

Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos^[1]

José M. Damião da Cunha

Professor Associado - Escola de Direito do Porto

Universidade Católica Portuguesa

Centro de Estudos e Investigação em Direito

[1] O presente comentário foi preparado, já há algum tempo, para uma Segunda Edição do Tomo II do Comentário Conimbricense do Código Penal. Uma vez que se alterou o quadro legal, há modificações sensíveis entre o nosso comentário original e este mais recente.

Opra-se por dar conhecimento público, com alguma atualização doutrinal, por três razões:

- a) não ser previsível uma próxima reedição do Comentário Conimbricense;
- b) termos já proferido uma conferência no Centro de Estudos Judiciários sobre este tipo legal de crime na sua nova redação, para a qual este texto nos serviu de apoio.
- c) contribuir para uma eventual revisão da lei, face a algumas deficiências.

SUMÁRIO: I. GENERALIDADES. II. O BEM JURÍDICO. III. O TIPO OBJETIVO DE ILÍCITO. 1. O crime fundamental – n.º 1 do artigo 250º, nº1 (incumprimento da obrigação dois meses após o vencimento). 1.1. A legalidade da obrigação de alimentos e determinação do seu âmbito. 1.2. Não pagamento da obrigação dois meses após o seu vencimento. 1.3. Condições de prestar (a capacidade para cumprir a obrigação). 2. A modalidade agravada – prática reiterada do crime. 2.1. A prática reiterada – n.º 2 – Determinação do conceito “reiterada”. 2.2. Delimitação da tipicidade. 3. A modalidade de conduta mais agravada – o pôr em perigo a satisfação das necessidades fundamentais. 3.1 Nota prévia (a integração do n.º 3 no contexto sistemático) – um contributo para a sistematização do(s) crime(s). 3.2. O pôr em perigo a satisfação das necessidades fundamentais. 4. O crime de colocação intencional na impossibilidade de cumprir – n.º 4. IV. O TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO. V. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO. VI. AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPA. VII. AS FORMAS ESPECIAIS DO CRIME. 1. Participação. 2. Concurso. VIII. A PENA E O ESPECÍFICO REGIME PUNITIVO. IX. OUTROS PRESSUPOSTOS.

I. GENERALIDADES

§1. O presente tipo legal surge particularmente alterado, na sequência da Lei n.º 61/2008, que, no âmbito da regulação das denominadas “responsabilidades parentais”, veio proceder a alterações neste crime e também no de subtração de menores^[1].

[1] Para uma análise desta Lei, cf. RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações*

ao Regime Jurídico do Divórcio e Das Responsabilidades Parentais - Lei N.º 61/2008, de 31 de Outubro, Coimbra: Almedina, 2009, p. 63 ss (esp. 70 e ss.).

Observe-se que, tanto quanto analisamos, não se encontra, no processo legislativo, um qualquer contributo ou justificação para a presente alteração legislativa em matéria incriminatória^[2].

Na revisão de 2007, a única alteração introduzida neste normativo consistiu (em nosso entender) no esclarecimento, agora regulado sob o n.º 4, sobre a colocação em incapacidade de cumprimento.

§2. Embora até 2008 se tenha verificado uma clara intenção no sentido da descriminalização no âmbito dos crimes contra a família, o crime de violação de obrigação de alimentos manteve-se previsto, se bem que com uma formulação particularmente restritiva (exigência do colocar em perigo a satisfação das necessidades fundamentais de quem tem direito aos alimentos), e ainda assim sujeito a dúvidas e críticas (como em alguma medida se pode deduzir da leitura das Atas da Comissão Revisora do Código Penal (CP)). Tal como afirmávamos no comentário deste artigo em Comentário Conimbricense: *a persistência na criminalização da violação da obrigação de alimentos tem deparado com algumas objeções, do ponto de vista polí-ticocriminal e mesmo prático. As críticas dirigem-se fundamentalmente a dois aspetos: a) a duvidosa dignidade penal da conduta, dado que se trata de, através do direito penal, fazer realizar obrigações civis, nem sempre, de resto, fáceis de concretizar (b) a pouca racionalidade das espécies de penas a aplicar, que podem mesmo ter efeitos perversos. Apesar destas críticas e das diferentes tentativas de restringir o âmbito de aplicação do tipo legal (através da introdução de elementos típicos adicionais), a verdade é que, mesmo do ponto de vista de direito comparado, se reconhece que o preceito é, frequentemente, o meio único para obrigar devedores a cumprir e proteger os credores de alimentos — as mais das vezes mulhe-res e crianças — face a situações de necessidade.*

[2] Sobre as alterações em matéria penal, cf. mais recentemente, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, "Da obrigação

familiar de alimentos e das consequências penais do seu inadimplemento", Revista do CEJ, 2016 – I, p. 195-239.

