

Do dano (em geral) ao surgimento do dano penalmente relevante e do crime de dano¹

JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS

Theory

I am what is around me.

Women understand this.

One is not a duchess

A hundred yards from a carriage.

These, then are portraits:

A black vestibule;

A high bed sheltered by curtains

These are merely instances

Wallace Stevens, *Harmoniun*

¹ Quase vinte anos passados desde a publicação do meu primeiro livro, no já bem distante ano de 2003, intitulado *O Crime de Dano e o Património Cultural (A criminalidade patrimonial e os bens culturais)*, entendi ser de voltar ao 'lugar do crime', isto é, às temáticas concretas aí abordadas, tendo por base, claro, partes concretas desse livro, mas individualizando-as em artigos separados, revisitando-as e procurando dar uma nova abordagem e enfoque às mesmas, refletindo, desde logo, as alterações legislativas e os desenvolvimentos jurisprudenciais relevantes.

1 - Introdução*

Vivemos imersos num mundo de entidades exteriores a nós, às quais chamamos coisas². A nossa vida desenrola-se sempre neste palco formado pelas coisas que nos rodeiam, constituindo o contexto físico da nossa existência.

As coisas têm uma enorme importância para nós, pois o homem só sobrevive graças ao seu uso, graças às utilidades que delas retira e que servem para superar as várias dificuldades que a vida apresenta. Se os animais estão preparados, pelo instinto e pelas características aprimoradas pelos milhões de anos de evolução, a sobreviver bastando-se a si próprios, o homem, pelo contrário, depende totalmente das coisas a que recorre.

* - Todos os artigos citados sem indicação da sua origem são do Código Penal (CP) português vigente.

² - Coisa é, num sentido corrente, “tudo o que pode ser pensado, ainda que não tenha existência real e presente”, enquanto num sentido físico é “tudo o que tem existência corpórea, *quod tangi potest* ou, pelo menos é suscetível de ser captado pelos sentidos”, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*³, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 339. V. também, fazendo a evolução da noção de coisa desde o direito romano até aos nossos dias, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I. Parte Geral II*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 9-23. A noção legal de coisa, tal como consta do Código Civil, é de “tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas” (Art. 202.º do Código Civil). Esta noção é demasiado ampla e como tal tem sido criticada, dado, por exemplo, as pessoas poderem ser objecto de relações jurídicas, sem que, no entanto, devam ser consideradas como coisas. Aliás, a própria noção mais comum na doutrina destaca a oposição entre coisa e pessoa humana, sendo a coisa definida como “uma realidade exterior e independente do homem na sua subsistência”, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 315. Concretizando esta noção, o mesmo autor dá-nos a seguinte definição pré-legal de coisa: “realidade exterior ao homem e dele independente na sua subsistência, que tem individualidade e é suscetível de apropriação” (*ob. cit.*, p. 316), itálico do autor, próxima da noção de MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 340: “bens (ou entes) de caráter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas”.

Para uma análise dos vários sentidos que este termo tem tido em filosofia, v. FERRATER MORA, voce «Coisa» in *Dicionário de Filosofia*⁵, trad. de António Massano e Manuel Palmeirim, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982, p. 64 e s., referindo que os escolásticos consideravam a coisa como um dos conceitos transcendentais, um dos cinco modos de ser, distinguindo-se do ente por uma distinção de razão raciocinante e aludindo às polémicas entre as várias teorias (personalistas ou impersonalistas) da relação entre pessoa e coisa. Interessante também sobre o tema é o livro de HEIDEGGER, *Que é uma coisa?*, trad. de Carlos Morujão, Lisboa: Edições 70, 1992, partindo do problema da determinação do que é uma coisa para analisar a *Crítica da Razão Pura* de Kant. HEIDEGGER, *ob. cit.*, p. 16- 18, refere-se, em geral, aos sentidos em que a palavra ‘coisa’ pode ser entendida: como aquilo que está ao alcance da mão, ou, além destas coisas, “os planos, as resoluções, as convicções, as maneiras de pensar, os feitos, o histórico” ou todas estas coisas e “quaisquer outras, que sejam algo e não nada”.

Dado o seu valor, as coisas que têm qualquer utilidade para o homem são designadas ‘bens’, uma vez que satisfazem as suas necessidades³. São os bens que nos permitem alterar a natureza, sendo o sustentáculo da nossa existência enquanto espécie e de todo o progresso humano.

Ora, os bens são, pela sua natureza, escassos e fonte de permanentes conflitos, pelo que o problema da sua repartição é um dos mais prementes que o direito enfrenta⁴. Por isso, em qualquer sociedade, o direito tem sempre a função de distribuir os bens pelos membros da comunidade. Essa repartição tem sido feita de diferentes modos e sistemas ao longo da história, desde a propriedade coletiva até à propriedade privada, que hoje predomina, embora acompanhada pela propriedade pública e cooperativa, tal como são reconhecidas pela nossa Constituição. O direito vai, assim, atribuir direitos subjetivos sobre as coisas, com diferentes extensões e conteúdo, dos quais o principal é o direito de propriedade, correspondente à *plena in re potestas* do direito romano⁵.

Porém, ao direito não basta, muitas vezes, efetuar essa distribuição, é preciso também que o direito sancione as condutas ofensivas dos bens alheios. Senão, as regras estabelecidas pelo direito não passariam de mera letra morta, de,

3 - Usamos a palavra ‘bem’ na aceção restrita de coisas corpóreas que têm utilidade para o homem, embora, em geral, bem seja “tudo o que serve ou interessa ao homem – incluindo os bens pessoais e culturais – ou tudo aquilo porque o homem disputa numa sociedade”, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas. Do Direito das Coisas em Geral*, reimpr., Coimbra: Fora do Texto, 1994, p. 11-12. Sobre a distinção coisas/bens, v. detalhadamente, MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 23-25, não vendo nenhuma razão para substituir, entre nós, a noção de coisa pela de bem como noção fundamental do direito civil. Note-se que a maior parte dos autores ao referirem-se a coisas em sentido jurídico, estão na realidade a abranger apenas alguns bens, pois exigem a “idoneidade para satisfazer interesses humanos, isto é devem ser úteis”, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 341, e OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 317, dado que, como frisa ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 179, nota 1, tal é característico dos bens, sendo certo que existem bens não coisificáveis, como a pessoa ou as prestações.

4 - ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 11, entende que os conflitos sobre os bens, os conflitos de interesses (pois para o autor, os interesses são aquilo que *inter est* o homem e os bens) estão na origem da função primária do Direito: o de ser o regime dos bens.

5 - Segundo MICHEL VILLEY, *Le droit romain*⁹, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 84, esta expressão, de origem justinianeia, foi aproveitada pelo direito da época liberal para justificar o direito de propriedade como “um direito inviolável e sagrado, exclusivo, absoluto, sem qualquer limitação...”, enquanto no direito romano existiam uma série de restrições aos poderes do proprietário, que hoje voltam a afirmar-se. Para uma recolha das várias limitações aos direitos do proprietário no direito romano (devidas ao interesse público, motivos morais ou religiosos e interesses privados), v. SANTOS JUSTO, «A propriedade no Direito Romano. Reflexos no Direito Português» (cit. *Propriedade...*) in *BFD LXXV* (1999), p. 109-114.

para usar uma expressão muito em voga, *law in the books*. E assim, por aplicação do princípio da necessidade do direito penal, a sociedade entende punir algumas das condutas que interfiram com as relações das pessoas com as coisas. O direito penal patrimonial tem, pois, como razão de existir a necessidade de pacificar e regular os conflitos sobre os bens escassos, permitindo a cada um satisfazer pacificamente as suas necessidades. A existência do direito penal patrimonial é um modo de dar segurança jurídica aos titulares dos vários direitos sobre os bens, permitindo-lhe recorrer ao direito para punir as condutas entendidas pela comunidade como mais gravosas.

Assim, se para alguns atentados aos bens (como, entre nós, o dano negligente) basta o simples ressarcimento do prejuízo causado, subordinado ao regime do direito civil, para outras situações, o legislador cria crimes, dado não existirem outros meios menos restritivos de obstar à sua verificação. Existem assim uma série de crimes patrimoniais, quase todos com uma larga história, embora recentemente também se tenham aberto as portas à neocriminalização de outras condutas contra o património (como, por exemplo, o abuso de cartão de garantia e de crédito – Art. 225.º do CP Português).

O crime de dano simples é um destes crimes relacionados com os bens escassos, como uma das formas de interferência humana com bens alheios. Curiosamente, apesar das suas raízes remontarem a tempos bastante remotos, só recentemente, como veremos, se impôs como um dos tipos fundamentais, matriciais, dos crimes patrimoniais.

Neste texto começaremos por discutir o sentido da palavra ‘dano’ no direito penal, após o que abordaremos a relevância dos crimes de dano ao longo do tempo e faremos, a final, uma breve abordagem criminológica do mesmo.

2- Do dano em geral ao dano penal e ao crime de dano

O termo ‘dano’ presta-se juridicamente a uma série de equívocos, como bem notaram vários autores⁶, pelo que é preciso um grande cuidado na sua determinação⁷.

Em geral, é um conceito extremamente amplo, interessando aos mais díspares ramos do direito. Mello Freire define-o como “qualquer diminuição do património feita sem direito”⁸, enquanto para Quintano Ripollés podemos defini-lo como “lesão de direito ou bem alheio juridicamente protegido”⁹, obrigando à reparação da lesão causada, que assenta num dos três *iuris praecepta* de Ulpiano: *alterum non laedere*¹⁰.

⁶ - BAJO FERNANDEZ, «Delito de daños» in *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* II, dir. de Bajo Fernandez, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 503, SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los delitos de daños*, Pamplona: Aranzadi, 1994, p. 21-22, SUAY HERNÁNDEZ, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños* (cit. *Elementos...*), Barcelona: PPU, 1991, p. 16, JORGE BARREIRO, «El delito de daños en el Código penal español» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XXXVI (1983), p. 507, e QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* III (cit. *Tratado...III*), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 434.

⁷ - JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 505, considera que, terminologicamente, esta é “uma das questões mais complicadas (...) Pelo que a nossa doutrina penal não seja alheia a um afã diferenciador nesta matéria”.

⁸ - MELLO FREIRE, «Instituições de Direito Criminal Português» in *BMJ* 155 (1966), trad. de Miguel Pinto de Meneses, p. 159, itálico do autor, definição que LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Portuguez* IV (cit. *Commentario...*), Lisboa, 1854, p. 362, segue, apenas especificando que essa diminuição deve ser feita “com dolo ou culpa, ainda levíssima”. Analogamente, PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes por ordem systematica com as penas correspondentes segundo a legislação actual*³, Lisboa: Impressão Régia, 1830, p. 360, define-o como “diminuição do patrimonio de alguém feita por outrem injustamente”.

⁹ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III*, p. 434 e s., entendendo que o tema geral do dano interessa mais à Teoria do Direito do que a um qualquer ramo jurídico. Utilizando ‘dano’ no mesmo sentido, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*⁶ (cit. *Obrigações...*), Coimbra: Almedina, 1994, p. 496, em que é considerado como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”. Para outras definições gerais de dano, v. SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 21-22, como a de De Cupis: “decréscimo ou alteração de uma situação favorável”, ou a de Jaso: “destruição ou depreciação de um determinado bem patrimonial”.

Já CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. 2º Tomo (Parte Especial)*¹² II, adapt. e atual. por César Camargo Hernández, Barcelona: Bosch, 1967, p. 929, nota 2, adiciona a esta definição a culpa: “todo o detrimento recebido por culpa de outro na pessoa ou nos bens”. De qualquer modo, parece-nos que, num nível muito geral, a ideia de culpa não é imprescindível para a existência de dano, que implicará apenas aspectos objetivos, relativos à existência da lesão. Só depois, no âmbito do ressarcimento ou punição do dano é que a culpa terá influência.

¹⁰ - D. 1, 1, 10, 1, que na tradução de SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*⁴ I, Coimbra, 1984, p. 12-13, e de NELSON NICOLIELLO, *Diccionario del Latin Jurídico*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 28, significa ‘não prejudicar ninguém’ e constitui, juntamente com o terceiro preceito (*suum cuique tribuere*), a base do viver social. Para o primeiro autor, *ob. cit.*, p. 13, nota 5, com este princípio pretende estabelecer-se que “o uso dum direito próprio tem de coexistir com os direitos dos outros”.

Neste âmbito, um dos principais problemas que se levantam é que ‘dano’ é uma palavra que é usada tanto no direito civil, como no direito penal.

Por um lado, o dano é um dos requisitos da responsabilidade civil, um dos elementos que a fundam e sem a qual ela não existe¹¹. A este nível, o dano é, em primeiro lugar, real: “a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”¹². O dano divide-se depois em várias subcategorias, desde o dano patrimonial ou não patrimonial, direto ou indireto, dano emergente ou lucro cessante, etc.¹³.

Quanto ao direito penal, falamos de dano nos mais variados sentidos¹⁴. Desde logo, nos próprios danos resultantes de grande parte dos crimes, incorrendo os seus autores em responsabilidade civil conexa com a penal. O agente, ao praticar um crime, provoca também danos à vítima ou a um terceiro. Dado o princípio da

Por isso, quando se ataca um direito alheio, esta regra impõe a reparação do prejuízo causado, para não prejudicar outrem.

¹¹ - Por todos, v. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 113. Apesar das diferentes sistematizações que os autores fazem dos pressupostos da responsabilidade (sobre o ponto, v., pormenorizadamente e com indicações bibliográficas, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1995, p. 53-54) o dano é sempre considerado como essencial. Aliás, é o seu ponto de partida, pois a consequência desta responsabilidade é a obrigação de indemnizar, “de tornar indemne, isto é, *sem dano* o lesado”, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 114, itálico do autor, através da restauração natural ou, como na maioria dos casos, por uma indemnização em dinheiro.

Anteriormente, no Código de Seabra, usava-se a expressão perdas e danos, enquanto no Código Civil actual preferiu-se utilizar-se apenas o termo dano, embora alguma doutrina recorra ainda, como sinónimo, à palavra prejuízo.

¹² - ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*⁸ I, Coimbra: Almedina, 1994, p. 608. Mais sinteticamente, M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 498, considera o dano real como o “prejuízo que o lesado sofreu em sentido naturalístico (*in natura*)”.

¹³ - Sobre as várias distinções, v., por todos, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 608-613.

¹⁴ - Além do que se segue, v. JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 505 que se refere também a outra interessante questão, pois em espanhol, ‘*daño*’ designa a “realidade fáctica do dano, e usa-se o mesmo vocábulo no plural (*daños*) com referência à perpetração voluntária do dano”. Segundo o mesmo autor, tal não acontece no direito alemão e italiano, onde, respectivamente, ‘*Schade*’ e ‘*Danno*’ representam a primeira hipótese e ‘*Beschädigung*’ e ‘*Dannegiamto*’ a segunda. Em Portugal, a palavra ‘dano’ refere-se, em geral, a uma lesão existente e é também o modo de designar o próprio crime de dano, embora este englobe outros resultados (como a desfiguração, por exemplo). Por causa deste problema, veja-se o modo cuidadoso como SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 23, utiliza a palavra ‘*DANOS*’, com maiúscula, para se referir ao crime de dano, e ‘*daño*’, em minúsculas, para o efeito da acção de danificar.

Outra dificuldade é que em relação a muitos dos crimes patrimoniais se exige o que alguns autores referem como um dano ou prejuízo patrimonial, questão que aliás também se põe no crime de dano, como veremos quando o analisarmos, cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 436.

adesão (Art. 71.º do Código de Processo Penal), será, normalmente, no processo crime que se vão decidir as questões relativas à responsabilidade civil do arguido¹⁵.

Quanto às várias categorias em que podemos dividir os tipos de crimes, existem também os crimes de dano, em que se exige que o bem jurídico seja violado, como opostos a crimes de perigo, em que para a sua consumação é necessária apenas a existência de perigo, efetivo ou presumido, para o bem¹⁶.

Ao mesmo tempo, temos diversos casos de danos previstos nos tipos legais de crime constantes nos vários Códigos Penais. Primeiramente, o crime de dano *stricto sensu* ou simples¹⁷, no sentido de danificação¹⁸ de coisa alheia, considerado originariamente como um crime contra a propriedade e, posteriormente, contra o património, em todas as codificações penais desde, pelo menos, a época liberal¹⁹. Mesmo antes, já as VII Partidas espanholas o definiam de modo muito aproximado ao atual, embora alargando o seu âmbito às lesões corporais: “*Daño es*

¹⁵ - Sobre a responsabilidade civil no âmbito do processo penal, v. FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*, Separata do Suplemento XVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos in memoriam do Prof. Doutor José Beleza dos Santos, 1963, e RIBEIRO DE FARIA, «Da reparação do prejuízo causado ao ofendido, Reflexões à luz do novo Código Penal» in *Para uma nova justiça penal*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, reimpr., Coimbra: Almedina, 1996, p. 143 e s.

¹⁶ - Sobre esta classificação, v. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*⁴, trad. de Manzanera Samaniego, Granada: Comares, 1993, §26 II 2, p. 238, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (cit. *Derecho...*), trad. de Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, §10 VIII 4, p. 335-336, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*⁸, Madrid: Dykinson, 1995, p. 427-428, PADOVANI, *Diritto Penale*⁵ (cit. *Diritto...*), Milano: Giuffrè, 1999, p. 176-179, entre nós, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I* (cit. *Direito...I*), colab. de Figueiredo Dias, reimpr., Coimbra: Almedina, 1993, p. 287-288, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal. Parte Geral II. Teoria do Crime* (cit. *Direito...II*), Lisboa: Verbo, 1998, p. 30, e TERESA BELEZA, *Direito Penal II* (cit. *Direito...II*), reimpr., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999., p. 117-118.

¹⁷ - É a designação utilizada por MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale. Delitti contro il patrimonio* (cit. *Diritto...PS*), Padova: CEDAM, 1989, p. 110, referindo-se aos crimes de dano patrimoniais, por oposição aos crimes de dano extra-patrimoniais, e também por SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 53, embora este último autor use tal termo por oposição ao crimes de dano *sui generis*, em que o bem jurídico protegido é distinto do do dano simples.

Neste texto, quando utilizarmos a expressão crime de dano simples ou estrito, referimo-nos, exclusivamente, ao crime de dano plasmado no Art. 212.º do CP português.

¹⁸ - Quando nos referimos aqui à danificação de uma coisa, queremos abranger todas as condutas incluídas no crime de dano, tal como está previsto no CP actual. Por necessidades de clareza e de redução da extensão do texto, preferimos utilizar apenas a palavra danificação.

¹⁹ - Cfr. MANTOVANI, *voce* «Danneggiamento» (cit. *Danneggiamento...*) in *NDI V*, Torino: UTET, 1960, p. 113, e *voce* “Danneggiamento e deturpamento di cose altrui” (cit. *Danneggiamento e deturpamento...*) in *Digesto delle discipline penalistiche III*, Torino: UTET, 1994, p. 308.

*empeoramento o menoscabo o destruymento que ome rescibe em si mesmo, o em sus cosas, por culpa de outro*²⁰.

Além disso, existem vários crimes em que se pune a danificação de uma coisa específica, cujo valor, função ou natureza são a base da existência de um tipo legal diferente do de dano simples²¹. Nestes crimes protegem-se bens jurídicos diversos do crime de dano, sendo que algumas das condutas já cairiam no âmbito do dano estrito e outras não.

A estes crimes correspondem, assim, aquilo a que a doutrina italiana chama “*reati mediante danneggiamento*”²², pois no tipo legal prevê-se a possibilidade da coisa ser afetada através da sua danificação ou destruição. Tal pode acontecer pela previsão expressa no tipo legal, ou, nos crimes de execução livre, pelo simples facto de o resultado proibido poder ser atingido pelos mesmos meios do crime de dano²³. Estes crimes podem-se designar, para os distinguir do dano simples, crimes de dano específicos ou *sui generis*²⁴.

Por outro lado, existem meios de produção de danos que são tão desvaliosos que, dado o perigo que representam para todos, é punida a sua simples utilização

²⁰ - Partida VII, Proémio do Tít. XV, lei 1ª *apud* CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, p. 929.

²¹ - Para uma discriminação exaustiva destes casos no direito português, quer no CP, quer na legislação extravagante, v. COSTA ANDRADE, «Art. 212º (Dano)» (cit. *Dano...*) in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 202-203. No direito italiano, v. MANTOVANI, *Danneggiamento e deturpamento...*, p. 308.

SUAY HERNÁNDEZ, *Elementos...*, p. 11 afirma que a dispersão de tipos legais de danos pela parte especial “não é infrequente no direito comparado”, dando o exemplo do StGB. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio* (cit. *Studio...*), Milano: Giuffrè, 1980, p. 197, nota 102, agrupa os danos específicos em dois grupos, em que o primeiro distingue-se do dano simples por razões objetivas, pela modalidade de realização do facto, pela função da coisa ou pela qualidade do sujeito ativo (dando o exemplo do direito penal militar), enquanto o segundo assenta num fundamento subjetivo, relativo à motivação do dano ou à perigosidade subjectiva.

²² - Assim, MANTOVANI, *Danneggiamento e deturpamento...*, p. 308.

