resultante da matriz comunitária<sup>168</sup>. Ao Estado, detentor do *ius puniendi*, cumpre mediatizá-la, isto é, “cuidar da promoção e propulsão dos bens jurídicos”<sup>169</sup>. Portanto, nem todo e qualquer bem jurídico, tido por essencial, ascenderá a bem jurídico-penal. Para tal, será necessário averiguar a sua relevância ético-social, concluindo-se pela sua dignidade penal<sup>170</sup>. A par de tal, e apesar de estarmos conscientes para o facto do bem jurídico ser o “lugar privilegiado por onde flui a discursividade relevante entre o direito penal e o direito constitucional”<sup>171</sup>, certo é que a sua relevância não pode resultar, única e exclusivamente do texto constitucional<sup>172</sup>, antes partindo da originária relação onto-

---

<sup>165</sup> Desta forma, concluindo reconhece-se que “a introdução de novos tipos legais de crime (...) no corpus, tanto quanto possível unitário, de um código penal, tem a ver fundamentalmente com uma decisão legislativa.” Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 452-453.

<sup>166</sup> Seguindo de perto, FARIA COSTA que explica que as relações de primeiro grau estarão conexas com “a relação de cuidado para com a vida; para com a integridade física; para com o património; para com a condição da sua própria existência e razão de ser – Estado), portanto relações geradoras de um direito penal de raízes éticas”. *Ibidem*, pp. 465-466. Segundo COSTA ANDRADE “...a racionalidade funcional está aqui preordenada à salvaguarda e protecção de bens jurídicos fundamentais. Em primeira linha, os bens jurídicos correspondentes às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana.” Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal»...”, *op. cit.*, p. 181.

<sup>167</sup> Este, conforme veicula FARIA COSTA, integraria o “cuidado para com o correto funcionamento do tráfego rodoviário, aéreo ou marítimo; para com a correcta e adequada construção urbana; para com a defesa e manutenção da transparência e fluidez dos circuitos económicos, etc.), estas, por conseguinte, fadoras do direito de mera ordenação social.” *Vide* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>168</sup> Da comunidade que é portadora “de la titularidad de bienes jurídicos como si fueran realidades ontológicas distintas de las personas humanas que la componen y superiores en jerarquía a ellas. No puede entenderse a la sociedad sino como el cúmulo complejo, dinámico y muy rico en relaciones intersubjetivas a que da origen la convivencia.” Para mais desenvolvimentos atentar *in* BUTELER, José Antonio, “Garantías y bien jurídico”, *in* OUVIÑA, Guillermo (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 405-415, p. 411.

<sup>169</sup> *Vide* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 466-467.

<sup>170</sup> De forma a tornar esta matéria um pouco mais perceptível, importa mencionar a “realista advertência de SCHÜNEMANN: «o pensamento penal teleológico-funcional não impõe de forma axiomática um determinado cânone de enunciados de teor sistemático e com um dado conteúdo, antes define um método de construção do sistema e de obtenção de conhecimentos com conteúdo». O que torna necessário um «período prévio de controvérsias e debates.»” *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal»...”, *op. cit.*, p. 174.

<sup>171</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 654.

<sup>172</sup> Todavia, cumpre dar conta que a maioria da doutrina penal portuguesa, bem como a jurisprudência constitucional nacional, entende que “o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material” na Constituição. Segundo estes, “o critério regulador da actividade punitiva do Estado” repousa na Constituição”, concluindo que “a razão de ser do direito penal radica essencialmente na sua missão de protecção de bens jurídicos integrados na ordem dos direitos fundamentais”. Cfr. BRANDÃO, Nuno, *Crimes*

antropológica de cuidado<sup>173</sup>. Assim, o bem jurídico, enquanto expressão de um valor mediador de dois ordenamentos necessariamente fragmentários, alcança *per si* tal estatuto, muito atracado no momento histórico que subjaz o mínimo ético daquela comunidade, que logo o assume como mínimo imprescindível para alcançar o seu pleno desenvolvimento<sup>174</sup>.

De todo este périplo poder-se-á, desde já, concluir que o direito penal e o direito constitucional percorrem linhas que apesar de tenderem a manter uma distância considerável, se interseam em múltiplos patamares – desde logo, na característica e marca dominante da fragmentaridade<sup>175</sup>.

Tendo por base o até aqui referido, bem se dirá que se o espaço que rege a nossa comunidade se encurta, se o tempo (pensemos na esperança média de vida do “ser-aí-diferente”) se alarga, não pode o direito alhear-se destes rumos, fechar olhos e seguir imaculado<sup>176</sup>. Ainda que as influências de tão grandes alterações sejam diminutas, terá, de algum modo e por mais indelével que o seja, de questionar-se acerca de (possíveis) alterações, por exemplo, nas condutas penalmente desvaliosas. Afinal, o bem jurídico, realidade poliédrica e relacional<sup>177</sup> que se situa na comunidade espetadora, diária, da contínua mudança, expressa a relação do “eu” com o valor do bem (ou da coisa)<sup>178</sup>. Depois

---

*e contra-ordenações...*, *op. cit.*, p. 496. E ainda RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 2 (2013), 167-213, p. 182 e RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção...”, *op. cit.*, p. 205.

Neste mesmo tópico, torna-se imperioso mencionar as conclusões de FRANCESCO PALAZZO. Este esclarece que “La evolución del constitucionalismo moderno ha significado, para el Derecho penal, la afirmación de una *garantía sustancial* que se manifiesta a lo largo de las tres direcciones: de los derechos inviolables del hombre, de los principios fundamentales del Derecho penal, de los valores constitucionales.” Para mais desenvolvimentos atentar in PALAZZO, Francesco, “Estado Constitucional de...”, *op. cit.*, p. 178.

Neste sentido FELIPE DEODATO, em jeito de conclusão, expressa que “não podemos esquecer o facto de que o papel, cuja ofensa deve representar perante esta realidade, leva-nos a concluir que a constituição é ainda insuficiente como um marco de referência valorativa acerca do que pode ou não ser aceitável em termos jurídico-punitivos”. *Vide* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>173</sup> *Vide* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, pp. 310 e 647.

<sup>174</sup> O direito penal prima pela fragmentaridade, assim só protege determinados bens, seguindo de perto o “princípio do mínimo de intervenção do aparelho sancionatório do Estado”. Cfr. COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 302.

<sup>175</sup> Ver acerca da menção da fragmentaridade do Direito Penal, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «*Constituição e Crime*» - *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, pp. 289-291.

<sup>176</sup> Para mais desenvolvimentos atentar in COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>177</sup> Seguindo a adjetivação de FARIA COSTA. Cfr. *Ibidem*, p. 307.

<sup>178</sup> *Vide* COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 170. Importa neste ponto, fazer uma necessária referência à definição adiantada por CLAUS ROXIN que entende “os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade”. Cfr. ROXIN, Claus (CALLEGARI, André

de compreender que o direito penal, tal como o direito constitucional, protege determinados bens, em detrimento de tantos outros, importa desvendar aquela que pode constituir a alavanca necessária para a presente excursão: podemos (ou antes, devemos) proteger as particularidades e fragilidades resultantes da idade avançada?

A dificuldade com que o direito penal lida com o tempo, deixa antever que este “embora cultor do “tempo breve”, da deificação do presente (do instante, do efêmero, do transitório), parece, paradoxalmente, querer afastar este mesmo presente [confrontado com as múltiplas fragilidades da nossa comunidade, de entre as quais as particularidades dos “seres-aí-diferentes” portadores de idade avançada] das suas preocupações”<sup>179</sup>. Todavia, cremos que o olhar sobre o horizonte impõe, de forma antecipada, um olhar consciente do presente, no qual (e pelo qual) faz essa escolha<sup>180</sup>.

Reconhecendo as inúmeras vantagens de vislumbrar a ordem jurídico-constitucional como “legítimo instrumento transistemático”<sup>181</sup>, cremos que este ponto de partida não pode ter pretensões ou aspirações a regedor de todas as concretizações jurídico-penais. É desta forma que, partindo da lei fundamental, se demanda revelar que a valoração dos bens jurídicos alicerçada, de forma exclusiva, no articulado constitucional, só pecaria por falta de parâmetros<sup>182</sup>. Deveras, o cânone compreensivo que constitui guião para o ordenamento jurídico-penal, tal como já o fomos adiantando, só pode ser um outro, intimamente conxionado com “zona tensional existente entre o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção penal necessária, projetada como a moldura da refração onto-

---

Luís e GIACOMOLLI, Nereu José, trad. e org.), *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2006, pp. 18-19.

<sup>179</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 171 e ainda COSTA, José de Faria, “Reflexões mínimas e ...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>180</sup> De forma a concretizar tal afirmação, afigura-se imperioso mencionar que os ilícitos tipificados “não significariam a imposição de representações de conduta alheias (estatais), mas apenas o reconhecimento ou o reflexo de convicções culturais homogêneas previamente existentes na sociedade”. É assim pelo sentimento geral da comunidade, pelos anseios que a mesma deposita no legislador – mão concretizadora desses –, que uma determinada conduta, tida por contrária às “representações de valores ou de condutas profundamente enraizadas na sociedade, culturalmente transmitidas através de gerações”, passa a figurar como ilícito jurídico-penal, protegendo um determinado bem jurídico. Para mais desenvolvimentos atentar *in* COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 172.

<sup>181</sup> Conforme esclarece FELIPE DEODATO, tal conceção permitirá “reduzir as diferenças subjetivas de opinião” e “concretizar o conceito de bem jurídico”. *Vide* DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>182</sup> Neste mesmo sentido, FELIPE DEODATO expressa que “o fato de partirmos da valoração dos bens jurídicos que possuem dignidade constitucional não retira o seu perfil de uma lógica, apesar de excludente, carente de parâmetros. Até porque, como vimos, não nos dá uma âncora que nos permitiria começar pelo menos a dizer que este ou aquele bem jurídico é o que deve ser protegido”. Para mais desenvolvimentos atentar *in* *Ibidem*, p. 205.

antropológica”<sup>183</sup>. Assim é passível de conclusão o facto de que a dignidade constitucional não poderá ser o primordial, o único, o centro nevrálgico da escolha, mas tão-somente, um dos modos de escolha do bem jurídico<sup>184</sup>.

Conscientes que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, pelo qual e na qual a comunidade fica sujeita a determinados limites<sup>185</sup>, importa não menosprezar que “toda protección presupone la intervención armónica de la ley y del juez, por lo que el Estado de Derecho será inevitablemente lento para lograr una adaptación adecuada e inmediata a la cambiante realidad”<sup>186</sup>. Para além disto, é essencial comprovar que os Códigos são o resultado da interação humana, nas múltiplas relações e conceções por ela abarcada<sup>187</sup>. Todavia, tem o Código Penal, dada a relevância que o mesmo reveste na vida quotidiana do “ser-aí-diferente”, de “someterse al conocimiento científico interdisciplinario”<sup>188</sup>. Pois, “la voz de los desamparados es la que debiera escucharse preferentemente, pues el Derecho en general y el Derecho Penal en particular, no han sido creados para atender solamente peticiones académicas”<sup>189</sup>. Logo, quando compreendermos a expressão de ENRIQUE GALLI<sup>190</sup> estaremos atentos, em autêntico estado de alerta, pois qualquer excursão jurídica mal planeada ou mal-executada, poderá fazer com que os

---

<sup>183</sup> Moldura esta sugerida por FARIA COSTA (*O Perigo em..., op. cit.*). Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 206.

<sup>184</sup> Para mais desenvolvimentos consultar *Ibidem*, p. 207.

<sup>185</sup> Segundo GUILHERMO OUVIÑA, “el ordenamiento jurídico no es un conjunto infinito de normas, por lo cual el universo de discurso del Poder político necesariamente se encuentra sujeto a límites. Su definición más precisa y acotada se da en el Derecho Penal de un Estado de Derecho, pues a las limitaciones constitucionales de éste, se suman los fundamentos esenciales de aquél: legalidad, reserva, tipicidad, culpabilidad, mínima suficiencia”. Para mais desenvolvimentos, OUVIÑA, Guilherme, “Estado Constitucional de Derecho Penal”, in OUVIÑA, Guilherme (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 49-70, p. 69.

<sup>186</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>187</sup> De forma abreviada, os “Códigos son productos de la interacción humana, y por lo tanto manifestaciones de la cultura de una comunidad que resultan de la concurrencia de una serie compleja de factores. Nacen rodeados por las no siempre conciliables expectativas de distintos sectores de opinión y de grupos de presión, tratan de sobrevivir entre apologías y rechazos, y deben soportar el asedio de quienes si no los reemplazan, los mutilan o destruyen.” Atentar OUVIÑA, Guilherme, “Estado Constitucional de...”, *op. cit.*, p. 51.

<sup>188</sup> *Vide Ibidem*, p. 55. Ademais, “Una norma penal se justifica, entonces, cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable”. Cfr. HANS RUDOLPHI *apud* HENDLER, Edmundo, “La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido” in OUVIÑA, Guilherme (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 393-404, p. 394.

<sup>189</sup> Acabando por concluir, como anteriormente também já fomos adiantando que o Direito Penal “tiene el concreto objetivo político de intentar la protección de los bienes jurídicos, meta común con otros medios a los que no sólo deben sumarse sino integrarse.” Cfr. OUVIÑA, Guilherme, “Estado Constitucional de...”, *op. cit.*, p. 56.

<sup>190</sup> Deste modo a expressão de ENRIQUE GALLI chama a atenção dos intervenientes do ordenamento jurídico que por “detrás de una formalidad jurídica siempre hay una libertad en peligro”. Para mais desenvolvimentos, *Ibidem*, p. 62.



múltiplos avanços sejam ruínas de uma viagem, que apesar de importante, dela só resta a memória e a intenção de (re)construção.

Impõe-se compreender que todo e qualquer “ser-aí-diferente” é portador de dignidade humana<sup>191</sup> e que esta, apesar de ser um conceito abstrato<sup>192</sup>, comporta, invariavelmente, uma análise a três níveis: filosófico, biológico e psicológico<sup>193</sup>. Afigura-se, ainda, de suma importância compreender que esta é um apelo – pelo menos a nível filosófico – à autorrealização pessoal, apenas “possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie”<sup>194</sup>. Não nos sendo possível deter em mais considerações sobre esta (tão lata) questão, parece ser determinante patentear que a dignidade humana, “vivida pelo sujeito na sua autoconsciência, na sua subjetividade, é flutuante, imprecisa e frágil; depende da cultura à qual a pessoa pertence e, nesta, do meio social em que a pessoa se situa e no qual se realiza”, isto é, é “uma dignidade que se constrói, se ganha e se perde, ao longo da vida e de todas as experiências de vida. Vive-se com ela na família, na profissão, no relacionamento social”<sup>195</sup>. De tal ideia só poderá emergir toda a excursão que teimamos esquissar.

Na comunidade, cada “ser-aí-diferente” é portador de determinada dignidade humana que, por mais difícil que seja a sua concretização, se entende comumente acoplada com o viver na e pela comunidade, fomentando as relações interpessoais, sempre

---

<sup>191</sup> Como salienta NURIA BELLOSO MARTÍN, “la idea de dignidad nos remite a considerar que cada ser humano tiene en sí algo intrínsecamente valioso, que le dota de unas especiales características y que, incluso en situaciones precarias, lo sigue conservando. Es algo no negociable, ni disponible ni por el propio sujeto ni por el poder político. Y sobre todo se pone de manifestó cuando hay conductas que atentan contra esa dignidad, innata al hombre y que no poseen las demás criaturas.” Para mais desenvolvimentos, MARTÍN, Nuria Belloso, “El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidad”, in PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 331-358, p. 332. Ademais, para uma abordagem da dignidade humana como premissa capaz de romper o “domínio reservado dos Estados” e de se afirmar como um bem jurídico coletivo, atentar in SOUSA, Susana Aires de, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade”. *BFDUC*, n.º 83 (2007), 615-637, pp. 617-618 e 633-637.

<sup>192</sup> Vide SERRÃO, Daniel, “A dignidade humana...”, *op. cit.*, p. 194.

<sup>193</sup> Seguindo de perto a excursão intelectual de DANIEL SERRÃO. Destarte, sendo impossível verter no presente capítulo todos os contornos, propomos, para mais desenvolvimentos, atentar in *Ibidem*, pp. 193-194.

<sup>194</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 194.

<sup>195</sup> Contudo, como esclarece DANIEL SERRÃO, hoje vive-se no pós-modernismo banhado por cinco aspetos principais “cultural e social, que são os verdadeiros pilares da pós-modernidade concreta”. O primeiro é o “da dúvida e incerteza”, o segundo o da “ditadura do sucesso pessoal”, o terceiro o “desinteresse pelos outros”, o quarto a ditadura do prazer e, por fim, a “religião do eu”. Importa tecer algumas considerações quanto ao terceiro, na medida em que numa “cultura de sucesso pessoal os outros não existem ou se existem são um estorvo que deve ser afastado. O que se glorifica no plano social é a indiferença, não a solidariedade.”. Destarte, concluiu que nestes “cinco pilares principais assenta um pós-modernismo claramente egocêntrico, onde as pessoas estão a viver ávidas de prazer e de sucesso, de exposição mediática, de desinteresses pelos outros e livres dos constrangimentos que as certezas científicas, filosóficas e religiosas davam às pessoas ao longo das suas vidas.” Cfr. SERRÃO, Daniel, “A dignidade humana...”, *op. cit.*, pp. 195-197.

em plena comunhão com o respeito dos direitos pessoais de determinado sujeito. Em poucas palavras, limpas dos termos jurídicos ou conceitos indeterminados, poderemos expressar que “honrar a dignidade humana é fomentar uma cultura de respeito absoluto pela vida humana desde o seu início e até ao seu fim natural”<sup>196</sup>. E, no fim deste caminho, seguindo o rumo tido por normal, estará a velhice, onde aquele “ser-aí-diferente” frágil e vulnerável, como os demais, aloja, em regra, particularidades resultantes da sua idade avançada.

Embora o legislador constitucional não teça uma imposição relacionada com a particular situação, certo é que esquissa as essenciais diretrizes, ansiosas de concretização, por parte do legislador ordinário<sup>197</sup>. Este, próximo dos problemas, ancorado no tempo e lugar, dos demais “seres-aí-diferentes”, espetador (atento) da realidade circundante, embebido pela mesma, atenderá às exigências constitucionais, mas usará o pêndulo (primordial) da essencial relação onto-antropológica.

Deste percurso argumentativo, facilmente se reconhece que, em círculos mais ou menos fechados, a dúvida à qual nos propusemos responder, tenderá a ficar sem uma resposta concreta, simples e de fácil apreensão. Todavia, julgamos que tal ambição, embora seja a pretendida, é inabarcável, dado que não falamos de um *universum*, mas antes de *multiversum*, incapaz de ser apreendido e circunscrito pelas correntes do conhecimento jurídico. Daí se concluiu que, a excursão jurídico-argumentativa que ousamos intentar, está manchada pela sempre imprevisível atuação do legislador ordinário, que, munido dos seus meios, tenderá a concretizar o que considera ser imprescindível à sã convivência comunitária.

De facto, a construção de uma plataforma segura, fixa pelos arcobotantes da certeza e segurança da resposta à questão intentada, afigura-se como um rumo, não compreensível pela própria natureza do ordenamento jurídico-penal. Assim, se o “direito penal só pode intervir para assegurar a protecção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e

---

<sup>196</sup> Vide SERRÃO, Daniel, “A dignidade humana...”, *op. cit.*, p. 198.

<sup>197</sup> Neste mesmo sentido, FELIPE DEODATO afirma que “o legislador ordinário, apesar dos limites estabelecidos pela constituição, goza de uma “ampla margem de liberdade que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica liberdade democrática”. Para mais desenvolvimentos DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, pp. 217-218.

Neste mesmo sentido e segundo o ac. do TC n.º 85/85, existe “uma ampla margem de discricionariedade legislativa, na opção por meios penais ou outros”. Acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, p. 203.

funcionamento da sociedade democraticamente organizada”<sup>198</sup>, certo aparenta ser que tal análise tem de ser realizada em cada momento histórico, a fim de ser coincidente com a consciência ético-jurídica dominante.

Na ótica de HECK, acreditamos na premissa de que um jurista não pode laborar para única e exclusivamente “merecer o predicado «ciência», mas [antes] para servir a vida”<sup>199</sup>. Assim, emergindo da realidade social, “expressão social e de socialização”, que é o direito, importa não atentar contra a necessária comunicação e convivência que, necessariamente, se estabelece entre os “seres-aí-diferentes” de uma determinada comunidade<sup>200</sup>. Neste modelo, em modestas palavras podemos concluir que a justiça “traduz sempre a exigência de a todos ser reconhecida a faculdade de participarem com todos no todo comunitário ou social. E para que assim todos e cada um se não excluam nessa participação, é decerto necessário que cada um e todos sejam unitariamente (i. é, em correspectiva conexão) chamados à «totalidade solidária» que é a comunidade”<sup>201</sup>. Efetivamente, os velhos são parte integrante da comunidade, da teia relacional. Como seres frágeis e vulneráveis apelam, com o redobrar dos sinos das suas particularidades, a um olhar atento para a sua especial condição. Desde logo, o chamamento realizado a estes “seres-aí-diferentes”, à semelhança daquele que é feito aos demais, necessita de pequenas diferenciações, a fim de, não raras vezes, proporcionar uma igualdade de audição de chamamento. Devido a tal, o sistema jurídico não é (nem pode tencionar ser) uma “conservação de um estado”, mas antes, cumprindo os desígnios que lhe são originariamente impostos, deverá ser a “ordenação de uma alteração”<sup>202</sup>. Consequentemente, se “o direito é uma intenção axiológico-regulativa em diálogo problematicamente normativo com a realidade social que o solicita e em que é vigente e se cumpre”<sup>203</sup>, não podemos olvidar que o “ser-aí-diferente” recetáculo da sua dignidade, “tanto na sua autónoma igualdade participativa como na sua comunitária corresponsabilidade, é o valor fundamental, o pressuposto decisivo e o fim último na

---

<sup>198</sup> Sendo certo que a “ameaça, aplicação e execução da pena só pode ter como finalidade a reafirmação e estabilização contrafática da validade das normas, o restabelecimento da paz jurídica e da confiança nas normas, bem como a (re)socialização do condenado.” Vide ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal»...”, *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>199</sup> Cfr. NEVES, Castanheira A., “A Unidade do...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>201</sup> Vide *Ibidem*, pp. 35-36.