§3. Pode assim dizer-se que esta alteração introduzida em 2008 representa a concretização, em alguma medida, das considerações acima feitas.

Por um lado, o legislador “facilitou”, do ponto de vista da tipicidade, a incriminação por violação da obrigação de alimentos, uma vez que o crime fundamental (e único) até 2008 passou a ser considerado uma forma mais agravada de violação de obrigação de alimentos (n.º 3 do atual tipo de crime); não se pode dizer que seja uma opção “irrealista” do legislador, na medida em que, tanto quanto julgamos, as exigências mais elevadas que o tipo legal pressupunha (colocar em causa as necessidades fundamentais de quem tenha direito) nem sempre eram levadas particularmente a sério, no que se refere à necessidade de uma autónoma avaliação, pela nossa jurisprudência (ou inversamente, e face à própria definição de alimentos – constante no artigo 2003.º do Código Civil (CC) –, alguma jurisprudência presumia existente tal requisito); ademais, revela-se o aspeto pragmático resultante da dificuldade de, sem a ameaça penal, se poder conseguir o cumprimento atempado das obrigações de alimentos. Vertente pragmática que, porventura, se justificará também pela endémica ineficiência do processo executivo civil no ordenamento jurídico português, ou então – ponto que todavia merece consideração – o facto de este tipo de obrigações, pelos fundamentos e pelas finalidades que lhe subjazem, dificilmente poder ser exequível atempadamente (mesmo apoiado por um sistema de processo executivo relativamente eficaz).

Em qualquer caso, a solução agora firmada é, a todos os títulos, um recuo, ou uma “involução” em matéria de tendência descriminalizadora^[3].

[3] Valorando, todavia, positivamente as alterações introduzidas, cf. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, p. 239

No fundo, a fonte histórica do atual preceito é a solução, vigente até 1995 (e então expressamente revogada), da (então) Lei de Organização Tutelar de Menores, constante nos seus artigos 189.º e 190.º^[4]; neste sentido, parece haver, em alguma medida, um retrocesso à situação anterior a 1995.

§4. Por outro lado, a pouca racionalidade punitiva foi também reforçada pela presente conformação da lei, tal como se pode comprovar pelo facto de o crime “simples” de violação de obrigação de alimentos (a conduta do n.º 1) ser punido com pena de multa, a título de pena principal única. Trata-se de solução em total contradição com o modelo punitivo do CP (onde a pena de multa, enquanto pena principal, surge prevista quase sempre em alternativa à pena de prisão.). Trata-se de solução ainda menos compreensível, quando, estando em causa o querer-se garantir o cumprimento de uma prestação pecuniária, se faz aplicar uma pena que vai diminuir a capacidade patrimonial do agente para cumprir com aquilo que se pretende através da ameaça.

[4] O artigo 190.º (Sujeição do devedor a processo criminal) tinha por conteúdo: 1- Quando, encontrando-se o devedor em condições de cumprir a prestação a que está obrigado, não for possível obter o pagamento pelas formas indicadas no artigo anterior, pode ser-lhe aplicada, em tribunal criminal, pena de prisão até seis meses, não convertível em multa, mediante prévia denúncia ao Ministério Público de quem tenha legitimidade para exigir o cumprimento da obrigação.

2 - A pena pode ser suspensa por período não superior a seis meses, sob condição de no decurso desse prazo ser paga, em prestações mensais e nos termos que o tribunal fixar, a quantia em dívida; o não pagamento de alguma prestação implica a imediata execução da pena.

3 - Ficam extintos o procedimento criminal e a pena, quando se prove estarem pagos os alimentos em dívida.

4 - O procedimento criminal não obsta a que se requeira no tribunal competente execução destinada a obter o pagamento.

5 - O disposto neste artigo e no anterior é aplicável qualquer que seja o processo em que tenha sido fixada a obrigação alimentícia

Por sua vez, o artigo 189.º (Meios de tornar efetiva a prestação de alimentos) – preceito que ainda se mantém em vigor – afirmava:

1. Quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos não satisfizer as quantias em dívida dentro de dez dias depois do vencimento, observar-se-á o seguinte: a) Se for funcionário público, ser-lhe-ão deduzidas as res-

petivas quantias no vencimento, sob requisição do tribunal dirigida à entidade competente; b) Se for empregado ou assalariado, ser-lhe-ão deduzidas no ordenado ou salário, sendo para o efeito notificada a respetiva entidade patronal, que ficará na situação de fiel depositária; c) Se for pessoa que receba rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução será feita nessas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas, fazendo-se para tal as requisições ou notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários. 2 - As quantias deduzidas abrangerão também os alimentos que se forem vencendo e serão diretamente entregues a quem deva recebê-las.

§5. Por último, pode antecipadamente referir-se algumas insuficiências da atual redação.