²³ - MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 113, refere também vários crimes em que os danos são considerados como circunstância agravante, como, no direito italiano, o roubo com violência sobre as coisas ou a violação de domicílio.

²⁴ - Esta última designação é a utilizada por COSTA ANDRADE, «Art. 213º (Dano qualificado)” (cit. *Dano qualificado...*) in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 241, e por SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 154. Utilizamos aqui o termo para nos referirmos a tipos legais em que se pune a danificação, destruição, desfiguração e inutilização de coisas específicas, mas em que estamos perante tipos autónomos em relação ao dano simples, como explicitaremos infra.

na danificação de uma coisa. O bem jurídico é novamente diferente do dano estrito, ligado sim à proteção da segurança pública e das vidas ou bens alheios, postos massivamente em causa pela utilização de meios tão extremos. Em relação a alguns destes instrumentos, chega-se ao ponto de criar crimes de perigo, abstrato ou concreto, mesmo sem a existência de qualquer dano, pois o desvalor da ação e o perigo a ela inerente chega para justificar a sua punição²⁵.

Suay Hernández, ao sistematizar os diversos tipos legais de danos, separa-os em danos microssociais e macrossociais, seguindo a divisão de bens jurídicos de Bustos Ramirez²⁶. Assim, para este último autor, os bens microssociais estão ligados às relações intersubjetivas e referidos aos sujeitos considerados individualmente. Por seu lado, os bens macrossociais estão relacionados com o funcionamento do sistema e têm uma função teleológica para com os bens jurídicos microssociais, assegurando-os (especialmente a liberdade, a segurança e a igualdade material). Os bens jurídicos macrossociais dividem-se, por seu lado, em coletivos, institucionais e de controlo²⁷.

25 - FARIA COSTA, *O perigo em direito penal* (cit. *Perigo...*), Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 584, entende que o perigo “surpreende-se, com rigor, na relação que se estabelece entre o carácter danoso de um sucesso e a probabilidade desse acontecer”. Para um critério material de determinação do perigo, v. FARIA COSTA, *Perigo...*, p. 591-620, concluindo que a noção de perigo “se revela por meio de um juízo de dupla referência (ex ante e ex post), aperfeiçoado pela doutrina do âmbito de protecção da norma e cujo núcleo central do seu critério determinador se afirma através do cânone das regras da experiência, conquanto ligado ao referencial de haver probabilidade, jurídico-penalmente compreendida, de um resultado desvalioso se vir a produzir”.

26 - SUAY HERNÁNDEZ, *Elementos...*, p. 142-158. Sobre a concepção de Bustos Ramirez, v. BUSTOS RAMIREZ, «Los bienes jurídicos colectivos» (cit. *Bienes...*) in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* Mon. N.º 11 (1986), p. 147 e s., e SUAY HERNÁNDEZ, *Elementos...*, p. 142.

27 - BUSTOS RAMIREZ, *Bienes...*, p. 158-163, e SUAY HERNÁNDEZ, *Elementos...*, p. 142, em que os bens jurídicos colectivos “protegem necessidades de carácter social bem como a participação de todos no processo económico e social”, os institucionais estão “dirigidos à protecção de certas instituições básicas do sistema” e os de controlo “protegem a manutenção do aparelho estatal de controlo”. Preferimos, em geral, referirmo-nos a ‘bens jurídicos supra-individuais’ em vez de ‘bens jurídicos coletivos’, porque, como veremos ao abordar a natureza jurídica do património cultural, aludimos a interesses difusos, distintos dos interesses coletivos. Usar esta última expressão poderia fazer entender que estamos perante bens jurídicos de um determinado grupo na sociedade, enquanto a expressão ‘bens jurídicos supra-individuais’ parece ser mais abrangente e não reenvia para essa distinção entre interesses na doutrina administrativa. BUSTOS RAMIREZ, *Bienes...*, p. 159, critica o uso da expressão ‘bens jurídicos supra-individuais’, por se referirem a uma categoria de bens superior ao indivíduo ou que está para além dele, quando estes bens têm sempre como referência final cada um dos membros da comunidade. O que é correcto, mas a verdade é que estes bens, embora, claro, estejam ligados a cada um de nós, não se circunscrevem a essa vertente, são antes

Quando se faz a análise do tipo legal de dano qualificado é importante saber se se está perante subtipos do dano simples ou perante danos específicos (ou, nesta última terminologia, danos micro ou macrosociais), em função de uma série de elementos, de entre os quais avultam os respetivos bens jurídicos. Devemos também dizer que a distinção entre estes dois tipos de danos não deve ser feita apenas a um nível formal, por estarem previstos em tipos legais diferentes. Isso apenas indicia que o legislador deve ter diferenciado os crimes por alguma razão, mas nada nos diz se tal se verifica ou não. Será principalmente em função dos bens jurídicos protegidos que se poderão enquadrar os vários danos em danos simples ou específicos. O que pode, num plano teórico, parecer simples, mas, na realidade, é muitas vezes difícil fazer esta distinção. Em verdade, num grande número destes crimes protegem-se dois ou mais bens jurídicos, embora seja possível discernir, às vezes não muito claramente, a qual deles é dada predominância.

Através, pois, da análise dos tipos legais espalhados pela Parte Especial, conseguir-se-á enquadrar alguns dos outros casos de danificação em subespécies do dano *stricto sensu*, mais ou menos ligados a este último conforme a importância dada a outros bens jurídicos. Sendo que, noutros exemplos, estaremos perante danos específicos, mesmo que também, em segunda linha, se tenha em atenção o bem jurídico do crime de dano²⁸.

O problema põe-se, especialmente, em relação ao dano qualificado, em que se fundem, muitas vezes, bens jurídicos diferentes dentro do esquema da punição agravada do crime de dano²⁹. Embora pareça natural que o bem jurídico

interesses de todos e de cada um, aí residindo a sua natureza difusa, não redutível nem ao individual nem ao coletivo.

²⁸ - É possível também que em alguns danos específicos se venha a proteger igualmente o bem jurídico do crime de dano, mas apenas lateralmente, reflexamente, como uma consequência não tida em conta pelo legislador ao formular aquele crime.

²⁹ - Ao analisar o crime de furto qualificado, bastante similar com o de dano qualificado, FARIA COSTA, «Art. 204º (Furto qualificado)» (cit. *Furto qualificado...*) in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 58, utiliza a expressão “**bem jurídico formalmente poliédrico ou multifacetado**”, destacado do autor, para se referir ao bem jurídico protegido no seu âmbito, em que se juntam o bem jurídico do furto simples e outros bens jurídicos, que variam com as diversas qualificações.

predominante seja o mesmo do dano em sentido estrito, é possível que tal não aconteça.

Quanto à distinção do dano penal *stricto sensu* em relação ao dano civil³⁰, devemos concluir pela maior extensão do segundo. Os danos não patrimoniais, as ofensas à personalidade, os danos negligentes e os lucros cessantes são, entre muitos outros exemplos, considerados civilmente como danos, enquanto que penalmente não assumem qualquer relevância para a existência do crime de dano. Quanto à questão contraposta, podemos dizer que as ações penalmente relevantes no tipo estrito de dano correspondem, em geral, a situações de danos civis³¹. Por isso, costuma-se utilizar a figura dos círculos concêntricos por analogia com a relação existente entre estes dois danos. Civilmente, a noção de dano será mais ampla, correspondendo a um círculo extenso, em cujo interior estará contido outro círculo, dos danos penais, com uma superfície menor. De qualquer modo, parece-nos incorreto o uso desta figura, porque o direito penal não parte dos danos civis, incrimina sim ações danificadoras de coisas, de acordo com uma lógica própria e autónoma. Penalmente, o dano tem apenas significado quando atinge uma coisa, na medida em que se refere a uma *res*, que é um dos elementos indispensáveis para a existência do crime de dano simples. O que, em direito civil, não tem qualquer relevância, pois embora o dano sobre coisas seja manifestamente uma subespécie do dano, apenas o é na medida em que afeta os direitos e interesses alheios. Assim, os dois danos, apesar da homonomia, são bastante distintos, sendo também impossível estabelecer uma comparação entre ambos de uma forma geométrica, pois correspondem a realidades bem diferentes. Não aprofundaremos mais esta questão, dado o seu carácter lateral em relação ao tema deste texto. Além

³⁰ - V., sobre o assunto, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III.*, p. 436-443, BRICOLA, voce «Daneggiamento» (cit. *Daneggiamento...*) in Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè, 1962, p. 599, JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 506, e SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 25-30. Esta questão é uma das mais abordadas pela doutrina, o que se explica pelo facto de, durante muito tempo, e como veremos a seguir, os danos civis e penais terem estado estreitamente interlaçados. O último autor citado distingue os danos civis dos penais a dois níveis: objetiva (com relação aos tipos de danos abrangidos por cada um) e subjetivamente (devido à exclusão dos danos negligentes do âmbito penal).

³¹ - Analisaremos a questão melhor quando nos debruçarmos sobre o tipo-de-ilícito do crime de dano simples.

do mais, estamos conscientes da extensão deste problema, como certamente nota Quintano Ripollés: “*Punctus pruriens* do tema que secularmente vem atormentando os teóricos e os práticos, e que por alguns foi qualificado de quadratura do círculo, em confissão da sua quimérica resolução”³².

Contudo, do ponto de vista histórico, os danos civis e penais têm andado ligados desde o seu início, sendo a sua distinção relativamente recente. É esse percurso que passamos a analisar.

2.1 - Os danos na História do Direito

Na alvorada da civilização, a humanidade encontrava-se dividida em clãs nómadas, “em comunidades selvagens que caçavam em grupos e partilhavam em conjunto os resultados da caça”³³. Só assim podia o homem assegurar a sua subsistência, pois individualmente, ou mesmo só em família, nunca conseguiria sobreviver. Neste período, a propriedade é toda comunal, de cada um dos agregados, não dos seus membros. Tudo pertencia ao grupo, os utensílios, as roupas, etc., não se podendo dizer que por um dos seus constituintes os utilizar, tivesse algum poder ou direito especial sobre eles³⁴.

Em seguida, a humanidade, paulatinamente, passa a dedicar-se à agricultura e pastorícia, passando a caça a ser uma atividade secundária. Os vários grupos tornam-se sedentários, fixando-se nas zonas mais propícias às suas novas ocupações e formando os embriões de futuras cidades.

Em toda esta época, os danos provocados por um dos membros aos bens do grupo deviam ser punidos, severamente, por todas as pessoas do clã. Tanto mais que as difíceis condições de vida impunham um controlo dos meios de

32 - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III., p. 436.

33 - AVELÂS NUNES, *Os Sistemas Económicos*, separata do *Boletim de Ciências Económicas*, XVI, Coimbra, 1975, p. 29.

34 - “Não fazia sentido, então, falar-se da propriedade dos meios de produção, que eram utilizados, bem como as terras, por toda a colectividade, na satisfação das necessidades de todos”, AVELÂS NUNES, *ob. cit.*, p. 30.

subsistência, muito escassos e, por isso, ainda mais valiosos. O que seria ainda mais grave se fossem afetados bens essenciais para todo o grupo, como culturas agrícolas, instrumentos de trabalho ou animais, base da vida da comunidade. Por isso, em muitos casos, seguia-se a morte do causador do dano, mesmo que agisse sem qualquer intenção.

Quando fosse outro grupo a danificar os bens do clã, este devia unir-se e punir a afronta, mesmo que tal significasse guerra. Estávamos numa época em que eram frequentes os conflitos por questões de domínio dos bens e terrenos dos grupos. A própria necessidade de sobreviver impunha que os grupos mais fortes destruíssem os mais fracos, reduzindo a escravos os seus membros e apropriando-se de tudo o que fora seu.

Posteriormente, com o processo de sedentarização, começa a desenvolver-se a propriedade privada, começando por certos itens pessoais e alargando-se gradualmente, embora coexistisse, durante ainda muito tempo, com a propriedade comunal. Assim, por exemplo, os terrenos, originariamente de todos, e simplesmente adstritos a uma pessoa, passam a ser considerados como seus. A posse, tantas vezes repetida, transforma-se em propriedade, cujo respeito se impõe aos outros membros da comunidade.

Em consequência, os danos causados por uma pessoa aos bens doutra permitiam ao lesado o recurso à vingança privada, auxiliado pelos outras pessoas do clã³⁵. Não havia qualquer limite à agressão ao causador do dano, que poderia ser morto, mesmo que o prejuízo causado fosse pequeno, passando todos os seus bens para o ofendido. A medida da vingança ficava apenas limitada pelo desejo do lesado, não tendo qualquer relação com a gravidade do ato.

Se o danificador pertencesse a um grupo diferente, o clã devia novamente solidarizar-se em torno do lesado e auxiliá-lo na sua vingança. A unidade do grupo e os seus laços pessoais afirmavam-se na sua ajuda à perseguição daqueles que causassem ofensas a bens de um dos seus membros.

35 - LISZT, *La idea del fin en el Derecho Penal* (cit. *Idea...*), trad. de Carlos Pérez del Valle, Granada: Comares, 1995, p. 54, defende que, dada a intervenção do clã, não se estava perante uma vingança privada, mas sim uma vingança de família, “enraizada nas formas primitivas de socialização, na sociedade familiar fundada nos vínculos de sangue, na estirpe”.

Neste quadro, a vindicta cumpria duas finalidades: punia o ofensor e permitia a apoderação do seu património, em benefício do lesado³⁶. Estávamos, pois, numa época de “responsabilidade predominantemente objetiva e coletiva, sobretudo de índole penal”³⁷. Responsabilidade objetiva, porque o dano era perseguido, quer fosse doloso, quer meramente negligente, mesmo quando fosse totalmente casual³⁸. Podemos dizer que, nesta época, era o desvalor de resultado que fundava a punição das condutas danificadoras, sendo quase indiferente o (des)valor da ação³⁹.

Num estágio posterior, o exercício da vingança privada fica submetido a algum controlo, por muito ténue que fosse, por parte do chefe do grupo. Quando o infrator e o lesado eram membros do mesmo clã, o líder deste intervinha, podendo chegar a decretar a morte do infrator ou, mais normalmente, a sua expulsão do grupo e a perda de paz absoluta ou relativa⁴⁰.

Ainda mais tarde, estabelece-se uma certa proporcionalidade entre o delito e a punição, a chamada lei de Talião⁴¹, que, por muito bárbara que hoje nos pareça, constituiu um grande avanço. Com ela, a vingança privada, que nas palavras de Ihering, “não conhecia outros limites que não o grau de sobreexcitação puramente accidental ou arbitrário do indivíduo lesado”⁴², passa a guiar-se pela gravidade do

³⁶ - Neste sentido, M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 440.

³⁷ - M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 440.

³⁸ - STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*⁶, Paris: Dalloz, 1997, p. 46, deve-se salientar, aliás, que nesta época estes conceitos não tinham sido ainda criados, pois são construções doutrinárias posteriores.

³⁹ - Só com direito romano se vai dar a devida importância à culpa, v. EDUARDO CORREIA, *Direito...I*, p. 81, e M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 441, destacando o papel dos juristas bizantinos da época pós-clássica no desenvolvimento da conceção de culpa.

⁴⁰ - EDUARDO CORREIA, *Direito...I*, p. 77-78, citando Brunner, para quem a perda de paz é, no direito germânico, o início da progressiva publicização do *jus puniendi*. A perda de paz absoluta significava a aniquilação jurídica do infrator, podendo e devendo ser morto por qualquer um. A perda de paz relativa é simplesmente a vingança privada autorizada pela chefia do grupo. V. também, sobre a perda de paz no contexto da evolução da pena primitiva, LISZT, *Idea...*, p. 56,

⁴¹ - Num dos trechos mais famosos da Bíblia diz-se: “Mas se de tal facto advier dano, então pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé...”, Êxodo 21, 23-24, por influência dos vários Códigos orientais da época, especialmente do Código de Hammurabi. Jesus Cristo rejeitou esta lei, prescrevendo uma Lei cristã do Talião: “se alguém te bater na face direita, oferece-lhe também a outra”, Mateus 5, 39.

⁴² - *Apud* STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *ob. cit.*, p. 47.

ilícito que pretende vingar. A integração dos vários grupos isolados em povos mais ou menos homogeneizados leva a um maior controlo da perseguição privada, fonte de discórdias e perturbações na comunidade. Assim, o proprietário do bem passa a poder agredir apenas o ofensor e o seu património em função da gravidade do dano.

Com a formação de cidades e o estabelecer de um poder mais centralizado, a vindicta privada mostra-se gradualmente cada vez mais incompatível com o novo contexto social e político⁴³. Passa-se, assim, a uma época⁴⁴ em que predomina a “*composição pecuniária*, livremente negociada: o agressor pagava uma certa quantia ao ofendido ou à família deste...”⁴⁵, que continua a servir duas finalidades, a de reparação e de punição. A pena em pecúnia serve, assim, para que o lesado recomponha a sua situação anterior e para que o ofensor sofra pelo ato que praticou.

A pouco e pouco, vai prosseguindo o processo de publicização do *jus puniendi*, em que os poderes instituídos vão chamando a si a resolução dos litígios. O passo seguinte nesse percurso é o estabelecer de penas pecuniárias fixas, consideradas proporcionais à importância da ação ilícita, obrigando os ofensores e ofendidos a aceitar esses montantes previamente fixados pela autoridade. No dano, a pena fica, normalmente, ligada de algum modo ao prejuízo causado⁴⁶, embora ainda seja considerada como tendo uma natureza mista, reparadora e punitiva. Nalguns casos, a pena excede o dano, podendo destinar-se o excedente à

43 - JÚLIO GOMES, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?» in *Revista de Direito e Economia* XV (1989), p. 127, aponta o facto de a vingança levar a um clima de violência como um dos factores que conduziram à composição pecuniária

44 - Que M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 441, designa de composição facultativa, sendo que, para o mesmo autor, a época seguinte é de composição obrigatória, pois como se diz em seguida, as quantias pagas à vítima passam a ser fixadas imperativamente pelo poder público.

45 - EDUARDO CORREIA, *Direito...I*, p. 77, itálico do autor, aludindo em particular ao direito germânico, podendo contudo ser transposto para a evolução geral do direito penal. JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 129, refere que o crime era, nesta época, “essencialmente uma questão entre lesado e lesante, dominada pelo princípio da reciprocidade e da justiça comutativa”.

46 - Nos casos mais simples, consistiria na reparação do dano, enquanto noutras situações (bens mais importantes, meios utilizados particularmente desvaliosos, como o fogo) seria um múltiplo do valor do dano, variando de acordo com a gravidade deste.

“autoridade pública («bannus»), que chegou a ter grande importância como fonte de receita, e outra parte para o ofendido ou sua família («fredus»)»⁴⁷.

Ao mesmo tempo que decorre toda esta evolução, existem também delitos mais graves, que não afetam apenas os particulares, mas o grupo como um todo. Referimo-nos, por exemplo, à traição, ao sacrilégio ou à lesa-majestade⁴⁸, entre outros, em que as condutas afetavam não os interesses individualmente considerados, mas os interesses da comunidade em si. O sacrilégio, que podia consistir num dano, violava as convicções religiosas vigentes na comunidade, nesta época sincréticas, fazendo perigar a existência do clã, ao atrair sobre ele a vingança divina. Algumas das condutas sacrílegas eram, por exemplo, danificar coisas sagradas, que podiam possuir as naturezas mais diversas: pedras, árvores, animais, etc. A conduta era punida não pelo prejuízo que causasse a outrem, mas pela especial natureza dos objetos danificados, pelo seu especial valor e significado para a comunidade e para os seus membros, pois representavam deuses ou eram instrumentos de culto.

Estes crimes deviam ser perseguidos por todos os constituintes do grupo, especialmente pelos seus líderes, constituindo um dever a sua repressão. As penas eram, quase sempre, a morte do infrator, único modo de preservar a coesão do grupo e/ou afastar a ira dos deuses.

Além disso, existiam casos de danos em alguns bens com uma certa importância para o grupo e para os seus membros, e que por isso gozavam também de uma proteção acrescida, com penas consideravelmente superiores à do simples dano.

Tal é o caso das árvores, não só pela natureza divina que muitas vezes tinham, mas igualmente pela especial necessidade que havia, naqueles tempos, de

47 - M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 440.

48 - Que, recorde-se, manteve-se, durante muitos séculos, como um dos crimes, ou mesmo o crime mais importante, bastando para isso ver as penas cruéis, infamantes e transmissíveis com que foi sempre punido nas nossas Ordenações. De facto, tal crime constituía o grau máximo de ataque a um dos principais esteios da sociedade do *Ancien Régime*, o Monarca e a sua família. A Igreja e a sua influência, eram protegidos por outros crimes gravíssimos, contraponto religioso da lesa majestade, casos da heresia e apostasia, cuja origem podemos fazer recuar até às condutas sacrílegas desta época remota.

madeira, necessária para fazer fogo e para construir habitações, entre muitas outras utilidades. O que se tornava especialmente importante nas zonas mais desérticas, onde as árvores e os seus subprodutos eram um dos bens mais escassos e, por isso, dos mais preciosos. Além disso, os próprios animais, as suas pastagens e os campos cultivados, base da economia de pastorícia e agricultura da época, gozavam, em muitos casos, de um regime especial, em que a pena não se limitava ao mínimo necessário para refazer a situação anterior.