<sup>202</sup> LUHMANN *apud* NEVES, Castanheira A., “A Unidade do...”, *op. cit.*, p. 102.

<sup>203</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 105.

humana existência finita que uma comunidade do nosso tempo terá de assumir e cumprir para ser uma *comunidade válida*”<sup>204</sup>.

Em verdade, sendo a “axiologia humana o *constituens* da ordem do direito”<sup>205</sup>, podemos sabiamente compreender que o “pensamento jurídico e o jurista só verdadeiramente não servem o poder, mas o homem e os seus valores irrenunciáveis”<sup>206</sup>.

Nesta observação, conscientes e em alerta para a parcimoniosidade que exige uma mudança, acreditamos que a mesma já encontra expressão nos ditames constitucionais. Para todo o “ser-aí-diferente”, com redobrada atenção para a pessoa velha, quis o legislador constitucional consagrar aquelas que considera ser as exigências essenciais, a fim de proporcionar a teia relacional necessária e adequada ao livre desenvolvimento da pessoa humana, regida pelo baluarte impiedoso da dignidade da pessoa humana. Numa primeira análise, desbulhamos aqueles que consideramos serem os pilares, as diretrizes a pisar, uma e outra vez, rumo à concretização. Sabendo que alguns aspetos poderão ser alterados, a fim de conceder uma maior proteção à pessoa idosa, cremos que o caminho traçado pelo legislador constitucional, na sua total abrangência interpretativa, apenas necessita de ser encarado como rumo a seguir, por ainda carecer, aparentemente, de plena concretização.

Na realidade, se certos autores apontam algumas lacunas do foro jurídico<sup>207</sup>, ousamos reclamar a atenção de académicos, magistrados, bem como dos demais elementos da comunidade (já grisalha) para demonstrarmos que este aparenta ser, também, um problema jurídico-penal.

A sociedade moderna vive assente numa cultura de mudança, à qual ninguém se pode manter indiferente, menos o podendo, ainda, o próprio Direito. Em verdade, a lei penal enquanto “magna Charta do criminoso”<sup>208</sup>, não pode alhear-se desse turbilhão. Antes, deve compreender a sua origem, a realidade histórico-social que transporta e para a qual nos leva. Sem medo da nossa temporalidade ou dos problemas, devemos encarar o presente como um tempo aberto, no qual não se devem refletir os remorsos do passado,

---

<sup>204</sup> Atentar in NEVES, Castanheira A., “A Unidade do...”, *op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>205</sup> Vide *Ibidem*, p. 113.

<sup>206</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 114.

<sup>207</sup> Sobretudo na área civil. Para mais desenvolvimentos, RIBEIRO, Joana Sousa, “Processos de Envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, in OLIVEIRA, Guilherme (coord.), *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 203-231, p. 224 e MARQUES, J. P. Remédio, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – Obrigação de alimentos e segurança social”. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n.º 47 (2007), 9-40.

<sup>208</sup> Expressão de FRANZ VON LISZT.

nem tão pouco os medos do futuro. Todavia, este presente deve estar manchado por todas essas preocupações que nutrirão debates acerca do melhor rumo a seguir.

**PARTE II: A INDAGAÇÃO SOBRE UM (NOVO) VELHO BEM JURÍDICO**

# 1. A (IN)SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA À LUZ DAS TEORIAS DO BEM JURÍDICO

## 1.1. A exaltação do bem jurídico e o Direito Penal de Hoje

“O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as consequências políticas do erro cometido.”

*Juarez Tavares*

No introito da indagação sobre um (novo) velho bem jurídico<sup>209</sup>, cumpre evidenciar que a tarefa primária deste nosso direito penal do facto<sup>210</sup> é a proteção de bens jurídicos<sup>211 212</sup>. Nas sábias palavras de FIGUEIREDO DIAS poderá definir-se bem jurídico

---

<sup>209</sup> Sobre o surgimento do bem jurídico, importa atentar in ESER, Albin (MELIA, Manuel Cancio, trad.), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>210</sup> Cfr. ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 1 (2013), 7-43, pp. 8-10 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, op. cit., p. 221. Ver ainda CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal”. *Separata do número especial do BFDUC – «Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia»*. I Parte. Coimbra, 1988, pp. 28-30; HEFENDEHL, Roland, “Uma teoria social do bem jurídico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n.º 87 (2010), 103-120, p. 104 e DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, pp. 210 e 237.

Para finalizar, urge evidenciar que não só a doutrina reconhece esta tarefa primária. Também a jurisprudência, ac. do TC n.º 426/91, expressa que “o objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de *bens jurídicos de maior dignidade* e, nessa medida, a liberdade da pessoa humana”. Destarte, a proteção de bens jurídicos “constitui o fundamento legitimador de qualquer sistema jurídico-penal característico de um Estado de direito”. Cfr. RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, op. cit., p. 203. Acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

<sup>211</sup> Parece ter sido essa a intenção do legislador ao consagrar em 1995, no artigo 40.º do CP que a “aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos”.

Segundo, JOANA AMARAL RODRIGUES, “o direito penal se encontra limitado (...) à preservação e tutela de bens jurídicos”. Atentar ainda in *Ibidem*, pp. 181-182.

Conforme esclarece FARIA COSTA, “não abdicando, porém, da defesa de que a nervura essencial das finalidades precípua do direito penal é a protecção de bens jurídicos”, cumpre expressar que “todos os ramos do direito têm por fim a protecção de bens jurídicos”. Como sabiamente esclarecem muitos autores, “enquanto os outros ramos do direito têm outras funções, para além da de protegerem bens jurídicos, o direito penal tem só e unicamente a função de protecção”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em..., op. cit.*, pp. 38-39.

como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>213</sup>. Em verdade, uma qualquer reforma da parte especial do Código Penal<sup>214</sup> comportará um inerente debate sobre o elenco de bens jurídicos existente e a possível reforma desse mesmo elenco<sup>215</sup>.

Na pragmática advertência de SCHÜNEMANN “o pensamento penal teleológico-funcional não impõe de forma axiomática um determinado cânone de enunciados de teor sistemático e com um dado conteúdo, antes define um método de construção do sistema e de obtenção de conhecimentos com conteúdo”<sup>216</sup>. Nesta medida, há um estágio que somos obrigados a respeitar: o “período prévio de controvérsias e debates”<sup>217</sup>. Todavia, várias ideias devem reger este debate. Desde logo, uma análise dos bens ou valores jurídico-penais mais fortemente protegidos<sup>218</sup>, aqueles que emolduram o “pórtico de entrada da

---

Nas sábias palavras de CLAUS ROXIN “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”. Tal permitirá “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura”. Destarte, as normas protegem determinados objetos tidos por legítimos, os quais denominamos de bens jurídicos. *Vide* ROXIN, Claus (CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José, trad. e org.), *A proteção de ...*, *op. cit.*, pp. 16-18.

<sup>212</sup> Cumpre mencionar que por razões de espartilho espaço-temporal não tenderemos a elaborar um discurso jurídico-argumentativo pelos meandros do direito penal, não mencionado de entre outros, os aspetos relacionados com a impossibilidade vislumbrada por alguns autores de “restringir o âmbito de atuação do Direito penal a lesões de bens jurídicos”. Cfr. *Ibidem*, pp. 14-16.

<sup>213</sup> *Vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, *op. cit.*, pp. 109-110. Conforme esclarece WINFRIED HASSEMER “los bienes jurídicos no se elaboran en un laboratorio, sino en la experiencia social, o más precisamente según los momentos de la frecuencia de una lesión a un interés, la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de amenaza según la percepción social de la lesión”. Cfr. HASSEMER, Winfried (ZIFFER, Patricia S., trad.), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en Las Ciencias Penales*, Año 12, n.ºs 46/47 (1989), 275-285, p. 283.

Ademais, “puede decirse que los bienes jurídicos constituyen «vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales)»”. *Vide* ZACZYK *apud* KAHLO, Michael, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 53-68, p. 56.

Contudo, não elevemos as definições avançadas ao patamar da premissa universalmente aceite, pois a noção de bem jurídico não é um conceito fechado, carecendo ainda de um debate. Para mais desenvolvimentos sobre este aspeto, consultar RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, pp. 173-174.

<sup>214</sup> Segundo ENGLISH, o direito penal “protege interesses da comunidade e do indivíduo” e a “parte especial do direito penal é um sistema de valorações de interesses e do seu pôr em perigo, ordenado em primeira linha segundo o detentor e a modalidade do interesse atacado e subdividido de acordo com os diferentes modos de agressão”. Cfr. KARL ENGLISH *apud* COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>215</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>216</sup> *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal»...”, *op. cit.*, p. 174

<sup>217</sup> *Idem*.

<sup>218</sup> Consequentemente importa mencionar que existe uma espécie de hierarquia de bens jurídicos. Assim, “reconhecendo-se a existência de certos bens *dignos* de tutela penal, e concluindo-se pela *necessidade* dessa tutela, ficará ainda por resolver o problema da amplitude da mesma, ou seja, a forma como a intervenção do direito penal se vai expressar em relação a um ou a outro bem jurídico.” Neste seguimento, o “valor do bem



área da incriminação”<sup>219</sup> permitindo absorver a complexa dinâmica deste magnífico edifício (que é o ordenamento jurídico-penal).

Apesar de sempre termos presente que “os bens jurídico-penais são pedaços da realidade, axiologicamente relevantes, que sustentam o livre desenvolvimento da pessoa”<sup>220</sup>, temos, em simultâneo, de compreender que o aumento da esperança média de vida cravou marcas significativas<sup>221</sup> na sociedade de hoje, a fim de podermos aferir da necessidade (ou falta dela) de uma maior proteção da pessoa idosa.

Em verdade, desde os primórdios<sup>222</sup>, a teoria do bem jurídico permanece atracada numa visão naturalista do mundo<sup>223</sup>. Segundo a teoria monista pessoal do bem jurídico, o “ser-aí-diferente” constitui o “*alfa* e o *ómega* de todo o ordenamento jurídico”<sup>224</sup>. Assim, a lente era deslocada da ordem constitucional, focando no potencial do direito penal, reconhecendo que este é “uma estrutura onto-antropológica matricialmente fundante da comunidade e, neste sentido, materialmente constitutiva, constitucional”<sup>225</sup>. Pelo acima citado, o direito penal é encarado como a “pedra-de-toque” da dogmática

---

jurídico é também, assim, barómetro do nível ou da amplitude da tutela penal que pode servir de guia de natureza negativa.” Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, pp. 194-195.

<sup>219</sup> Vide COSTA, José de Faria, “O fim da vida...”, *op. cit.*, p. 768.

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> *Ibidem*, pp. 770-772.

<sup>222</sup> Urge evidenciar que “BIRNBAUM en el año 1834 elimina del Derecho penal la vulneración del derecho como elemento definidor del delito y la sustituye por el «bien» lesionado.” Para mais desenvolvimentos, GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿un «cambio de paradigma» en el derecho penal?”, in Instituto de Ciencias Criminales de Fankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*. Granada, Coimbra Editora, 2000, 489-505, p. 494.

<sup>223</sup> Neste sentido, “la teoría de los bienes jurídicos, desde su génesis en BIRNBAUM y su continuación por LISZT, permanece anclada en una visión naturalista del mundo, según la cual el daño debe definirse como un resultado prejudicial para los intereses vitales de los afectados o de la colectividad”. Cfr. KARGL, Walter, (VALLÈS, Ramon Ragués i, trad.), “Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, in Instituto de Ciencias Criminales de Fankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*. Granada, Coimbra Editora, 2000, 49-62, p. 51.

<sup>224</sup> Como esclarece FARIA COSTA, frisando o que por nós já foi adiantado, o “primado da pessoa na ordenação e classificação dos bens jurídicos-penais funda-se em algo mais profundo e mais denso: a primeira relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. O cuidado do “eu” para com o “outro” não se exaure no cuidado de interesses individuais, antes se atinge, enquanto necessária projecção da invariante abertura-provocação do ser-aí-diferente, também com o cuidado de dimensão supra-individual. Por outros termos ainda: a matricial teia de relações onto-antropológicas de cuidado-de-perigo abarca não só o cuidado do ser-aí-diferente consigo mesmo e com o “outro”, mas ainda o cuidado com o “ser-todos”, que por sua vez também cuida dos particulares e únicos “seres-aí-diferentes”. Vide COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 160. Atentar ainda in HEFENDEHL, Roland, “Uma teoria social ...”, *op. cit.*, pp. 104-106 que elabora a destriça entre a teoria dualista e a teoria pessoal. No essencial, a “teoria dualista posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais, enquanto a teoria pessoal considera dignos de proteção penal apenas os bens coletivos que possam ser diretamente referidos à pessoa.”

<sup>225</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto ...”, *op. cit.*, p. 160

constitucional”<sup>226</sup>. Apesar deste discurso argumentativo manter alguma utilidade e aplicabilidade prática, certo é que diversos pontos críticos poderão ser esquisados, pelo que diversos périplos têm sido desenhados, criando verdadeiros projetos passíveis de exposição permanente<sup>227</sup>. Não obstante tais factos, a constatação das concretas exigências com que esta nossa sociedade se vê, diariamente, confrontada, teima alterar o rumo dos acontecimentos, numa procura esquizofrénica pela melhor explicação jurídico-penal.

O bem jurídico afigura ser um instituto jurídico, isto é um dogma polivalente e disponível<sup>228</sup>. Como conceito relacional<sup>229</sup> e indubitavelmente jurídico<sup>230</sup> imputa no ordenamento jurídico-penal a premissa de ser “socialmente integrado”, atento à sociedade que o constitui e rodeia, levando-a em linha de conta, na pessoa de cada um dos seus membros, “seres-aí-diferentes”<sup>231</sup>.

Assim, o direito penal enquanto sistema aberto é, também, um ramo de direito onde não reside a produção de decisões tecnicamente perfeitas, mas antes na “tomada de decisões minimamente justas e razoáveis”<sup>232</sup>. Nesta senda, propondo a feitura de uma

---

<sup>226</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto ...”, *op. cit.*, p. 167.

<sup>227</sup> Neste ponto, cumpre expressar que segundo a teoria constitucional de bem jurídico “só os valores dotados de dignidade constitucional podem ser elevados à categoria de bens jurídico-penais”. Todavia, como anteriormente já o fomos adiantando cremos que “entre o objecto candidato à tutela e o quadro axiológico-constitucional não é necessário um nexos de “identidade” ou “recíproca cobertura”, pois basta uma relação de “analogia material” baseada na “essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”. Destarte, podemos concluir que apenas se poderá “identificar uma tendencial relação de convergência entre os bens jurídico-constitucionais e os bens jurídico-penais, que pode muito bem ser afastada pela prerrogativa de avaliação do legislador ordinário”. Para mais desenvolvimentos *Ibidem*, pp. 161-162 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, *op. cit.*, pp. 120-122.

<sup>228</sup> Seguindo de perto DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>229</sup> Neste sentido, MICHAEL KAHLO expressa que “la categoría de bien jurídico es describable como un *concepto relacional*. Comprende, así, una relación considerada como positiva, *valiosa* - como un «bien» - entre un «algo», es decir, entre una «realidad» y un *sujeto*: carecería, ciertamente, de sentido una relación *jurídica* entre cosas o entre seres vivos, que existen sin conciencia de sí mismos.” Vide KAHLO, Michael, “Sobre la relación...”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>230</sup> Creemos que as sábias palavras de MICHAEL KAHLO, proporcionam a compreensão célere da integração os conceitos vertidos no texto: conceito relacional e jurídico. Em verdade, enquanto “concepto *jurídico*, esa relación está sustancialmente («en esencia») orientada a la realización de la *libertad externa* de la persona en cuanto sujeto de derecho, es decir, a su *autonomía*, la cual no puede desarrollarse únicamente en una relación asilada del individuo consigo mismo, sino que también viene determinada e influida desde un primer momento por la *relación con otras personas*, en tanto las acciones de éstas pueden respetar la relación entendida como bien jurídico – y con ello al mismo tiempo al portador de ese bien -, pero también pueden atacarla por medio de actos lesivos o peligrosos y en esa medida ilícitos (contrarios a Derecho), exponiendo al sujeto a su «arbitrio constrictivo».” Para mais desenvolvimentos atentar *in Idem*.

<sup>231</sup> Nesta esteira importa atentar nos propósitos defendidos por ROLAND HEFENDEHL. Este douto jurista clama a criação de uma “teoria social do bem jurídico” que “se concentra não apenas nos bens jurídicos pessoais, mas estende também para as chances de participação que cabem à sociedade e a seus membros”. Cfr. HEFENDEHL, Roland, “Uma teoria social ...”, *op. cit.*, pp. 111-112 e 120.

<sup>232</sup> Deste modo, como explicita FELIPE DEODATO parte-se da “ideia de que uma boa interpretação não é aquela que, em uma perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma.

indagação acerca dos bens jurídicos, transpondo para tal, também, as particularidades, por tantas vezes, associadas à idade avançada, cremos ser possível esquivar os bens jurídicos participantes deste enredo, possibilitando a averiguação de eventuais novas contratações, a que o nosso legislador ficará por demais sensível.

Antes de iniciarmos este périplo, cumpre mencionar que o direito penal “regula a imposição de sanções negativas a uma ou mais pessoas na ocorrência de um acontecimento desagradável”, pelo que a mera violação de um ditame religioso ou moral não constitui patamar necessário, capaz de fazer ascender tal regra a articulado penal<sup>233</sup>. Desta feição, da consciência ético-jurídica brotam as linhas diretrizes, auxiliaadoras do legislador na percepção da realidade histórico-social dos “seres-aí-diferentes”.

Conscientes da importância deste ramo de direito, das múltiplas interações que o mesmo proporciona, é tempo de compreender que a necessidade de proteção de um bem jurídico depende de uma profunda análise tridimensional. Realmente, partindo do bem jurídico protegido, torna-se imperioso observar e conhecer “os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social”, sempre com os olhos postos nos demais ramos de direito e na proteção por estes já (eventualmente) estabelecida<sup>234</sup>.

Apesar da categoria de bem jurídico avocar aquele que afigura ser o papel principal, “o papel sistemático-interpretativo (ordenação dos tipos legais de crime e compreensão teleológica do seu alcance)”, certo é que tal transposta, ainda, uma importante visão crítico-liberal, “condição ou parâmetro capaz de limitar a intervenção do

---

É, na verdade, aquela que, em uma perspectiva prático-normativa, utiliza a norma como um critério de justa decisão do problema concreto.” Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>233</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd (GRECO, Luís, trad.), “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, Ano 13, n.º 53 (2005), 9-37, pp. 10 e 14.

Todavía, importa verter as palavras de WALTER KARGL. Este expressa que “el derecho penal está conformado por la elaboración de bienes jurídicos que efectúa la moralidad y, por tanto, sólo puede escoger sus bienes fundamentales a partir del conjunto de intereses referidos a personas. Sin embargo, sus criterios de selección están sujetos a cuáles sean las reflexiones sociales sobre finalidades, un hecho que se explica a la vista del cometido del Derecho penal: garantizar la permanencia de aquello que tiene valor para la moralidad que se toma como base”. Acaba por concluir que “la norma respalda lo que ella espera frente al *factum* del comportamiento «incorrecto» y de los motivos arbitrarios. Nada más y nada menos.” Para mais desenvolvimentos, KARGL, Walter, (VALLÈS, Ramon Ragués i, trad.), “Protección de bienes...”, *op. cit.*, pp. 56 e 60.

<sup>234</sup> Seguindo de perto BERND SCHÜNEMANN, aquando da explicação da formulação acerca de um direito penal de *ultima ratio*. Quanto a este ponto esclarece o autor que “a utilização do poder estatal não se legitima apenas por um objetivo final elogiável, devendo ser idónea e necessária para alcançar este objetivo, não podendo, ademais, ser desproporcional. (...) o direito penal representaria a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, de modo que seu emprego para a proteção destes bens deva ser idóneo e necessário, não podendo provocar mais danos do que benefícios”. Para mais desenvolvimentos, SCHÜNEMANN, Bernd (GRECO, Luís, trad.), “O direito penal ...”, *op. cit.*, pp. 20 e 23.

legislador na esfera jurídica do cidadão”<sup>235 236</sup>. Nesta análise, importa distinguir-se que o debate teórico acerca da legitimação das normas penais já não poderá ser circunscrito ao bem jurídico, propriamente dito, tutelável pelo direito penal<sup>237</sup>, antes incorporando o estudo da denominada “estrutura do delito”<sup>238</sup>. Em síntese, diríamos que a teoria do bem jurídico parece necessitar de um braço direito, capaz de responder com sim pronto, às necessidades da sociedade hodierna, avaliando (atentamente) as exigências, diariamente, impostas<sup>239</sup>.