Se bem que o tipo legal, nas suas diversas condutas, esteja redigido em razão da gravidade do crime – com efeito, as agravações decorrem, por um lado, do grau/número de incumprimento da obrigação e, por outro, dos efeitos que um maior grau de violação (situação de emergência para o credor da obrigação; sobre a conduta do n.º 3, cf. todavia adiante) – há todavia algumas incoerências patentes.

- a) O facto de todas as condutas típicas dependerem de queixa – o que, como veremos, poderá suscitar alguns problemas práticos.
- b) A errónea integração da norma do n.º 4 que, introduzida pela Revisão de 2007, apenas faz referência à conduta mais grave (a única tipicamente prevista no momento da Revisão de 2007). De facto, a incriminação da colocação intencional em incapacidade de cumprir deveria valer para qualquer uma das modalidades de conduta, na medida em que todas elas fazem referência típica à capacidade de cumprir.
Seria desejável um esclarecimento legislativo neste ponto, uma vez que, tendo o legislador optado por criar um autónomo tipo legal de crime para este efeito, o mesmo deve suceder nas restantes condutas.
- c) Em matéria de moldura legal, como referimos já, a solução da previsão exclusiva de pena de multa.

II. O BEM JURÍDICO

§6. Apesar da alteração do conteúdo do presente tipo legal de crime, não nos parece que haja uma alteração substancial do seu bem jurídico. Com efeito, está em causa a tutela das finalidades que estão subjacentes ao reconhecimento e concessão da obrigação de

alimentos: o estado de carência do alimentado, uma vez que por alimentos *se deve entender tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário* (artigo 2003.º do CC; - no caso de menores acrescerão, ainda, outros encargos). Além disso, não se pode esquecer que o fundamento desta obrigação reside num vínculo familiar e, por isso, com especial ressonância social; com efeito, o direito a alimentos é, em alguma medida, uma responsabilidade criada, ou derivada, no âmbito da instituição família.

Por isso mesmo, o crime visa proteger, em última instância, o *titular do direito a alimentos face aos perigos que decorrem de não poder prover à satisfação das suas necessidades fundamentais* – tarefa que, como decorre dos preceitos das relações jurídico-familiares, cabe aos obrigados, e neste sentido existe uma *imposição ao obrigado de prestar alimentos*. Para além disso, *ainda que secundariamente, visa-se proteger a comunidade* (em especial, as instituições de segurança social, hoje com particular relevo o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores) da necessidade de colocar à disposição do alimentado os meios que o obrigado a alimentos teria, por força da lei (da responsabilidade), de cumprir^[5].

§7. Observe-se, porém, que não está em causa um bem jurídico estritamente pessoal (a própria inserção sistemática assim o indica). Com efeito, estaremos (neste, como também no crime de

[5] No entanto, esta definição do bem jurídico pode suscitar a questão de saber se, ao menos na conduta descrita no n.º 1, não haverá uma afronta à proibição de prisão por dívidas, ou uma excessiva instrumentalização da tutela penal para finalidades puramente civis. De facto, pode o legislador estabelecer uma incriminação, de *caráter anticipatório* em relação a uma situação de possível carência – e que justifica

que o alimentado fique na posição de pedir auxílio a terceiros –, decorrente do não cumprimento injustificado das obrigações de alimentos. Mas, falta saber se o n.º 1 corresponde ainda a este desiderato e se não estará em causa uma mera tutela de pretensão civilista. Com efeito, é difícil entrever nesta conduta do n.º 1 a criação de um qualquer perigo (tão só uma presunção ou quase uma (mera) tutela patrimonial)

– o que o próprio teor histórico confirmaria. Reconhece-se, porém, que tal como refere ANTÓNIO MIGUEL VEIGA (cit., p. 218), os interesses em causa são relevantes para afastar a ideia de “prisão por dívidas”; acresce, sobretudo como a seguir se referirá, que se prevê um prazo suplementar para que se justifique a intervenção do direito penal.

subtração de menores) perante um bem jurídico-penal instrumental ou bem-meio (na aceção defendida por ALMEIDA COSTA^[6]). O que se pretende é tutelar penalmente as exigências comunitárias que impendem sobre agentes, vinculados em razão de relações jurídico-familiares, no sentido de assumirem as suas responsabilidades (em particular, as parentais) – relevando, assim, o seu papel funcional ou institucional. Observe-se que, embora o pressuposto da conduta mais grave seja o colocar em perigo a satisfação das necessidades fundamentais, é óbvio que, num Estado de Direito (social), este perigo nunca se deveria concretizar em dano: para isso mesmo, existem instituições públicas ou sociais que visam auxiliar pessoas – incluindo, ou primordialmente, os menores – que se encontrem em verdadeiro perigo de emergência. Ora, assim, o que está em causa é o cumprimento de um dever decorrente de uma decisão, constitucional, que atribui a tarefa (o poder-dever) de educar/formar os filhos aos pais (fora deste particular caso, o fundamento encontrar-se-á num dever institucionalmente instituído, por via de relação jurídico-familiar, de auxílio ou assistência, baseado numa ideia de “solidariedade familiar”).