Vemos assim que, nesta época, havia regimes diferentes para os danos, em função da natureza das coisas afetadas. Nos casos mais graves, a perseguição era pública e as penas pesadas, corporais, mormente de morte. Noutras situações, menos importantes, mas ainda assim graves, a pena era pecuniária, mas superior ao prejuízo causado. Finalmente, nos danos simples, a punição correspondia a mais das vezes ao mero ressarcimento do lesado.

Vejamos então como se verifica esta evolução nos direitos mais próximos do nosso, começando por uma das matrizes da nossa cultura: o direito hebreu, cuja fonte principal são os primeiros cinco livros da Bíblia, o chamado Pentateuco.

A lei mosaica⁴⁹ começa por se referir a danos causados por animais, pois como o povo hebreu se dedicava bastante à pastorícia, esta devia ser uma situação comum. Se o dono do gado permitisse que este pastasse num prédio alheio, devia dar o que de melhor o seu campo ou vinha produzisse⁵⁰.

Além disso, previa-se a possibilidade de incêndio que “alastrando pelos silvados, destruir as searas de trigo, as medas, os cereais ou o campo de outrem”⁵¹, devendo o causador do incêndio pagar o prejuízo.

49 - Atribuída, pois, a Moisés, embora, na realidade, esteja na sua base “uma riquíssima tradição cultural, política e religiosa. E foi Moisés, o fundador da nação hebraica, que lhe impregnou a forma característica. Em termos modernos, podemos dizer que o Pentateuco é mosaico como é napoleónico um código redigido nos nossos dias, segundo os princípios da reforma jurídica de Napoleão”, Introdução à *Bíblia Sagrada*, Lisboa: Difusora Bíblica (Missionários Capuchinhos), 1981, p. 16.

50 - Êxodo 22, 5.

51 - Êxodo 22, 6.

As regras do dano no Código de Hammurabi não se afastavam deste esquema, exigindo do ofensor a simples reparação do dano⁵².

Não encontramos aqui o que nós hoje chamaríamos de responsabilidade penal pelos danos causados a outrem, mas sim, ao que parece, simples responsabilidade civil. Contudo, a quantia paga ao lesado era entendida em dois sentidos: como ressarcimento e, ao mesmo tempo, como pena. Por isso, e como veremos mais desenvolvidamente, em relação ao direito romano, podemos entender estas regras, em certa medida, como um antecedente remoto do atual crime de dano⁵³.

Pretendia-se também proteger especialmente as coisas oferecidas a Deus, não só de qualquer dano, mas também da profanação: “Se alguém, inadvertidamente, comer uma coisa santa, restituirá ao sacerdote o seu valor, acrescido de um quinto. Os sacerdotes não deixarão profanar as coisas santas que os filhos de Israel oferecem ao Senhor”⁵⁴. Quanto aos próprios instrumentos de culto, a sua proteção advinha não só das regras muito restritas impostas pela *Torah*, mas também do temor que advinha do seu valor simbólico, reforçado pela ideia de uma punição divina⁵⁵. Talvez por isso, não havia necessidade de ameaçar com qualquer pena quem danificasse uma coisa sagrada, pois poucos se atreveriam e Deus se encarregaria de quem o fizesse.

Quanto ao direito grego, e em especial o ateniense⁵⁶, sabemos que existia uma ação destinada a obter a reparação de danos causados ao património,

52 - Cfr. MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 112.

53 - Contra, MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 112, nota 2, afirmando que “Nas leis de Hammurabi como para a legislação hebraica e o direito romano das XII Tábuas faltam alguns elementos da sanção penal no sentido técnico do termo”. Para o mesmo autor, só no Código de Manu se encontra uma sanção penal, que se adiciona à indemnização devida,. Contudo, como admite o autor, em relação aos danos em bens públicos ou que causassem perigo existiram sempre punições verdadeiramente penais, v. *ob. e loc. cit.*

54 - Levítico 22, 14-15.

55 - O episódio de Nabab e Abiú, Levítico 10, 1-3, devorados pelo fogo por terem oferecido uma oferta profana serve, exactamente, para reforçar esta ideia.

56 - Porque, nesta altura, não se pode falar de um direito único no espaço a que hoje chamamos Grécia, pois estava então dividido nas várias Cidades-Estados, as Polis, sendo que o direito de que nos chegou maior testemunho, especialmente através de obras escritas (peças, livros filosóficos, etc.) ou de inscrições, é o ateniense. Apesar disso, existiam bastante pontos comuns, que permitem extrapolar para os restantes direitos, cujo conhecimento é ainda mais fragmentário.

incluindo as coisas imóveis e móveis⁵⁷. A consequência jurídica variava com a voluntariedade ou não da conduta, sendo igual ao valor do dano no caso de danos involuntários e ao dobro no caso oposto⁵⁸.

Em Atenas, eram também punidas certas condutas danificadoras, quando as coisas afetadas eram sagradas ou estavam situadas junto de santuários. Tal é o caso, por exemplo, de uma inscrição ática, do 4º século, em que se diz que é proibido cortar árvores ou levar madeira do santuário de Apolo⁵⁹, sendo tal conduta punida com cinquenta chicotadas, se for praticada por um escravo, ou com cinquenta dracmas, se for homem livre. Encontram-se também mais algumas inscrições destinadas a proteger árvores, que os Gregos tinham, em alguns casos, como sagradas⁶⁰, pelo que quem as cortasse cometia o crime de *asebeia*, sendo a punição, quase sempre, pecuniária. No caso de danos causados a coisas ainda mais importantes o autor cometia o crime de *hierosulia*, por exemplo, quando desfigurava uma estela ou matava um peixe sagrado⁶¹. Quanto à pena, normalmente nada se dizia, apenas que o criminoso devia ser punido como *hierosulos*, embora, noutros casos, se referisse uma pena pecuniária bastante superior à de *asebeia*.

Quanto a Roma, no direito mais antigo⁶², os danos levavam a que o seu causador perdesse a sua esfera de liberdade e a sua personalidade, sendo entregue

57 - PAOLI, voce “Danno (Diritto Attico)” in *Novissimo Digesto Italiano V*, Torino: UTET, 1960, p. 143. O mesmo autor refere que Aristóteles cita, na obra *Política*, a divisão dos crimes por Hipódamo de Mileto em três categorias: o ultraje, o dano e o homicídio, v. *ob. cit.*, p. 142.

58 - V. PAOLI, *ob. cit.*, p. 143, para maiores desenvolvimentos.

59 - DAVID COHEN, *Theft in Athenian Law*, München: Beck, 1983, p. 99, que, embora debruçando-se primordialmente sobre o furto na lei ateniense, também aborda o problema dos danos, especialmente em coisas com um valor especial para a sociedade de Atenas, como era nitidamente o caso.

60 - Como as oliveiras da deusa Atenas, v. DAVID COHEN, *ob. cit.*, p. 99 e p. 111-114, com restantes exemplos de proteção das árvores junto de templos.

61 - V. DAVID COHEN, *ob. cit.*, p. 105-107, para os restantes exemplos de *hierosulia*, que o autor, ao contrário da visão tradicional, não entende como uma figura homogênea relacionada com a propriedade sagrada, mas como uma figura fluida, difícil de distinguir de *klope* (de um crime a que hoje chamaríamos furto - v. também MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume II: parte speciale*², Bologna: Zanichelli, 1938, p. 217-218) e de *asebeia*, v. DAVID COHEN, *ob. cit.*, p. 114-115.

62 - Cfr. MARGARITA FUENTESECA, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 98-99. Para uma divisão do direito romano em várias fases (arcaica, clássica,

pelo chefe da família ao proprietário. A única forma de se eximir seria pagar uma quantia pecuniária, equivalente ao dano provocado.

Mais tarde, cerca do séc. V a.C.⁶³, eram punidas na Lei das XII Tábuas (*Lex XII Tabularum*) algumas condutas danificadoras, como os incêndios, as derrocadas de edifícios, o causar naufrágios e os sacrilégios, punidos *ex officio* e com graves penas⁶⁴. Noutros casos, como o corte de árvores alheias (*arborum succisio*)⁶⁵ ou os danos causados por animais em terrenos alheios⁶⁶, os lesados deviam lançar mão de uma ação privada⁶⁷, de que resultaria a condenação numa pena pecuniária. Quanto aos danos em geral é provável que estivessem previstas nesta lei⁶⁸, da qual temos um conhecimento fragmentário e muitas vezes baseado em reconstruções hipotéticas.

pós-clássica e justinianeia) v., detalhadamente, SANTOS JUSTO, *Fases do desenvolvimento do Direito Romano* (cit. *Fases...*), Coimbra, 1997, *passim*.

⁶³ - A sua datação é muito discutível, mas aponta-se normalmente para este século, como fazem SEBASTIÃO CRUZ, *ob. cit.*, p. 182, SANTOS JUSTO, *Fases...*, p. 11, que indicam como possível a data de 450 a.C., e BRAGA DA CRUZ/ALMEIDA COSTA, *Direito Romano*, Coimbra, 1958, p. 73, embora sem certeza acerca da data exacta: “Segundo se crê, só com a promulgação da lei das XII Tábuas, em meados do séc. V a.C., é que os romanos possuíram, pela primeira vez, uma lei escrita”.

Quanto ao processo de elaboração da lei propriamente dita, v. BRAGA DA CRUZ/ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 73 e SEBASTIÃO CRUZ, *ob. cit.*, p. 178-180. Segundo a tradição foram, em 451 a.C., nomeados dez homens, os *decemviri legibus scribundis*, para redigir as dez leis originais, pelo que esta lei também é designada como a legislação decemviral. Posteriormente, em 449 a.C., foram então adicionadas duas tábuas, o que originou o nome dado à Lei. Esta descrição tradicional do processo legislativo tem sido criticada por muitos autores, cfr. BRAGA DA CRUZ/ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 75-76, e SEBASTIÃO CRUZ, *ob. cit.*, p. 180-181, que concluem, apesar de tudo, que parte do relato da tradição será de admitir.

⁶⁴ - JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 507, e MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 112-113, nota 3.

⁶⁵ - V. MICHEL VILLEY, *ob. cit.*, p. 96, e SANTALUCIA, *Derecho Penal Romano*, trad. de Javier Paricio e Carmen Velasco, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, p. 59.

⁶⁶ - Cfr. SANTALUCIA, *ob. cit.*, p. 59, de notar que a pastoreagem de gado numa propriedade alheia era um crime público se praticada de noite ou clandestinamente, punida com chicotadas e obrigando ao pagamento do dobro do dano causado.

⁶⁷ - Que no caso dos danos provocados por animais seria a *actio de pauperies*, cfr. DALLA/LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 408-409, e MELLO FREIRE, *ob. cit.*, p. 160.

⁶⁸ - No mesmo sentido, LONGO, voce “Lex Aquilia de Damno” in *Novissimo Digesto Italiano IX*, Torino: UTET, 1963, p. 799, e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*¹⁴, reimpr., Napoli: Eugenio Jovene, 1983, p. 374. Contra, DALLA/LAMBERTINI, *ob. cit.*, p. 408.

A Lei das XII Tábuas corresponde ao início da transição da época da Lei de Talião e da composição facultativa para a da composição pecuniária obrigatória⁶⁹. Assim, no caso do delito de *membrum ruptum*⁷⁰, dispõe que se o ofensor não chegar a acordo quanto à compensação com o ofendido, este pode exercer o talião: “*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”. Noutros delitos, a pena estava já definida na própria lei, não necessitando haver negociação entre as partes.

Também se nota nesta Lei a distinção generalizada posteriormente no direito romano clássico entre *crimina* (ou menos tecnicamente *maleficia*⁷¹) e *delicta*⁷², entre delitos públicos e privados, uns perseguidos pelo Estado, outros pelos particulares, uns com penas públicas corporais ou pecuniárias, outros unicamente com penas pecuniárias⁷³.

A maioria dos autores traça as raízes do crime de dano simples⁷⁴ a Roma e à *Lex Aquilia de Damno*⁷⁵, datada provavelmente do séc. III a.C.⁷⁶. Esta lei foi a base

⁶⁹ - V. ALBANESE, voce «Illecito (storia)» (cit. *Illecito...*) in *Enciclopedia del Diritto XX*, Giuffrè, 1970, p. 58-61.

⁷⁰ - De ofensa à integridade física simples, diríamos nós hoje, distinto do *os fractum*, de uma agressão física de que resultasse uma fratura, que podemos aproximar de uma ofensa à integridade física grave.

⁷¹ - ROSSETTI, «Problemi e prospettive in tema di ‘struttura’ e ‘funzione’ delle azioni penali private» in *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’ XXXV-XXXVI (1993-1994)*, p. 345, nota 3.

⁷² - Antes chamados também *noxia* ou *damnum*, cfr. FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 16.

⁷³ - ROSSETTI, *ob. cit.*, p. 344 e s., SANTALUCIA, *ob. cit.*, p. 59, e ALBANESE, *Illecito...*, p. 69-71. Além destes dois tipos de ilícito, públicos e privados, existia também um ilícito contratual, que está na origem da atual responsabilidade contratual. Lembre-se que, segundo Gaio, toda a obrigação nascia de um contrato ou de um delito: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*”, apud MICHEL VILLEY, *ob. cit.*, p. 124.

⁷⁴ - Contra, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 443, que entende que “o crime de dano é de relativamente moderna incorporação no âmbito penal, tendo permanecido quase sempre no campo do ilícito civil, conforme os padrões legados pelo Direito Romano”. O mesmo autor apenas ressalva o carácter penal das normas referentes a incêndios e inundações, v. *ob. cit.* p. 444.

⁷⁵ - Neste sentido, MICHEL VILLEY, *ob. cit.*, p. 98, e RODRIGUEZ DEVEZA «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XIII (1960)*, p. 39. BRICOLA, *Danneggiamento...*, p. 599, aproxima a formulação do crime de dano no direito italiano do esquema clássico da *Lex Aquilia*, enquanto M. FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 18, radica na mesma lei apenas a criação do delito civil de dano.

⁷⁶ - ALBANESE, voce “*Damnum iniuria datum*” (cit. *Damnum...*) in *Novissimo Digesto Italiano V*, Torino: UTET, 1960, p. 110, nota 2. ARANGIO-RUIZ, *ob. cit.*, p. 374, diz que é de “idade incerta, mas indubitavelmente muito antiga”. BOVE, voce “*Danno (Diritto Romano)*” in *Novissimo Digesto Italiano V*, Torino: UTET, 1960 p. 145, aponta a data considerada classicamente: 286 a.C., enquanto

da, ainda hoje, designada responsabilidade aquiliana⁷⁷ ou extracontratual, tendo criado o delito de *damnum iniuria datum*.

No seu Capítulo I, obrigava-se quem matasse um escravo ou animal alheio a pagar o valor mais alto atingido pelo escravo ou animal no ano anterior. Para tal, era necessário que estes fizessem parte do *pecudes*, i.e., pertencessem às bestas comuns domésticas e agrícolas⁷⁸.

A mesma lei, no seu Capítulo III, responsabilizava quem danificasse coisas alheias⁷⁹, obrigando ao pagamento do preço desta no mês anterior.

Em ambos os casos se exigia que a danificação fosse feita com *iniuria*, i.e., contra o *ius*⁸⁰, e através de uma ação *corpore corpori*, com contato direto entre o ofensor e a coisa danificada ou destruída.

O dono do bem danificado⁸¹ podia recorrer a uma *actio poenali*⁸², a *actio ex lege Aquilia*, decorrente deste delito, para que o tribunal impusesse uma pena

que SANTOS JUSTO, *As ações do Pretor (Actiones Praetoriae)* (cit. *Acções...*), reimpr., Coimbra, 1997, p. 21, prefere as datas de 286 e 287 a.C.

Esta lei estava originalmente dividida em 3 capítulos, dos quais só conhecemos o 1.º e o 3.º, embora haja reconstituições possíveis do 2.º, embora muito duvidosas (v., por todos, BOVE, *ob. e loc. cit.*, e SANTOS JUSTO, *Acções...*, p. 21, nota 1).

77 - V., por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica I*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1997, p. 127.

78 - ALBANESE, *Damnun...*, p. 110. Se assim não acontecesse, aplicar-se-ia o Capítulo III.

79 - Tanto as já abrangidas pelo Capítulo I, desde que não fossem destruídas, quer quaisquer outras coisas, desde que se diminuísse o seu preço.

80 - Que não se assemelha em muito ao que nós consideramos hoje a culpa, pois então não tinha “carácter técnico”, reduzindo-se à “simples imputabilidade legal objectiva”, CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*⁴, reimpr., Coimbra: Almedina, 1995, p. 755, v. também LONGO, *ob. cit.*, p. 799, e DALLA/LAMBERTINI, *ob. cit.*, p. 410-411.

81 - E, nesta época, só o dono, não o possuidor ou o mero detentor da coisa.

82 - O direito romano clássico contrapunha esta acção à *actio reipersecutoria*, uma simples acção ressarcitória, embora seja hoje muito controvertida e difícil a sua distinção, especialmente se atendermos à sua função real e não à classificação dos juristas romanos, sobre o assunto, v., desenvolvidamente, ROSSETI, *ob. cit.*, *passim*, espec. p. 345-355, e MARGARITA FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 161-167. A *actio ex lege Aquilia*, embora conduzisse a uma condenação simples, não era por isso deixada de ser considerada, na época clássica, como penal. Contudo, MARGARITA FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 198-199, entende que, atendendo a esta característica, a ação deve ser considerada como meramente ressarcitória, vendo na *lex Aquilia* “a instauração do ressarcimento dos danos na história do direito privado europeu” (MARGARITA FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 303). DALLA/LAMBERTINI, *ob. cit.*, p. 407, defendem que esta ação, embora formalmente penal, se destinava tendencialmente à reparação do prejuízo.

Posteriormente, na época justinianeia, a ação de dano passa a ser sempre concedida *in duplum*, mesmo que o danificador não negue o dano, v. ARANGIO-RUIZ, *ob. cit.*, p. 374-375. Por isso, é incluída por Justiniano nas *actione mixtae*, aquelas que em se indemniza o lesado, mas também

privada ao ofensor do seu direito de propriedade. O tribunal, numa primeira fase, decidiria de quem era a responsabilidade do dano, em seguida, verificaria o valor do bem para efeitos do cálculo da pena e, finalmente, condenaria o causador do dano. Essa condenação seria normalmente simples, no valor do bem, ou no duplo do seu valor se o causador negasse ser o responsável (*infitatio*)

O delito de dano é um dos quatro delitos referidos por Gaio⁸³, além do furto (*furtum*), das ofensas corporais (*iniuria*) e do furto cometido com armas ou violentamente (*rapina*)⁸⁴.

É difícil saber se a punição do dano correspondia, nesta época, a um caso de responsabilidade penal ou simplesmente civil⁸⁵, que são conceitos que surgiram muito posteriormente. Numa primeira fase, a sua função era considerada penal, a da punição do danificador, mesmo que a pena se vinculasse ao valor da *res*. Mas, a entrega da pena pecuniária ao ofendido significava que também servia para o ressarcir, para reparar os seus prejuízos, sendo que esta finalidade vem a acentuar-se com o passar do tempo.

Assim, parece que podemos considerar o delito como uma figura híbrida, de que vão surgir quer o crime de dano, quer a responsabilidade civil⁸⁶. Por um

se impõem um *plus*, uma pena excedendo o dano, integrando uma nova categoria de ações que quebram a divisão rígida entre os dois tipos de ações na época clássica.

⁸³ - Gaio, “apaixonado pelas divisões quadripartidas” (MICHEL VILLEY, *ob. cit.*, p. 102), deixa de fora alguns outros delitos, como os já referidos na Lei das XII Tábuas. Recorde-se que Gaio dividiu também em quatro tipos os contratos do direito romano, daí a referência de Villey. Sobre Gaio, v. SANTOS JUSTO, *Fases...*, p. 24-25, SEBASTIÃO CRUZ, *ob. cit.*, p. 393-396, e BRAGA DA CRUZ/ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 255-259, por estes últimos considerado como “o jurisconsulto mais enigmático de toda a época clássica de Roma”.

⁸⁴ - Aproximando-se parcialmente do crime de roubo, tal como é definido hoje no CP Português, cfr. Art. 210.º, n.º 1.

⁸⁵ - Cujas distinção é feita, usualmente, em relação à função desempenhada, punitiva e preventiva, no primeiro caso, e ressarcitória, no segundo. Assim, EDUARDO CORREIA, *Direito...I*, p. 16, que considera que a indemnização civil “tem em vista *remediar patrimonialmente* os interesses próprios de certas pessoas”, enquanto “as sanções criminais têm por fim reprovar os crimes, prevenir a sua futura repetição e readaptar socialmente o criminoso”, itálico do autor. Em sentido praticamente idêntico, v. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 116-117. Contudo, até o primeiro autor admite que a indemnização por perdas e danos (como então era designada) representa “uma *coação indireta* (...) aproximando-se então da natureza própria das penas e medidas de segurança”, EDUARDO CORREIA, *ob. e loc. cit.*, itálico do autor.