Fundados em tais factos, poderemos expressar que, de um ponto de vista analítico, “a teoria do bem jurídico aparece como interposto ou ponto intermédio que une, assim julgamos, neste momento histórico, a dimensão deontológica ao plano consequencial da juridicidade penal”<sup>240</sup>. O bem jurídico, “expressão de uma relação dialética entre a realidade e o valor”, ousa cruzar o sistema e o problema e, não deixando a significação social apenas o ser, antes nela ancora<sup>241</sup>. Com o pêndulo embalado pela compreensão dos reais e verdadeiros problemas da comunidade, o direito penal encarna o “horizonte cultural que ultrapassa em intencionalidade o estreito arco do tempo que compõe a vida humana e

---

<sup>235</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 158.

<sup>236</sup> Neste tópico, importa fazer uma nota importante. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG explica que “detrás de cualquier tipo penal (también de los ilegítimos) existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un *sentimiento social legítimo*, sea *valorado positivamente* por el ordenamiento jurídico.” Para mais desenvolvimentos, HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 15.

<sup>237</sup> Seguindo de perto FARIA COSTA que apelida esta circunscrição de “fragmentaridade de 1.º grau”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 159. Ver ainda CAETANO, Matheus Almeida, “Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo (reflexões em torno das fragmentariedades-de-primeiro-e-de-segundo-graus”, in COSTA, José de Faria, GODINHO, Inês Fernandes, SOUSA, Susana Aires de (orgs.), *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 301-325, pp. 305-315.

<sup>238</sup> Quanto a este ponto, FARIA COSTA esclarece que tal “estrutura do delito” consubstancia-se no “diferenciado grau de exigência nos crimes de lesão, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstracto”, podendo ser denominada de “fragmentaridade de 2.º grau”. Neste ponto, cumpre salientar a importância dos denominados “*mediating principles*” – tal análise estará reservada para um momento posterior deste estudo. *Idem*.

<sup>239</sup> De forma a reforçar tal afirmação poderá ser dito que a cooperação, ajuda mútua, bem como e sobretudo, “O auxílio que a teoria do bem jurídico necessita deve ser encontrado na sua integração em uma completa doutrina liberal de legitimação do direito penal, capaz de situar a análise sobre a dignidade penal do bem jurídico (fragmentaridade de 1.º grau) como passo intermédio entre o primário juízo acerca do respeito à autonomia pessoal e a decisão sobre as técnicas de tutela jurídico-penal (fragmentaridade de 2.º grau).” Cfr. COSTA, José de Faria, “Sobre o objecto...”, *op. cit.*, p. 169.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>241</sup> Vide DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, pp. 211-213. Ademais, conforme salienta FARIA COSTA “a construção da norma incriminadora se faz valorando, interpretando a realidade histórico-social”. Cfr. COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação ...”, *op. cit.*, p. 357.

alcança o nosso existir, até se incorporando à nossa própria história, como sendo a nossa origem”<sup>242</sup>. Embora o discurso argumentativo agora reiterado não tenha sido realizado para justificar a nossa específica pretensão, certo é que o mesmo incorpora, ao de leve, as menções que consideramos de suma importância para dar o mote à nossa construção jurídica-argumentativa. Desta feição, tal deixa transparecer a coerência lógica, bem como a intenção de “totalização integrante”, patente na constituição do direito<sup>243 244</sup>. Numa “mediação antropológicamente necessária de condição-possibilidade de realização humana”<sup>245</sup>, o direito assume, sem reservas, que este *multiversum* jurídico compreende diversas forças, sendo a condição humana uma mais a ponderar. As comunidades humanas, verdadeiras teias de cuidado, manchadas pelas suas múltiplas particularidades clamam como destino do direito penal o cuidado de determinados bens<sup>246</sup>, conferindo-lhes a sua proteção.

Apesar de reiterarmos tais premissas, um contrassenso parece ganhar forma, encarnar um rosto e expressar aquilo que, por sermos dele contemporâneos, parecemos vir a ignorar: vivemos numa “época que se constrói de subjectividades, de “eus” solitários que vivem no próprio deserto do seu sempre presente”<sup>247</sup>. Este período “quer o direito, não como valor e dimensão onto-antropológica do nosso modo-de-ser individual e coletivo (...), mas antes como mero instrumento que está ao serviço das mais diferentes estratégias, entre elas a estratégia da subjectivização solipsista”<sup>248</sup>.

---

<sup>242</sup> Cfr. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ...*, *op. cit.*, pp. 221-222.

<sup>243</sup> Seguindo de perto os ensinamentos de FELIPE DEODATO. *Ibidem*, p. 223.

<sup>244</sup> Neste ponto, cumpre ainda esboçar a fundamentação do direito pode ser entendida “como forma externa de aseguramiento de modo coactivo de la recíproca compatibilidad de iguales libertades de arbitrio. Tal fundamentación del Derecho se había hecho necesaria después del abandono histórico de las éticas comunitarias teleológicas y de un reconocimiento general de la idea de autonomía.” Cfr. GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración ...”, *op. cit.*, p. 490.

<sup>245</sup> Vide NEVES, A. Castanheira, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 144-145.

<sup>246</sup> De determinados bens, não previamente definidos e limitados. Em verdade, “aquilo que há de valorar-se como bem jurídico não se apresenta delimitado de forma clara ou concludente”. Com efeito, “a intenção de proteger bens jurídicos com o auxílio do direito penal integra a margem de discricionariedade do legislador”. Cfr. ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de ...”, *op. cit.*, pp. 21 e 24.

Importa ancorar nas fortes palavras de FORTSHOFF, segundo as quais “la Constitución no es una sopa primigenia [*weltenei*] jurídica a partir de la que se crea todo, desde el Código Penal hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros para medir la temperatura corporal”. *Apud* STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 69-92, pp. 123-124.

<sup>247</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Reflexões mínimas e tempestivas sobre o Direito Penal de Hoje”, in COSTA, José de Faria, *Direito Penal e Globalização*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 7-19, p. 8.

<sup>248</sup> *Idem*.

Temendo, aparentemente o presente, vem-se fechando os olhos a este e pedindo, confiantes no futuro, a aceleração do *tempus*<sup>249</sup>. Cremos que esta escolha do direito penal ou, melhor, de alguma doutrina penalista, nos obriga a uma séria reflexão quanto ao caminho a seguir, pois tal como anteriormente concluímos o direito penal tem as suas amarras sempre presas ao tempo, ao local, à comunidade humana da qual e para a qual brota<sup>250</sup>. Neste formato, a mudança é uma palavra a encarar, é certo, mas com cautela, embebida na necessidade do tempo longo<sup>251</sup>. Tempo esse que falta, por característica inerente, aos “seres-aí-diferentes”, objeto do nosso estudo. Neste seguimento, erige-se nova questão: estará, afinal, a comunidade jurídica consciencializada para a tutela das gerações futuras, em detrimento da não tutela das gerações presentes, pois as encara como passado, como água que já passou naquela ponte e a ela não torna?

Cremos que o direito penal não poderá remeter-se ao silêncio do não querer saber. Zelador da ordem de liberdade, constitui realidades normativas capazes de absorver e proteger os bens jurídicos, tidos por essenciais. Contudo, estará (ou deverá estar) atento às

---

<sup>249</sup> Conforme esclarece WALTER KARGL, “A través de las decisiones normativas se pretende enlazar el tiempo, es decir, controlar el futuro desde el pasado y, de este modo, superar simbólicamente las discontinuidades desde presente. Que esta pretensión se realice dependerá esencialmente de la posibilidad de identificar los presentes del futuro.” Vide KARGL, Walter, (VALLÈS, Ramon Ragués i, trad.), “Protección de bienes...”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>250</sup> Contudo, apesar de a sua âncora dever estar no presente, a verdade é que este presente tem de ser um tempo aberto, um tempo que permita também “uma admissão sem reservas da importância que o futuro tem de ter para o direito penal”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, “Reflexões mínimas e ...”, *op. cit.*, pp. 18-19. Cumpre salientar “que o direito é sempre um pedaço da história que se faz e se compreende precisamente com aquilo de que ele também é feito, com linguagem”. Cfr. COSTA, José de Faria, “O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?)”, in COSTA, José de Faria, *Direito Penal e Globalização*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 21-40, p. 26.

<sup>251</sup> Neste ponto, cumpre dar conta das magníficas palavras de FARIA COSTA: “Utilizemos, pois, as alfaias da razão moderna – por certo que já caldeada pela presença da humildade que a soberba inicial ilegitimamente afastara – e, devagar, avancemos. Com efeito, é com este impulso que se rasgam os horizontes e se fabricam os conceitos para ver mais e melhor o que nos rodeia, o que nos aflige, o que nos preocupa, o que nos menoriza. Porque tudo o que não é susceptível, no campo da razão prática, de ser explicado e compreendido implica uma menoridade. Ficamos sem alfabeto. Ficamos sem o início daquele pedaço de conhecimento que se pode cristalizar e que, por mor dessa objectivação, dessa substantivação, podemos transmitir com um mínimo de ruído, com um mínimo de perda. Podemos falar, mas o que se diz não tem adequação à realidade, logo, ficamos sujeitos à maldição shakespeariana: “Words, words, words”. E uma tal condição é indelmente menoridade de percepção e de compreensão”. Cfr. COSTA, José de Faria, “A Criminalidade em um Mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um Direito Penal não-securitário”, in COSTA, José de Faria, *Direito Penal e Globalização*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 55-68, p. 56. Dito isto, importa concluir que “o direito penal não pode, assim, desligar-se destas exigências da contemporaneidade, cumprindo, simultaneamente a sua função primeira de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”. Para mais desenvolvimentos, GODINHO, Inês Fernandes, “Problemas jurídico-penais em torno da vida humana”, in COSTA, José de Faria e KINDHÄUSER, Urs (coords.), *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, 57-73, p. 72.

particularidades resultantes da específica condição de vulnerabilidade destes “seres-ai-diferentes”? Destes velhos<sup>252</sup>?

---

<sup>252</sup> Recentemente, esta dúvida ascendeu ao seio da comunidade portuguesa, muito por conta do Projeto de Lei n.º 62/XIII – 41.<sup>a</sup> Alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, criminalizando um conjunto de condutas que atentam contra os direitos fundamentais dos idosos. As múltiplas entidades chamadas a pronunciarem, esgrimiram argumentos capazes de melhorar a proposta vertida naquele Projeto de Lei. Sem aspirações de globalização, cremos que a identificação e menção de algumas das linhas (comuns) defendidas permitirá compreender os *deficits* encontrados e esboçar o desfecho.

No essencial, os vários pareceres demonstram incompreensão com a epígrafe escolhida para o art. 201.º-A, do CP. Destarte, a técnica legislativa adotada parece dispare da escolhida pelo nosso legislador penal, ao longo dos tempos, isto é, costuma figurar na epígrafe a “designação da conduta censurável em causa, podendo concluir-se que a epígrafe tem como função indicar o comportamento previsto e punido pelo tipo”. Por outro lado, também o conteúdo do novo tipo legal esboçado é contra a técnica legislativa, na medida em que opera a “junção de tipos legais distintos usando como elemento comum certa qualidade do ofendido”. Para além destas notas, muitos dos pareceres convergem na anunciação do princípio da tipicidade penal, decorrente do princípio constitucionalmente consagrado da legalidade penal, visto que o postulado emprega o conceito indeterminado de “idoso” sem referir qualquer definição. Assim, aclamada como “indeterminação inadmissível da previsão da norma penal” é, ainda, veiculado a sua discrepância com outros diplomas do nosso ordenamento jurídico, inclusive a Constituição da República Portuguesa, o Código Civil e o Código Penal.

Por fim, antes de proceder à análise detalhada das alíneas do Projeto de Lei, as entidades levantam questões relativas à natureza do crime, à responsabilização das pessoas coletivas e à omissão quanto à punibilidade da tentativa.

Em suma, apesar de se reiterar a necessidade de “um aperfeiçoamento legislativo no sentido de conformar o ordenamento com realidades (e necessidades) hodiernas”, considerando-se “meritórios os fundamentos e a teleologia patente no presente projeto de lei, já que assume preocupação para com os cidadãos idosos, preocupação e reconhecimento que, tanto individual como coletivamente, todos (lhes) devemos”, certo é que o mesmo padece (à luz dos argumentos professados) de manifestas incongruências, carecendo de uma melhor análise. Para adicionar a tais factos, as entidades verbalizam a importância de “garantir a execução e eficácia do quadro legal já existente”, aproveitando-se as “dinâmicas e sinergias locais já constituídas”, munindo o atual panorama de “mecanismos para chegar efetivamente junto das pessoas idosas vítimas de crimes e promover a denúncia por parte destas”.

Entre outros, atentar no Parecer da APAV relativo aos Projetos de Lei n.ºs 61/XIII/1.<sup>a</sup> (PSD E CDS-PP), 62/XIII/1.<sup>a</sup> (PSD e CDS-PP) e 63/XIII/1.<sup>a</sup> (PSD e CDS-PP); Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre o Projeto de Lei n.º 62/XIII/1.<sup>a</sup> (PSD e CDS-PP); Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (Grupo Penal); Parecer da Ordem dos Advogados e Contributo do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa, disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39871>, consultado a 10.06.2016.

## 1.2. A indagação sobre um (novo) velho bem jurídico à luz dos princípios jurídico-penais

“...o direito penal é uma instituição necessária e legítima, embora a ser mantida em limites estreitos. O direito penal é poder, uma faca de dois gumes, sendo assim inimigo potencial da liberdade que deve garantir.”

*Urs Kindhäuser*

Antecedendo uma possível solução (ou, tão só, a clarificação de possíveis caminhos a trilhar) cumpre evidenciar aquelas que são as traves mestras deste ramo de direito público<sup>253</sup>.

Se qualquer ramo de direito deve beber da densificação dos princípios<sup>254</sup>, espinha dorsal do ordenamento jurídico em que se integram, certo é que o direito penal, enquanto ordem de liberdade não poderá dele desviar-se, sob pena de atentar, gravemente, contra os direitos e liberdades fundamentais dos “seres-aí-diferentes”. Assim, “una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta”<sup>255</sup>. Portanto, “a la lesión del bien jurídico se contraponen principios orientados a la limitación de la punibilidad que resumo en el concepto “formalización de la administración de justicia” ”<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> Urge evidenciar que estas características não são notas distintivas únicas, quando comparadas com os demais ordenamentos jurídicos. Em verdade, em poucas palavras poder-se-á exprimir que também “El Derecho penal alemán tiene carácter fragmentario, y precisamente eso caracteriza al Estado de Derecho liberal. Rige el principio de subsidiaridad. El Derecho penal constituye la *ultima ratio* en el instrumental de que dispone el legislador”. E, densificando os conceitos vertidos, expressa que “La afirmación de que el Derecho penal tiene «carácter fragmentario» procede de KARL BINDING. Merece la pena leer en su contexto el pasaje formulado en 1902: El legislador deja, según BINDING, «que las olas de la vida diaria (...) traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables. Originariamente sólo es abarcable la forma burda (...). Lo fino y más singular, si es que existe, no lo observa o no sabe expresarlo. Y sin embargo su contenido de injusto quizá tiene más peso que el del delito sancionado (...)».” Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho Penal Alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, in Instituto de Ciencias Criminales de Fankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*. Granada, Coimbra Editora, 2000, 427-446, pp. 427-429.

<sup>254</sup> Nas palavras de ANA FERREIRA, a “influência dos dogmas religiosos na fundação axiológica dos seres humanos e na regulação da sua conduta social é sobremaneira evidente e não carece de grandes explicitações. E o mesmo pode dizer-se da influência dos mesmos dogmas na fundação dos atuais princípios normativos do Direito, eminentemente judaico-cristãos”. Cfr. FERREIRA, Ana Elisabete, “A vulnerabilidade humana...”, *op. cit.*, p. 1044.

<sup>255</sup> Para mais desenvolvimentos, HASSEMER, Winfried (ZIFFER, Patricia S., trad.), “Lineamientos de una ...”, *op. cit.*, p. 278.

<sup>256</sup> *Idem*.



Ora, se a concordância com os princípios se afigura como premissa de cumprimento obrigatório, a verdade é que múltiplos limites são impostos ao legislador<sup>257</sup>. Por tais factos, o caminho por nós trilhado passará por uma sumária referência à temática de tais limites, para que munidos de humildes contribuições, possamos compreender a fulcral importância dos princípios jurídico-penais, na (re)construção dos tipos legais, na sua aplicação e diária interpretação, pelos vários intervenientes do *multiversum* jurídico. O labor argumentativo, por nós esquiçado, seria mote para a elaboração de uma investigação, que tenderia a sofrer com o inerente espartilho espaço-temporal imposto. Concomitantemente, a nossa dificuldade avoluma-se, sobe ao pedestal, deixa a minúcia, mas teima ser etapa obrigatória de um raciocínio jurídico-argumentativo dela dependente.

As primeiras referências, relativas àqueles limites, correlacionam-se com a inadmissibilidade de normas jurídico-penais fundeadas em motivações ideológicas ou tentadoras de direitos fundamentais e humanos<sup>258</sup>. Ademais, “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal”, bem como, em princípio, o não são os “atentados contra a própria dignidade humana”<sup>259</sup>. Importa ainda mencionar, que no leque dos limites impostos ao legislador ordinário é obrigatória a referência de que “a proteção de sentimentos somente pode ter-se como proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça”, pelo que a (con)vivência num mundo multicultural não poderia admitir uma outra solução dispare da agora anunciada<sup>260 261</sup>.

---

<sup>257</sup> Nas palavras de FARIA COSTA, “O legislador só tem como limites a dogmática penal – que mais não é do que a consolidação racional de princípios, regras e axiomas que permitem que o discurso penal seja coerente e harmónico e vise a segurança e a justiça – e, repete-se, as finalidades político-criminais que se querem prosseguir, a diversa densidade valorativa dos bens jurídicos que se deseja tutelar, a proporcionalidade tendo em vista a comparação com outros crimes e, por fim, a adequação que se tem de aferir face, não só à *traditio* mas também e indelmente perante os actuais contextos histórico-sociais. Donde resulta que o arco de opções no que se refere ao *modus aedificandi criminis* é tudo menos circunscrito”. Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, “Vida e Morte...”, *op. cit.*, p. 175.

<sup>258</sup> Na presente explanação seguiremos de muito perto a doutrina de ROXIN, Claus (CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José, trad. e org.), *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 20. Por conseguinte, vinculado ao “princípio da ofensividade como uma decorrência de um estado de direito democrático, plural e de vocação liberal (...) há uma limitação (negativa) no que toca aos actos de criminalização. Isto é: só será admissível a criminalização de comportamentos que, objectivamente, ofendam através de um facto que se cristaliza no mundo exterior, bens jurídico-penais. O que implica que ao direito penal está vedado ultrapassar esse limite.” Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, “Vida e Morte...”, *op. cit.*, p. 176.

<sup>259</sup> Vide ROXIN, Claus (CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José, trad. e org.), *A proteção de...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>261</sup> Relativamente a este mesmo limite, importa dar conta da pesquisa elaborada por CLAUS ROXIN. Apesar de VOLK defender que o “fim do direito penal é a proteção de sentimentos”, pronunciando, deste modo, “uma “abertura” do conceito de bem jurídico”, certo é que muitos argumentos perfilam-se no campo da não concordância. Em verdade, existem autores “defensores de uma ideia de bem jurídico que excluiu uma

O direito penal, ordem de liberdade com a finalidade de proteção de bens jurídicos, encontra um outro limite que, no essencial, poderá ser expresso na impossibilidade de proteção do “ser-aí-diferente” frente a si mesmo. De facto, tal tenderia a consubstanciar-se num paternalismo estatal, dificilmente compreensível e comportável pelo nosso ordenamento jurídico-penal.

Visando a proteção do “ser-aí-diferente” face ao “outro”, certo é que este limite não é, conforme se tenciona fazer crer, tão linear. Existem, como já tivemos oportunidade de referenciar, “seres-aí-diferentes” portadores de particularidades face aos demais, que, por especialmente vulneráveis, demonstram “deficits de autonomia”, clamando a intervenção do direito penal. Por tudo isto, e não esquecendo o cumular de outros (aqui omissos) limites, importa compreender este último enunciado, *cum grano salis* – alicerçado no objeto da presente investigação, revesti-lo de conciso(s) *cuidado(s)* e vislumbrar a sua correta aplicação.

Num percurso (demasiado) rápido, pelos densos meandros dos limites, cremos que a sua menção, ainda que parca, figura ser de suma importância para a subsequente abordagem. Para concretização de tal anseio, o caminho a trilhar exige a revisão das principais traves mestras, nas quais repousa o direito penal<sup>262</sup>.

Numa primeira reflexão impõe-se a prévia enunciação de uma advertência: o direito penal é, sem sombra de dúvida, um direito de *ultima ratio*. Por conseguinte, esta

---

proteção geral de sentimentos, acabam afinal por admitir essa tutela em casos excepcionais ou em casos especiais que ultrapassam as legítimas necessidades de segurança”. Conforme expressa, “Gimbernat apresentou uma proposta bastante original de um enquadramento diferenciado da proteção de sentimentos no conceito de bem jurídico”. No essencial, “fundamenta esta solução na ideia de que “sentimentos legítimos” podem ser protegidos como bens jurídicos”. Não sendo claro que o objeto de proteção sejam os “sentimentos”, propriamente ditos, certo é que, reconhece-se nesta perspetiva um importante caminho a explorar, na medida em que a mesma parece merecer “concordância quanto à exigência de uma referência aos calores constitucionalmente reconhecidos”. Em suma, CLAUS ROXIN adianta que “os sentimentos jurídicos de indignação de terceiros não constituem um bem jurídico em si mesmo, mas tão-somente uma justificada reação à sua lesão”. Para mais desenvolvimentos, ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de...”, *op. cit.*, pp. 28-33.