⁸⁶ - Outro argumento neste sentido é que o critério de determinação do valor leva a que o ressarcimento ultrapasse, em muitos casos, o valor efetivo da coisa, cfr. DALLA/LAMBERTINI, *ob. cit.*,

lado, existia uma punição do autor, a imposição de uma pena, mas essa pena era aplicada em função de um processo privado, desencadeado por um particular, em que a pena era pecuniária e servia, também, para indemnizar o lesado.

Por isso, é impossível, usando categorias posteriores, enquadrar o delito de dano exclusivamente numa destas duas responsabilidades⁸⁷. Nestes tempos, para nós nebulosos, a distinção, hoje corrente, entre direito privado e público era praticamente inexistente⁸⁸. Nas palavras de Faria Costa, ao analisar o direito romano: “A perceção de uma clara e cortante distinção entre o direito civil e o direito penal é uma das mais difíceis tarefas que se deparam ao jurista em geral e ao penalista em particular”⁸⁹.

As duas responsabilidades só lentamente se foram destrinchando, até à situação atual em que o provocar de um dano dá origem, em muitos casos, a responsabilidade penal e civil. Penalmente, leva à aplicação de uma pena, de um mal para o criminoso, enquanto civilmente, obriga ao ressarcimento dos prejuízos causados⁹⁰.

p. 409. ALBANESE, *Illecito...*, p. 64, entende que embora a ação da *Lex Aquilia* fosse penal, representa também um passo importante na direção da pena exclusivamente ressarcitória.

⁸⁷ - É verdade, como afirma QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...* III, p. 414, que nenhum caso de dano, fora dos já referidos na Lei das XII Tábuas, constituiu um crime público, com pena aplicável pelo Estado. Mas, nesta época, tal era reservado para os delitos mais importantes, ficando de fora grande parte dos crimes dos catálogos dos Códigos Penais atuais, por muito graves que hoje nos pareçam. A função punitiva atualmente atribuída ao Estado era realizada, em larga medida, pelas ações dos particulares, a que os tribunais davam guarida e aplicação prática. Por isso, mesmo nestas situações, o Estado Romano não se demitia da aplicação de penas, mas ligava-as ao acolhimento das pretensões dos particulares lesados pelos tribunais.

⁸⁸ - Embora, mais tarde, na época justinianeia, as *Institutas* já contivessem a seguinte definição: “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae septat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*”, v. BRAGA DA CRUZ/ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 13.

⁸⁹ - FARIA COSTA, *Perigo...*, p. 332, nota 99. Do mesmo autor, já anteriormente, v., embora referindo-se a uma época posterior; *A Caução de Bem Viver. Um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal*, Separata do vol. XXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1980, p. 48, nota 102, onde faz, contudo, uma ressalva: “Convém, no entanto, não deixar de sublinhar que institutos há cuja natureza pode tendencialmente apontar para um daqueles ramos”. No caso do delito romano de dano, como vemos, é difícil dizer de qual dos ramos mais se aproxima, o que aliás é uma *vexata quaestio*, v., por todos, ROSSETI, *ob. cit.*, p. 345-355, e MARGARITA FUENTESECA, *ob. cit.*, p. 161-169, e bibliografia aí citada.

⁹⁰ - Segundo ROXIN, «Risarcimento del danno e fini della pena» (cit. *Risarcimento...*) in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XXX (1987), p. 3 e s., só com Binding se distinguiu claramente entre ressarcimento e pena, através do sujeito a quem eram prestados (um particular ou o Estado), enquanto, anteriormente, a reparação era também entendida como uma pena, como uma sanção privada. Veja-se que LEVY MARIA JORDÃO, *O fundamento do direito de punir. Dissertação inaugural*

Além do mais, o facto de a pena corresponder ao valor do bem não chega para justificar a sua natureza simplesmente reparatória. Como diz Antunes Varela, “Se a ideia objetiva da pura *reparação* chega para justificar a obrigação de restituir, no caso de enriquecimento à custa de outrem, já não parece que baste para fundamentar o dever de reparação do dano, quando este não enriqueça o lesante”⁹¹.

É interessante notar que estas duas responsabilidades que então estavam tão interligadas, hoje voltam a aproximar-se, depois de muito tempo em que a preocupação maior foi separá-las. Assim, entende-se atualmente que a responsabilidade civil tem, “acessoriamente, um escopo de repressão e prevenção desses atos ilícitos”⁹², para além da função principal, indemnizatória.

Por outro lado, também já se admite que o Direito Penal desempenha igualmente uma função reparadora, não apenas punitiva. O que explica, por razões de política criminal⁹³, o Art. 72.º, n.º 2, que atenua especialmente o crime quando

para o ato de conclusões magnas, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1853, p. 24, entende a pena como compreendendo a reparação (ligada ao efeito material do crime) e a pena propriamente dita (ligada ao efeito moral), embora defendendo que só a última é objeto da ciência penal. Desde Binding, e até há bem pouco tempo, que tem reinado incontestada esta distinção cortante, entendendo a maioria dos autores que a reparação diz unicamente respeito ao direito civil.

⁹¹ - ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 550, itálico do autor.

⁹² - M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 436, nota 4, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 550, e PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 50-52, embora para este último autor apenas no caso de responsabilidade civil conexa com a penal. Esta função subsidiária está ligada, por exemplo, à variação da indemnização com a intensidade da culpa, cfr. Art. 494.º do Código Civil Português, que apenas atua dentro dos limites máximos da indemnização, havendo, assim, prevalência da função ressarcitória: “Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano”, M. J. ALMEIDA COSTA, *Obrigações...*, p. 495.

⁹³ - Recorde-se a maior importância que o Direito Penal tem ultimamente dado à vítima, cfr. COSTA ANDRADE, *A vítima e o problema criminal* (cit. *Vítima...*), Separata do vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1980, *passim*, espec. p. 58 e s., e ROXIN, «La posizione della vittima nel sistema penal» (cit. *Posizione...*) in *Indice Penale XXIII* (1989), p. 5 e s., pelo que o seu ressarcimento é considerado como uma das finalidades do direito penal e processual penal (COSTA ANDRADE, *Vítima...*, p. 253-263). Ao mesmo tempo, a reparação passa a ser entendida como uma das várias medidas punitivas ao dispor do legislador, v. COSTA ANDRADE, *Vítima...*, p. 247-253, e ROMANO, «Risarcimento del danno da reato, Diritto Civile, Diritto Penale» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale XXXVI* (1993), p. 865 e s., realizando as finalidades das penas, a nível de prevenção geral e especial, como entende ROXIN, *Risarcimento...*, p. 15-20.

Em anotação ao Art. 206.º, FIGUEIREDO DIAS, «Art. 206º (Restituição ou reparação)» (cit. *Restituição...*) in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 117, defende, analogamente, que o “relevante atribuído à reparação do dano em sentido amplo nos crimes patrimoniais (...) constitui hoje um capítulo fundamental da consideração da vítima como destinatário da política criminal relativamente ao discurso da vitimização/desvitimização e ao seu papel e estatuto perante as

o agente praticar “atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados”. Esta atenuação especial existe também em parte dos crimes patrimoniais⁹⁴, quando, segundo o Art. 206.º, a coisa for restituída ou o prejuízo for reparado.

Por isso, podemos perguntar-nos se não existe hoje “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, título de um artigo sobre este mesmo tema⁹⁵.

Voltando ao direito romano, quanto aos outros casos de danos específicos já referidos, não há dúvidas da sua natureza exclusivamente penal, como bem vemos pelas penas mais elevadas do que no dano simples. É o caso dos incêndios⁹⁶, dado o perigo que já então representavam, constituindo uma ameaça real para vidas e outros bens valiosos. O crime de sacrilégio, que como dissemos pode consistir num crime de dano contra coisas com função religiosa, constituía também um crime público, punido com a morte. Interessante notar que com Constâncio II, a destruição, mediante fusão, de moedas romanas será punida como sacrilégio⁹⁷, i.e., outro caso de um crime de dano específico, que dada a natureza dos bens danificados é punido mais gravemente.

Interessante também é o caso do delito de violação de sepulcro⁹⁸, que já era previsto pelo direito romano, primeiramente, na época clássica, como um delito

instâncias formais de controlo (**vitimiologia, vitimodogmática**)”, itálico e destacado do autor. Sobre as possibilidades de descriminalização através do ressarcimento do dano, v., detalhadamente, ROXIN, *Posizione...*, p. 13-18.

94 - O Art. 206.º do CP é aplicável a grande parte dos crimes patrimoniais, incluindo o de dano (veja-se a remissão operada pelo Art. 212.º, n.º 4), cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Restituição...*, p. 118-119.

95 - JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 105 e s., apontando como exemplos desta modificação: no direito civil, os danos punitivos (os *punitive damages* muito comuns nos direitos de origem anglo-saxónica), o regime dos danos não patrimoniais e a responsabilidade civil nos países socialistas (com uma função pedagógica, segundo o autor); no direito penal, a grande importância dada à reparação do dano nos vários Códigos Penais.

96 - Punidos com a morte na fogueira, quando o incêndio é posto numa casa ou na vegetação que a circunda, isto na época das XII Tábuas. A punição dos incêndios foi, como veremos, sempre extremamente pesada ao longo de toda a história do direito penal, cfr. LUIS OSÓRIO BATISTA, *Notas ao Código Penal Português* IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1925, p. 329-330.

97 - SANTALUCIA, *ob. cit.*, p. 139.

98 - Sobre o que se segue, v. RUI MARCOS, *Em torno do ‘Ius Sepulchri’ Romano. Alguns aspectos de epigrafia jurídica*, separata do vol. LXIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990, que seguimos de perto.

privado, depois como um crime público. O sepulcro, pela simples deposição do cadáver, tornava-se *res religiosa*⁹⁹, uma das três categorias das *res divinis iuris*¹⁰⁰. Por isso, “a abertura do túmulo, a colocação à luz do dia dos restos mortais, o desrespeito à destinação sepulcral, v. g., utilizando o monumento para a habitação - tudo isto provocava ofensa intolerável à *religio sepulcral*”¹⁰¹. Assim, existia uma ação, a *actio sepulchri violati*¹⁰², que visava a punição dos violadores e danificadores de túmulos, que podia ser usada pelo titular do *ius sepulchri* ou, se não o desejasse ou nem sequer existisse, por qualquer um, sendo portanto uma *actio popularis*. A pena variava conforme fosse o titular ou um terceiro a intentar a ação¹⁰³. Finalmente, existia também um caso específico de violação de sepulcro, resultando na destruição das inscrições do túmulo¹⁰⁴.

Posteriormente, muitos crimes foram criados e bastantes delitos privados passam a públicos, os chamados *crimina extraordinaria*¹⁰⁵, abarcando os casos de danos em *res publicae* e *res religiosae*. A punição pública alarga-se, embora se mantenham ainda bastantes delitos privados. Estamos, pois, numa época que anuncia, desde já, a cada vez maior publicização do direito penal.

Com o passar do tempo, a noção de dano sofre cada vez mais alterações, ampliando-se o seu âmbito no direito pós-clássico¹⁰⁶. Assim, abrangem-se já casos

99 - RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 5.

100 - Sobre esta divisão v. RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 5, e bibliografia cit. na p. 1, nota 1. Gaio distinguia primeiramente entre *res divini iuris* e *res humani iuris*, esta era a *summa divisio rerum*, seguidamente, distinguia, dentro das primeiras e por ordem decrescente de importância, as *res sacrae*, as *res religiosae* e as *res sanctae*, cfr. *ob. cit.*, p. 4.

101 - RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 27.

102 - Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ob. cit.*, p. 378.

103 - No primeiro caso, a pena era definida de acordo com a equidade, no segundo, aplicava-se uma pena pecuniária fixa de cem mil sestércios.

104 - RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 28, uma “menção recolhida nas *Pauli Sententiae*”. Esta regra permitiu a conservação de bastantes exemplares epigráficos: “Quem sabe quantas inscrições não terão chegado até nós graças à força intimidativa desta norma?”, RUI MARCOS, *ob. e loc. cit.* V. também SANTALUCIA, *ob. cit.*, p. 121.

105 - V. SANTALUCIA, *ob. cit.*, p. 99 e s., com variados exemplos, MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 112-113, nota 3, e QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III*, p. 444, nota 13. Tudo isto se compreende, pois a partir do Império, o *jus puniendi* passou a ser um dos instrumentos por excelência para a afirmação do poder imperial.

106 - V. LONGO, *ob. cit.*, p. 709, ALBANESE, *Damnun...*, p. 111, e BOVE, *ob. cit.*, p. 146.

de danos não materiais, de danos não resultantes do contato material¹⁰⁷ (*corpore corpori*) ou causados por omissão. O pretor acaba por conceder uma *actio in factum concepta*¹⁰⁸, de modo a que estas situações não fiquem sem tutela. Ou os lesados podem recorrer a uma *actio utilis*, por exemplo, quando são meros possuidores ou detentores da coisa danificada. A culpa subjetiva-se, dado que, em grande medida, esta é uma noção criada nesta época, referindo-se à falta da diligência exigível. Também se alarga a legitimidade ativa para a ação, não só aos possuidores, mas também, por exemplo, ao pai por danos sofridos pelo filho¹⁰⁹.

Finalmente, a condenação passa a ser em duplo, para isso bastando a invocação de que o danificante não reparou voluntariamente o dano.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e a invasão dos povos bárbaros¹¹⁰, esta situação sofre, em certa medida, um retrocesso. A dureza dos costumes dos invasores, ainda que suavizada pelo contacto com o direito romano, revela-se num direito penal ainda muito ligado à vingança privada e à composição pecuniária facultativa¹¹¹. Quanto ao crime de dano, é natural que a sua punição fosse agravada¹¹², embora, nos casos mais simples, continuasse a corresponder apenas à simples reintegração do prejuízo. Contudo, nas situações mais graves, a

¹⁰⁷ - Embora, segundo ARANGIO-RUIZ, *ob. cit.*, p. 375, já neste caso os clássicos admitissem a analogia em relação à *Lex Aquilia*.

¹⁰⁸ - Na definição de SANTOS JUSTO, *Ações...*, p. 22,: “Trata-se de uma *actio* especificamente concebida (*concepta*) para reparar o dano causado (*factum*) e, assim, integrar uma lacuna do *Ius (civile) Romanum*”.

¹⁰⁹ - ALBANESE, *Damnum...*, p. 111.

¹¹⁰ - Sobre o direito penal dos povos bárbaros germânicos e o seu desenvolvimento na Idade Média, v. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 81, WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 13-16, e LISZT, *Tratado de Derecho Penal*⁴ I (cit. *Tratado...*), trad. de Quintiliano Saldaña, Madrid: Reus, 1999, p. 156 e s.

¹¹¹ - Cfr. LISZT, *Tratado...*, p. 159, embora já existissem vários crimes públicos, como a traição em tempo de guerra. V. também TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal. Análise histórica. Sentido e limites*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Mêrea e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1985, p. 21-26.

¹¹² - QUINTILIANO SALDAÑA, *Adiciones* in LISZT, *Tratado...*, p. 176-178, refere que, no direito visigótico, (especificamente na *Lex Antiqua*) a pena da morte de animal pode chegar a nove vezes o seu valor, enquanto em caso de incêndio podia atingir quatro vezes o valor do benefício tirado pelo incendiário (a exemplo do que acontecia em Roma nesta última hipótese).

pena de morte passa a ser aplicada, como acontecia, sem qualquer parcimónia, em muitos outros crimes¹¹³.

Na Idade Média, mormente a partir do séc. XII, a punição pública, ganha, lentamente, predominância: “... o processo de centralização política, que se virá a consolidar na Idade Moderna, determinou, naturalmente uma progressiva *publicização do jus puniendi*.”¹¹⁴. Nesta altura, os danos eram também mais ou menos punidos consoante a classe de quem os praticava. Enquanto um nobre ficaria impune, um membro do povo morreria por um pequeno dano que causasse aos bens da aristocracia ou do rei. Estamos perante um direito que atende, em muito, à classe social dos criminosos, em que se protegem mais fortemente os bens das classes poderosas, sendo certo, também, que o povo pouco tinha a que chamar de seu. Além disso, o direito penal da época caracteriza-se pela barbárie e desproporção das penas¹¹⁵ e pela existência de penas não fixadas, deixadas à escolha do julgador¹¹⁶.

Passando para o caso específico português, começemos por analisar o que alguns chamam de “o primeiro Código Penal e de Processo Penal português”¹¹⁷: o

¹¹³ - Segundo MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 720, o direito germânico só punia o dano quando constituísse uma perturbação da paz. Contudo, parece-nos natural que existisse uma pena para a destruição de coisas muito importantes para estes povos, como animais ou colheitas, como aliás desde muito antes tinha sempre existido. A este respeito, v. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...* III, p. 445, aludindo à punição da destruição de árvores e bosques desde a Lei Sállica até à *Constitutio Criminalis Carolina*.

¹¹⁴ - TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 34, itálico do autor. No mesmo sentido, v. BRAGA DA CRUZ, *O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte (Resenha Histórica)* (cit. *Movimento...*), separata do *Boletim do Ministério da Justiça* 170 a 172, Lisboa, 1967, p. 13.

¹¹⁵ - Com grande uso da pena de morte, executada com as variantes mais tétricas. Sobre todos os crimes punidos com pena de morte nesta época, em Portugal, e descrevendo minuciosamente a sua aplicação, v. BRAGA DA CRUZ, *Movimento...*, p. 13-24. Os danos constituíam pois uma excepção neste panorama tão negro, pois não eram, normalmente, punidos com a pena de morte (embora dada a não fixação, em muitos casos, das penas, o juiz pudesse aplicá-la, o que certamente faria nos casos de incêndio mais grave).

¹¹⁶ - Neste sentido, EDUARDO CORREIA, *Direito...*, p. 103-104, TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 38-42, e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (cit. *Direito...*), Coimbra, 1996, p. 96.

¹¹⁷ - FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 56, porque reunia toda a matéria relativa ao direito penal e processual penal, sendo por isso, apesar de todas as suas imperfeições, um Código *avant la lettre*, porque os primeiros verdadeiros Códigos são ‘filhos’ do Iluminismo. Recorde-se também que o facto de se reunirem regras substantivas com processuais era uma das críticas que lhe eram assacadas, desde logo, por Mello Freire, aquando da primeira tentativa efetiva de reforma das Ordenações, então já, Filipinas.

Livro V das Ordenações Afonsinas¹¹⁸, provavelmente concluídas em 1446 ou 1447¹¹⁹. Sem constituir uma fonte de direito inovadora, pretendeu-se, principalmente, recolher e atualizar muito do direito já vigente¹²⁰. São, por isso, a “síntese do trajeto que desde a fundação da nacionalidade (...) afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular”, ao mesmo tempo que “representam o suporte da evolução subsequente do direito português”¹²¹.

Não encontramos, diretamente, nada que diga respeito ao crime de dano em geral, apenas afloramentos, integrados noutros crimes, de danos em bens específicos.

É o caso do crime de lesa-majestade, em que se inclui quem “quebranta, ou derriba alguma Imagem posta em algum lugar em nossa semelhança, e por nossa honra, e renembrancha”¹²². A pena corporal era deixada à determinação do Rei, sendo que o criminoso perdia os seus bens a favor dos seus descendentes, ou da

¹¹⁸ - Também chamado de *Liber Terribilis*, tal como já eram apelidados os livros 47 e 48 do Digesto, que continham conjuntamente a matéria penal e processual penal. A sistematização das Ordenações Afonsinas, como das duas Ordenações posteriores, é inspirada pela das Decretais de Gregório IX, em que o livro V também tratava das mesmas matérias, sobre o assunto, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*³(cit. *História...*), Coimbra: Almedina, 1996, p. 277 e 247-248 e «Ordenações» (cit. *Ordenações...*) in *Dicionário de História de Portugal IV*, dir. de Joel Serrão, reimpr., Porto: Figueirinhas, 1981, p. 443, e também BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português* (cit. *História...*), Coimbra, 1960, p. 363.

No livro V encontramos as características que apontámos ao direito penal deste período: “Podendo dizer-se que todas as características que em geral se apontam como traduzindo o espírito do direito penal europeu até ao Iluminismo se encontravam presentes no direito penal coevo...”, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 96. Ao invés, TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 26, entende que a principal distinção é entre o direito penal da Alta (sécs. VIII a XII) e da Baixa Idade Média (sécs. XII a XV), mais do que entre esta última e a Idade Moderna (sécs. XV a XVIII) – as delimitações das épocas são as utilizadas pelo autor.

¹¹⁹ - BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 360-361, M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 274 e *Ordenações*, p. 442. Mais problemática é a “determinação da data da sua entrada em vigor”, v. segunda *ob. e loc. cit.*

¹²⁰ - M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 275. No mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, *Direito...I*, p. 103: “as Ordenações compilaram, reformaram e completaram, e, durante largo tempo, em conjunto com numerosa legislação extravagante, ficaram constituindo o Código Criminal da Nação”.

¹²¹ - M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 278-279. No mesmo sentido, BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 364-365.

¹²² - Ord. Af., Liv. V, Tít. II, §12. Todas as citações das Ordenações Afonsinas são retiradas da edição facsímile de 1792 da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, com apresentação de M. J. Almeida Costa, a que atualizámos a grafia, tal como às restantes Ordenações. A divisão em parágrafos só foi feita definitivamente no Séc. XVIII, na edição cujo facsímile se utilizou, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 277, nota 3.

Coroa, se não os tivesse¹²³. É interessante notar a semelhança desta disposição com a proteção acrescida que os monumentos públicos, em que se incluem as estátuas de monarcas espalhadas pelo nosso país, ainda hoje gozam. Mas, então, a razão desta regra era o afirmar do poder e da imagem do rei, consubstanciado numa figura que o representava¹²⁴. Com a centralização do poder e a afirmação do soberano, as estátuas multiplicam-se por todo o país¹²⁵, pelo que esta norma manteve a sua atualidade durante muito tempo.

Encontramos também referências, embora apenas indiretas, a crimes de incêndios. Manda-se, a quem pertencesse à Justiça do Reino, que abraze inquirições em relação a determinados crimes, desde logo os de Morte, Furtos e Roubo¹²⁶. No mesmo título, determina-se também a abertura de inquirições nos casos de “fogo posto em alguns pães, olivais, ou vinhas, etc.”¹²⁷. Mais uma vez, estamos perante casos que danificam bens essenciais para a comunidade, a base de grande parte da economia e subsistência da sociedade. Além disso, como já referimos, os fogos têm um grande potencial de perigo, podendo afetar um elevado número de pessoas e bens. Por isso, este crime tem-se mantido até hoje, sendo atualmente configurado como um crime de perigo abstrato, realçando ainda mais a dimensão ínsita do potencial perigo, relevando mais do que o dano efetivamente causado, que pode ser pequeno ou nem existir. Noutro título, regula-se a receção da querela e a questão da apreensão ou não do acusado destes crimes, a que se junta outro: o de “cortar árvores alheias, que deem fruto”¹²⁸.

¹²³ - Ord. Af., Liv. V, Tít. II, §21 Este crime era designado, com muitos outros exemplos, de lesa-majestade da Segunda Cabeça, v. Ord. Af., Liv. V, Tít. II, §21., diferente da aleivosia e traição contra o Rei, muito mais grave.

¹²⁴ - As efígies tinham um grande valor simbólico, pelo que as ofensas à representação do soberano eram sentidas como o afectando a si próprio. Lembre-se que então, por exemplo, muitos dos hereges eram executados em efígie, quando se tinham furtado, por qualquer meio, ao longo braço secular da Inquisição. O queimar da figura era um sucedâneo da verdadeira pena, como se assim se atingisse, mesmo que só mediatamente, o próprio réu.

¹²⁵ - E, normalmente, com o Monarca visto como conquistador e guerreiro, esmagando, como D. José I no Terreiro do Paço, os seus inimigos e detractores, representados pelas víboras, debaixo do peso da sua força e poder.

¹²⁶ - Ord. Af., Liv. V, Tít. XXXVIII.

¹²⁷ - Ord. Af., Liv. V, Tít. XXXVIII, §13.

¹²⁸ - Ord. Af., Liv. V, Tít. LVIII, §13.

Estes crimes encontram-se também referidos pouco depois¹²⁹, mandando-se “que as Justiças das terras filhem esses feitos pela Justiça, e apelem por ela, quando as partes não quiserem acusar nem apelar...”¹³⁰. Estes crimes tinham assim uma natureza pública, como acontecia, aliás, em alguns deles desde Roma¹³¹. Além disso, refere-se adicionalmente aqueles que “põem fogo em pães, ou em outras coisas acinte, para fazer dano”. Parece, pois, que o fogo posto devia ser punido, qualquer que fosse a coisa afetada. Exigia-se também que tal fosse feito intencionalmente, acintosamente¹³², para provocar dano. A exigência do ‘acinte’ é repetida em seguida para o corte de árvores frutíferas alheias.

Em nenhum destes casos se chega a estabelecer a pena para o crime, deixado portanto para o juiz a tarefa de a definir, a maior parte das vezes corporal, podendo ir até à de morte¹³³. Deve-se também notar a repetição e incoerência de muitas destas regras, típicas das compilações da época, que se limitavam a recolher as leis anteriores, sem as harmonizarem e corrigirem

Assim, como vemos, não existia um regime geral do crime de dano¹³⁴, que nem é sequer referido nestas Ordenações. O que é natural, dado o carácter

¹²⁹ - Ord. Af., Liv. V, Tít. LIX, §6-8.

¹³⁰ - Ord. Af., Liv. V, Tít. LIX, §6.

¹³¹ - V. supra.

¹³² - Mais à frente, no Título LXXXV, que regula o perdão real das penas dos que participarem na Armada a Tânger, excluem-se alguns crimes, bastante graves, como o de traição, aleivosia, sodomia e os “incendiários de mau propósito”. Também no Título CXVIII, aliás parecido com o anterior, pois retira a alguns criminosos a possibilidade de se eximirem à pena indo povoar certas povoações com pouca população e perigosas (normalmente, junto à fronteira), em que se inclui “aquele que de propósito põem fogo” a pães ou frutos (§6). O que vem reforçar a ideia que este crime só seria punido sem querela do lesado se fosse cometido intencionalmente, com dolo, diríamos nós hoje. Por outro lado, tal também nos mostra a importância deste crime, posto em igualdade com alguns dos mais horrendos para a época (o que já resulta do facto de a sua perseguição ser pública, como já vimos).

¹³³ - Embora raramente, pelo menos nos casos de danos menos graves, justificando-se pois a afirmação de ANTÓNIO HESPANHA, «A punição e a graça» in *História de Portugal IV*, dir. de José Mattoso, coord. do vol. de António Hespanha, Círculo de Leitores, 1993, p. 240: “a pena de morte, prevista pelas *Ordenações* para um elevado número de casos, salvo, porventura, nos crimes de dano”.

¹³⁴ - Além dos casos referidos, existem outros crimes em que o dano é referenciado. É o que acontece com as assuadas (Ord. Af., Liv. V, Tít. XXXXV) ou com a protecção das Coutadas reais (Ord. Af., Liv. V, Tít. XXXXVI), entre outros.

lacunoso destas, com amplo recurso ao direito subsidiário, nomeadamente romano, em que o dano estava amplamente regulado.

As Ordenações seguintes, as Manuelinas, foram completadas em 1521¹³⁵, e representam mais uma atualização, “pois não houve uma transformação radical ou profunda do direito português”¹³⁶.

Quanto aos danos, e como veremos, são criados novos crimes, ao mesmo tempo que a sua sistemática e regulamentação é melhorada¹³⁷. Mantém-se o crime de Lesa-Majestade para as danificações de imagens do Rei e, agora, também das armas reais¹³⁸. A pena passa a estar definida: “morrerá naturalmente de morte cruel, e todos os seus bens que houver ao tempo da condenação serão confiscados para a Coroa do Reino, posto que tenha filhos...”¹³⁹. Como vemos, a pena agravou-se, o que é natural com o emergir gradual do poder real como o preponderante.

De resto, os funcionários da Justiça do Reino continuam obrigados a receber querelas dos crimes de incêndio¹⁴⁰ e a prender os respetivos malfeitores¹⁴¹. Aliás, o próprio crime está agora regulado num título próprio, o LXXXIII, “Da pena que terão os que põem fogos”. No início do qual se diz: “Defendemos que pessoa alguma de qualquer qualidade, e condição que seja, não ponha fogo em parte alguma”. O

¹³⁵ - Cfr. BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 368-369, M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 281-283 e *Ordenações...*, p. 444, em que se analisa a sua elaboração. Recorde-se que antecedeu a versão final uma primeira redação, de 1514, que não foi aceite. Quanto ao motivo das Ordenações Afonsinas terem ficado tão pouco tempo em vigor, v. BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 367-368, em que se apontam como razões a descoberta da imprensa, permitindo imprimir uma versão atualizada das Ordenações para atingir uma maior difusão, e o desejo do rei deixar o seu nome ligado a esta reforma.

¹³⁶ - M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 284.

¹³⁷ - O que também se liga à adopção de uma nova técnica legislativa, o estilo decretório, que se limita a enunciar a regra, sem repetir integralmente a sua fonte e as suas alterações posteriores, como se fazia no estilo compilatório, embora muitas das normas continuem a ser retiradas de leis anteriores. Sobre as diferenças nos estilos, e a predominância do compilatório nas Ordenações Afonsinas e decretório nas Manuelinas, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 276-277, e BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 362-363 e 370-371. Por outro lado, os proémios dos títulos, muitas vezes tão pitorescos e reveladores da mentalidade da época, quase que desaparecem.

¹³⁸ - Ord. Man., Liv. V, Tít. III, §8. Utilizamos a edição facsímile de 1797, da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, com Apresentação de M. J. Almeida Costa.

¹³⁹ - Ord. Man., Liv. V, Tít. III, §9.

¹⁴⁰ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XLII.

¹⁴¹ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XLII, §17.

incêndio só era punido se a ele se seguisse um dano¹⁴² em alguns bens especificados¹⁴³. Em seguida, estimava-se o valor do dano causado e abria-se uma inquirição para determinar o incendiário. As penas variavam conforme a qualidade da pessoa considerada culpada, indo desde os açoites a um escravo, devendo o seu dono pagar o valor do dano ou então vendê-lo para do preço se retirar o respetivo montante, até à obrigação de reparar o dano à custa dos seus bens, no caso de Fidalgos, ficando à discricionariedade do Rei a escolha do castigo¹⁴⁴. De qualquer modo, em todos estes casos, impõe-se sempre a obrigação de indemnizar os lesados¹⁴⁵, a que acresce uma pena, que depende da natureza do agente e do dano causado.

Também se regulam os casos de queimadas em que não se descobre o causador¹⁴⁶. Quem pastoreasse gado até à Páscoa, caçasse nos trinta dias seguintes ou apanhasse carvão na zona queimada seria responsabilizado pelo dano, provavelmente por se entender que tal era um indício de quem teria posto e beneficiado com o fogo¹⁴⁷.

Impunha-se também a reparação do dano a quem, pondo fogo em propriedades suas, acabasse por danificar terrenos alheios, “e não incorrendo por isto em outra pena alguma”¹⁴⁸.

¹⁴² - “E quando do fogo se não seguir dano algum ao Concelho, nem a outrem, nem se queixar disso pessoa alguma, não tirarão os Juizes a dita inquirição, nem farão sobre isto Auto algum”, Ord. Man., Liv. V, Tít. LXXXIII.

¹⁴³ - “Pães, ou vinhas, ou olivais, ou em outras novidades, ou árvores de fruto, colmeias, ou em coutadas de mato, e forais, pacigos, ou em outros arvoredos, quer sejam próprios dos Concelhos, quer baldios”, Ord. Man., Liv. V, Tít. LXXXIII..

¹⁴⁴ - No caso de um peão, seria “preso, e da cadeia pagará todo o dano que tiver feito, e mais será degredado com barço e pregão pela Vila [e] por dois anos por cada um dos Nossos Lugares de Além”. Se fosse Vassalo, além de ressarcir do dano, seria degredado dois anos com Pregão.

¹⁴⁵ - E isto mesmo no caso de os autores estarem ausentes, em que os danos seriam pagos pelos bens que tivessem.

¹⁴⁶ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XXXIII, §1.

¹⁴⁷ - Podemos encontrar semelhanças nesta norma com as restrições administrativas actualmente existentes às construções em áreas devastadas por fogos postos, para não incentivar os proprietários de terrenos a porem fogos para então poderem edificar nos seus prédios.

¹⁴⁸ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XXXIII, §2.

Os fogos postos, já referidos, em pães, vinhas, olivais, ou árvores de fruto e, agora, também casas e outros edifícios, seriam punidos “segundo disposição de Direito Comum”¹⁴⁹.

Noutro título, ‘Dos daninhos’¹⁵⁰, previam-se casos de danos provocados por animais em terrenos cultivados¹⁵¹ alheios, em certas épocas do ano. Exigia-se que o agente agisse com intenção (‘acintemente’), variando a pena conforme fosse a primeira ou mais vezes que tal acontecia¹⁵², que se acumulava, claro, com a indemnização do dano.

Interessante também notar que no mesmo título, se preveem o que expressamente se chama de degredo dos animais danificadores¹⁵³, em casos em que não há acinte, mas estes são encontrados a pastar três vezes num dos meses proibidos.

Outro delito novo é o da destruição de colmeias para aproveitar a sua cera¹⁵⁴. O crime era praticado por quem era proprietário da colmeia, não sendo, portanto, um caso de dano em bens alheios, mas próprios. O que se entende dada a

¹⁴⁹ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XXXIII, §4. Esta disposição deve ser entendida como remetendo para o Direito Romano, o *ius commune* desta época, cfr. LUÍS OSÓRIO BATISTA, *ob. cit.*, p. 327 (embora referindo-se apenas às posteriores Ordenações Filipinas), pois era esse direito que supria as lacunas, ainda muito abundantes do direito pátrio. V. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 254-256, sobre o significado e importância do direito comum.

¹⁵⁰ - Ord. Man., Liv. V, Tít. LXXXV.

¹⁵¹ - “em pão, vinhas, olivais, ou pomares...”, Ord. Man., Liv. V, Tít. LXXXV

¹⁵² - Começando pelo degredo por três meses para fora da Vila, depois de seis meses para um Couto do Reino e, por último, um ano para as Colónias.

¹⁵³ - “seis meses fora do Termo da Cidade, Vila ou Lugar, onde o dono do gado ou bestas morar e assim do termo onde assim foram achadas as três vezes” Ord. Man., Liv. V, Tít. LXXXV, §1. Parece que encontramos nesta norma uma expressão de “uma responsabilidade que afectava directamente o animal ou coisa ‘autores’ do prejuízo material”, TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquia Absoluta*, Madrid: Tecnos, 1992, p. 296. Para o mesmo autor, “dentro da visão medieval de *ordo naturae* cada coisa, cada animal tem o seu sítio no cosmos, a sua missão a cumprir no conjunto geral, e se não a realiza devidamente, quebra essa ordem e ‘merece’ por isso um castigo”, *ob. cit.*, p. 298. Tal acontece nos casos de danos (e também no de bestialidade, onde, em Espanha e Portugal, o animal, ‘a alimária’, era queimado juntamente com o homem), sendo o animal julgado e objecto de condenação, como chegou a acontecer com abelhões e ratazanas, v. TOMÁS Y VALIENTE, *ob. cit.*, p. 298, citando Friedrich Herr. O mesmo autor alude também a um assaz interessante processo contra os gafanhotos que destruíam os cereais, reproduzindo as alegações dos advogados e a sentença, que os condena ao desterro para lá dos limites da Abadia onde a acção decorria, v. TOMÁS Y VALIENTE, *ob. cit.*, p. 299-301.

¹⁵⁴ - Ord. Man., Liv. V, Tít. XCVII.

importância das abelhas na economia da época, daí advindo uma necessidade especial da sua proteção, mesmo contra o seu legítimo dono. O que justifica, também, as penas elevadas, desproporcionadas aos nossos olhos, variando, como quase sempre, com a condição do proprietário, indo desde o degredo até aos açoites. Em qualquer caso, deveria pagar o quádruplo do valor, indo “metade para quem acusar, e a outra metade para os cativos”.

Outro crime, já previsto também no direito romano, era o da morte de animais ou do corte de árvores de fruto¹⁵⁵. No caso dos animais, quem os matasse deveria pagar o dobro do seu valor, se tal se passasse na vila ou numa casa, ou o triplo, se tal ocorresse no campo¹⁵⁶. Quanto às árvores frutíferas, a pena seria o triplo do seu valor estimado. Em ambos os casos, se o dano fosse superior a quatro mil reais, o danificador seria açoutado e degredado por quatro anos, sendo que se ultrapassasse os trinta cruzados, seria degredado perpetuamente na Ilha de São Tomé.

Quanto ao crime de assuada, além dos casos gerais, já previstos nas Ordenações Afonsinas, prevê-se o arrombamento de portas, para depois cometer uma série de crimes¹⁵⁷, que acabam por não se concretizar. A pena seria o degredo para ilha de São Tomé.

Finalmente, ao mesmo tempo que se proibem coutadas em certos terrenos, também se protegem as Coutadas reais¹⁵⁸, como já se fazia anteriormente.

E chegamos, finalmente, às Ordenações Filipinas, que timidamente pouco diferem das anteriores¹⁵⁹, pois apenas se pretendeu atualizar as Ordenações em

¹⁵⁵ - Ord. Man., Liv. V, Tít. C. Curiosamente, constam do mesmo título, e apesar das melhorias da sistemática ocorridas nestas Ordenações, algumas normas, diríamos hoje, de higiene, relativas ao modo de abate e tratamento dos animais: “E que tanto que o gado se decepar se esfole logo”, v. Ord. Man., Liv. V, Tít. C, 1. A única razão para esta junção é o facto de em ambas as situações se referir ao gado, o que resulta, aos nossos olhos, sintomático da falta de sistematização das diversas matérias.

¹⁵⁶ - É difícil entender esta discriminação dos casos, conforme o local onde a morte ocorresse. Talvez fosse mais comum que o animal morresse numa urbe, dada a maior aglomeração de pessoas e fontes de perigo, resultando numa maior probabilidade de um acidente acontecer.

¹⁵⁷ - Ord. Man., Liv. V, Tít. LI, §3.

¹⁵⁸ - Ord. Man., Liv. V, Tít. CXI. Quanto às penas, v. Ord. Man., Liv. V, Tít. CXI, §5.

¹⁵⁹ - Esse apego ao direito anterior, talvez fosse maior pelo facto de estas Ordenações serem promulgadas por um rei não apenas de Portugal, mas também da Espanha, e que, por isso, quis

vigor, sem inovar em relação ao direito existente. De facto, havia a necessidade de rever as Ordenações Manuelinas, dada a quantidade de direito posteriormente surgido e que foi recolhida, provisoriamente, na coletânea de leis extravagantes de Duarte Nunes de Leão¹⁶⁰. Por isso, muitas das alterações limitam-se a acolher as soluções das normas que, entretanto, foram sendo editadas. As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 1603¹⁶¹, no reinado de Filipe II¹⁶², tendo sido confirmadas em 1643 por D. João IV.

Quanto aos danos, verificam-se as características gerais que apontamos, as normas mantêm-se praticamente iguais, com pequenas alterações de pormenor, e sem que algo de verdadeiramente novo surja¹⁶³. Atualizam-se as penas e o seu modo de execução, mas o essencial dos crimes mantêm-se igual, variando apenas a sua inserção sistemática.

Fazendo o balanço deste percurso, podemos dizer que as regras portuguesas não se afastam, em geral, das outras compilações existentes. Assim, em Espanha¹⁶⁴,

manter grande parte da tradição anterior, não tendo vontade política para renovar o direito vigente. As Ordenações nasceram assim já ultrapassadas em muitos pontos e cheias de anacronismos, a que se deu o nome de ‘filipismos’. Sobre tudo isto, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 288-293 e BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 375-377. Apesar disso, vigoraram muito mais tempo do que as anteriores, só sendo abolidas com o Código Penal de 1852 e Civil de 1867. Contudo, no Brasil, pelo menos na sua matéria civil, foram o direito vigente até ao Código Civil de 1916, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 289, nota 2.

¹⁶⁰ - V. BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 371-373, M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 285-288 e *Ordenações...*, p. 444-445.

¹⁶¹ - Data da primeira edição, em Lisboa, destas ordenações, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *Ordenações...*, p. 445. Usámos a edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, facsímile da edição brasileira de 1870 de Cândido Mendes de Almeida, com apresentação de M. J. Almeida Costa.

¹⁶² - Embora já tivessem sido completadas no reinado de Filipe I, em 1595, cfr. BRAGA DA CRUZ, *História...*, p. 375, e M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 289.

¹⁶³ - V. MELLO FREIRE, *ob. cit.*, p. 163-164, e PEREIRA E SOUSA, *ob. cit.*, p. 358-368, para uma análise das disposições das Ordenações Filipinas. Em relação aos crimes já referidos, v. para a Lesa-Majestade, Ord. Fil., Liv. V, Tít. VI, §8, para o incêndio, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXVI, para a assuada, Ord. Fil., Liv. V, Tít. XLV, para o corte de árvores de fruto, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXV (e agora também “sobreiros, carvalhos” ou outras árvores ao longo do Tejo, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXV, §1), para os incêndios, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXVI, para a morte de colmeias, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXVIII, para a morte de gado alheio, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXVII, §1 (agora junto, como se vê, com a destruição das abelhas), para os danos causados pelo gado, Ord. Fil., Liv. V, Tít. LXXXVII. MELLO FREIRE, *ob. cit.*, p. 163, faz assentar nesta última norma, uma obrigação geral de reparar o dano: “I) Aquele que fez dano é obrigado a pagar a estimação dele, e a satisfazer as multas agrárias impostas pelas leis gerais e municipais, Ord. Liv. V, tit. 87, no fim do princ.: *pagará o damno e coimas segundo as posturas*”, itálico do autor.

¹⁶⁴ - V. a síntese de QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 445-446, que seguimos de perto.

não existiu durante muito tempo uma regulamentação geral do crime de dano, mas apenas casos esparsos de danos puníveis. Tal acontecia com o corte de árvores e a morte de animais¹⁶⁵, chegando, nas Partidas, a prever-se o caso da morte de, entre muitos outros animais, um elefante.