Também ENRIQUE ORDEIG faz referência que “la tesis de que también los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos – y sólo son legítimos cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente «escandalosa» o «perturbadora» –, pueden constituir un interés digno de protección penal, paso a examinar, sobre la base de una teoría del bien jurídico en la que hay que incluir también a los sentimientos legítimos...”. Atentar in ORDEIG, Enrique Gimbernat, “Presentación”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 19.

<sup>262</sup> Referindo-se aos princípios da fragmentaridade e subsidiariedade, GOMES CANOTILHO reconhece que estes poderão ser considerados limites. “A dogmática jurídico-penal traça os limites da legislação penal em termos elegantes e plásticos”. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, “Teoria da Legislação...”, *op. cit.*, p. 853. Apesar desta conclusão ser necessária e imprescindível, quisemos nesta investigação, sublinhar a os princípios enquanto traves mestras, guias rumo à concretização da normatividade jurídico-penal.

ideia que surge em finais dos anos sessenta, no seio de alguns penalistas (SAX, ROXIN e outros), limitará a atividade criminalizadora, na medida em que o legislador apenas deverá tipificar condutas que envolvem violação de bens jurídicos particularmente valiosos<sup>263</sup>, ou seja, bens jurídicos dotados de dignidade penal<sup>264</sup>. Nas palavras de URS KINDHÄUSER, este princípio correlaciona-se com a exigência, originariamente, imposta ao legislador: verificar a eficiência dos meios à sua disposição e, na falta, empregar a reação jurídico-penal<sup>265</sup>. Portanto, este princípio também denominado de intervenção mínima salienta que a intervenção do direito penal deve estar reservada às situações que consubstanciem os “ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes e, mesmo assim, apenas quando nenhum outro ramo do direito dispuser de meios suficientemente preventivos”<sup>266</sup>. Como princípio máximo, incorpora dois dos importantes subprincípios estruturantes do direito penal: a subsidiariedade e a fragmentaridade.

Respeitando a imposição constitucional (expressa no artigo 18.º n.º 2), deve verificar-se uma necessidade de tutelar penalmente tais bens jurídicos. Assim, a intervenção do direito penal deve revestir natureza subsidiária<sup>267</sup>, isto é, estar reservada para quando a “intervenção dos demais setores normativos” se demonstre ineficaz na defesa “dos valores ou bens cuja protecção era pretendida”<sup>268</sup>. Importa deter por escassos momentos, o nosso labor argumentativo na densificação, interpretação e concretização do princípio da subsidiariedade. Segundo CORNELIUS PRITTWITZ, este princípio poderá ser descrito pela presença e concomitância de duas unidades distintas (uma de sentido positivo e uma de sentido negativo)<sup>269</sup>. Ambas, em completa comunhão, permitem expressar que quanto à componente negativa, esta poderá equiparar-se com a premissa da *ultima ratio*<sup>270</sup>. Nesta configuração, a esfera positiva seria banhada pela relação “el Estado

---

<sup>263</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>264</sup> Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, *op. cit.*, pp. 120-122.

<sup>265</sup> Para mais desenvolvimentos, KINDHÄUSER, Urs (CAMARGO, Beatriz Corrêa, trad.), “Pena, Bem jurídico-penal e protecção de bens jurídicos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, n.º 95 (2012), 85-95, p. 86.

<sup>266</sup> Atentar in RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção...”, *op. cit.*, p. 203.

<sup>267</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>268</sup> Vide PRATA, Ana (*et. al.*), *Dicionário Jurídico II*. Coimbra, Edições Almedina, 2009, p. 392.

<sup>269</sup> Relativamente ao princípio da subsidiariedade importa mencionar, atendendo à posição de ARISTÓTELES que “se trata de la relación entre unidades grandes y pequeñas, y especialmente de la relación entre los ciudadanos y el Estado”. Deste modo, este princípio incorpora “un componente *positivo* y uno *negativo*. Según el primero, subsidiariedad significa que la unidad grande está obligada a ayudar a la pequeña. Y según el negativo, que no puede prestarse ayuda cuando no se necesita”. Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho Penal...”, *op. cit.*, pp. 430-431.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 431.

junto al Derecho penal”, bem como pela forma como “el Derecho penal desarrolla un deber de ayuda”<sup>271 272</sup>. Neste sentido, o princípio da subsidiariedade deverá ser deslumbrado como uma “máxima limitativa da intervenção penal” que, ocupando o “mesmo plano do princípio do bem jurídico”, “possui um significado político-criminal equivalente”. É por isso que, uma conclusão preliminar deve, desde já, ser propugnada: a necessidade de uma “ciência da subsidiariedade”<sup>273</sup>.

Importa expressar que esta ideia de subsidiariedade – (também) intimamente vinculada com a de necessidade – poderá constituir a chave na decifração de uma rota para o direito penal. É pressuposto cimentado que a restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais só podem legitimamente ter lugar, quando seja inteiramente necessária a proteção de outros valores, com dignidade constitucional – artigo 18.º, n.º 2 CRP<sup>274</sup>.

Em suma, o princípio da subsidiariedade e de *ultima ratio* expressam-se, num plano transistemático, na carência de tutela penal<sup>275</sup>. Como sabiamente esclarece COSTA ANDRADE, esta carência investiga-se “num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (...), por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, num juízo de idoneidade (...) do direito penal para assegurar

---

<sup>271</sup> Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 431

<sup>272</sup> Neste mesmo tópico, cumpre dar conta da posição de LÜDERSEN. Para este, “*ultima-ratio* significa también, «que el Derecho penal no es un mero instrumento de control más, sino que a causa de las consecuencias de su aplicación resulta especialmente problemático, tanto para los particulares, como para la sociedad. Por esto requiere especiales garantías jurídicas». Según ello, debemos sin duda estar de acuerdo con la afirmación de necesidades adicionales de legitimación.” *Apud Ibidem*, p. 433.

Em poucas palavras, “el carácter de *ultima ratio* constituye el programa más unívoco: según dicho principio, el Derecho penal sólo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo”. Seguindo de perto, *Ibidem*, p. 434.

<sup>273</sup> Cfr. ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>274</sup> Vide PRATA, Ana (*et. al.*), *Dicionário Jurídico II...op. cit.*, p. 390. Importa neste mesmo ponto, prestar atenção nas sábias palavras vertidas no ac. do TC n.º 179/2012 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>). Neste se reconhece que “o artigo 18.º, n.º 2 tem sido convocado como parâmetro para aferir dos pressupostos constitucionalmente legitimadores da intervenção legiferante ao nível da selecção de comportamentos qualificados como crime, impedindo, a esse nível, a tipificação de condutas desligadas da tutela de bens jurídicos, dando-se por assente que um Estado de Direito material não pode desvincular-se do princípio jurídico-constitucional do *direito penal do bem jurídico*, o qual imbrica na ideia de que o direito penal visa a tutela subsidiária de *bens jurídicos* dotados de *dignidade penal*.” Parafraçando esta jurisprudência, desenvolvendo a presente questão RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, p. 207.

<sup>275</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» ...”, *op. cit.*, p. 186. Deste modo, como relembra JOANA AMARAL RODRIGUES, “à noção de bem jurídico dotado de *dignidade penal* acresça o critério da *necessidade (carência) da tutela penal*.” Cfr. RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, p. 191.

a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”<sup>276</sup>.

Não obstante todo o percurso argumentativo agora tecido, certo é que *ab initio* verbalizamos que o direito penal é um direito fragmentário. De facto, embebido por tal característica, acena como baluarte (também) substancial da sua essência o princípio da fragmentaridade. Este princípio, “integrador e fundante”, é também cânone hermenêutico<sup>277</sup>, guiando todo o esquema argumentativo que deverá ser esboçado, a fim de constituir “um direito penal de corpo inteiro”<sup>278 279</sup>. Assegurando como necessidade do direito penal “a integridade de apenas alguns dos bens jurídicos identificáveis, justamente aqueles mais relevantes para o homem e a sociedade”, este direito parece assumir-se como um “sistema descontínuo de ilícitos, atento a uma pequena parte do universo de bens jurídicos presentes no ordenamento e de possibilidades de condutas a ele ofensivas”<sup>280</sup>.

Na exposição das rotas deste *mar de incertezas*, onde se move a nossa barca, reveste suma importância (e constitui *paragem* explicativa-argumentativa obrigatória) o princípio da legalidade (artigo 29.º, CRP). Em boa verdade, este princípio emergiu do anseio da comunidade jurídica em estabelecer regras permanentes e válidas, capazes de conceder certeza e segurança jurídica, aos “seres-á-diferentes”. Em consonância, tal permitiria (e permite) a proteção destes face a condutas arbitrárias e imprevisíveis dos governantes<sup>281</sup>. Das suas várias dimensões, cumpre evidenciar aquela que “veda o recurso à analogia no âmbito das normas incriminadoras” e uma outra que inviabiliza “resultados interpretativos que não tenham uma correspondência clara, efectiva e antevizível com a letra da lei”<sup>282</sup>.

---

<sup>276</sup> Cfr. RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do...”, *op. cit.*, p. 191.

<sup>277</sup> Para mais desenvolvimentos, COSTA, José de Faria, *O Perigo em...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>278</sup> Vide COSTA, José de Faria, “Apontamentos para umas ...”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>279</sup> ROGÉRIO GRECO, num resumo bastante explicativo, menciona que o “caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária”. Cfr. GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Volume I. Rio de Janeiro, Impetus, 2015, p. 109.

<sup>280</sup> Expressando esta ideia nuclear SAVIO RODRIGUES alicerça-se, ainda, em algumas das proposições já defendidas por BINDING. Para uma visão aprofundada, mencionando a importância da “construção dogmática de critérios racionais para a escolha daqueles bens jurídicos dignos de tutela penal”, atentar *in* RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção...”, *op. cit.*, p. 203.

<sup>281</sup> Cfr. GRECO, Rogério, *Curso de Direito...*, *op. cit.*, pp. 143 e ss.

<sup>282</sup> Cfr. PRATA, Ana (*et. al.*), *Dicionário Jurídico II...op. cit.*, p. 389. Ver ainda Cfr. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 132-136.

Ressalvada a relevância de tantos outros princípios<sup>283</sup>, cremos que esta breve enunciação expressou as linhas diretrizes mais visíveis no esboço deste magnífico edifício (que é o direito penal), em “homenagem” ao qual cabe à parte especial de um código transportar (como não poderia deixar de o ser) os “sentidos e as representações essenciais” duma comunidade<sup>284</sup>. Portanto, este ramo do direito não pode desenlaçar-se “das exigências de contemporaneidade”, nem da sua função primordial: “defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”<sup>285</sup>.

Dito isto, a importância desta base axiológica reveste especial significado sempre que o legislador investiga a eventual (des)proteção jurídica de determinado bem jurídico. Uma análise cuidada, parcimoniosa, carente de reflexão, investigação e debate, é o caminho a percorrer antes de avançarmos para uma nova criminalização. Porém, este caminho é balizado pela finalidade do direito penal, mas também pelos *candeeiros do seu agir*, isto é, pelos seus limites e princípios basilares. Sem nunca esquecer que este é um ramo de direito fragmentário, subsidiário, de *ultima ratio*, é (também e) sobretudo uma ordem de liberdade, pelo que não poderá ser credor da liberdade, senão for, em todas as suas concretizações, um zeloso guardião da mesma<sup>286</sup>.

O nosso ordenamento jurídico-penal é um sistema normativo assente no entendimento (maioritário) – da comunidade no qual e para o qual foi constituído – de que aqueles comportamentos, tidos como desvaliosos, são (também) relevantes, pois estes segregam o cuidado e a segurança que cada “ser-aí-diferente” espera da comunidade que o

---

<sup>283</sup> Alguns mesmo basilares como salienta FARIA COSTA, dividindo-os em cinco: “1) a congruência da ideia de um Estado de Direito com o direito penal; 2) a conformidade entre os bens jurídicos penalmente protegidos e a ordem axiológica constitucional; 3) a culpa como fundamento e limite da punição; 4) a humanidade do direito penal; e, finalmente, 5) o tendencial monismo das reações criminais”. Cfr. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de...*, *op. cit.*, p. 156.

Em verdade, as múltiplas interações entre princípios, bem como os “paralelismos entre el principio de proporcionalidad y los principios limitadores del Derecho penal aquí estudiados”, não permitem que esta análise investigue todos os contornos jurídico-penalmente relevantes. Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 439.

<sup>284</sup> Vide COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>285</sup> Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, “Problemas jurídico-penais em...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>286</sup> Importante é o discurso emitido por CORNELIUS PRITTWITZ: “Muy en la línea de la claridad por mí postulada, propone realizar un cálculo de costes cada vez que se quiera crear un nuevo tipo penal. Si no se hace, debería entonces «añadirse que la nueva protección basada sólo en los costes de la efectividad de la protección de los bienes jurídicos se traslade a otros ámbitos». Para encontrar una razón para un Derecho penal limitado, bastaría sólo con darle la vuelta a este argumento: si la sociedad está manifiestamente dispuesta a realizar sólo una aportación limitada con el fin de obtener seguridad por medio de la persecución penal, y si esta seguridad no está garantizada en ámbitos relevantes, entonces contamos necesariamente con un argumento para la reducción del Derecho penal a algunas funciones importantes, pero no un argumento a favor de un Derecho penal fragmentario, aunque sí subsidiario como *ultima ratio*.” Para mais desenvolvimentos, PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 443.

acolhe. Com efeito, o “ser-aí-diferente” vislumbra nestes articulados a afirmação da sua própria existência, sendo, portanto, uma expressão da necessidade do cuidado, bem como da inquietação da comunidade jurídica, alicerçada na solidariedade, característica desta teia de cuidados<sup>287</sup>.

Em frugais palavras, a realidade social constituída pela prática do crime é, em verdade, uma esfera negativa que se avoluma e nega uma outra realidade (também ela social e profundamente enraizada nos “seres-aí-diferentes”) composta pelo bem jurídico protegido. Sem aspirações de absolutização, deve reconhecer-se que a pluridimensionalidade inerente ao *multiversum* no qual se encontra assente, impõe inerentes limites normativos, vinculados pela estrita necessidade de observar os princípios basilares<sup>288</sup>. Ademais, o universo da discursividade jurídico-penal não poderá olvidar-se da relação de cuidado do “eu” para com o “outro”, antes emergindo-a do âmbito da normatividade penal, sem pudores<sup>289</sup>.

Alicerçada nas diversas funções atribuídas ao bem jurídico, cumpre mencionar e acentuar a sua “função negativa de legitimação”<sup>290</sup>. Em verdade, a visão por nós trazida, imbuída nas finalidades das penas, permite compreender o que pode ser legitimamente tutelado por este ramo de direito público. Sob estas configurações e, ancorados no pensamento de SUSANA AIRES DE SOUSA, somos a concluir que “a tutela de um bem jurídico deve ser condição necessária mas não condição suficiente para que se justifique a

---

<sup>287</sup> FELIPE DEODATO clama a nossa atenção para a fundamentação deste direito penal: “não podemos menosprezar tais factos: a) que hoje existe, no seio da penalística, um ambiente teoricamente fluído; b) que, apesar de nos parecer trivial, a compreensão do crime, como ofensa a bens jurídicos-penais, encontra um ambiente hostil, de difícil afirmação e continuidade; c) que são distintos os posicionamentos sobre um modelo de crime baseado na ofensa a bens jurídicos”. Realizada tal menção, adianta que reveste suma importância a conceção do ilícito alicerçada no desvalor expresso pela ofensa de bens jurídicos, concluindo: “compreenderíamos que, se por um lado pretende refletir o modo mais íntimo do ser-homem em comunidade (*sorge*), por outro procura nos apresentar algo além do que nos revela esse adensamento constitucional”. Para mais desenvolvimentos atentar nas explicações vertidas in DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 239.

<sup>288</sup> Com efeito, “el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es producto de esos principios”. Neste seguimento, este jurista reconhece que o bem jurídico “es reconocido legitimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios.” Cfr. SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 69-92, p. 92.

<sup>289</sup> Vide D’AVILA, Fábio Roberto, “Ofensividade e Crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 2005, p. 106 e ainda DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, *Adequação Social: sua ..., op. cit.*, p. 258.

<sup>290</sup> Para maiores desenvolvimentos acerca deste específico ponto, atentar in SOUSA, Susana Aires de, “Sobre o bem...”, *op. cit.*, pp. 622-629.

proibição e a punição penal”<sup>291</sup>. Portanto, o conceito material de crime radicar-se-á, em última análise, em algo para além da norma penal, isto é, algo que sendo exterior à norma é valioso para a generalidade dos “seres-aí-diferentes”, pertença daquela determinada comunidade jurídica<sup>292</sup>.

Mestre regedor das condições essenciais da realização humana, “respira” imperatividade no seguir a evolução histórica, no ser ator do seu tempo, por demais atento às múltiplas modificações sociais. Então, numa relação umbilical com a realidade social<sup>293</sup>, segue gradeado pelos suportes dos limites, sustendo-se nos princípios conciliados da sua existência, não se exaurindo da tragédia de “chegar sempre demasiado tarde”<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Cfr. SOUSA, Susana Aires de, “Sobre o bem...”, *op. cit.*, p. 625.

<sup>292</sup> Nas palavras de SUSANA AIRES DE SOUSA – raciocínio no qual ancoramos e pelo qual tecemos o nosso discurso argumentativo – considera que “o bem jurídico-penal há-de ser expressão das condições essenciais da realização humana em sociedade, refletidas nos valores do Estado social de direito”. *Idem*.

<sup>293</sup> É por esta estreita relação que surge o confronto entre o garantismo e o funcionalismo. Urge salientar que estes, no seu extremo, poderão propiciar a “imobilização da ciência do direito penal”. *Ibidem*, pp. 626-629.

<sup>294</sup> Cfr. PAULUS, Andreas L., “Do Direito dos Estados ao Direito da Humanidade? – A instituição de um Tribunal Internacional e o desenvolvimento do Direito Internacional”, in AAVV, *Direito Penal Internacional para a proteção dos direitos humanos*. Fim de Século, Lisboa, 2003, 79-93, p. 91.



## 2. A LEGITIMIDADE DE UMA TUTELA PENAL DO VELHO: O SE, O QUE E COMO SE PROTEGE?

### 2.1. A (eventual) existência de um novo bem-jurídico ou a densificação dos “velhos” bens jurídicos. A necessidade de uma tutela penal do velho (?) – *O Que e o Se da proteção jurídico-penal?*

“Podemos lançar diferentes olhares sobre a velhice: o olhar de admiração por quem parece transbordar sabedoria, por já ter vivido muitos anos e ter-se lançado a múltiplas experiências, ou o olhar de ternura diante de alguém que já releva fragilidade e, por isso mesmo, inspira o desejo de proteger e cuidar.”

*Luciana Mendes Pereira Roberto*

O bem jurídico, enquanto *topos* argumentativo pelo e no qual desenvolvemos todo o percurso lógico-analítico, impõe de *per si* a imperiosa questão de que ora partimos, a que nem o espartilho espaço-temporal poderá fazer frente, eximindo-a da possível, e sempre incompleta, resposta. Como tivemos oportunidade de referir, a linha de ação do direito penal rege-se pelo bem protegido, isto é, pela resposta à questão quanto ao que deverá, afinal, ser alvo da proteção jurídico-penal (?).

Neste ponto, e partindo desta resposta, cremos que o objeto, da presente investigação, ou seja, o “ser-aí-diferente” com idade avançada (o “velho”), é, por excelência, *i*) portador de vulnerabilidades específicas – é certo! – mas, também, *ii*) titular dos direitos concedidos aos demais – “seres-aí-diferentes”. Por tal, a nossa argumentação sempre se deverá mover na linha comum aos demais “seres-aí-diferentes”, com as características e imperiosas paragens obrigatórias, anunciadas pelos bens jurídicos cimentados no ordenamento jurídico-penal. Porém, não poderá (jamais) ser esquecida a linha paralela, que ao lado desta primeira se perfila; identificadora da especial fragilidade e vulnerabilidade da pessoa velha – que ousa proclamar aos quatro ventos a sua (tendencial) condição, como outrora aquele Velho o verbalizou na praia do Restelo.

Daí que a compreensão, interpretação e aceitação do périplo por nós realizado, imponha uma análise (ainda que meramente sumária e mental) do nosso instrumento

legislativo por excelência: o Código Penal. De tal resultará a (aparente) ausência de um quadro legal específico. Todavia, certo é que o nosso legislador, em muitas das reformas, tem atentado na *pessoa particularmente indefesa*, nas suas fragilidades e particularidades<sup>295</sup>.

Perante este tempo, já contextualizado – manchado por novas e relevantes especificidades, intrinsecamente conjugadas com a “sociedade grisalha” – impõe uma maior atenção para com a pessoa velha. Não defendendo a criação de um Estatuto do Idoso, antes pregoamos algumas alterações – racionais, ponderadas e político-criminalmente enquadradas – ao Código Penal.

Porquanto o esquisso que nos propomos desenvolver nas linhas subsequentes resulta da excursão realizada tendo como alicerces a *i*) constatação das vulnerabilidades específicas, correlacionadas com a idade avançada e *ii*) a aplicabilidade e utilidade da teoria do bem jurídico, no nosso ordenamento jurídico. Assentes em tais premissas esboçamos a linha comum, na qual sempre nos encontraremos, procurando justificar a necessidade de um novo horizonte, com os olhos postos naquele específico *contexto*, que teima correr paralelamente ao primeiro, em que se perfilam as (aparentes?) necessidades de proteção, dada a específica condição daquele “ser-aí-diferente”. Por tal discurso argumentativo, julgamos ser possível alcançar opiniões válidas e juridicamente sustentadas, sempre emolduradas pela consciência ético-geral quanto à *ultima ratio* em que se consubstancia a intervenção jurídico-penal.

O Estado de direito encontra-se formalmente vinculado à proteção dos bens jurídicos tidos por essenciais e necessários para o desenvolvimento da pessoa humana<sup>296</sup>. Desta ótica, importa capacitar a mesma de um olhar necessário para o *contexto* no qual se situa. Isolando esse *contexto* ao objeto que nos propusemos investigar, facilmente apreendemos que as linhas subsequentes terão por base um qualquer bem jurídico e, por *contexto*, a vulnerabilidade associada à idade avançada do “ser-aí-diferente”.

---

<sup>295</sup> Conforme será desenvolvido *infra*.

<sup>296</sup> Ademais, teremos de ter sempre patente que “para que se possa alcançar soluções mais concretas é necessário recorrer ao “esquema de três degraus de proteção de bens jurídicos” recentemente desenvolvido por MANFRED HEIRINCH, segundo o qual em toda a norma penal de legitimidade questionável atender-se-á ao que deve ser protegido, a quem deve ser proteger-se e contra o quê deve ser protegido. Só depois desta análise se chegará a alguma conclusão quanto à capacidade de a conduta incriminada pôr em causa o livre desenvolvimento do indivíduo ou as condições necessárias a esse desenvolvimento.” Para mais desenvolvimentos, ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de...”, *op. cit.*, p. 20.

Em síntese, a pessoa velha é, antes de tudo, uma pessoa<sup>297</sup>. Por tal, os seus direitos (assegurados do nascimento à morte) assumem, em distintas fases deste progresso de vida, variadas intensidades (em razão da sua idade diminuta ou avançada, de um estado – deficiência, doença ou gravidez – ou dependência económica). Conquanto a teoria do bem jurídico prima pela objetividade da análise, certo é que o estudo do ilícito criminal impõe, pela sua natureza, uma abordagem capaz de comportar toda a envolvência. Sem correr o risco de se tornar uma compreensão subjetiva do Direito Penal (aquela que olha para a pessoa e não para os interesses), cremos que a visualização do bem jurídico, *in concreto*, não poderá eximir-se de a realizar e dela retirar as devidas conclusões. Em verdade, é o Direito Penal uma ordem de liberdade, construída e integrada num *multiversum* jurídico a que não pode ser indiferente. O legislador tem de transferir essa realidade para o ordenamento jurídico a que pertence e, pela força e “sentido das palavras”<sup>298</sup>, dar-lhe aquele que será o *rosto*<sup>299</sup> (possível). Ao juiz – aplicador do direito – cabe a exímia tarefa de compreender o caso *sub iudice*, olhar para o *rosto* e aplicá-lo, com as necessárias adaptações.

Com tal premissa, poderá aparentar-se que defendemos a discricionariedade e analogia como as vertentes capazes ao emergir das vulnerabilidades da pessoa velha. De facto, tal conclusão, redondamente afastada do que professamos, não seria comportável pelos baluartes da segurança e certeza jurídica. As necessárias adaptações, anteriormente referidas, não são mais do que a compreensão do inerente *contexto* – linha paralela ao bem jurídico e, embora dele dissociável, com ele fortemente comprometida –, por parte do aplicador de direito, traduzido pela inerente margem de discricionariedade a ele atribuída.

Como esclarece GUILHERME CÂMARA “se o bem jurídico é (...) um objeto do mundo real (que também se submete a leis físicas), e não um bem ideal insusceptível de sofrer qualquer modificação, não poderá, (...), vingar uma intencionalidade em

---

<sup>297</sup> Neste ponto, importa atentar no seguinte raciocínio: “O direito à velhice não diz respeito apenas à velhice; antes, diz respeito ao homem, desde o seu nascimento, pois garantir condições de vida dignas em todas as fases da existência é garantir que o homem viva o máximo de tempo possível, e com qualidade.” Para mais desenvolvimentos, WAQUIM, Bruna Barbieri, “Direito à velhice: Aspectos sócio-biológicos, constitucionais e legais”. *Âmbito Jurídico*, XI, n.º 57, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5121](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5121), consultado a 01.12.2015.

<sup>298</sup> Pedimos de empréstimo a expressão de JEAN PRADEL: “Le sens des mots”. Cfr. PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*. Paris, Éditions Dalloz, 1995, p. 37.

<sup>299</sup> Embora, não conexas do ponto de vista dogmático, certo é que em muito nos inspiram as considerações tecidas e os termos empregues in LOUREIRO, João Carlos, “Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s)”. *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro*, n.º 1 (II. série) 2012, 181-232, disponível em <http://revistas.ua.pt/index.php/rual2/article/view/3063/2842>, consultado a 01-03-2015.

circunscrever completamente o real ao plano estritamente normativo”<sup>300</sup>. Se o bem jurídico, na sua expressão, é o tradutor da consciência jurídico-penal dominante, num determinado tempo e espaço, a verdade é que também o *contexto* no qual se encontra inserido reveste suma importância. *Veritas*, nele e por ele aquele determinado interesse vê a sua proteção assegurada, plasmado num articulado (preceito normativo) ao qual o legislador só chegou por vislumbrar tal necessidade.

Apesar do ponto de necessidade e carência penal ser um ponto que, pelas suas dimensões, exigia um maior desenvolvimento, cremos que os tópicos já demasiado tecidos cumprem o desígnio de guias para o aprofundamento necessário. Porém, aqui chegados, esta breve referência necessita de ser elaborada e modelada, pois tal funciona como a alavanca ou o botão inicial que eleva o raciocínio jurídico-argumentativo a um outro ponto que tememos ser a busílis do nosso estudo, por ser uma *aventura* sem qualquer rede de suporte teórico.

Na verdade, a fim de esquisar o nosso pensamento sobre a temática, acreditamos que este facilmente se desenvolve a partir de uma representação gráfica. Ao bem jurídico tem, necessariamente, que ser atribuído o ponto de destaque sobre o qual todas as demais ponderações serão tecidas, densificadas e, posteriormente, aplicadas. O conhecimento e domínio da teoria do bem jurídico consubstanciam requisito obrigatório para trilhar a análise a que nos propusemos.

Assim, encarado o bem jurídico, cumpre apreender o *contexto* que o envolve, isto é, identificar, verificar e relevar o específico *contexto*<sup>301</sup>. Deste modo, é, tal como nos delitos de acumulação<sup>302</sup> como se fosse importante analisar toda a envolvência daquele específico ato, antes de uma qualquer pronúncia. Uma tal profecia, anterior a uma

---

<sup>300</sup> Vide CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal...*, *op. cit.*, p. 416.

<sup>301</sup> Parece que apenas com estas considerações conseguiremos dar expressão e pleno cumprimento ao “procedimento geral da política pública de regulação penal” propugnado por GOMES CANOTILHO. No essencial, a primeira fase terá de ser a “identificação do «problema penal»”. Destarte, acreditamos que para sua correta identificação, cabe empregar um olhar atento às circunstâncias envolventes daquele concreto bem jurídico, isto é, uma averiguação do concreto *contexto* que o circunde e, indubitavelmente o *contamina*. Para mais desenvolvimentos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Teoria da legislação ...”, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>302</sup> Cumpre mencionar que na presente investigação, e distintamente dos delitos de acumulação, a ofensa do bem jurídico pode ser apreendida “a partir do cotejamento entre a singular conduta e o bem jurídico protegido”. Pedido de empréstimo o horizonte compreensivo de FABIO D’AVILA, importa frisar a imperiosa necessidade “de uma correta compreensão da problemática que envolve a ofensividade nestes meandros: definitivamente, o contexto.” Por tal, também no nosso estudo, o contexto é que sofre alterações, pelo que “à luz de uma exigência de ofensividade, a situação torna-se absolutamente diferente.” Nestes termos, há um “contexto situacional de instabilidade”, dominante por alguns fatores, de entre os quais, quiçá o estudado: a vulnerabilidade específica do “ser-aí-diferente”. Cfr. D’AVILA, Fabio Roberto, “Ofensividade e Crimes...”, *op. cit.*, pp. 384-396.

análise devidamente elaborada, poderá proporcionar a fraqueza da teoria e, quiçá, a sua ruína.

Antevemos que a solução jurídico-penal admissível, a solução justa, capaz de corresponder aos desígnios de um verdadeiro Estado de Direito, passará pela análise ponderada de um tal *contexto*, onde pesarão múltiplas variáveis a que o nosso legislador não foi indiferente. Contudo, existem outras, aquelas que (ainda) não assumiram o papel principal, que parecem clamar tal emersão, dada a sua não normatização – tal, em última análise, poderá provocar um abalo, de difícil reconstrução, nos pilares de um qualquer ordenamento jurídico. O que queremos expressar é que a envolvência impõe a cuidada análise do específico caso. Por conseguinte, não basta que olhemos para o plano normativo plasmado num articulado inerte, ignorando a dinâmica da pessoa humana, a dinâmica do mundo. Não queremos com tal afirmar que, a título de exemplo, a vida de uma pessoa velha vale mais (ou menos) do que a de uma criança, ou a de um adulto em período laboral. Antes queremos proclamar que as características daquelas pessoas (por exemplo, a idade) poderão ter repercussões no bem jurídico, podendo tal evidenciar (ou não) uma necessidade distinta de proteção, como que capaz de colmatar a vulnerabilidade específica identificada (e credora de um determinado apoio).

Com efeito, ao invés de olharmos esta vulnerabilidade (específica) como característica independente e dissociável do bem jurídico, antes propugnamos que a correta identificação daquele será apenas possível quando analisado todo o *contexto* – toda a envolvência daquele específico caso. Com tal raciocínio asseguramos, também, a igualdade da aplicação da lei – baluarte do Estado de direito democrático<sup>303</sup>. Contudo, e uma vez mais, importa que sublinhemos a ideia de que não é por estar diante de nós uma pessoa velha que, automaticamente, e sem qualquer raciocínio de compreensão, poderá ou deverá ser aplicado o (possível) *plus* protetivo. Em verdade, de tal constatação só parece emergir a imperiosa análise de *contexto*, para que se possa aperceber da importância daquela vulnerabilidade para aquele específico desfecho (isto é, para a prática do ilícito criminal).

Daqui partindo, cremos que a análise por nós esboçada nunca sai, verdadeiramente, desse bem jurídico (outro não parece ser o caminho!). Antes nele suportada, faz uma rotação de trezentos e sessenta graus sobre si mesmo, proporcionando a

---

<sup>303</sup> Não se trata, meramente, de uma igualdade formal, mas antes sendo, verdadeiramente, uma igualdade material.

visão global que aquele legislador poderá ter realizado, aquando da elaboração daquele arquétipo.

Dissemos que o Direito Penal é um direito sujeito à mudança<sup>304</sup> e que o jurista<sup>305</sup> (o aplicador de direito, o juiz) é, antes de tudo, uma pessoa humana, integrada no seu tempo e espaço. Embora se tenham adiantado muitos dos limites a esta ordem de liberdade, não parece ser possível enquadrar o raciocínio apresentado com nenhum deles. Não sendo um limite, antes parece ser a âncora da necessária visão (de globalidade do *contexto*) para a apreensão da solução jurídico-penal mais justa.

Portanto, não consubstanciando a multiplicação de bens jurídicos<sup>306</sup>, entendemos que a análise a realizar dele parte e nele terá de findar. Porém, em tal excursão terá de atentar na realidade circundante, nomeadamente nas vulnerabilidades específicas da vítima, a fim de concluir pela (eventual) averiguação da intensidade da resposta jurídico-penal. Neste tópico, cremos que esta especificidade da pessoa velha, caso contribua para o desfecho final terá de ser tida em conta, enquanto circunstância importante e etapa necessária na descortinação da solução jurídico-penal mais justa.

A proteção jus-penal a conceder à pessoa velha (e centramo-nos apenas nesta por ser este o nosso objeto de estudo) é igual à proteção outorgada a qualquer outro “ser-aí-diferente”. Aportado no bem jurídico protegido (vida, integridade física, liberdade pessoal, etc), cumpre analisar o específico *contexto* em que o mesmo está enraizado. Destarte, para empregar tal análise, seremos conduzidos a debruçar-nos sobre as eventuais e específicas vulnerabilidades daquele “ser-aí-diferente”.

---

<sup>304</sup> Nas sábias palavras de FABIO D’AVILA, “o direito penal é não só fruto de um refletir moderno, que se faz perceber e compreender, em boa medida, através do seu momento histórico de maior expressão, o Iluminismo Penal. É, antes disso, um ideário que ainda hoje busca nessas linhas a sua mais profunda identidade. Identidade que, (...) requer temperança para com as transformações que lhe são exigidas e tolerância para com aquilo que, por sua conformação essencialmente limitada, não pode atender.” Acabando por reconhecer que “o contínuo movimento a que o real está submetido revela a inafastável necessidade de proteger bens através da imposição de condutas conservadoras”. Cfr. D’AVILA, Fabio Roberto, “Ofensividade e Crimes...”, *op. cit.*, pp. 36 e 312.

Ademais, “...o novo, ou o quiçá objeto de inexata adjetivação – direito penal “moderno” –, também não emerge como uma qualquer transcendência ao direito penal liberal. Deste é apenas um filho rebelde que necessita de constante vigilância, em ordem a que se lhe possa manter adscrito ao eixo normativo em que se encontram hospedados os axiomas, os princípios e as regras jurídicas que estruturam a dogmática penal como uma unidade lógico-funcional.” *Vide* CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal...*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>305</sup> Para uma explicação em torno da questão: “O que fazem os juristas numa ordem jurídica do tipo da nossa?”. Cfr. NEVES, A. Castanheira, “Método Jurídico”..., *op. cit.*, p. 212.

<sup>306</sup> Neste mesmo sentido parecem convergir os pareceres apresentados aquando do Projeto de Lei n.º 62/XIII/1 – 41.ª Alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

Neste formato, a tutela do velho por nós perfilhada situa-se no círculo cujo início, fim e centro nevrálgico é o bem jurídico. Porém, como seu *satélite natural*, que com ele partilha pontos da mesma rota e, não raras vezes, o espaço, encontram-se as fragilidades, as vulnerabilidades, isto é, as características de imperiosa análise que compõem o *contexto* partilhado.

Sem uma perceção globalizante, portadora de todos os vetores, a tutela do livre desenvolvimento daquele “ser-aí-diferente” poderá sair beliscada com uma ferida de morte. A lei geral e abstrata, na sua essência, não poderá ser o veículo capaz de comportar tais nuances (?), adequadas a cada ser daquela comunidade, na qual se insere. Contudo, não abordando (pelo menos para já) o *como*, importa cimentar as considerações, de forma a difundir a problemática (também) a outras áreas.

O ordenamento jurídico-penal português encontra-se fundeado na teoria do bem jurídico. Tendo esta como guião, a verdade é que vai reconhecendo nos seus articulados maiores necessidades de prevenção para determinados grupos de pessoas. Portanto, não sendo o Estado uma ordem de substituição do papel da família ou da Sociedade<sup>307</sup>, pretende ser um Simão que carrega a par e passo a *crúz* de pouco conseguir fazer, com a esperança de que qualquer avanço se consubstanciará em adicional vitória.

Conscientes que “nenhum dogma (nem mesmo os de fé), nenhuma teoria (nem as matematicamente construídas) tem o condão de cobrir satisfatória e elegantemente toda a realidade – seja ela factual, seja normativa”<sup>308</sup> –, somos chamados, uma vez mais, a sublinhar o carácter fragmentário do Direito Penal. Apesar de nos dias de hoje se clarear o papel de guardião das gerações futuras, importa frisar que este tem, necessariamente, que ser o defensor dos direitos e liberdades dos “seres-aí-diferentes” que com ele partilham o tempo, o espaço e os inevitáveis atropelos ao seu livre desenvolvimento, proporcionando uma convivência efetivamente pacífica entre as diferentes gerações.

Em súpula, não cabendo ao Direito Penal as “funções de aprimoramento do comportamento com a intencionalidade de uniformizar valores na consciência individual ou coletiva”, certo é que dos valores “culturalmente enraizados (em cada tempo histórico)”

---

<sup>307</sup> Neste mesmo sentido, afirma-se que “A família, o Estado e a Sociedade estão obrigados moral e formalmente com o idoso, não apenas no tocante aos alimentos, mas também no que se refere à sua integração, ao convívio social e ao exercício pleno de sua cidadania, indissociável do preceito da dignidade.” Cfr. REGIS, Cláudia e SANTOS, Luís Gustavo dos, “A solidariedade na prestação de alimentos ao idoso”. *Revista Eletrónica de Iniciação Científica*, v. 4, n.º 1 (2013), 441-459, disponível em [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc), consultado a 01.02.2016, p. 457.

<sup>308</sup> Vide CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal ...*, op. cit., p. 267.

devem desenvolver-se, no plano normativo, assumindo a forma de articulados capazes de adequadamente os proteger<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> Vide CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal ...*, *op. cit.*, p. 270.



## 2.2. O âmbito da proteção jurídico-penal da vulnerabilidade (em razão da idade avançada) – Como?

“Le risque, élément constitutif de la vulnérabilité, s’est réalisé. Fragilisé par un état particulier, l’intéressé a subi un dommage et c’est à l’occasion de la prise en compte de ce dommage qu’apparaîtra cet état préexistant.”

Frédérique Fiechter-Boulvard

Neste tópico, cumpre-nos mencionar que o nosso Código Penal contém – como já tivemos oportunidade de referenciar – menções acerca da *pessoa particularmente indefesa*<sup>310</sup>. Assim, o “ser-aí-diferente”, ser de uma comunidade, é portador de uma

---

<sup>310</sup> A parte especial da qual brota o direito penal é anterior à parte geral. Deste modo, e seguindo o lema “diz-me como é composta a parte especial do Código Penal do teu país e dir-te-ei em que sociedade vives”, optamos, nestas poucas linhas, por iniciar esta viagem pela parte especial (livro II), mais concretamente pelos crimes contra a vida – capítulo I, do título I – (cfr. DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal – Parte ...*, *op. cit.*, p. 10).

Em boa verdade, se a realidade social está vertida no Código e encontra expressão na parte especial, se um dos “bens jurídicos para o qual se reclama uma protecção extrema” é a vida (bem consagrado nessa mesma parte), uma breve análise dos crimes, vertidos no capítulo I, constituirá a melhor e mais visível expressão da protecção que o nosso legislador concede(u) ao idoso (*vide* SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 35. Ver ainda COSTA, José de Faria, “O fim da vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 759-807, p. 767, onde se afirma que “o bem ou valor jurídico-penal mais fortemente protegido é a vida humana”).

Ancorados no art. 132.º do CP, urge evidenciar que a verificação, no caso concreto, de um ou mais exemplos padrão (figura a “meio-caminho entre as circunstâncias modificativas agravantes nominadas e inominadas”) não significa, necessariamente, a realização do especial tipo de culpa e a consequente qualificação do homicídio. Cfr. MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime de Homicídio qualificado ...*, *op. cit.*, pp. 42 e 61-63. Ver ainda o ac. STJ, processo n.º 02P3703, de 10-12-2008 e ac. TRC, processo n.º 220/07.7GCACB.C1, de 10-12-2008, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Para mais desenvolvimentos, SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado – tipo...*, *op. cit.*, p. 122; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *op. cit.*, pp. 203-205; DIAS, Jorge de Figueiredo e BRANDÃO, Nuno, “Anotação ao artigo 132.º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Tomo I)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 51-54 e COSTA, José de Faria, “Construção e interpretação ...”, *op. cit.*, p. 357.

Merece a nossa atenção o tipo legal de ofensa à integridade física qualificada (artigo 145.º). Usando o método cunhado no artigo 132.º, este artigo refere por remissão a *pessoa particularmente indefesa* (art. 132.º, n.º 2, c) *ex vi* art. 145.º n.º 2, ambos do Código Penal). Destarte, volta a frisar-se que as circunstâncias elencadas são relativas à culpa, não sendo as mesmas taxativas, nem tão pouco automáticas. Ademais, com a utilização da expressão supra aludida, quis o legislador proteger o indivíduo em situação de fragilidade física ou psíquica, sendo que essa mesma fragilidade poderá resultar da idade, deficiência, doença ou gravidez. Contudo será essa protecção realmente adequada e eficaz? Ora vejamos: enquanto o crime de ofensa à integridade física simples (artigo 143.º, do CP), na maioria dos casos, reveste natureza semi pública – ocorrendo uma limitação do princípio da oficialidade (arts. 48.º, 49.º e 283.º, do CPP e arts. 113.º a 116.º, do CP) –, a ofensa à integridade física qualificada é um crime público. Destarte, a natureza do crime consagrado no artigo 143.º, do CP poderá levantar algumas questões político-criminais, na medida em que a pessoa objeto de estudo é, não raras vezes, uma vítima silenciosa, que se reconduz a um medo atroz; medo este que a impossibilita de concretizar a almejada queixa (art. 143.º, n.º 2, do CP). Não obstante estes argumentos, outros perfilam-se no nosso horizonte, na medida em que alguns idosos incapacitados dependerão do seu representante legal (leia-se, representante que poderá ser o agressor) para efetivar a queixa e dar mote ao processo penal. Não obstante as múltiplas críticas que poderão ser tecidas a uma e outra opção, compreendendo que a natureza de um

---

crime não pode estar apenas e só alicerçada nas especiais características da vítima, cremos que uma reflexão séria e atenta da nossa sociedade (auscultando as associações e especialistas que diariamente trabalham com estas pessoas), interligada com as traves mestras do nosso ordenamento jurídico-penal permitirá traçar uma melhor solução penal, ou tão-somente um melhor plano de segurança e atuação, capaz de responder às reivindicações que os (novos) ventos ousam apresentar. Para uma melhor compreensão do problema COSTA, José de Faria, “Vida e Morte...”, *op. cit.*, pp. 184-185; DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 87; FARIA, Paula Ribeiro de, “Anotação ao artigo 143.º”, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 305, 309, 326 e SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 232.