Como já referimos, foi também nas Partidas que encontramos um dos primeiros exemplos de incriminação do dano em geral¹⁶⁶, abrangendo quem queimasse, derrubasse, destruísse ou fizesse dano em outra coisa qualquer. Contudo, a pena prevista era igual à da *Lex Aquilia* (a que aliás se fazia referência nesta Partida, para a justificar), o pagar o valor atribuído à coisa. É natural que em Portugal não existisse essa regra, pois, dada a influência e autoridade do direito romano, é provável que o plebiscito aquiliano fosse aplicado como direito subsidiário, suprimindo as múltiplas lacunas existentes¹⁶⁷.

Mantovani refere que, no direito intermédio, o dano era punido com sanções penais e civis, especialmente no caso de danos a terrenos, animais e produtos agrícolas, enquanto noutras situações, quando praticado por meios perigosos para a segurança pública, era objeto de penas rigorosas¹⁶⁸. O que, como já vimos, se verificava no nosso direito, com vários delitos em que se acumulava a pena corporal ou pecuniária com a indemnização e com uma maior punição para os incêndios. Ao lado destas hipóteses, verificava-se também, em quase todas as compilações, a punição do dano nos casos de grave perturbação da paz¹⁶⁹, como acontecia com as assuadas nas várias Ordenações portuguesas.

¹⁶⁵ - Já punidos na Lei Sálica e que se vão manter na *Constitutio Criminalis Carolina* e nos vários *Fueros* municipais e regionais. Contudo, nos *Fueros* alarga-se o âmbito dos danos à morte de cães de guarda e à danificação de “campos semeados e colheitas”, “reflectindo uma economia de pastorícia e agricultura distinta da silvícola germânica”, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III.*, p. 445.

¹⁶⁶ - V., desenvolvidamente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III.*, p. 445.

¹⁶⁷ - MELLO FREIRE, *ob. cit.*, p. 161, defende, embora uma época bastante superior, que a “Lei Aquília, no sentido do direito romano, nenhum uso tem hoje entre nós, nem talvez nunca o tenha tido”, pois as Ordenações anteriores previam, para o dano, a aplicação de uma multa que revertia para o lesado e para o Rei. Pelo que, segundo o mesmo autor, “sem lei especial, em matéria meramente civil não se deve admitir esse direito, mesmo que ele haja sido recebido genérica e indefinidamente no foro, por se opor às leis e costumes práticos”, referindo também que a Lei Aquília já foi ab-rogada em quase toda a parte.

¹⁶⁸ - MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 113. Embora nos casos mais simples a pena continuasse a ser pecuniária, v. MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 720.

¹⁶⁹ - MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 720.

Apesar da existência de todos estes crimes de dano específicos, só verdadeiramente no séc. XIX, com a elaboração dos vários Códigos Penais, é que surge o crime de dano em sentido estrito¹⁷⁰, tal como, em grande parte, o conhecemos hoje. Isto porque, nas palavras expressivas de Quintano Ripollés, foi nesta época que “o sacrossanto respeito da propriedade impõe completamente na doutrina e nas leis o crime de dano com plena substantividade”¹⁷¹, agora já não ligado apenas aos meios utilizados ou à natureza das coisas danificadas. Silva Ferrão é a este respeito demonstrativo das conceções da época: “A propriedade é um direito sagrado; é um dogma cuja discussão quasi é uma heresia: as sciencias economicas partem d’esta base, fundam-se n’este grande principio que preside à formação e distribuição das riquezas”¹⁷².

Num primeiro momento, em Códigos como o Napoleónico, os danos são previstos através de uma descrição exaustiva e casuística das hipóteses de danos previstas, arrastando-se, por isso, por uma série de artigos¹⁷³. Como refere criticamente Michel Véron, “o código distinguia até quase ao infinito segundo o processo de destruição ou a natureza do bem destruído”¹⁷⁴. As penas estavam ligadas à natureza e função desempenhada pelas coisas, podendo, em certos casos, ser bastante severas. No caso dos danos não abrangidos pelas disposições anteriores, que eram muito poucos dada a sua extensão, existia, no final do capítulo, uma regra que previa a sua punição com penas diminutas¹⁷⁵. Os primeiros

¹⁷⁰ - Neste sentido, JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 508, MANTOVANI, *Danneggiamento...*, p. 113, e QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 446.

¹⁷¹ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 446.

¹⁷² - SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez VIII*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, p. 4-5.

¹⁷³ - Neste Código, a Secção III do Tít. II do Livro III, intitulada ‘*Destructions, degradations, dommages*’, compreende os crimes dos Arts. 434.º a 463.º (seguindo-se as contravenções, com um conteúdo bastante heterogéneo). Sobre este regime, v. EMILE GARÇON, *Code Pénal II*, Fasc. I (Art. 406º a 463º), Paris: Librairie de da Société du Recueil Général des Lois et Arrêts, 1911, p. 205 e s., e J. A. ROGRON, *Code Penal Expliqué*, Bruxelles: Hauman, 1825, p. 290-314.

¹⁷⁴ - MICHEL VERON, *Droit Pénal Spécial*², Paris: Masson, 1982, p. 81.

¹⁷⁵ - Só como uma contravenção de terceira classe, no Art. 479.º, 1, “Aqueles que fora dos casos previstos entre o Art. 434º e o Art. 462º, tiverem causado voluntariamente danos nas propriedades móveis de outrem”, punida com uma multa de onze a quinze francos inclusive, cfr. ROGRON, *ob. cit.*, p. 360-361. De referir que os danos a coisas imóveis constituíam um crime de dano, pelo que este artigo não os incluía. De qualquer modo, dada a amplitude dos casos já previstos

Códigos Espanhóis enquadram-se neste esquema casuístico¹⁷⁶, tal como os dois Códigos Penais Portugueses do séc. XIX.

Em Portugal, Mello Freire, no seu Projeto de Código Criminal, pouco se afasta das Ordenações, apenas sistematizando os danos já existentes nas Ordenações e introduzindo novas regras mais amplas, punindo em geral os danos em coisas e animais alheios, praticados quer dolosa, quer negligentemente¹⁷⁷.

Já o Projeto do CP de 1837, de José Alexandre Seabra, previa nos Arts. 406.º e seguintes, os danos em várias coisas, como no CP napoleónico, acabando com uma regra geral de punição do dano¹⁷⁸.

Quanto ao primeiro, e tão pouco apreciado, Código Penal Português de 1852¹⁷⁹ existia um Capítulo¹⁸⁰ intitulado “Do incêndio, e danos”. Nos Arts. 466.º a 474.º, constituindo a 1ª secção, previam-se os crimes de fogo posto, enquanto nos Arts. 475.º a 484.º, na 2ª Secção, os danos propriamente ditos¹⁸¹.

anteriormente, seria muito raro que uma conduta fosse abrangida por este artigo, que constituiria apenas uma mera precaução do legislador para evitar uma lacuna de punição. O casuísmo do CP Napoleónico verifica-se também neste artigo, em que se prevê, por exemplo, a morte de animais causada por loucos, responsabilizando quem os tivesse deixado livres (Art. 479.º, 2, do referido Código).

¹⁷⁶ - Neste sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 447, desde logo no CP de 1822, e, pese as melhoras na redacção dos artigos, também no de 1848, que se manteve com poucas alterações até ao novo CP espanhol de 1995.

¹⁷⁷ - LUÍS OSÓRIO BATISTA, *ob. cit.*, p. 369, cfr. Tít. XXXVII do Projecto de Mello Freire. V., de um modo geral, sobre este projecto, BRAGA DA CRUZ, *Movimento...*, p. 13., p. 52-54, e EDUARDO CORREIA, *Direito...*I, p. 105 e *Estudos sobre a evolução das penas no direito português I* (cit. *Estudos...*), Separata do volume LIII do BFD, Coimbra, 1979, p. 69-71.

¹⁷⁸ - V. LUÍS OSÓRIO BATISTA, *ob. cit.*, p. 370. Para uma apreciação do chamado Código Penal de 1837, tão bem afamado, v. BRAGA DA CRUZ, *Movimento...*, p. 84-85, nota 159, EDUARDO CORREIA, *Estudos...*, p. 73, e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 99, onde se afirma que este projecto “representava a primeira manifestação legislativa coerente e concertada do Liberalismo Penal”.

¹⁷⁹ - Por muitos considerado uma medíocre tradução do Código Penal Napoleónico, v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 99, o que, como consideram estes autores, não é de todo verdade, embora, especificamente em relação aos danos, tal afirmação tenha uma certa razão de ser. Assim, nos tipos da parte especial que analisamos, é evidente a sua ligação ao CP Francês de 1810, desde logo pela sua divisão sistemática (Incêndios, Danos), como pela própria construção dos tipos legais (embora o número de artigos no CP de 1852 seja menor, dada a concatenação de uma série de artigos do CP Napoleónico em simples parágrafos dos artigos e por um maior esforço de sistematização).

¹⁸⁰ - O Capítulo V do Título II (Dos Crimes contra a Propriedade) do Livro II do referido Código Penal. Sobre este capítulo, v. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario...*, p. 349-374, e SILVA FERRÃO, *ob. cit.*, p. 184-216.

¹⁸¹ - O Art. 485.º era o único artigo da 3ª secção, relativo a incêndios ou danos não intencionais, mas causados com violação dos regulamentos em vigor.

Quanto aos incêndios, não existia propriamente uma regra geral, mas uma enumeração casuística dos fogos postos puníveis, ligados, principalmente, à natureza dos bens atingidos: edifícios públicos, habitações, árvores, searas, embarcações, etc., a que correspondia a pena de trabalhos públicos no Ultramar, perpétuos ou temporários¹⁸². Existia também um crime preterintencional, no caso de mortes provocadas pelo fogo, punido com a pena de morte¹⁸³. Também se previa a figura de incêndios em coisa própria, quando a coisa incendiada era um edifício, casa, floresta, embarcação, etc., cuja pena equivalia à do fogo posto em coisa alheia¹⁸⁴.

No Art. 470.º mandava-se aplicar as regras do “delito frustrado”, com a correspondente atenuação¹⁸⁵, quando o incêndio não chegou a atear-se e a produzir dano¹⁸⁶. O Art. 472.º continha uma disposição interessante, diminuindo a pena quando o valor dos objetos incendiados existentes fora do povoado enumerados no Art. 467.º, não excedesse vinte mil réis, desde que não houvesse perigo, nem propósito de propagação. O que nos mostra que embora o incêndio ainda fosse configurado como um crime de dano, o perigo dele resultante era tido em consideração e era também um dos elementos que justificavam a sua punição. O que também resulta do Art. 474.º, em que se mandam aplicar os artigos anteriores a vários danos provocados por meios perigosos: “submersão, ou varação de embarcação, ou explosão de mina, ou máquina de vapor, ou agente de igual poder”.

¹⁸² - CP de 1852, Art. 466.º e 467.º.

¹⁸³ - CP de 1852, Art. 468.º, quando o incêndio ocasionava “a morte de alguma pessoa, que no momento em que o fogo foi posto, se achava no local incendiado”.

¹⁸⁴ - CP de 1852, Art. 471.º. A pena era diferente se o incêndio fosse posto para responsabilizar ou prejudicar um terceiro: prisão de um a três anos e multa correspondente, cfr. CP de 1852, Art. 471.º, 2, §1.

¹⁸⁵ - Remetendo, assim, para o Art. 89.º do CP de 1852.

¹⁸⁶ - Com duas exceções, em que se aplica a regra geral dos Arts. 466.º e 467.º, não havendo pois qualquer atenuação, quando o criminoso tentou mais de uma vez, ou quando existisse um “concerto de muitos criminosos”.

Finalmente, quando o incêndio era de objetos não previstos na 1ª Secção, era punido de acordo com “as disposições relativas às destruições e danos com circunstância agravante”¹⁸⁷.

As regras dos danos eram, tal como as de incêndio, construídas casuisticamente e com grande número de variantes, distintas de acordo com o bem atingido. As penas eram inferiores às de incêndio, sendo de um a três anos e multa para o derrube ou destruição voluntária de edifícios ou construções alheias¹⁸⁸. O Art. 476.º frisava que o arrombar de portas, janelas, tetos ou paredes de casas, bem como a destruição de paredes, fossos ou valas, estavam abrangidos pela norma anterior. Com penas mais leves, de dois meses a dois anos e multa, encontramos a danificação de estátuas¹⁸⁹ ou objetos dedicados ao uso ou decoração pública¹⁹⁰.

Segue-se o corte ou danificação¹⁹¹ de árvores ou enxertos alheios, bem já nosso conhecido, punido com prisão de três a trinta dias e multa, ou o dobro, se estas estivessem em estrada ou lugar público¹⁹². Diferente era o caso das searas, vinhas, hortas, plantações, viveiros ou sementeiras, em que se remetia para a destruição de edifício¹⁹³. Quanto aos animais alheios¹⁹⁴, as penas eram em geral de um mês a um ano e multa, agravadas quando estes fossem mortos ou feridos em terreno alheio e atenuadas quando ocorressem em terreno a que o agente estivesse ligado por algum título (proprietário, rendeiro ou colono)¹⁹⁵.

¹⁸⁷ - CP de 1852, Art. 473.º.

¹⁸⁸ - CP de 1852, Art. 475.º, salvo se dano não exceder a vinte mil reis, em que a prisão será de um mês a um ano e multa, CP de 1852, Art. 471.º, § único.

¹⁸⁹ - Agora já não só do Rei, que aliás já não se encontra especificamente prevista, cfr. CP de 1852, Arts. 163.º a 169.º, “Atentados e ofensas contra o Rei e sua Família”.

¹⁹⁰ - CP de 1852, Art. 477.º. Penas que se aplicavam também a quem, violentamente, se opusesse aos trabalhos autorizados pelo Governo ou causasse dano para “impedir o livre exercício da Autoridade Pública, ou por vingança contra os que tiverem contribuído para a execução das leis”, cfr. CP de 1852, Art. 478.º, §1 e 2.

¹⁹¹ - Desde que feito “de modo a que a faça perecer”, CP de 1852, Art. 479.º.

¹⁹² - CP de 1852, Art. 479.º, §2, “Sem nunca excederem ao máximo da prisão correccional, e multa”.

¹⁹³ - CP de 1852, Art. 480.º.

¹⁹⁴ - Mas, nem todos, v. a enumeração exaustiva no CP de 1852, Art. 480.º. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario...*, p. 371-372, defende que os maus tratos a animais deviam ser punidos mesmo que o animal fosse próprio, apoiando-se em Bentham, entendendo assim que o crime deveria ser considerado como crime contra a moral pública.

¹⁹⁵ - CP de 1852, Art. 482.º a 483.º.

Fora das situações já referidas, quando houvesse danos voluntários em “propriedade alheia, imóvel ou semovente”, aplicar-se-ia prisão correccional quando houvesse uma agravante, em proporção com o valor do dano¹⁹⁶, que seria de menos de um ano se fosse inferior a vinte mil réis, sendo de desterro nos restantes casos¹⁹⁷. Quando não existisse qualquer agravante, a pena era apenas de multa de três a trinta dias, dependente de acusação da vítima¹⁹⁸.

Além disso, existiam também o que podemos chamar de danos agravados, aquando da danificação “de efeitos ou propriedades móveis, ou de quaisquer animais”, cometida em assuada, por substâncias venenosas ou corrosivas ou com violência, em que se aplicava a pena de degredo temporário¹⁹⁹.

Finalmente, existia a figura do dano culposo, i.e., do incêndio ou dano provocado sem intenção, mas em violação das “providências policiais e administrativas, contidas nas leis e regulamentos”²⁰⁰.

Quanto ao Código Penal seguinte²⁰¹, o de 1886, as diferenças são apenas de pormenor, ocorrendo uma leve alteração e atualização das penas, mantendo a sua proporção relativa, embora encontremos também algumas novas normas.

¹⁹⁶ - CP de 1852, Art. 484.º.

¹⁹⁷ - CP de 1852, Art. 484.º, §1.

¹⁹⁸ - CP de 1852, Art. 484.º, §2.

¹⁹⁹ - CP de 1852, Art. 481.º.

²⁰⁰ - CP de 1852, Art. 482.º. Segundo MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Na doutrina e na jurisprudência*⁴ (cit. CP...1979) Coimbra: Almedina, 1979, p. 823, referindo-se a regra quase idêntica no CP de 1886, neste caso “a culpa terá de revestir a forma de violação ou falta de observância de regulamento”. Contudo, grande parte da doutrina já se tinha pronunciado no sentido da exclusão dos casos de responsabilidade objetiva, cfr. FÁRIA COSTA, *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português*, Separata do número especial do BFD, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1981, p. 6-8, pelo que o dano deveria ser imputável a título de negligência. O outro caso de danos negligentes puníveis era o do Art. 58.º, n.º 8 do Código da Estrada então em vigor, v. MAIA GONÇALVES, CP...1979, p. 822-823, e COSTA ANDRADE, *Dano...*, p. 225.

²⁰¹ - Embora, em grande medida, o CP de 1886 não corresponda a um verdadeiro novo Código, mas sim a uma reforma do CP de 1852, preferimos, ainda assim, referir-nos a dois Códigos distintos. Porque, apesar da Parte Especial se manter quase igual, o problema dos fins das penas sofre uma evolução significativa em relação ao modo como era entendido em 1852. Sobre o assunto v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 101, e M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 431, considerando que na Parte Geral se operou “uma remodelação vincada do Código antecedente”. Neste sentido, pelo menos, o Código de 1886 representa não uma simples revisão dos erros mais flagrantes do Código de 1852, mas uma alteração e mudança de rumo em relação a um dos pontos mais importantes do direito penal: a finalidade das penas.

Assim, em relação aos incêndios, diz-se que se considera lugar habitado “os comboios em movimento, ou por ocasião da sua entrada em movimento, para transportar passageiros, qualquer dos carros do mesmo comboio, ainda que os passageiros não vão no mesmo carro”²⁰².

Quanto aos danos nos edifícios, passa a existir uma graduação da pena aplicável, com quatro escalões²⁰³, de acordo com o valor dos danos provocados, sendo necessária queixa do ofendido nos prejuízos inferiores a quinhentos réis²⁰⁴.

Verifica-se, tal como nos incêndios, uma agravação resultante da maior proteção dos caminhos de ferro, punindo mais gravemente a destruição da via férrea ou ações que prejudiquem a circulação dos comboios²⁰⁵.

Finalmente, os danos relacionados com as comunicações telefónicas ou telegráficas são também alvo de uma pena maior, embora inferior à relativa aos caminhos de ferro.

Em suma, o Código de 1886 inova principalmente pelo acolhimento dos escalões e pela criação de novos tipos de danos tornados necessários pelos avanços tecnológicos entretanto introduzidos no país. As suas normas vigoraram durante perto de um século, quase sem alterações, à parte as necessárias atualizações dos valores previstos devido à maior ou menor desvalorização da moeda²⁰⁶.

Ao contrário deste CP, grande parte dos novos códigos penais estrangeiros afastam-se do modelo francês, procurando sistematizar melhor o crime de dano, evitando o acumular de previsões específicas. Foi o que aconteceu, designadamente, no Código Italiano de 1889 e no StGB, em que se prevê uma figura geral do crime de dano simples, seguido por uma série de danos agravados ou

²⁰² - CP de 1886, Art. 463.º, § único.

²⁰³ - Em caso de reincidência, a pena a aplicar era a do escalão imediatamente superior, v. CP de 1886, Art. 472.º, §2.

²⁰⁴ - CP de 1886, Art. 472.º.

²⁰⁵ - CP de 1886, Art. 472.º, §3. O que aliás já tinha acontecido no CP Francês, no seu Art. 437.º, aquando da sua reforma de 1863, v. EMILE GARÇON, *ob. cit.*, p. 246.

²⁰⁶ - V., por exemplo, MAIA GONÇALVES, *CP...1979*, p. 800-822, para verificar a imutabilidade das regras e as sucessivas alterações legislativas dos escalões.

qualificados. Hoje, quase todos os Códigos em vigor seguem este método, inclusive o francês²⁰⁷.

Entre nós, em 1982, entra finalmente em vigor o novo Código Penal, baseado nos Projetos de Eduardo Correia, em que os até então designados ‘crimes contra a propriedade’ passam a intitular-se ‘crimes contra o património’, seguindo, como veremos, a tendência geral dos restantes códigos.