Não pretendendo extinguir a análise, nem com objetivo de realizar uma cobertura global dos tipos legais de onde consta a expressão *pessoa particularmente indefesa*, cumpre dar conta que quis o nosso legislador proteger este “ser-ai-diferente” que mantém uma relação de coabitação e dependência face ao infrator (art. 152.º n.º 1 al. d)). Por tal, sempre que ocorra a prática reiterada, ou não, de diversos comportamentos: contra a saúde (física ou psíquica), contra a honra e contra a liberdade (física ou sexual) – ou outros que *per si* não configurem qualquer infração criminal – de uma *pessoa particularmente indefesa* (na qual se poderá enquadrar a pessoa objeto de estudo – pessoa idosa) estaremos, em princípio, perante o crime de violência doméstica.

Todavia, esta proteção concedida à pessoa velha, não está isenta de críticas. Em primeiro lugar, importa atentar nos casos mais graves de violência doméstica. Em verdade, quando o crime cometido tiver uma moldura penal superior àquela que está elencada no artigo 152.º, aplicar-se-á a primeira. Porém, ao eleger esta solução, o nosso legislador não observa a *ratio* da criação do crime de violência doméstica, visto que não ocorrerá qualquer agravamento por causa da especial relação existente entre o agente e o sujeito passivo. Deste modo, não se vislumbra a relevância jurídico-penal concedida ao crime em estudo, nos demais tipos legais, que por sinal envolvem comportamentos mais graves.

Cumpre ainda evidenciar uma questão parcialmente abordada pela doutrina e que se perfila ao lado da anteriormente referida. Na realidade, na questão identificada limitamo-nos ao concurso heterogéneo de normas; não obstante, não raras vezes ocorre um concurso homogéneo, do qual não se averigua a existência. Assim, não se afigura compreensível que um indivíduo que proporciona *verdadeiras batalhas bélicas no palco secreto do seu lar*, durante dez longos anos, sobre a pessoa *particularmente indefesa*, veja o seu comportamento ilícito ser reconduzido a um único crime de violência doméstica. Não sendo nossa intenção entregar a solução à questão, cremos que *ela já se encontra entre nós*. Aquela exata pré-compreensão dos tipos legais convocáveis que CASTANHEIRA NEVES proclama, atracada na apreensão da “relação entre o facto e a norma” permitirá uma correta definição da factualidade, que invariavelmente contribuirá para um “desfecho justo do processo” (cfr. BRITO, Ana Maria Barata de, Colóquio “Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios”, Procuradoria-Geral da República (1 de dezembro), 2014, disponível em [http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica\\_2014-12-01.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf), consultado a 02-02-2014, pp. 2 e 9).

Num terceiro momento, também não se afigura compreensível a não consagração de penas acessórias (n.º 4 do artigo 152.º) para os outros tipos legais. TAIPA DE CARVALHO propõe uma interpretação teleológica extensiva, com vista a aplicar essas mesmas penas acessórias aos casos em que o agente seja punido com uma pena mais grave, do que aquela que está prevista para o crime de violência doméstica. Ademais, e parafraseando o mesmo autor, por argumento de maioria de razão, o n.º 5 do artigo 152.º terá, também, que ser aplicado aos demais casos, em relação de subsidiariedade com o crime de violência doméstica.

Por outro lado, e embora se compreenda a *ratio* da norma, entende-se que o legislador deveria ter pensado, também, nos casos de velhice (e deficiência) como causas capazes e aptas a qualificar a violência doméstica. Assim, a introdução de uma alínea conexcionada com a particular vulnerabilidade das pessoas idosas (ou deficientes) responderia, na nossa opinião, ao desígnio do legislador que parece ter estado na autonomização deste tipo legal, bem como à necessidade identificada de atribuição de uma tutela acrescida que resulta de um imperativo ético e está em harmonia com a ordem axiológico constitucional.

Por último entendemos que a exigência de coabitação expressa no artigo 152.º, n.º 1, alínea d) poderá incorporar uma lacuna na proteção de alguns sujeitos passivos. Assim, e na esteira do defendido por MARIANA VILAS BOAS, a opção do legislador poderia ter sido outra, como por exemplo a de consagrar em alternativa a exigência de coabitação e a “condição da vítima ser descendente, ascendente, adotante ou adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente” (*vide* BOAS, Mariana Mesquita Vilas, *Violência contra menores – análise crítica dos artigos 152º e 152ºA do Código Penal*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Universidade Católica do Porto, 2013, pp. 19-20). Embora se possa criticar esta proposta legal, entendendo que o Código já oferece semelhante proteção na ofensa à integridade física qualificada, certo é que a *ratio* do crime de violência doméstica é distinta desse. Ademais, e pelas questões *supra*

vulnerabilidade (caraterística inerente a qualquer ser humano); portador desta primária *marca*, não raras vezes a sublinha e acentua, jorrando no aparecimento de vulnerabilidades específicas.

Nesta senda, a pessoa velha – especialmente vulnerável, em razão da idade avançada – vê em alguns preceitos normativos uma especial referência. Contudo, ao longo da nossa investigação, a pergunta que se impõe é se tal é suficiente e adequado a assegurar a proteção dos bens jurídicos, no caso em concreto afetos. Subsequente a esta questão, surge uma outra: poderá o Direito Penal expressar e interligar os seus tipos legais (pré-existentes) com esta exigência? De que forma?

Nunca esquecendo os baluartes da teoria do bem jurídico, os pilares sobre os quais este ordenamento se edificou (e cresce), importa – com o risco inerente a qualquer percurso jurídico-argumentativo – explorar uma possível solução, que nada mais pretende

---

expostas retiram-se sérios problemas de aplicação das penas acessórias (nomeadamente se estiver em causa o artigo 145.º, n.º 1, al. b), do CP, na medida em que a relação de subsidiariedade, expressa no art. 152.º n.º 1, levará à aplicação da pena mais grave – a do artigo 145.º). Para mais desenvolvimentos CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 152.º”, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 513 e 529; BRANDÃO, Nuno, “A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica”. *Julgar*, n.º 12, Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 9-24, pp. 18 e 20-22; COSTA, José de Faria, “Penas acessórias – Cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá].”. *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 136, n.º 3945, 322-328, pp. 323-324; FERNANDES, Plácido Conde, “Violência Doméstica – novo quadro penal e processual penal”. *Revista do CEJ*, n.º8, Especial: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 293-340, pp. 313-314; LEITE, André Lamas, “A violência relacional íntima”, *Julgar*, n.º 12, Especial: crimes no seio da família e sobre menores, 25-66, p. 48 e NEVES, J. F. Moreira, “Violência Doméstica sobre a lei de prevenção, proteção e assistência às vítimas”, *Compilações doutrinárias*, verbojuridico.net, (agosto) 2010, disponível em [http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/jmoreiraneves\\_violenciadomestica.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/jmoreiraneves_violenciadomestica.pdf), consultado a 20-02-2015.

Por impossibilidade de abordagem aos diversos tipos legais, centramo-nos nos anteriormente referenciados, convocando a atenção do mundo jurídico para as demais consagrações legais. A este propósito, revestirá suma importância um estudo centrado no crime de maus-tratos (a vítima está numa relação de subordinação face ao agressor, podendo ser num plano assistencial, educativo ou laboral), mas também na agravação dos crimes de ameaça e coação, patente no artigo 155.º alínea b), do CP. A agravação dos crimes de ameaça e coação quando o ato seja praticado contra *pessoa particularmente indefesa*, apenas mereceu consagração legal nos anos 90 – com a Revisão de 1998 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro) cuja trave mestra assentou na agravação legal da pena mediante as qualidades/peculiaridades da vítima e a especial fragilidade do sujeito passivo (derivada da idade, de deficiência ou gravidez). Dados tais indícios, o nosso legislador parece ter sido sensível às alterações sociais que sucediam na nossa sociedade. Porém, algumas dessas expressões não conquistaram a consagração legal que se esperava. Destarte, não passou de mera proposta a hipótese (tentadora) de uma dupla agravação, quando sucedesse o preenchimento simultâneo de mais do que uma das alíneas.

Também integrado nos crimes contra a liberdade pessoal encontra-se o crime de sequestro. Na realidade, e à semelhança dos anteriores, o princípio norteador da revisão de 1998 ecoou no artigo 158.º. Assim, a especial vulnerabilidade da vítima implica um qualificado desvalor da ação, e por conseguinte a uma agravação legal da pena – art. 158.º n.º 2, al. e). Ver CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 155.º”, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 587-594 e ainda CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 158.º”, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 641-668.

ser do que um (outro) trilho que poderá (e deverá) ser percorrido, uma e outra vez, a fim de encontrar a solução jurídico-penal mais justa.

Sumariamente, a vulnerabilidade – característica onto-antropológica do “ser-aí-diferente” – é (também) uma marca dominante em alguns estádios do desenvolvimento da pessoa humana. O “ser-aí-diferente” é um ser carente de cuidados, por excelência<sup>311</sup>. Porém, é determinante salientar que, proporcionado pela idade, por uma deficiência ou mesmo um estado temporário (pensemos na gravidez), aquele determinado “ser-aí-diferente” revela especiais fragilidades. Em sinopse de tal, afigura-se de extrema importância, numa compreensão jurídico-argumentativa, justificar tal pretensão. Em alguns pontos do Código Penal, tidos por circunstanciais, o legislador entendeu que deverá, por ser revelador da especial censurabilidade ou perversidade do agente (ou especiais exigências de prevenção), conceder um preceito normativo capaz de responder penalmente à violação daquele determinado bem jurídico, naquelas específicas circunstâncias. Assim, colocamos o toque numa nova questão, na medida em que o bem jurídico se encontra enquadrado num determinado *contexto*.

Conscientes do importante papel advindo da necessária compreensão do mundo, como fonte enriquecedora da solução jurídico-penal, socorremo-nos (uma vez mais) da representação gráfica, dando leves notas de melhoria, isto é, o bem jurídico protegido – tal como consta no Código Penal – necessita de compreender o seu *contexto*, apreender o tempo e espaço no qual se encontra, permitindo o seu correto alcance, em todas as suas dimensões, inclusive a(s) que diz(em) respeito às vulnerabilidades específicas, resultantes da idade avançada.

Por tudo isto, estabelecemos como premissa credora de maiores detalhes, mas, ao mesmo tempo, cerne da questão, a possibilidade (normativamente comprovada e, ao longo dos anos, realçada) do legislador penal prever, em determinados preceitos normativos, a pessoa particularmente indefesa – em tal expressão será (também) enquadrável a pessoa objeto de estudo: a pessoa velha. Por essa razão, importa compreender a linha de normatização talhada pelo legislador, bem como a forma utilizada para o perfazer.

---

<sup>311</sup> Neste mesmo horizonte, expressa-se que “o Homem carece, durante toda a sua vida, de Cuidado. Porém, há momentos críticos em que só ele o mantém à tona como ao nascer, ao morrer e ao adoecer. Enfim, em todas as formas de sofrimento humano. É no Universo desta condição humana que a narrativa de Higinio nos dá o seu magno ensinamento: o Cuidado que todos merecemos e prestamos aos nossos semelhantes.” Para mais desenvolvimentos, ZAGALO-CARDOSO, J. A. e SILVA, António Sá da, “A ética do...”, *op. cit.*, p. 84.

Sem reconhecer, *ab initio*, a superioridade da solução plasmada, cumpre avaliar outros possíveis rumos – entre os quais poderá estar a existência (ou consolidação?) de uma cláusula, plasmada na parte geral do Código Penal, professando a necessária interpretação de todo o *contexto*. Assim, o “procedimento geral da política pública de regulação penal”<sup>312</sup> que impõe, numa primeira fase, a identificação do problema penal, vê a esta seguir-se a formulação de soluções. Em verdade, é nesta mesma fase que nos encontramos, tanto para labor do presente trabalho, como para o caso de estabelecer a (eventual) tutela penal do idoso.

Esta formulação só poderá *i*) resultar de um estudo, radicado na teoria do bem jurídico, *ii*) acompanhado de uma elaboração jurídico-argumentativa complexa que, no essencial, comportará a necessária análise da(s) vulnerabilidade(s) específica(s) que, depois e em princípio, será *iii*) sujeita à discussão, na *praça* dos eruditos juristas, a fim de alcançar a tão almejada solução. Por tais etapas terá obrigatoriamente que passar a investigação esquisada. Debruçados em tais fases, destaca-se o facto de que as duas primeiras já parecem ter percorrido o seu trilho, clamando a terceira a sua particular necessidade de intervenção.

O *como* da intervenção estará conexas com a imperiosa análise do *contexto*. Com um medo atroz da discricionariedade e insegurança jurídica – ultrapassadas pelas conquistas a que fomos assistindo – importa (nestes termos) capacitar a possível cláusula geral, com a obrigatoriedade da presente análise, rumo à possível obrigatoriedade de verificação *in concreto*.

Sabendo de antemão que o nosso Código Penal consagra como finalidades das penas e medidas de segurança “a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”, é importante mencionar que a determinação da medida da pena “é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”. Assim sendo, na determinação concreta da pena, o aplicador de direito recebe o poder-dever de vislumbrar e valorar as circunstâncias que, embora não fazendo parte do ilícito criminal, depuseram a favor ou contra o agente<sup>313</sup>. Não assumindo um elenco taxativo, pretende o art. 71.º ser um guia para a determinação desta medida da pena, sempre encaixilhada pela moldura abstrata<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Conforme expressa CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Teoria da legislação ...”, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>313</sup> Quanto a este ponto e a título de exemplo, damos conta do ac. do STJ de 17.04.2008, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No essencial, importa salientar que a especial fragilidade da pessoa velha foi tida em linha de conta, nos seguintes termos: “Por tudo quanto ficou referido a propósito das circunstâncias em que o crime foi praticado e da postura da arguida, que não assumiu a prática dos factos, da sua personalidade,

Por isto, a expressa consagração da necessária observação das circunstâncias em união com a propugnada análise do *contexto*, logrará a entrega de um poder-dever que, servido na bandeja de prata da segurança e certeza jurídica, não tira enfoque ao bem jurídico, antes o colocando no pedestal da necessária interpretação, ladeado pela imperiosa averiguação do *contexto*. Todavia, na presente investigação, deixando a denominação de *contexto instável*<sup>315</sup>, antes pretendemos assumir e cimentar o alicerce que é devido à situação em análise: o de *contexto inerente*<sup>316</sup>. Pois, por inerente àquele bem jurídico, dele

---

aproveitando-se da situação de fragilidade física do vizinho idoso que conhecia, e do facto de em nada ter contribuído no sentido de reparar o mal do crime, é de concluir não estarem reunidas as condições para se formular um juízo de prognose favorável em relação ao comportamento futuro da recorrente, cujos contornos se desconhecem em absoluto, não se podendo projetar a vivência, modo de relacionamento, capacidade de resposta e inserção social nos próximos cinco anos.”

<sup>314</sup> Entre tantos outros escritos, atentar nas seguintes considerações: o “art.º 71º estabelece como parâmetro da medida da pena as exigências de prevenção. Vem-se entendendo, então, que dentro da moldura penal prevista na lei se encontrará uma sub moldura adequada ao caso e aferida pelas necessidades de prevenção geral positiva. O limite inferior dessa sub moldura corresponderá então ao mínimo de pena suportável pela comunidade, em face do facto, e o limite superior à medida ótima de defesa dos bens jurídicos violados com aquele crime. Dentro desta sub moldura, configurada pelas exigências de prevenção geral de integração haverá que encontrar então, um “quantum” certo de pena, ditado pelas necessidades de prevenção especial. Conforme se pode ler em acórdão relatado pelo Presidente da 5.ª Secção Conselheiro Carmona da Mota, as necessidades de prevenção geral atendem ao abalo sentido pela comunidade das expectativas na validade da norma violada. A sub moldura aludida estabelece-se entre o ponto ótimo da realização das necessidades preventivas e o absolutamente imprescindível para se realizar essa finalidade de prevenção geral sob a forma de defesa da ordem jurídica”. Ademais, “É uniforme o entendimento, segundo o qual, o respeito pelo princípio “ne bis in idem” não permite que a mesma circunstância seja ponderada, ao mesmo tempo como circunstância geral e como circunstância modificativa, já que, neste último caso, constituirá, afinal, um elemento do tipo qualificado ou privilegiado.” Deste modo, conclui-se que “Para quem esteja a ser julgado pela prática de um crime, constitui uma garantia fundamental o tratamento próprio, que as especificidades do seu caso reclama. Mas também constitui uma evidência que, em muitas situações, as variáveis a ponderar se repetem.” Para mais desenvolvimentos, MOURA, José Souto de, “A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, disponível em [http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf), consultado a 01.05.2016.

<sup>315</sup> Pedimos de empréstimo a expressão e percurso jurídico-argumentativo, para dele e com ele, esgrimir um possível novo horizonte argumentativo. Para aprofundar o estudo do presente tópico, D’AVILA, Fabio Roberto, “Ofensividade e Crimes...”, *op. cit.*, pp. 384-396. Ver ainda CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal ...*, *op. cit.*, pp. 612-617. Este último, embora relativo a uma outra temática, dá breves notas que também propugnamos no presente trabalho: “é de uma lógica brutal, será inegavelmente com respaldo em uma política de prevenção e de repressão a comportamentos cujos efeitos e consequências são apreensíveis e dimensionáveis, que se poderá coartar e quebrar cadeias cumulativas capazes de comprometerem, no limite, o futuro da espécie.” Concluindo que “a responsabilização do agente individual também irá, em parte, encontrar um *quantum* de legitimidade em uma vulneração a uma obrigação social de solidariedade para com as futuras gerações – a concorrer para reforçar o duplo juízo de desvalor...basta admitirmos que temos para com eles deveres éticos (de solidariedade intergeracional).”

Ver ainda CAETANO, Matheus Almeida, “Os delitos de...”, *op. cit.* e CAETANO, Matheus Almeida, “Os delitos de acumulação na Sociedade de Risco: reflexões sobre as fronteiras da tutela penal no estado de Direito Ambiental” in LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Helene Sivini e CAETANO, Matheus Almeida, *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Volume III. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012, 189-226.

<sup>316</sup> Para que franja de dúvida não reste, *contexto inerente* resulta de uma expressão mais lata: *contexto inerente tendencialmente relevante*.

dissociável, mas com ele comprometido, deve – para atingir a solução jurídico-penal justa – ser tido em linha de conta.

Assim, a linha paralela que a par e passo caminha com a linha do bem jurídico, não pode passar indiferente ao zeloso aplicador, assim como não poderá ser alheia ao próprio legislador. O segundo terá e porá na sua conformação os baluartes deste ordenamento jurídico, em última análise deste Estado de direito democrático. O primeiro verá naquele preceito o poder-dever de análise, sem (jamais) necessitar de o fazer às escuras (ou com voltas mais recônditas, imbuídas na proliferação de agravações, transporte privilegiado de muitas incongruências).

Sem aspirações de aqui se edificar uma pretensa solução universal, pretendemos tão-somente, alinhavar um rumo a (eventualmente) explorar. Apesar do mesmo poder sofrer, desde logo, de um atentado capaz de abalar a sua construção, importa testá-lo com as críticas, avaliando a sua capacidade de resposta, sintetizando-o e fortalecendo-o a cada investida – atenta, claro está, a necessidade verificada de esquisar a solução mais eficaz a proteger este aparente *deficit* protetivo.

Numa primeira impressão, poder-se-á mencionar que a solução em desenvolvimento é, na verdade, redundante, pois, enquadrável nas circunstâncias plasmadas no preceito relativo à determinação da pena, dele é parte integrante, na medida em que o articulado é meramente exemplificativo, admitindo não só, mas também, as

---

No essencial, visa traduzir a(s) vulnerabilidade(s) específica(s), normalmente associada(s) à pessoa idosa – o cenário de especial vulnerabilidade.

Portanto, embora *inerente*, pois coabita e corrompe o espaço daquele concreto bem jurídico, poderá ser *tendencial*, isto é, carece de necessária valoração. Assim, apesar de percorrer uma linha paralela à do bem jurídico, carece de verificação no caso *in concreto*, a fim de se averiguar a sua contribuição para com o desfecho.

Com efeito, em rota de colisão com a solução brasileira (cláusula intrinsecamente conexcionada com a idade, de aplicação automática), propomos uma solução ancorada na fragilidade/vulnerabilidade (específica), seguindo a ótica do legislador português – "pessoa especialmente indefesa... em razão da idade".

Destarte, apesar de ser um *contexto inerente* – que partilha espaço e, quiçá, rotas com o bem jurídico afetado, carecendo de obrigatoriedade de análise –, pode no caso *sub iudice* não conhecer aplicação (podendo ser apelidado de *tendencial*).

Por tudo, falamos de um contexto que exerce múltiplas interações com o bem jurídico. Deste modo, embora dele dissociável, está com ele fortemente comprometido, carecendo de uma análise concreta, sob pena de abalar os mais básicos princípios jurídico-penais e mesmo constitucionais.

Em suma, cremos que a expressão *lata contexto inerente tendencialmente relevante* revela todas estas especificidades. Não esquecendo o cenário de especial vulnerabilidade (espectável, nas pessoas idosas) – e por isso *inerente* –, não menospreza a necessidade de análise ou a obrigatoriedade de verificação, não operando – pela utilização isolada do termo *tendencial* – a inferiorização do contexto.

Cumprе salientar que por economia de palavras, a referência a esta figura será, ora em diante, realizada pela expressão *contexto inerente*.

circunstâncias nele professado<sup>317</sup>. Não obstante, cremos que tal crítica não colhe força suficiente, pois perde, desde o seu epicentro, a força destruidora. Porquê? Se estamos recordados, no recorte de toda esta investigação está a teoria do bem jurídico, pelo que acreditamos que esta possibilidade de arquitetar uma cláusula geral (de agravação), interligada com a esfera da prevenção – positiva ou negativa, geral ou especial – e ainda na esfera de envolvência do bem jurídico individual ameaçado (constituindo um cenário de especial ou extraordinária vulnerabilidade), não encontrará verdadeira expressão na determinação e medida da pena. Vejamos:

Quis o nosso legislador, com o elenco meramente exemplificativo, contemplar, segundo nos parece, três grandes vertentes: (i.) as relativas à execução do facto, (ii.) as conexas com a personalidade do agente e, por último, (iii.) as correlacionadas com a(s) conduta(s) do agente anterior ao facto<sup>318</sup>. Neste seguimento, a possibilidade de enquadrar a necessária verificação do *contexto (inerente)* não parece ser facilmente subsumível às categorias. Ademais, a sua inclusão – para a qual, não obstante, no nosso entendimento, seria necessário arquitetar uma nova "categoria" – ficaria aquém do papel que cremos que o mesmo tem (ou melhor, deverá ter), não cumprindo as expectativas nele solenemente depositadas.

A propugnação de que esta é uma circunstância já tida em conta, aquando da análise do caso concreto, faz com que revistamos de reservas tal defesa, por ser (não raras vezes) portadora de discricionariedade, subjetividade, insegurança e incerteza. Sendo certo que sempre existirá uma margem de livre apreciação, cremos que as considerações tecidas terão, depois de aglomeradas e revestidas de força jurídica, de consubstanciar um parâmetro jurídico credor da sempre necessária verificação – uma possível circunstância modificativa comum agravante (?)<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (28.09.2005 e 17.04.2008), “as circunstâncias e os critérios do art. 71.º do CP têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para codeterminar a medida adequada à finalidade da prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afetação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente. Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma margem de atuação do julgador dificilmente sindicável, se não mesmo impossível de sindicá-lo.”

<sup>318</sup> Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, op. cit., pp. 311, 337-357 e RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 371-373.

<sup>319</sup> Em verdade, esquisamos aqui a importância de “estudos de campo”, da necessária formação às autoridades judiciais, no sentido de, sem derrogar a sua autonomia própria, procurar a racionalização do



Em segundo lugar, a postulação de um tal articulado poderá ser acusado de ser zelador de um sentimento judaico-cristão<sup>320</sup>. Muito embora possa uma tal abordagem, colher a partilha dos laivos de tal consciência, verdade é que tal como GIMBERNAT, acreditamos que determinados sentimentos poderão ser protegidos como bens jurídicos<sup>321</sup>. Porém, não é este o caminho que seguimos, visto que, perfilando-nos na linha dos demais bens jurídicos (já consagrados no nosso Código Penal), apenas julgamos ser necessário considerar, adicionalmente e em qualquer circunstância o *contexto inerente* – para assim se atingir a solução jurídico-penal mais justa. Em certa medida, surgidos na teoria do bem jurídico pretendemos, no essencial, muni-la do necessário *contexto*. Assim, a verificação da especial fragilidade tem, indubitavelmente, agregado um sentimento de solidariedade intergeracional, uma ideia de cuidado<sup>322</sup>. Em verdade, o cuidado do eu para com o(s) outro(s), do eu para consigo mesmo e do outro para com o eu, demonstra que a teia de cuidados é uma teia tecida com fios da *mais aveludada seda*. Por tudo isto, cremos que o limite outrora reiterado – não proteção de sentimentos – não tem, nesta concreta consagração, respaldo. Com efeito, não se tratando de proteger um sentimento (isto é, elevá-lo à categoria de bem jurídico), antes propugnamos que tais poderão ser enquadrados no específico *contexto* (a ele inerente), enquanto consagração e resposta à extraordinária vulnerabilidade da pessoa velha.

Por tudo, também esta crítica não parece colher argumentos sólidos e suficientes para orquestrar o abandono desta consideração e dar o sinal de partida para uma nova aventura de descoberta. Não obstante, tal afirmação não significa, no imediato, que a solução adiantada é a melhor das soluções. Apenas veicula que as considerações tecidas,

---

processo em causa, evitando as disparidades. Bem sabemos que existe uma necessidade de fundamentar as circunstâncias tidas em conta para determinação da medida da pena (art. 71.º, n.º 3 do CP e art. 375.º do CPP), permitindo-se, em sede de recurso – ainda que de forma limitada (art. 410.º, n.º 2 do CPP) o seu controlo. Para mais desenvolvimentos, MONTEIRO, Fernando Conde, *Consequências Jurídico-penais do Crime. Texto extraído das aulas teóricas da disciplina de Direito Penal II da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Braga, AEDUM, 2013.

<sup>320</sup> Acerca daquela que é considerada uma influência inerente a todo o ordenamento jurídico, desde logo, por ter expressão nos princípios deste (bem como de outros) ramo de Direito. Cfr. FERREIRA, Ana Elisabete, “A vulnerabilidade humana...”, *op. cit.*, p. 1044

<sup>321</sup> *Apud* ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de), “O conceito de bem...”, *op. cit.*, pp. 28-33. Ver ainda ORDEIG, Enrique Gimbernat, “Presentación”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 19.

<sup>322</sup> Em verdade, conforme transparece em muitas investigações existe “...um apelo ao Cuidado com todas as pessoas com necessidades especiais.” ZAGALO-CARDOSO, J. A. e SILVA, António Sá da, “A ética do...”, *op. cit.*, p. 82.

embora suscetíveis de abalo são rígidas, pois construídas sobre a rocha – teoria do bem jurídico – ao longo dos anos sedimentada.

Fixados em tais considerações, importa envergar um outro ao rol de possíveis falhas da solução esboçada, acreditando, no entanto – dizemo-lo já –, que a mesma não fere nenhum dos princípios jurídico-penais. Todavia, na sua formulação poderá ser equacionado a violação do Princípio da dupla valoração, na medida em que não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que já fazem parte do tipo de crime. Em verdade, este princípio terá de ser – outra não poderia ser a via – escrupulosamente cumprido. Destarte, tal como o legislador salienta o facto na determinação da medida da pena (art. 71.º, n.º 2 CP), essa também teria de ser a orientação seguida, caso a solução jurídico-penal plasmada fosse a consagração de uma circunstância modificativa comum agravante. Distintamente, todo o labor argumentativo seria postado por terra, pois seria uma verdadeira ofensa aos pilares do nosso ordenamento jurídico-penal.

De facto, a consagração de uma circunstância modificativa agravante comum/geral<sup>323</sup> em conjugação com o *contexto inerente* seria um novo (e possível) caminho a trilhar. Reconhecendo a necessária tutela das gerações futuras deve, também, o nosso legislador reconhecer a tutela das gerações presentes, pois, indubitavelmente, tal estádio terá pendor na primeira. Alicerçados na “ética de proximidade que a noção de ofensividade real transporta”<sup>324</sup>, munidos da “convicção de injusto sedimentada na sociedade”<sup>325</sup>, cumpre mencionar que o direito penal não poderá, “ainda que na sua veste secundária ou acessória” deixar “de ser garante dos elementos ético-sociais mínimos fundamentais e imprescindíveis, para converter-se em *vade mecum* da solidariedade e responsabilidades sociais”<sup>326</sup>.

Contudo, entendemos que o direito penal, preservada a noção de *ultima ratio*, – cumpridos os demais princípios jurídico-penais, revisados os limites deste magnífico edifício – deve insurgir-se contra a não consagração expressa da violação de um determinado bem jurídico, com determinadas características específicas. Em tal, será

---

<sup>323</sup> Pois influencia qualquer tipo de crime. Por oposição às circunstâncias modificativas especiais que só tem relevância para certos tipos de crimes, cuja formulação consta em diversas disposições da parte especial.

<sup>324</sup> Cfr. CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal ...*, op. cit., p. 382.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>326</sup> KRISTIAN KÜHL *apud* CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal ...*, op. cit., p. 271.

depositada a “ideia de responsabilidade fundada em uma solidariedade intergeracional”<sup>327</sup>, firmada numa ética de cuidado<sup>328</sup>, com o pendor da necessária apreensão de toda a envolvência, daquele concreto bem jurídico. Porquanto, o “ser-aí-diferente” parte da teia de cuidado(s), ponto aglutinador de relações intersubjetivas é, ontologicamente, instrumentado para ser zelador do(s) outro(s).

Por conseguinte, a consideração do *contexto inerente* àquele determinado e concreto bem jurídico, permite a análise de toda a envolvência que, embora dele dissociável, com ele está fortemente comprometido. Em conformidade, na sua globalidade, mais não parece ser do que a necessária percepção – tarefa na qual incumbirá, também, o aplicador de direito, a fim de traduzir (da forma mais fiel possível) os ditames esquisitados pelo legislador penal, aquando da consagração.

Com efeito, a solução propugnada assegurará que as circunstâncias serão verificadas no caso em concreto, sendo (ou melhor, passando a ser) uma circunstância que carece, obrigatoriamente, de apreciação judicial<sup>329</sup>. Por isso, com tal consagração visamos retaliar parte da discricionariedade e incerteza correlacionadas com a determinação da medida da pena (não peticionando radicá-la, antes pretendemos diminuir a já assente margem de livre apreciação), proporcionando um sublinhar de muitos princípios jurídico-penais, munindo a comunidade de uma maior segurança e certeza jurídicas.

Envergando um punho positivo, acreditamos no contributo que tal solução impregna no ordenamento jurídico-penal português. Apesar da circunstância modificativa comum/geral agravante ter, no presente trabalho, alicerçado a sua positivação nas vulnerabilidades específicas da pessoa velha, certo é que a mesma poderá ser talhada de múltiplas análises posteriores, verificando a sua aplicação aos demais indivíduos, do designado grupo dos hipossuficientes.

---

<sup>327</sup> Tal como consta no Direito Penal Ambiental. Para mais desenvolvimentos, *Ibidem*, p. 310.

<sup>328</sup> Ética do cuidado fundeada nas específicas características da pessoa humana. Em verdade, segundo GUILHERME CÂMARA, “A humanidade é uma (...), as gerações, próximas ou distantes (despiciendo indagar quão remotas), compõem a estrutura temporal da sociedade e integram a própria humanidade como um *continuum* que a todos, independente da geração a que pertencemos, atual ou futura (...) cabe velar, zelar e proteger.” Nesta senda, o importante jurista conclui que “há uma conexão de vida intergeracional que podemos denominar de humanidade, que se poderia reconhecer prontamente como um bem jurídico coletivo”. Cfr. *Ibidem*, pp. 315-316 e 319.

<sup>329</sup> Deste modo, cumprir-se-á algumas exigências. Conforme dá conta JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Para quem esteja a ser julgado pela prática de um crime, constitui uma garantia fundamental o tratamento próprio, que as especificidades do seu caso reclama. Mas também constitui uma evidência que, em muitas situações, as variáveis a ponderar se repetem.” Para mais desenvolvimentos, MOURA, José Souto de, “A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, disponível em [http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf), consultado a 01.05.2016, p. 14.

### 3. NOTA CONCLUSIVA

“A solução terá de alcançar-se por uma via apontada para a descoberta (ou criação) de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal.”

*Jorge de Figueiredo Dias*

A conclusão de uma qualquer investigação pressupõe a análise do caminho percorrido e a concretização daquelas que afiguram ser as traves mestras ao qual o percurso jurídico-argumentativo conduziu. Por esta razão, a nota conclusiva torna-se parte integrante de uma qualquer investigação, sendo (mesmo) parte imprescindível que, do pedestal da sua imperiosa importância, esgrime as dificuldades, os trilhos percorridos e, quiçá, a solução alcançada.

Nesta senda, numa primeira linha ter-se-á de mencionar que o “ser-á-diferente”, objeto do nosso estudo, é portador de uma vulnerabilidade específica e, apesar de alguns preceitos normativos imprimirem uma referência (*sui generis*, é certo, mas, indubitavelmente, uma referência) a pergunta a que nos propusemos *ab initio* responder é se tal seria adequada a assegurar a proteção dos bens jurídicos no caso em concreto afetos. Sem propugnar uma resposta esclarecedora, pois cremos que tal se afigura tarefa impossível, a verdade é que a procura por tal faz com que (ao longo dos raciocínios jurídico-argumentativos promovidos) se desenvolvam diversos trilhos argumentativos.

Desta arte, o primeiro deles alimenta-se da teoria do bem jurídico, explorando uma possível solução. Contudo, desde cedo, somos confrontados com as específicas circunstâncias nas quais aquele bem jurídico se encontra envolto. Por tal, apesar de termos um qualquer bem jurídico (vida, integridade física, liberdade, entre outros) na linha comum – aquela que, normalmente, visualizamos –, cumpre dar conta que paralelamente a esta segue (a par e passo) a linha do *contexto* no qual o mesmo se desenvolve, que, por mais leve que haja sido a sua interferência, sempre teve (tem) influência.

Desta forma, apesar de viverem numa relação à distância, a percepção tida pelo legislador aquando da concretização daquela proteção poderá não ter abordado aquelas

específicas circunstâncias. Neste seguimento, será necessário esboçar, alicerçados no procedimento geral da política pública de regulação penal (depois de identificado o problema jurídico-penal e numa elaboração jurídico-argumentativa complexa verificada(s) a(s) vulnerabilidade(s) específica(s)) a construção de uma solução – aquela que apesar de lhe poderem ser apontadas críticas, a elas consiga responder e sair reforçada.

Neste ponto fulcral, acreditamos que a solução jurídico-penal mais justa advém da correta compreensão daquele bem jurídico e que para tal terá de ser tida em conta a realidade espaço-temporal na qual se encontra, mas também a específica envolvência (*in ultima ratio*, averiguar se tal nuance já encontra consagração legal). Conjugados diversos vetores, verificados distintos preceitos legais (coadjuvados pelas postulações constitucionais), cremos que o nosso ordenamento jurídico-penal não responde com sim pronto e livre de especulações ou malabarismos à necessidade (por nós identificada) de uma tutela penal a empregar à pessoa velha – “ser-aí-diferente”, em tudo igual aos demais, mas (ainda mais) carente do cuidado do “outro”, dada(s) a(s) específica(s) vulnerabilidade(s) advindas pelo avançar da idade.

É nesta etapa que ousamos arremessar âncora e, embora não conhecedores da profundidade desse mar (ainda para nós desconhecido, atentas as mundividências que transporta), investimos em construir uma solução capaz e adequada a responder de forma pronta e eficaz a este nóculo problemático, banhado pela discricionariedade, bem como pela, até aos nossos dias permanente, imperceção generalizada (a que poderíamos aclamar de amnésia generalizada, não sendo rigorosos do ponto de vista médico, na medida em que esta, não raras vezes, é percecionada, mas dificilmente valorada).

Na nossa ótica, tal solução visaria de forma geral e abstrata a criação de uma cláusula geral, de valoração obrigatória. Bem, no essencial, pretendemos que qualquer que seja o bem jurídico, o aplicador de direito não encontre mais uma (mera) possibilidade, mas antes um dever – o dever de realizar a análise daquela circunstância, decidindo-se pela sua aplicabilidade (ou não). Assim, retirada à margem da total discricionariedade, perfilará sempre naquela discricionariedade aceite, inerente ao processo aplicativo – aquela que se quer menor na sua expressão (é certo!), mas sempre necessária, por implícita à natureza humana.

Neste horizonte, esboçamos a postulação de uma circunstância modificativa comum (ou geral) agravante, isto é, uma circunstância aplicável à generalidade dos casos.

Tal comportaria, *in concreto*, a eventual existência de um cenário de especial vulnerabilidade, em torno daquele concreto bem jurídico. Portanto, falamos da anteriormente referida linha paralela que, apesar de dissociável do bem jurídico (em concreto afeto), está, em boa verdade, com ele fortemente comprometida. Por tal, cremos que o *contexto* no qual aquele bem jurídico surge tem de ser tido em conta, sendo tal consideração, na nossa humilde opinião, *conditio sine qua non* para que seja alcançada a solução jurídico-penal mais justa.

Nestas malhas, a análise dessas circunstâncias – como imposição intentada ao aplicador – é, *brevi causa*, a verificação do *contexto inerente* àquele substrato onde também está o bem jurídico. A verificação de tal *contexto* não poderá ser confundida com a possibilidade da sua consideração para efeitos de determinação da medida de pena, porque (apesar de possível) tal não corresponde, nem explana aquela força que achamos ser necessária para o caso *sub iudice*. Assim, não menosprezando as críticas, antes pretendemos que essas sejam a força motriz do apelo à construção de uma solução cada vez mais justa, aglutinadora dos princípios jurídico-penais, expressão da teia de cuidado alicerçada na condição onto-antropológica do “ser-af-diferente”.

*Veritas*, estando a técnica legislativa num patamar por demais importante, acreditamos que a solução propugnada não pecará pela indiferença de acolhimento. Porém, sujeita ao escrutínio público será atacada, na praça dos sábios juristas, ascendendo (assim esperamos) em cada investida, a solução mais credível e respeitadora da política criminal. No essencial, cremos que a solução esboçada cumprirá o seu caminho (passando pelas inerentes amarguras do desprezo, da insegurança – que a palavra mudança possa propiciar –, da desconfiança...), podendo – depois de devidamente enriquecida – subir ao pedestal da positivação.

Não sendo um fim em si mesmo, antes pretende ser o início de um périplo com algumas paragens já definidas, mas nenhuma delas com pontos finais – mas tão-somente pontos e vírgulas, à espera da necessária ponderação e aprimoramento. Uma qualquer solução resulta da junção de contributos, pelo que esta pretende ser a alavanca (aparentemente necessária) para a consideração da especificidade do cenário de especial vulnerabilidade que circunda um qualquer bem jurídico e o influencia. Em suma, propugnamos uma compreensão (mais) próxima da realidade em apreço, aquela que ao

permitir o mergulho naquelas concretas águas, possibilitará a verificação da profundidade (e densidade) do problema e, em princípio, o alcance da solução jurídico-penal mais justa.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Ana M. Lourenço de, *Violência contra idosos: vulnerabilidade(s) e contributos para a prevenção e intervenção*. Dissertação de Mestrado em Psicologia forense e criminal. Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, 2014.

ALBUQUERQUE, António Joaquim, *A Violência sobre as pessoas idosas*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Universidade de Coimbra, 2012.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de (et. al.), *Código Penal – Anotado*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (2004), 4-29.

ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 2, fasc. 2 (1992), 173-205.

, *A Vítima e o Problema Criminal*. Separata do Volume XXI, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1980.

, “Consenso e Oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1995, 317-358.

ARENDT, Hannah (RAPOSO, Roberto, trad.), *A Condição Humana*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.

BARBERO, Javier, “La Ética del Cuidado”, in GAFO, J. & AMOR, J. R. (eds.), *Deficiencia Mental y Final de la Vida*. Madrid. UPCO, 125-159.



BARBOZA, Heloisa Helena, “Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 106-118.

BARRETO, João, “A Realidade Social dos Idosos em Portugal: O Desafio do Ano 2000”. *Revista Saber e Educar*, n.º 3, 17-24, disponível em [http://repositorio.esepf.pt/jspui/bitstream/10000/206/2/SeE\\_3RealidadeSocial.pdf](http://repositorio.esepf.pt/jspui/bitstream/10000/206/2/SeE_3RealidadeSocial.pdf), consultado a 01-05-2015.

BOAS, Mariana Mesquita Vilas, *Violência contra menores – análise crítica dos artigos 152º e 152ºA do Código Penal*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Universidade Católica do Porto, 2013.

BOFF, Leonard, *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. Lisboa. Multinova, 1998.

, *Justiça e cuidado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

, *Saber cuidar: ética do humano: compaixão pela terra*. Rio de Janeiro, Vozes, 2008.

BRANDÃO, Nuno, “A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica”. *Julgar*, n.º 12, Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 9-24.

, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material – ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2013.

BRINIG, Margaret F. (et. al.), “The Public Choice of Elder Abuse Law”. *The Journal of Legal Studies*, vol. 33, n.º 2 (2004), 517-549.

BRITO, Ana Maria Barata de, Colóquio “Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios”. Procuradoria-Geral da República (1 de Dezembro), 2014, disponível em [http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica\\_2014-12-01.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf), consultado a 02-02-2014.

BUBER, M., *Je et Tu*. Paris, Éditions Aubier, 1969.

BURGOA, Elena, “Reflexões para desenvolver um Direito penal de maiores. Alguns casos na jurisprudência (na procura da pena justa para idosos)”. *Julgar* (2012), disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Elena-Burgoa-Reflex%C3%B5es.pdf>, consultado a 20-11-2014.

CAETANO, Matheus Almeida, “Os delitos de acumulação na Sociedade de Risco: reflexões sobre as fronteiras da tutela penal no estado de Direito Ambiental”, in LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Heline Sivini e CAETANO, Matheus Almeida, *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Volume III. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012, 189-226.

“Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo (reflexões em torno das fragmentariedades-de-primeiro-e-de-segundo-graus”, in COSTA, José de Faria, GODINHO, Inês Fernandes, SOUSA, Susana Aires de (orgs.), *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 301-325.

CÂMARA, Guilherme Costa, *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal”. *Separata do número especial do BFDUC – «Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia»*. I Parte. Coimbra, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*. Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CARDOSO, Cristina Augusta Teixeira, *A violência doméstica e as penas acessórias*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Universidade Católica, 2012.