Quanto ao crime de dano, este recebe um novo tratamento²⁰⁸, semelhante aos restantes CP vigentes, melhorando-se a sua sistematização e evitando o casuísmo dos dois Códigos anteriores²⁰⁹. É criado um tipo geral de dano (Art. 308.º), punido com prisão até 2 anos ou multa até 90 dias, seguindo-se depois a agravação pela prática do dano com violência ou por meio de substâncias inflamáveis ou explosivas (Art. 309.º, n.º 1)²¹⁰, dano agravado pela natureza ou função da coisa alheia danificada (Art. 309.º, n.º 2 e 3) e o dano revelando baixa de carácter (Art. 309.º, n.º 4), todos punidos com prisão de 2 a 6 anos ou multa até 200 dias. A agravação do Art. 309.º, n.º 2 e 3 aplicava-se quando o dano fosse produzido em monumento público (n.º 2), sobre coisas “naturais ou produzidas pelo homem, oficialmente arroladas ou postas sob a proteção oficial pela lei, por motivos científicos, artísticos, etnográficos ou históricos” (n.º 3, al. a), “destinadas à decoração ou ao uso ou utilidade públicos” (n.º 3, al. b), “significativas para a ciência, história, desenvolvimento técnico, quando em edifício público, coleção ou

²⁰⁷ - V. §303 e s. do StGB, Art. 635.º e s. do CP Italiano e Art. 263.º e s. do CP Espanhol. Em 1981, o CP Francês tinha sido já alterado neste sentido, dado que se considerava o conjunto de regras como “complexo, desusado, e demasiado severo”, MICHEL VÉRON, *ob. cit.*, p. 81. Cfr. os Arts. 434 e s. do CP Francês vigente de 1982 até 1994 no *Code Pénal. Nouveau Code Pénal. Ancien Code Pénal* (cit. *Code Pénal...*), Paris: Dalloz, 1996-1997, p. 2248-2250, e, para uma análise deste regime, MICHEL VÉRON, *ob. cit.*, p. 81-91.

²⁰⁸ - Correspondendo aos Arts. 207.º a 208.º do Projecto da Parte Especial. Segundo TERESA BELEZA, «Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995» (cit. *Crimes...*) in TERESA BELEZA/COSTA PINTO, *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 87, tais artigos “eram quase a tradução literal dos §§ 249, 250 e 251 do Projecto alemão ocidental de 1962, com pequenas alterações”.

²⁰⁹ - MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar* (cit. *CP...1983*), Coimbra: Almedina, 1983, p. 639: “não se prevêem agora diversas espécies de dano, como no Código de 1886”

²¹⁰ - Junto com o dano com violência estavam, no mesmo número, outros tipos de danos, praticados com ameaça ou por meio de substâncias inflamáveis e explosivas.

lugar acessível ao público” (n.º 3, al. c) ou “com particular importância para o desenvolvimento económico, quando funcionalmente inseridas nas unidades a que pertencem” (n.º 3, al. d). Abandonam-se os escalões dos códigos anteriores, pelo que a pena do dano simples passa a ter limites bastantes amplos para permitir a sua graduação de acordo com o valor do dano²¹¹.

De destacar também que o incêndio passa a ser um dos crimes de perigo comum criados no CP de 1982. O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, que aprovou o CP, justifica a sua introdução nestes termos: “O ponto crucial deste crime (...) reside no facto de que condutas cujo desvalor de ação é de pequena monta se repercutem amiúde num desvalor de resultado de efeitos não poucas vezes catastróficos”. De facto, como vimos, é a possibilidade, segundo as leis da experiência, de certas ações provocarem lesões em múltiplos bens jurídicos dos mais diversos, como a vida, o património, etc., que justificam a criação destas normas. Nas quais, aliás, se acolhem outros meios de provocar o dano, todos com uma grande periculosidade.

No mesmo capítulo, no Art. 310.º, n.º 1, previa-se uma figura espúria em relação ao dano, a subtração sem intenção de apropriação ou o tornar não utilizável coisa alheia, para causar um prejuízo particularmente grave²¹², punível com a pena do dano agravado. No Art. 310.º, n.º 2, atenuava-se esta pena quando o prejuízo fosse de pequeno valor, indo agora até um máximo de 6 meses de prisão ou 30 dias de multa. A sua inserção sistemática não era, pois, a melhor, dado que a subtração nada tinha a ver com o crime de dano. Pretendia-se causar um prejuízo grave, como poderia acontecer no dano *tout court*, mas tal era conseguido através da subtração de uma coisa. No dano ataca-se uma coisa alheia, através de uma intervenção física nesta, enquanto na subtração, se limita a retirar a coisa do seu local original, sem qualquer alteração desta.

²¹¹ - Neste sentido, LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982* (cit. *CP1982*) IV, Lisboa: Rei dos Livros, 1987, p. 115.

²¹² - Todos estes conceitos de valor eram, como em todos os crimes patrimoniais, deixados à concretização do julgador. Sobre o regime deste artigo, v. LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *CP1982*, p. 128-129.

A subtração sem intenção de apropriação era, isso sim, uma espécie de furto em que não havia a intenção de tornar sua a coisa, pelo que, para evitar uma lacuna na sua punição, criou-se esta norma ao lado do crime de dano. O que, do ponto de vista dogmático, não foi feliz, pelo que, como veremos, esta subtração já não existe hoje na versão revista do CP. O mesmo já não acontecia com o tornar não utilizável, claramente uma figura de dano e, como tal, nada obstando à sua punição como uma das modalidades do dano. De resto, nos quadros do atual dano qualificado, passou a ser punido mais gravemente o tornar não utilizável coisa com um determinado valor, aproximando-se nesta parte do velho Art. 310.º.

Na agravação dos restantes crimes patrimoniais, o valor atendível era o da coisa, abandonando-se os escalões pecuniários fixos anteriormente usados. Utilizam-se, sim, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, como “Valor elevado” ou “Valor consideravelmente elevado”, deixados à concretização do juiz²¹³. Ora, o principal problema da criminalidade patrimonial, tal como estava regulada no CP de 1982, resultou justamente da indeterminação jurisprudencial das cláusulas gerais de valor, levando a uma grande diferença nas penas aplicadas, com critérios opostos²¹⁴. Nunca os tribunais superiores conseguiram criar uma corrente jurisprudencial uniforme e que fosse seguida pelos tribunais de 1.ª instância. Face a esta situação, gravemente atentatória do princípio da igualdade e da certeza

²¹³ - Constituindo “um dos instrumentos mais inovadores de que aquele diploma era portador e de uma manifestação de fé na capacidade dos aplicadores do direito para darem corpo às expectativas de justiça da sociedade”, LEONES DANTAS, «A Revisão do Código Penal e os Crimes Patrimoniais» (cit. *Revisão...*) in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 510. Contudo, COSTA PINTO, «Aspetos da tutela penal do património após a revisão do Código Penal» in TERESA BELEZA/COSTA PINTO, *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998, p. 25-26, entende que eram “fonte de incertezas pouco compatíveis com as exigências de estrita legalidade nesta matéria”.

²¹⁴ - V. os vários arestos citados em LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *CP1982*, p. 42 e s. LEONES DANTAS, *Revisão...*, p. 510, chega a afirmar que os conceitos indeterminados tornaram-se “paradigma dos aspetos negativos que eram apontados àquele código”.

jurídica²¹⁵, era importante agir, o que o Legislador fez na Reforma do CP operada em 1995²¹⁶.

Procurou-se, pois, “um modelo que realizasse o objetivo de limitar o arbítrio sem fazer repercutir nas incriminações os efeitos da inflação da moeda”²¹⁷. Assim, determinaram-se os conceitos de valor utilizados na qualificação dos crimes patrimoniais²¹⁸, de acordo com a sua relação com a unidade de conta processual, indexada ao salário mínimo nacional. Deixa, como no CP de 1886, de haver necessidade de uma permanente intervenção legislativa para atualizar os valores, com os inconvenientes daí decorrentes. A variação do salário mínimo, relacionada com as condições económicas e de vida naquele momento, leva a que os valores, automaticamente, acompanhem a evolução sofrida. Além disso, sabe-se perfeitamente ao que corresponde cada um dos conceitos utilizados na lei penal, embora daí também decorra uma grande rigidez na determinação da pena aplicável.

²¹⁵ - No mesmo sentido, CUNHA RODRIGUES, «Os crimes patrimoniais e económicos no Código Penal Português» (cit. *Crimes patrimoniais...*) in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), p. 532-533, onde se refere às “distorções de jurisprudência resultantes da indeterminação destes conceitos e os riscos de erosão do princípio de igualdade”, e J. A. BARREIROS, *Crimes contra o Património no Código Penal de 1995*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 9-10.

²¹⁶ - Em geral sobre as restantes alterações dos crimes patrimoniais na Revisão de 1995, v. CUNHA RODRIGUES, «Crimes contra o património. Alguns problemas de aplicação» (cit. *Crimes contra o património...*) in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 41 e s. Sobre os conceitos de valor adoptados na Revisão de 1995, v., por todos, FARIA COSTA, «Art. 202º (Definições legais)» (cit. *Definições...*) in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial II*, dir. de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1-14, e, embora especialmente em relação ao furto, MANSO-PRETO, «Novos Aspectos da punição do crime de furto» in *RPCC* 4 (1991), p. 550-556.

²¹⁷ - CUNHA RODRIGUES, *Crimes patrimoniais...*, p. 532.

²¹⁸ - Passando a existir um artigo, o 202º, dedicado apenas a definições para que os vários tipos de crimes patrimoniais remetam, em que se incluem os conceitos de valor. Sobre as normas definitórias em direito penal e os problemas que levantam, v. FARIA COSTA, «As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal» in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* LXIX (1993), p. 361 e s., concluindo que as definições devem ser entendidas como “instrumento auxiliar para uma correta e justa aplicação do direito penal” (*ob. cit.*, p. 385). O autor preconiza a sua aplicação quando tal for vantajoso para a interpretação do tipo legal, através da utilização de uma “definição conceitual explicativa *juridicamente naturalizada*”, que necessita sempre de atividade interpretativa e podendo, em caso de antagonismo ou aporia, levar a preferir o conceito da ciência do direito penal à definição legal, cfr. *ob. e loc. cit.*, itálico do autor.

O principal inconveniente é, a nosso ver, que a lei penal passa a remeter para um conceito a ela externo, que em nada está relacionado com as questões penais, estando sim à mercê de um longo processo de negociação entre as diversas entidades envolvidas na fixação do salário mínimo. Por outro lado, é duvidosa a constitucionalidade da norma²¹⁹, pois o elemento fundante da qualificação passa a ser determinado em função de um diploma do Governo, que fixa o salário mínimo²²⁰. Embora pareça que, mesmo assim, não se viola o princípio da legalidade, a solução adotada continua a levantar-nos bastantes dúvidas.

Infelizmente, a tentativa de fixação jurisprudencial dos conceitos de valor falhou, porque essa seria a melhor solução²²¹, permitindo uma grande flexibilidade aos juízes, que se poderiam mover dentro dos limites amplos aceites pelos tribunais. Dado tal ter sido impossível, o regime atual é, em grande medida, um mal menor²²². Com a Revisão de 1995 passou também o crime de dano a ser qualificado de acordo com o valor da coisa, nos mesmos termos dos outros crimes patrimoniais.

Também nesta revisão foi alterada a inserção sistemática dos crimes patrimoniais, que passaram a seguir-se aos crimes contra as pessoas, quando anteriormente estavam bem depois. Veremos de que modo é que essa mudança correspondeu a um novo entendimento do bem jurídico ‘património’.

²¹⁹ - FARIA COSTA, *Definições...*, p. 12-13, entende que estamos perante uma “**fragilidade de legitimação constitucional**”, destacado do autor, indo contra o princípio da reserva da lei e da legalidade.

²²⁰ - Como admite CUNHA RODRIGUES, *Crimes patrimoniais...*, p. 533.

²²¹ - Em idêntico sentido, FIGUEIREDO DIAS, «O Código Penal de 1982 e a sua reforma» (cit. *Código...*) in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), p. 193.

²²² - CUNHA RODRIGUES, *Crimes patrimoniais...*, p. 532, mesmo defendendo esta solução, diz que “se trata de uma solução ambiciosa mas não isenta de dificuldades”.

A principal modificação sofrida pelo tipo legal do crime de dano foi a equiparação da pena à do furto²²³ e do abuso de confiança, por sugestão de Costa Andrade²²⁴, passando, pois, a ser de um máximo de três anos ou pena de multa.

Em relação às restantes alterações, ocorreram meras mudanças semânticas no crime de dano simples²²⁵, embora sem qualquer importância a nível da sua interpretação. De resto, passou a punir-se a tentativa²²⁶ e passou a remeter-se para os Arts. 206.º a 207.º²²⁷, aplicando-se, pois, o regime da reparação voluntária pelo agente do crime de furto e, no segundo caso, passando a ser necessária a acusação particular nos danos praticados por familiares próximos.

Quanto ao dano qualificado²²⁸, o seu regime foi bastante alterado, passando, desde logo, a existir dois escalões de qualificações do dano. No primeiro (Art. 213.º, n.º 1), a pena aplicável é de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias, equivalente, por força da equiparação que se quis alcançar, ao primeiro grau de qualificação do furto (Art. 204.º, n.º 1). Neste primeiro tipo de dano qualificado compreende-se a qualificação em função do valor elevado da coisa alheia danificada (Art. 213.º, n.º 1, al. a)²²⁹, ou da natureza e função da coisa²³⁰: “monumento público” (Art. 213.º, n.º 1,

²²³ - Mas não só, pois como refere CUNHA RODRIGUES, *Crimes contra o património...*, p. 60, “O crime de dano obedece a uma lógica nova, na medida em que a descrição dos tipos e as molduras penais procuram a simetria possível com o crime de furto”, implicando também uma aproximação a nível das qualificações de ambos os crimes.

²²⁴ - *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão* (cit. *Actas...*), Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros, 1993 p. 339 e 347. Costa Andrade propugnou a mesma solução na sua obra *Consentimento e acordo em Direito Penal* (cit. *Consentimento...*), Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 554, nota 108, tal como PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, BFD, STUDIA IVRIDICA 19, Coimbra, 1996, p. 76 e s.

²²⁵ - Adicionando-se a expressão ‘no todo ou em parte’.

²²⁶ - COSTA ANDRADE, *Dano...*, p. 203, refere que se acompanhou, assim, “idêntica inovação operada nos demais crimes contra a propriedade”, embora admita que possa haver dúvidas em relação à bondade da solução: “Uma solução que pode parecer estranha face à não punibilidade da tentativa no crime de Ofensa à integridade física simples (art. 143º)”.

²²⁷ - Art. 212.º, n.º 4.

²²⁸ - Se na versão original do CP a epígrafe do artigo correspondente (309º) era “Agravação”, agora passou a ser “Dano qualificado” (Art. 213.º).

²²⁹ - Considerando-se como tal “aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto” (Art. 202.º, al. a)).

²³⁰ - O tipo legal refere expressamente, em algumas das qualificações, que as coisas que devem ser alheias, devendo entender-se, ao contrário do que era geralmente aceite na versão original, que tal

al. b), “coisa destinada ao uso e utilidade públicos” (Art. 213.º, n.º 1, al. c), “coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação” (Art. 213.º, n.º 1, al. d) ou “coisa alheia afeta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério” (Art. 213.º, n.º 1, al. e). No segundo grau de qualificação, a pena varia de 2 a 8 anos de prisão, correspondendo à danificação de coisa alheia de “valor consideravelmente elevado” (Art. 213.º, n.º 2, al. a), “natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sob a proteção oficial pela lei” (Art. 213.º, n.º 2, al. b), “que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em coleção ou exposição públicas ou acessíveis ao público” (Art. 213.º, n.º 2, al. c) ou “que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico” (Art. 213.º, n.º 2, al. d).

A Comissão de Revisão do Código Penal eliminou uma série de qualificações inicialmente propostas, relativas especialmente a bens com um grande interesse público (como estradas, vias férreas, telefones, abastecimentos de água e luz) ou a coisas destinadas à habitação²³¹. Em verdade, a aprovação destas alíneas levaria a uma aproximação ao Código Penal de 1852, que punia especificamente, embora em artigos autónomos, quase todas estas situações. De qualquer modo, com a sua eliminação evitou-se um grande casuísmo, não sendo também absolutamente necessárias, porque esses danos ou se verificam em coisas com um valor elevado ou em coisas destinadas ao uso ou utilidade pública, sendo portanto punidos no primeiro grau do dano qualificado (Art. 213.º, n.º 1, al. a e c).

O dano com violência foi também alterado, tendo sido autonomizado no Art. 214.º e adicionando-se uma nova regra, no seu n.º 2, no sentido de que se aplicassem as penas do n.º 1 quando o agente for encontrado em flagrante delito e usar os meios anteriormente previstos para continuar o crime²³². Abrangem-se

requisito não é necessário nas restantes. Explicitaremos, depois, o porquê desta conclusão e as respectivas consequências.

²³¹ - *Atas...*, p. 337-338 e 347.

²³² - Correspondendo ao “princípio de aproximação da tutela estabelecida através do crime de dano, com a estabelecida pelos crimes de subtração, que vai justificar o crime de dano com violência previsto no art. 214º, e que, quer na sua estrutura, quer nas penas estabelecidas, se aproxima do crime de roubo”, LEONES DANTAS, *Revisão...*, p. 526.

também as situações em que a vítima é posta numa situação em que lhe é impossível resistir, equiparadas ao dano com violência. Desaparece a utilização de substâncias inflamáveis ou explosivas, que cai agora no âmbito do dano simples ou qualificado em função do valor²³³.

Mais recentemente, verificaram-se novas alterações nas redações dos tipos legais em causa, desde logo do próprio artigo 212.º do CP, que, por via da modificação operada pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março²³⁴, passou a fazer agora referência a “ coisa ou animal alheios”, o mesmo sucedendo em parte das *fattispecie* que integram o artigo 213.º do CP²³⁵.

E, assim, acabámos a nossa pequena viagem pela história do dano, passando agora a uma análise criminológica, necessariamente breve, do crime de dano.

2.2 – A criminologia do crime de dano

Se “a destruição de coisas configura uma das formas mais frequentes de expressão da agressividade humana”²³⁶, também é verdade que,

²³³ - Neste sentido, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar*^m (cit. CP...1997), Coimbra: Almedina, 1997, p. 644. Não nos referimos, claro, aos casos em que o uso dessas substâncias corresponde ao preencher de um dos crimes de perigo constantes do CP.

²³⁴ Que “Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro”. Já antes, embora com alterações menos evidentes, a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro – “23.ª ALTERAÇÃO AO CÓDIGO PENAL”, tinha, no que ora interessa, introduzido as seguintes modificações: “Artigo 212.º [...] 1 - ... 2 - ... 3 - ... 4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 206.º e 207.º Artigo 213.º [...] 1 - ... a) ... b) ... c) Coisa destinada ao uso e utilidade públicos ou a organismos ou serviços públicos; d) ... e) ... 2 - ... 3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 204.º, nos n.os 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do artigo 207.º 4 - O n.º 1 do artigo 206.º aplica-se nos casos da alínea a) do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2”. Por sua vez, a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro – “29.ª alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, e primeira alteração à Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas”, alterou a redação do n.º 4 do artigo 213.º, que passou a ser a seguinte: “É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 204.º e 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 207.º”.

²³⁵ “Coisa ou animal alheios de valor elevado”, “Coisa ou animal destinados ao uso e utilidade públicos ou a organismos ou serviços públicos” e “Coisa ou animal alheios afetos ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério”.

²³⁶ - COSTA ANDRADE, *Dano...*, p. 202.

criminologicamente, os danos não tem sido dos crimes mais analisados. E, mesmo quando o têm sido, os autores normalmente “apenas se ocupam de outras modalidades danosas como as do incêndio, que neste aspeto, como no da pura dogmática, ostenta também peculiaridades suficientemente afastadas dos danos patrimoniais propriamente ditos”²³⁷. De facto, os incêndios são um dos crimes mais referenciados na criminologia, dada a sua relevância e impacto social, que aumentaram como consequência do grande número de fogos, muitas vezes postos, que ultimamente têm devastado as manchas florestais dos vários países.

Contudo, os danos simples têm também uma grande importância na sociedade moderna, pois são, desde logo, um dos crimes patrimoniais mais comuns.

Assim, em Portugal, os dados mais recentes, referentes ao ano de 2021²³⁸, mostram que houve 14.847 crimes de dano (“outro dano”) e 483 crimes de “Dano contra [o] património cultural” registados pelas autoridades policiais, parte significativa dos 151.288 crimes patrimoniais (perto dos 10 %). De todos os crimes patrimoniais, apenas algumas das categorias em que as Estatísticas da Justiça dividem os furtos simples ou qualificados ou alguns tipos de burlas é que os ultrapassam²³⁹.

E estes números referem-se apenas aos danos em que houve queixa por parte da vítima, que são a ponta do *iceberg*, da imensa cifra negra dos crimes não participados²⁴⁰. Segundo Crucho de Almeida, a taxa de denúncia do dano é de

²³⁷ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 456.

²³⁸ Todos estes dados estatísticos foram retirados, em 21.07.2022, de <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/>.

²³⁹ - Casos do furto em veículo motorizado, uma vez que estas Estatísticas acabam por dividir os crimes de furto quase até à exaustão, como, por estranho que pareça, em “Furto de motor de embarcação”. Nos restantes crimes patrimoniais avultam outros crimes como o “abuso de confiança”, com 3,010 crimes registados, mas, em especial e no que será certamente uma tendência mais recente e que deverá aumentar futuramente, a “Burla informática/comunicações”, com 21.374 (que ultrapassou já as “Outras burlas”, com 15.123).