CARIO, Robert, “El Mayor como víctima. Fin de un tabú?”, in ARZAMENDI, Jose Luis de la Cuesta (ed.), *El Maltrato de personas mayores: detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*. Donostia, Hurkoa Fundazioa, 2006, 147-196.

CARREIRA, José António Gonçalves, *Estudos sobre as medidas de intervenção social nos maus tratos ao idoso*. Dissertação de Mestrado em Trabalho Social. Universidade Fernando Pessoa, 2008.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral, Volume II. Teoria Geral do Crime*. Porto, Publicações Universidade Católica, 2004.

CARVALHO, Ana Sofia (coord.). *Bioética e Vulnerabilidade*. Coimbra, Almedina, 2008.

CESÁRIO, Patrícia Sofia Camponês, *A Vulnerabilidade Social em adultos e adultos idosos: Efeitos da capacidade funcional e financeira, do funcionamento psicológico e de características sócio-demográficas*. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde – subespecialização em Psicologia Forense. Universidade de Coimbra, 2013.

CONCEIÇÃO, Apelles J. B., *Segurança Social: manual prático*. Coimbra, Edições Almedina, 2008.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições* (80/CNECV/2014). Lisboa, Julho, 2014, disponível em [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1413212959\\_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf), consultado a 01-04-2015.

, *Reflexão ética sobre a dignidade humana* (Documento de Trabalho 26/CNECV/99). Lisboa, Janeiro, 1999, disponível em [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273058936\\_P026\\_DignidadeHumana.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273058936_P026_DignidadeHumana.pdf), consultado a 01-04-2015.

CORREIA, Eduardo, “Direito Penal e Direito de mera ordenação social”. *BFUDUC*, ano 49 (1973), 257-281.

COSTA, José de Faria, *A caução de bem viver: um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1980.

, “Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139, n.º 3958, 48-55.

, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”. *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, 354-365.

, *Direito Penal e Globalização*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

, *Direito Penal Especial (contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

, *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

, “O fim da vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 759-807.

, *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

, “Penas acessórias – Cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá]”. *Revista de legislação e de Jurisprudência*, ano 136, n.º 3945, 322-328.

, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n.º 3978, 158-173.

, “Vida e Morte em Direito Penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.ºs 1 e 2 (2004), 171-194.

COSTA, José Martins Barra da, *O Idoso e o Crime (Prevenção e Segurança)*. Lisboa, Edições Colibri, 2007.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «*Constituição e Crime*» - *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.

CUTTER, Susan L. “A ciência da vulnerabilidade: modelos, métodos e indicadores”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 93 (2011), 59-69.

D’AVILA, Fabio Roberto, “O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica”, in GAUER, Ruth Maria Chittó (org.), *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, 95-108.

, “Ofensividade e Crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille (VIEIRA, Denise Radanovic, trad.), *A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos*. Barueri, Manole, 2005.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Adequação Social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra a vida e a integridade física*. Lisboa, AAFDL, 2007.

DIAS, Isabel, “Violência doméstica e justiça”. *Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010, 245-262*.

DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal (Tomo I)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

, *Direito Penal – Parte Geral (Tomo I)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências jurídicas do crime*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

, “Os Novos Rumos da Política criminal e o Direito Penal português do futuro”. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 5-40.

Direção Geral da Solidariedade e Segurança Social. *Boletim Envelhecimento Demográfico*, n.º 20 (2002).

ESER, Albin (MELI, Manuel Cancio, trad.), *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

FAULKNER, Lawrence R., “Mandating the Reporting of Suspected Cases of Elder Abuse: Na Inappropriate, Ineffective and Ageist Response to the Abuse of Older Adults”. *Family and Quarterly*, vol. XVI, n.º 1 (1982), 69-91.

FERNANDES, Ana Alexandre, *Velhice e Sociedade: Demografia, Família e Políticas sociais em Portugal*. Oeiras, Celta Editora, 1997.

FERNANDES, Plácido Conde, “Violência Doméstica – novo quadro penal e processual penal”. *Revista do CEJ*, n.º 8, Especial: Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 293-340.

FERNANDES, Raquel Marta da Mota, *Representações sociais dos idosos acerca dos maus-tratos*. Dissertação de Mestrado em Gerontologia social aplicada. Universidade Católica, 2011.

FERREIRA, Ana Elisabete, “A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito – breves notas”. *RIDB*, n.º 2, ano 3 (2014), 1023-1053, também disponível em <http://www.idb-fdul.com>.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Obra Dispersa – I (1933-1959)*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996.

FERREIRA, Pedro Moura, “Envelhecimento e Direitos Humanos”. *Conjectura: Filosofia e Educação*, v. 20, número especial (2015), 183-197.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, “La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit”, s.d., disponível em <http://www.pug.fr/extract/show/107>, consultado a 06.06.2015.

FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de, “Análise crítica da efetividade da tutela penal de interesses difusos no estatuto do idoso”. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/05.pdf>, consultado a 02-01-2015.

FONSECA, António M. “Psicologia do Envelhecimento e Vulnerabilidade”, in CARVALHO de Ana Sofia (coord.), *Bioética e Vulnerabilidade*. Coimbra, Almedina, 2008, 195-286.

FONSECA, Rita (*et. al.*), “Perspetivas atuais sobre a proteção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar: contributo para uma investigação em saúde pública”. *Revista Portuguesa de saúde pública*, vol. 30, n.º 2 (2012), 149-162.

GAULLIER, Xavier, *La deuxième carrière*. Seuil, Paris, 1988.

GIL, Ana Paula (ed.), *Envelhecimento e Violência*. Lisboa, Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I.P., 2014.

GIL, Ana Paula e FERNANDES, Ana Alexandre, “ “No trilho da negligência...” configurações exploratórias de violência contra pessoas idosas”. *Forum Sociológico*, n.º 21 (2011), disponível em <http://sociologico.revues.org/471>, consultado a 04-03-2015.

GELFAND, Scott D., “The Ethics of care and capital? Punishment”. *Law and Philosophy*, vol. 23, n.º 6 (2004), 593-614.

GODINHO, Inês Fernandes, “Problemas jurídico-penais em torno da vida humana”, in COSTA, José de Faria e KINDHÄUSER, Urs (coords.), *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, 57-73.

GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Anotado*. Lisboa, Livraria Almedina, 1997.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Volume I. Rio de Janeiro, Impetus, 2015.

HASSEMER, Winfried (ZIFFER, Patricia S., trad.), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en Las Ciencias Penales*, Año 12, n.ºs 46/47 (1989), 275-285.

HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, Marcial Pons, 2007.

, “Uma teoria social do bem jurídico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n.º 87 (2010), 103-120.

HEIDEGGER, Martin (GAOS, José, trad.), *El Ser y el Tiempo*. México, Madrid e Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1984.

HEIDEGGER, Martin (GOMES, Pinharanda, trad.), *Carta sobre o Humanismo*. Lisboa, Guimarães Editores, 1985.

HELLER, Eleny Corina (trad.), *Envelhecimento no Século XXI: Celebração e Desafio*. Fundo de População das Nações Unidas, 2012.

HESPANA, Maria José Ferros, “Os Direitos dos idosos: da retórica à realidade”, in Actas de Seminário, *Envelhecer: Um direito em Construção*. Centro Cultural de Belém, CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social, 2000, 89-96.

Instituto de Ciencias Criminales de Fankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*. Granada, Coimbra Editora, 2000.

JAKOBS, Günther (MELIÁ, Manuel Cancio e SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo, trads.), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid, Civitas, 2003.

KERNOHAN, Andrew, “Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle”. *Social Theory and Practice*, vol. 19, n.º 1 (1993), 51-72, disponível em <http://www.jstor.org/stable/23557475>, consultado a 03.05.2016.

, “Individual acts and accumulative consequences”. *Philosophical Studies*, 97 (3), 343–366.

KINDHÄUSER, Urs (CAMARGO, Beatriz Corrêa, trad.), “Pena, Bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n.º 95 (2012), 85-95.

KULLOK, Arthur Levy Brandão, *O crime de doping: reflexão crítica à luz do princípio do bem jurídico*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2013.

LARA, Maíra Batista de, “Vulnerabilidade no art. 217-A do Código Penal”, disponível em [http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID\\_2014\\_23.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf), consultado 01.03.2016.



LEANDRO, Maria Engrácia e CARDOSO, Daniela Freire. “Tecer laços sociais. O que se desfaz, refaz e inova”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11 (2010), 231-258.

LEITE, André Lamas, “A violência relacional íntima”. *Julgar*, n.º 12, Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 25-66.

, *As «posições de garantia» na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

LIMA, Paulo Pacheco de, “Ecce Homo: Ensaio sobre a Representação da Essência do Homem na “Nova Filosofia” de Ludwig Feuerbach”. *Revista Portuguesa de Filosofia – Natureza Humana em Questão I*, tomo 68, fasc. 3 (2012), 411-438.

LOPES, Alexandra e LEMOS, Rute, “Envelhecimento demográfico: percursos e contextos de investigação na Sociologia Portuguesa”. *Sociologia – Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Número temático: Envelhecimento demográfico (2012), 13-31.

LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana* (vol. I). Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Coimbra, 2003.

,”República mental e Solidariedade Social”. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII (2011), 149-178.

,”Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s).” *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro*, n.º 1 (II. série) (2012), 181-232, disponível em <http://revistas.ua.pt/index.php/rual2/article/view/3063/2842>, consultado a 01-03-2015.

,”Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. II – Cuidado(s)”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 3 (dezembro 2007), 263-280.

MACHADO, J. Baptista, “Antropologia, existencialismo e direito”. *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, 12, 1- 2 (1965).

, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, “A vulnerabilidade dos lares defeitos e a especial proteção do juízo de família”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 170-187.

MAIA, Marisa Schargel, “Cuidado e Vulnerabilidade psíquica”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 359-371.

MANITA, Celina (coord.), *Violência Doméstica: Compreender para Intervir. Guia de Boas Práticas para Profissionais e Instituições de Apoio a Vítimas*. Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2009.

MARQUES, J. P. Remédio, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – Obrigação de alimentos e segurança social”. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n.º 47 (2007), 9-40.

MARTÍN, Nuria Belloso, “El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidad”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 331-358.

MAURITTI, Rosário, “Padrões de vida na velhice”. *Análise Social*, vol. XXXIX, 171 (2004), 339-363.

MAYORDOMO, Virginia, “La Responsabilidad Penal Del Maltratador”, in ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta (ed.), *El Maltrato de personas mayores: detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*. Donostia, Hurkoa Fundazioa, 2006, 133-146.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, “Ambiente propício a perturbações mentais: o valor jurídico do cuidado ante a vulnerabilidade social”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 53-62.

MENDES, Andreia Joana Morris, *Direito ao envelhecimento : perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho, 2012.

MENDES, Luís, “A Vida e a Morte Segundo Aquiles: Notas para uma Análise da compreensão de Aquiles Acerca da Natureza e da Condição Humanas”. *Revista Portuguesa de Filosofia – Natureza Humana em Questão I*, tomo 68, fasc. 3 (2012), 375-390.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime de Homicídio qualificado e Imputabilidade diminuída*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2012.

MONTEIRO, Fernando Conde, *Consequências Jurídico-penais do Crime. Texto extraído das aulas teóricas da disciplina de Direito Penal II da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Braga, AEDUM, 2013.

MOREIRA, Blanca, “Perfil Psicológico del Maltratador”, in ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta (ed.), *El Maltrato de personas mayores: detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*. Donostia, Hurkoa Fundazioa, 2006, 89-100.

MOTTA, Alda Britto da, “Palavras e Convivência – Idosos, Hoje”. *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 1 (1997), disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12565/11723>, consultado a 15.03.2016.

MOURA, José Souto de, “A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, disponível em [http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf), consultado a 01.05.2016.

NEVES, António Castanheira, “A Unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*. Coimbra, 1979.

, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

, “Método Jurídico”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado: antropologia cultural, direito, economia, ciência política*. Vol. IV. Lisboa, Verbo, 1986.

NEVES, Ilídio das, *Dicionário técnico e jurídico de protecção social*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

, *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

NEVES, J. F. Moreira, “Violência Doméstica sobre a lei de prevenção, proteção e assistência às vítimas”. *Compilações doutrinárias*, (agosto) 2010, disponível em [http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/jmoreiraneves\\_violenciadomestica.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/jmoreiraneves_violenciadomestica.pdf), consultado a 20-02-2015.

NOVAES, Maria Helena, “Paradoxos contemporâneos: o cuidado numa convivência saudável”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 198-207.

OUVIÑA, Guillermo (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998.

OSÓRIO, Augustín Requejo, “Os Idosos na Sociedade Actual”, in OSÓRIO, Augustín Requejo e PINTO, Fernando Cabral (coord.) (trad. SILVA, Susana e MARTINS, Rui), *As Pessoas Idosas*. Lisboa, Instituto Piaget, 2012, 11-46.

PALAZZO, Francesco, “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, in OUVIÑA, Guillermo (*et. al.*), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 153-180.

PAULUS, Andreas L., “Do Direito dos Estados ao Direito da Humanidade? – A instituição de um Tribunal Internacional e o desenvolvimento do Direito Internacional”, in AAVV, *Direito Penal Internacional para a proteção dos direitos humanos*. Fim de Século, Lisboa, 2003, 79-93.

PERDIGÃO, Antónia Cristina, “A ética do cuidado na intervenção comunitária e social: os pressupostos filosóficos”. *Análise Psicológica*, 4 (XXI) (2003), 485-497.

PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009.

PEREIRA, Victor de Sá e SILVA, Alexandre Lafayette Estêvão da, *Código Penal Anotado e comentado*. Lisboa, Quid Juris, 2008.

PERISTA, Heloísa, “Envelhecimento, um Direito em construção”, in Comissão Executiva do Ano Internacional das Pessoas Idosas (AIPI) e Secretariado técnico, *Actas do Seminário de Encerramento do Ano Internacional das Pessoas Idosas*. Lisboa, Direção-Geral da Ação Social – Núcleo de Documentação técnica e Divulgação, 2001, 23-27.

, “Usos do tempo, ciclo de vida e vivências da velhice – uma perspectiva de género”, in OLIVEIRA, Guilherme (coord.), *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 165-173.

PINHO, Paula Cristina Bastos, *Violência Doméstica Contra Idosos*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra, 2010.

PINTO, António Marinho e, “Violência Doméstica” (editorial). *Revista Ordem dos Advogados*, n.º 53 (2009).

PINTO, Fernando Cabral, “A terceira Idade: Idade da Realização”, in OSÓRIO, Augustín Requejo e PINTO, Fernando Cabral (coord.) (trad. SILVA, Susana e MARTINS, Rui), *As Pessoas Idosas*. Lisboa, Instituto Piaget, 2012, 75-103.

PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*. Paris, Éditions Dalloz, 1995.

PRADO, Carlos Vidal, “La protección constitucional de la tercera edad”, in ÁLVAREZ, Carlos Lasarte (dir.), *La protección de las personas mayores*. Madrid, Editorial Tecnos, 2007, 19-28.

PRATA, Ana (et.al.), *Dicionário Jurídico II*. Coimbra, Edições Almedina, 2009.

QUARESMA, Maria de Lurdes (et. al.), *Envelhecer: Um direito em Construção: Actas de Seminário*. Lisboa, CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social, 2000.

RAMOS, Filipe da Silva, *Os agressores de pessoas idosas*. Dissertação de Mestrado em Educação para a Saúde. Universidade do Porto, 2011.

REGIS, Cláudia e SANTOS, Luís Gustavo dos, “A solidariedade na prestação de alimentos ao idoso”. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, v. 4, n.º 1 (2013), 441-459, disponível em [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc), consultado a 01.02.2016.

RENAUD, Isabel, “Fragilidade e vulnerabilidade”. *Cadernos de Bioética*, n.º 39, XVI (2005), 405-416.

RENDTORFF, Jacob Dahl, “Basic Principles in Bioethics and Biolaw”, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>, consultado a 03.03.2016.

República Portuguesa, Assembleia Nacional, IX Legislatura. *Diário das Sessões*, n.º 178 (1969), disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r2/dan/01/09/04/178/1969-02-13>, consultado a 01.02.2015.

RIBEIRO, Joana Sousa, “Processos de Envelhecimento: a construção de um direito emancipatório”, in OLIVEIRA, Guilherme (coord.), *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 203-231.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira, “O Direito à Vida”, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>, consultado a 01.02.2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 2 (2013), 167-213.

RODRIGUES, Lizete de Souza e SOARES, Geraldo Antonio, “Velho, Idoso e Terceira Idade na Sociedade Contemporânea”. *Revista Ágora, Vitória*, n.º 4 (2006), 1-29.

RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, n.º 97 (2010), 183-213.

ROXIN, Claus (CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José, trad.), *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre, Livraria Advogado, 2006.

ROXIN, Claus (SOUSA, Susana Aires de, trad.), “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 1 (2013), 7-43.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de (SALDANHA, Ana, trad.), *O principzinho*. Vila do Conde, Verso da História, 2015.

SALSELAS, Teresa, *Política Social da Velhice – texto complementar ao Manual: Introdução à Gerontologia*. Lisboa, Universidade Aberta, 2007.

SANTOS, Ana João (*et. al.*), “Prevalência da violência contra as pessoas idosas: uma revisão crítica da literatura”. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 72 (2013), 53-77, disponível em <http://spp.revues.org/1192>, consultado a 15-12-2014.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao Crime diferente da justiça Penal – Porquê, para quê e como?*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, 2012.

SANTOS, José Beleza dos, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*. Coimbra, Atlântida, 1968.

SCHARMM, Fermim Roland. “Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização”. *Revista Bioética*, v. 16, n.º 1 (2008), 11-23, disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/52](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52).

SCHÜNEMANN, Bernd, “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 13, n.º 53 (2005), 9-37.

SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado – tipo de culpa e medida da pena*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

SERRÃO, Daniel, “A dignidade humana no mundo pós-moderno”. *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11 (2010), 191-199.

, “A Natureza Humana: Obsoleta ou Civilizada?”. *Revista Portuguesa de Filosofia – Natureza Humana em Questão I*, fasc. 3, tomo 68 (2012), 483-504.

, “Vulnerabilidade: uma proposta ética”. *Revista Autopoética. Sentir, Pensar e Agir*, disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>, consultado a 01.02.2015.

SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Crimes contra as pessoas*. Lisboa, Quid Juris, 2011.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: teoria do crime*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.

SILVA, Maria Eugénia Duarte, “Violência na velhice: o olhar de um psicólogo clínico”, in *Actas de Seminário, Envelhecer: Um direito em Construção*. Centro Cultural de Belém, CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social, 2000, 131-140.

SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da e SALLES, Sergio de Souza, “Natureza Humana e Projeto: O Pseudodilema Kantiano e a Originalidade Tomista”. *Revista Portuguesa de Filosofia – Natureza Humana em Questão I*, tomo 68, fasc. 3 (2012), 391-410.

SOUSA, Ana Maria Viola de, *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas, Editora Alínea, 2011.

SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade”. *BFDUC*, n.º 83 (2007), 615-637.

, “Societas publica (non) delinquerepotest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português”, *Actas do XV Encuentro AECA –*



*Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*, 20 e 21 de setembro de 2012, disponível em <http://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

STRECK, Lenio Luiz, “Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. *BFDUC*, vol. LXXX (2004), 303-345.

, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, Juarez, “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 0 (1992), 75-87.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, “Procurador para cuidados de saúde do idoso”, in PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coords.), *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, 1-16.

TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “A violação dos Direitos Humanos e o papel do Direito Penal na proteção aos idosos”, *Advocatus* (2015), disponível em <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/11595-a-viola%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-e-o-papel-do-direito-penal-na-prote%C3%A7%C3%A3o-aos-idosos.html>.

VALE, Soraia Domingues, *Violência na Terceira Idade: Identificar para Intervir*. Projeto de Graduação em Criminologia. Universidade Fernando Pessoa, 2014.

VALLS, R., “El concepto de dignidad humana”. *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 5 (2005), disponível em <http://hdl.handle.net/2072/12287>, consultado a 01.03.2015.

VITALE, Gustavo L., “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, in OUVIÑA, Guilherme (et. al.), *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., 1998, 71-130.

VÍTOR, Paula Távora, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou Proteção”, in OLIVEIRA, Guilherme (coord.), *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 175-201.

, “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos””, in MOREIRA, José Manuel (coord.), *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público*. Coimbra, Almedina, 2008, 161-178.

WAQUIM, Bruna Barbieri, “Direito à velhice: Aspectos sócio-biológicos, constitucionais e legais”. *Âmbito Jurídico*, XI, n.º 57, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5121](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5121), consultado a 01.12.2015.

WÓJCIK, Krystyna (BENGOETXEA, Joxerramon, trad.), “Las cláusulas generales: Concepciones y funciones”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27 (1990), 117-124.

ZAGALO-CARDOSO, J. A. e SILVA, António Sá da, “A ética do cuidado à luz da fábula/ mito de Hígino e da tragédia Filoctetes, de Sófocles”. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Vol. 66, Fasc. 1 (2010), 81-88.

ZOBOLI, Elma, “Ética do cuidado: uma reflexão sobre o cuidado da pessoa idosa na perspectiva do encontro Interpessoal”. *Saúde Coletiva*, vol. 4, n.º. 17 (2007), 158-162.

ZUBEN, Newton Aquiles von, “Vulnerabilidade e finitude: a ética do cuidado do outro”. *Síntese – Revista de Filosofia*, v. 39, n.º 125 (2012), 433-456.

“És eternamente responsável por aqueles que cativas. És responsável pela tua rosa.”

*Antoine de Saint-Exupéry*