²⁴⁰ - Sobre as cifras negras e a criminalidade oculta, v. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 46-49, ARZT, «La Parte Especial del Derecho Penal sustantivo» in CLAUS ROXIN/GÜNTHER ARZT/KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, trad. de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer, Barcelona: Ariel, 1989, p. 123-127, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit. *Criminologia...*), Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 132 e s., e

18%²⁴¹, pelo que os danos efetivamente cometidos são de número exponencialmente superior²⁴². Aliás, o dano é dos crimes em que há uma maior diferença entre a criminalidade concreta e a efetivamente denunciada, especialmente quando os prejuízos são de pequeno montante, pelo que as vítimas entendem que não vale a pena fazer qualquer denúncia²⁴³. Por outro lado, é, em grande parte das situações, também muito difícil determinar os autores dos danos, pelo que a vítima sabe que não ganhará nada com a sua queixa²⁴⁴.

Em relação aos processos-crime findos e no ano de 2020, os danos simples ou qualificados contribuem com 595 processos e os danos com violência com 16

BOAVENTURA SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/JOÃO PEDROSO/PEDRO LOPES FERREIRA, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*, Porto: Afrontamento, 1996, p. 296, com a Pirâmide da litigação penal em Portugal, em que se verifica o contraste entre o universo dos crimes cometidos com os entrados para inquérito e julgamento.

²⁴¹ - *Inquérito de Vitimação*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 1992 *apud* BOAVENTURA SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/JOÃO PEDROSO/PEDRO LOPES FERREIRA, *ob. cit.*, p. 325. Os inquéritos de vitimização (*victimization surveys*) são actualmente considerados “um instrumento imprescindível à penetração no *campo escuro* da vitimização e do crime”, COSTA ANDRADE, *Vítima...*, p. 92-93, itálico do autor.

²⁴² - Sem contar com os casos em que os danos são cometidos contra bens públicos, pelo que muitas vezes nem sequer há qualquer queixa, dada a sua pequena importância, também não aparecendo nos inquéritos de vitimização. FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale II, tomo 2º. I delitti contro il patrimonio*², Bologna: Zanichelli, 1996, p. 133, referem-se igualmente à subavaliação do vandalismo contra o património público, apontando como razão o facto de os danos serem cometidos contra um sujeito passivo abstracto, o Estado, pelo que, quando têm pouca relevância, raramente são denunciados.

²⁴³ - Veja-se que em Portugal o valor médio por crime de dano (pensamos que os dados se referem ao prejuízo sofrido) é de 90 contos, cfr. *Estatísticas...*, p. 14, pelo que haverá muitos danos com um prejuízo inferior, que parecerá não merecer o caminho longo e tortuoso que implica hoje o recurso aos tribunais.

²⁴⁴ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 459, entende que é este o tipo de crimes que em que há maior número de “lacunas próprias de ‘cifras negras’”, apontando como razões, além das que apontámos, a resolução dos danos por composição entre a vítima e a agente.

COSTA ANDRADE, *Vítima...*, p. 96-97, considera três grandes grupos de razões para a não denúncia de crimes: a ineficácia das autoridades, variáveis situacionais (em que se inclui o pequeno montante dos danos) e a privacidade do espaço em que decorreu o crime. Segundo este autor, nos crimes patrimoniais, a gravidade do dano será o critério mais importante para a decisão de participar ou não o crime (*Vítima...*, p. 96, nota 97).

Embora grande parte dos danos sejam de pequena importância, é de notar que estes fazem as pessoas sentir-se inseguras, aumentando em muito o sentimento de insegurança nas zonas mais degradadas das grandes urbes, por exemplo. Um vidro partido, uma inscrição numa parede poderão ter, em si, um significado diminuto, mas podem contribuir para criar ou aumentar a insegurança das pessoas residentes nesse local, que se reflecte no seu estilo e qualidade de vida. Por isso mesmo é que o vandalismo deve ser considerado muito relevante actualmente e não ser desprezado como um fenómeno menor, resolúvel com um pequeno investimento de reparação dos danos nos bens públicos.

processos para o total de 6.945 processos relativos a crimes patrimoniais. Em primeiro lugar, ficam naturalmente os furtos, aqui divididos em simples, com 1.872 processos, e qualificados, com 1.522 processos, seguidos dos roubos, com 978²⁴⁵.

Quanto ao número de arguidos nos processos-crime em fase de julgamento findos, os danos simples ou qualificados representam 771 arguidos e os danos com violência, 20 arguidos, para um total de 10.130 arguidos por crimes patrimoniais²⁴⁶.

Note-se também que o número de arguidos efetivamente condenados é de apenas 297 para o dano simples e de 11 para o dano qualificado, sendo que na criminalidade patrimonial em geral, houve 5.307 arguidos condenados.

O principal motivo para a não condenação era, a grande distância, a desistência da queixa, seguindo-se longinquamente a absolvição/carência de prova, mostrando que, dado o pequeno montante dos danos, os lesados estão muitas vezes dispostos a desistirem de prosseguir o processo, especialmente se tiverem sido ressarcidos. Por outro lado, mesmo que não tenha havido qualquer transação extrajudicial, dada a pouca importância, na generalidade dos casos, do prejuízo sofrido, é natural que a vítima prefira suportar ela própria o dano, a ter que ver arrastar a questão pelo tão moroso sistema judicial.

Quanto à criminologia propriamente dita, desde, principalmente, Carrara e a sua obra *Programma del Corso di Diritto Criminale*, que se vem frisando a finalidade de vingança do dano, como oposta ao fim de enriquecimento de grande parte dos crimes patrimoniais²⁴⁷. Entende-se que os danos são causados por

²⁴⁵ - Em geral sobre a evolução até essa data dos crimes patrimoniais, v. BOAVENTURA SOUSA SANTOS/JOÃO PEDROSO/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, «O que se pune em Portugal» in *SJ*, II, (Jan./Jun. 1996), p. 95-96, embora não se referindo especificamente ao dano.

V. KAISER, *Criminologia*, trad. de Morseli e Steiner, Milano: Giuffrè, 1985, p. 299, para dados relativos à Áustria, Suíça e República Federal da Alemanha, que nos mostram o aumento destes crimes por cem mil habitantes entre 1955 e 1975, exceptuando-se a Alemanha, onde houve um decréscimo.

²⁴⁶ - Para dados anteriores, mas em relação ao total da criminalidade arguida, v. BOAVENTURA SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/JOÃO PEDROSO/PEDRO LOPES FERREIRA, *ob. cit.*, p. 325.

²⁴⁷ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 456. A secção referente ao dano do Programa de Carrara intitulava-se, por isso, “*Delitti contro la proprietà privata che si commettono per fine di vendetta*”, cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 481, nota 12. SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 82, crê que Carrara foi efetivamente o primeiro a exigir o dolo específico, no que foi seguido por Sauer e, em Espanha, Viada e Cuello Calón. RODRIGUEZ MOURULLO, «El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XIV* (1961), p. 236-

sentimentos de ódio e vingança, não existindo a intenção de lucro ilegítimo característica, por exemplo, do furto. Groizard opôs-se a esta teoria, chegando a referir, a respeito de Carrara, a famosa frase da *Arte Poética* de Horácio: “Às vezes Homero também dormia”²⁴⁸ (*aliquando dormitat Homerus*), embora estas ideias tenham passado para grande parte dos penalistas posteriores, até bem próximo de nós²⁴⁹.

Esta divisão clássica tem influenciado a construção dogmática dos vários crimes, levando parte da doutrina a exigir a intenção de prejudicar outrem, um dolo específico, como elemento do crime de dano. Veremos, mais à frente, que tal não é necessário tendo em atenção a configuração normativa do dano, quer no direito português, quer, como é geralmente aceite, nos restantes ordenamentos jurídicos próximos do nosso.

Esta compreensão do dano tem também levado a que este seja, no âmbito da sistemática dos crimes patrimoniais, deixado num compartimento isolado, dado que a maioria destes crimes são de enriquecimento. O que tem contribuído ainda

237, também se refere à contraposição *animus lucrandi/animus nocendi* para distinção do furto e do dano, de grande interesse criminológico, embora admitindo estar em crise dada a possibilidade de “roubar por vingança, como se pode danificar com intenção de lucro”. Apesar disso, aceita a relevância da distinção, mas acaba por se referir a esta mais em relação ao dolo genérico no dano, do que propriamente de qualquer intenção de prejudicar aí supostamente existente.

Como frisa MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano IX. Delitti contro il patrimonio*, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952, p. 478, já no direito romano, pelo menos num estágio mais avançado da sua evolução, se entendia que eram delitos de dano todas as agressões sobre as coisas em que os agentes não pretendessem apropriar-se destas com um fim de lucro. Assim, MELLO FREIRE, *ob. cit.*, p. 159, entende simplesmente que o dano “difere do furto e rapina, porque é feito sem violência nem apreensão nem ânimo de lucrar”. PEREIRA E SOUSA, *ob. cit.*, p. 360-361, tira a mesma conclusão, mas refere que o dano só pode ter origem no ódio ou na vingança, enquanto no furto a motivação é a avidez do dinheiro. SILVA FERRÃO, *ob. cit.*, p. 199-200, distingue entre o dano em que há ressarcimento, em que o agente “quase que bem punido fica pela mesma reparação”, e aquele em que esta não existe, caso em que “a perversidade, sua causa moral, é maior, porque importa um ataque à propriedade, feito como *fim*, e não como *meio* de alcançar outro resultado. Ou revelam [os factos] um ato de premeditação ou de vingança ou de maldade e corrupção moral quais instintiva, que torna o delinquente muito mais perigoso”, itálicos do autor e nossa interpolação, destacando, pois, a finalidade malévola com que o dano é cometido. Similarmente, LISZT, *Idea...*, p. 87, inclui o dano no grupo de crimes praticados pelos sujeitos incorrigíveis, dado serem consequência dos “mais intensos e primitivos instintos do homem”.

²⁴⁸ - *Apud* SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob. cit.*, p. 82.

²⁴⁹ - Estas ideias encontram-se até em sistema jurídicos afastados do europeu, como nos Estados Unidos, onde de um dos livros mais utilizados consta a seguinte definição de *malicious mischief* (como veremos, o crime correspondente ao de danos simples): “Destruição voluntária de propriedade pessoal de outrem, de má vontade ou com ressentimento contra o seu dono ou possuidor”, HENRY BLACK, *Black’s Law Dictionary*⁶, St Paul – Minnesota: West, 1990, p. 958.

mais para a caracterização do dano como um crime singular e peculiar, levando a que muitas vezes não se lhe dê a atenção devida. Atualmente, e como veremos já a seguir, tem-se substituído esta classificação por outra, assente na tipologia da agressão.

Por outro lado, se hoje é unanimemente aceite que **“todo o direito penal é direito penal do *facto*, não direito penal do agente”**²⁵⁰, nunca se poderia fazer assentar a construção do crime de dano na intenção vingativa que guia o seu autor²⁵¹. O mais importante deverá ser o prejuízo sofrido pela vítima, resultado da agressão do agente, o verdadeiro *facto* que justifica a punição. Por isso, o crime de dano simples refere-se sempre a ataques intencionais a bens alheios, não se fundando em qualquer sentimento que mova o danificador.

De resto, esta perspetiva subjetivista de distinção dos crimes patrimoniais, de raízes criminológicas, tem sido bastante atacada²⁵². Por um lado, podem configurar-se várias situações de danos com intenção de enriquecer, sem que com tal se possa excluir a aplicação das regras do dano simples, como o caso do mecânico que danifica um carro para ganhar dinheiro com a sua reparação²⁵³. Um dano com esta motivação tem o mesmo tratamento jurídico-penal que um dano com intenção de prejudicar outrem a quem se odeia²⁵⁴. O que nos mostra que não

²⁵⁰ - FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito...*, p. 225, destacado e itálico dos autores. Para uma defesa desta ideia e uma crítica do direito penal de autor, v. ROXIN, *Derecho...*, §6, p. 176-189, e POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*³, Barcelona: Bosch, 1996, p. 82-88 e 323-336.

²⁵¹ - Neste sentido, MANTOVANI, *Diritto...PS*, p. 5, entendendo que assim se cai num direito penal de base subjetivista, sobrevalorizando a finalidade do agente em contradição clara com o princípio da materialidade-ofensividade do evento lesivo.

²⁵² - Cfr. JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 522-523, nota 77, referindo que Pedrazzi, embora admitindo a importância criminológica desta distinção, reconhece-lhe apenas, do ponto de vista da dogmática, um interesse secundário.

²⁵³ - Para obviar a este problema a doutrina tem recorrido à distinção entre lucro direto, que ocorre pela apropriação no furto, e lucro indireto, que se verifica no dano e que não provém do património da vítima. Cfr. SALINERO AFONSO, *ob. cit.*, p. 304, nota 561, JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 523-524, e NELSON HUNGRIA, *Comentário ao Código Penal*² VII, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 102. Contudo, tal distinção já não assenta na intenção do agente, mas no resultado da ação criminosa. Sendo assim, utilizando estas duas noções, já nos afastamos de um critério exclusivamente subjetivista.

²⁵⁴ - Ou, inversamente, é perfeitamente possível a existência de furtos motivados por ódio ou vingança, que apesar disso são também punido como furtos e nunca como danos, desde que existam os restantes elementos que integram esse crime. Mais do que a motivação, o que importa mais é o

é correto entender, *prima facie*, como Sgubbi faz, que o dano é, em geral, uma conduta afastada da dimensão patrimonial, uma ação irracional do ponto de vista económico²⁵⁵. Se normalmente será assim, porém, como a motivação é algo de exterior à concretização do crime de dano, podemos encontrar vários danos com finalidades económicas, por muito raros que sejam²⁵⁶.

Por outro lado, como refere Bricola, a vingança não é uma constante criminológica do crime de dano²⁵⁷. São muitos os casos em que não é possível explicar uma danificação pelo ódio que une o agente à vítima, pois muitas vezes nem sequer se conhecem. Se a vingança é, em muitos casos, a finalidade prosseguida pelo danificador, temos, porém, que reconhecer que existem miríades de outros motivos²⁵⁸ e que todas essas situações são abrangidas pelo tipo legal de dano simples. Aliás, pode-se dizer que os danos escapam, em larga medida, a uma tentativa de sistematização simplificadora em função da sua motivação, dada a multiplicidade de finalidades que coexistem²⁵⁹.

Em verdade, são muitos os casos em que os danos não tem qualquer explicação em função, diretamente, pelo menos, da motivação dos agentes. Tanto

dolo propriamente dito, se me apodero da coisa para me apropriar dela, cometo um furto, se me apodero dela para a destruir e destruo-a, cometo um crime de dano.

²⁵⁵ - SGUBBI, *Studio...*, p. 195.

²⁵⁶ - Sendo também de rejeitar o entendimento de MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 764, quando afirma que “O crime de dano difere pois dos outros crimes contra o património porque lhe falta o extremo do *lucri faciendo causa*”, que este entende como existente no furto. Ou o do Acórdão da Relação de Lisboa de 20/7/1918, cit. em LUÍS OSÓRIO BATISTA, *ob. cit.*, p. 6: “Caracteriza o crime de dano a intenção de fazer voluntariamente um mal, sem do ato tirar proveito algum”. Pois, como vimos, a distinção entre os danos e o furto, p. ex., não pode assentar unicamente num elemento psicológico específico, dado que em ambos pode coexistir a intenção de lucro que Maggiore entende ser característica do furto. Claro que como entre nós como se exige a simples intenção de apropriação no furto, o problema não se põe com a acuidade que se colocava a este autor.

²⁵⁷ - BRICOLA, *Danneggiamento...*, p. 607, referindo-se também aos danos com finalidade de lucro. Também SGUBBI, *Studio...*, p. 218-219, embora entendendo que o autor-tipo do dano age motivado por vingança, ódio, rancor e inveja, acaba por aludir a casos de autores que agem motivados pelo lucro.

²⁵⁸ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III*, p. 456, apoiando-se em Geier, refere que, na Alemanha, só 11% dos danos se devem a razões vindicativas, sendo que a principal percentagem se devia a razões de utilidade própria, satisfação económica ou de vandalismo.

²⁵⁹ - Sauer classificou os danos em vindicativos, de convencimento fanático e de lucro, mas mesmo esta classificação mais alargada não convence QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III*, p. 457, dado que “como costuma acontecer com as classificações criminológicas, e impõem com a sua complexidade as infinitas variantes da vida real, os seus limites são sobejamente imprecisos, com frequentes intromissões de características de uns e outros”.

mais que se multiplicam as situações em que os bens danificados são do domínio público: edifícios, mobiliário urbano, estátuas, etc., sendo muito difícil enquadrar estes danos na explicação clássica dos danos vindicativos.

Muitos destes danos não têm, aliás, uma qualquer explicação racional, resultando do contexto social e pessoal dos agentes, muitas vezes jovens. Atualmente, pois, muitos dos danos são abrangidos pela noção de vandalismo, em que não há uma motivação lógica, mas apenas psicológica²⁶⁰.

Costa Andrade explicita melhor o que se deve entender por vandalismo: “um conceito de contornos pouco precisos, em que sobrelevam as notas seguintes: destruição de coisa alheia, sem explicação nem sentido aparente, dada nomeadamente a ausência de uma relação de conflitualidade entre vítima e autor, que, por via de regra, não se propõe retirar vantagens do seu ato”²⁶¹. Se no vandalismo não existe o intuito de enriquecimento próprio, como pretendia Carrara, não se pode dizer, pelo menos linearmente, que haja uma qualquer intenção vindicativa na base da ação danificadora. Este tipo de danos caracteriza-se por se furtar a uma explicação racional, pelo menos tão linear como a pretendiam alguns autores, sendo antes de procurar a sua explicação num conjunto de fatores relativos às sociedades modernas.

Por tudo isto, a moderna criminologia inclui o dano nos crimes de violência²⁶², como decorrentes da agressividade humana²⁶³, de que constitui um grau intermédio: “aquela [agressão] praticada contra as coisas ou animais com

²⁶⁰ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*III, p. 458.

²⁶¹ - COSTA ANDRADE, *Dano...*, p. 203.

²⁶² - Cfr. KAISER, *ob. cit.*, p. 295-296, que junta os danos com crimes tão díspares como o homicídio doloso, o aborto e o sequestro, retirando-o dos crimes contra o património. Segundo o mesmo autor, é controversa a inclusão dos danos nestes crimes, embora indubitavelmente grande parte deles, como o vandalismo, aqui tenham o seu lugar privilegiado.

²⁶³ - Por isso, MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale* (cit. *Diritto...PG*), Padova: CEDAM, 1979, classifica criminologicamente parte dos autores do crime de dano como delinquentes por agressividade, “sujeitos com um baixo limiar de tolerância das frustrações, nos quais os estímulos subliminares, que na maior parte das pessoas são suportados sem reacção, provocam respostas gravemente agressivas”.

evidente impulso destrutivo, por exemplo, ações vandalísticas e maus tratos aos animais”²⁶⁴.

Se são várias as causas apontadas para os vários crimes violentos, parece que podemos aproveitar algumas das razões indicadas por Kaiser como estando na base das várias ações terroristas praticadas por jovens: a segurança económica e do bem estar, conflitos generacionais e distúrbios do desenvolvimento na adolescência²⁶⁵.

Já em 1964, ainda antes, portanto, da vulgarização dos danos causados pelo vandalismo, avisava Quintano Ripollés, premonitoriamente, para o início da sua proliferação, apontando mais alguns dos fatores na sua génese: “O que não se deve estranhar demasiado, por ser nestes [nos países com um alto grau de prosperidade social e económica] que o excesso de segurança e bem estar, com a sua sequela de cinzenta monotonia e de pedante regulamentação burocrática da maioria das atividades humanas, é propício ao desencadeamento de essa desbordante e às vezes criminosa reação de bárbaras afirmações de desconformidade e exacerbado individualismo, a que é tão inclinada a juventude pletórica de energias insatisfeitas”²⁶⁶.

3 - Conclusão

Como se viu e fazendo um resumo de tudo o que escrevemos até aqui, o dano tem, em direito penal, os mais diversos sentidos, relevando em especial, no que diz respeito à temática abordada neste concreto artigo, o crime de dano simples e os crimes de danos específicos, como estão positivados na Parte Especial dos vários Códigos Penais.

O crime de dano simples tem a mesma origem da responsabilidade civil, sendo extremamente difícil conseguir distinguir, nos tempos mais remotos, as duas figuras, sendo que, concomitantemente, desde os primórdios da civilização que existiram os mais diversos danos específicos, com uma punição maior, dada a natureza das coisas danificadas ou o modo como o dano era provocado.

²⁶⁴ - KAISER, *ob. cit.*, p. 295, nossa interpolação, onde se distinguem quatro graus de agressão, desde o simples pensamento, até à prática do homicídio doloso, com base na danosidade social e na intensidade do ataque.

²⁶⁵ - KAISER, *ob. cit.*, p. 293.

²⁶⁶ - QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...III*, p. 458, interpolação nossa.

O dano, em qualquer das suas modalidades, tem uma grande importância, quer pelo grande número de crimes praticados, quer pelo reflexo na insegurança sentida por todos, não se podendo aceitar hoje uma concepção do dano assente na intenção de vingança, como foi geralmente considerado, pois nem todos os danos têm essa motivação e esta não constitui o verdadeiro fundamento da punição do dano, que é sim o causar um prejuízo a outrem através da actuação sobre uma coisa alheia, no que é a verdadeira “marca de água” deste tipo legal.