Como decorre do preceito e da própria ordem jurídica, esta obrigação assume naturalmente contornos específicos, face à relação que intercede entre credor e devedor (a capacidade e a possibilidade de prestar; a forma de cálculo, etc.). Mais ainda: onde não haja possibilidade ou capacidade de cumprir esta concreta responsabilidade, existem também mecanismos (subsidiários) de auxílio ao cumprimento deste poder-dever.

[6] In: “Sobre o crime de corrupção”, separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1987, p. 90 e ss.; *Existe lugar para a categoria dos delitos de mão pró-*

pria no Direito Penal Português (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel Costa Andrade e outros. Vol II, Coimbra, 2009, p. 233 ss; p. 278 (nota 137)).

III. O TIPO OBJETIVO DE ILÍCITO

1. O CRIME FUNDAMENTAL – N.º I DO ARTIGO 250.º (O INCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DOIS MESES APÓS O SEU VENCIMENTO)

§.8. Apesar de o preceito prever três modalidades de conduta, parece poder dizer-se que existe uma lógica de agravação, na sua enunciação. De facto, o n.º 1 é o tipo legal fundamental; o n.º 2 é o tipo legal fundamental “reiterado”; o n.º 3 será o tipo legal reiterado que produz um “efeito-perigo” agravante. Julgamos que terá sido esta a lógica, ao menos como ponto de partida, que terá estado no espírito do legislador (se quisermos, é uma solução que parece obedecer a regras de experiência ou mesmo de “senso comum”). Não nos parece que se prefigure uma outra interpretação mais convincente (mesmo de um ponto de vista teleológico; basta ver a ligação entre o n.º 1 e o n.º 2 – uma conclusão definitiva só pode ser alcançada após uma análise dos tipos legais de crime cf. assim, §§ 24 e ss.).

Neste sentido, o pressuposto fundamental de todos os tipos de crime é a prática do crime previsto no n.º 1, que, em nosso entender, deverá ser o ponto de partida para a aplicação das restantes alíneas.

§9. Uma vez que o crime fundamental é o da não satisfação da obrigação, no prazo de dois meses após o seu vencimento, fácil é perceber que se verifica uma plena “acessoriedade” do direito penal face ao direito civil. Ou seja, o juiz penal estará vinculado ao reconhecimento da existência da obrigação de alimentos, bem como aos modos e condições inerentes à determinação dessa mesma obrigação (naturalmente que, por maioria de razão, o estará no que se refere ao vínculo que legitima o reconhecimento da obrigação de alimentos – a relação familiar, que se encontra subordinada a registo, logo, com regras próprias em matéria de prova).

Diferentemente sucederá, como a seguir veremos, em matéria de “legitimidade” para o não cumprimento; ou seja, em matéria de capacidade para cumprir e mesmo de eventual situação justificante.

Julgamos que o legislador se terá inspirado, para efeitos desta solução de prazo de vencimento, no disposto em matéria de crime de abuso de confiança fiscal, onde se concede um prazo (de 90 dias, a partir do qual passa a existir a punição). Todavia, em vez da expressão “dois meses”, teria sido preferível a determinação por dias exatos. Acresce, além disso, que intercede uma significativa diferença entre o regime de uma prestação jurídico-pública (como é o tributo) e o de uma prestação que, apesar de tudo, obedece a regras de alguma disponibilidade privada, é consequência de normas de direito privado e contém algum elemento de pessoalidade.

Em qualquer caso, é manifesta a incongruência desta solução: com efeito, o agente pode a qualquer momento (mesmo depois do trânsito em julgado) fazer cessar o procedimento criminal/responsabilidade criminal – cf., assim, o n.º 6 deste mesmo artigo. Assim, o prazo de “dois meses” após o vencimento é o momento a partir do qual o legitimado pode ameaçar penalmente (através da queixa) o agente para o “coagir” a pagar, *se este não tiver querido ou podido satisfazer o seu débito através dos mecanismos civilistas (incluindo de execução)*.

O n.º 1 supõe que um agente, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumpra a obrigação no prazo de dois meses após o seu vencimento.

1.1. A *legalidade* da obrigação de alimentos e determinação do seu âmbito.

§10. Através da referência ao elemento típico *legalidade (legalmente obrigado)* quer naturalmente o legislador delimitar o âmbito das

obrigações de alimentos que são abrangidas pelo tipo legal. Assim, e em primeiro lugar, estão fora do âmbito de proteção desta norma as denominadas obrigações de alimentos baseadas em *negócio jurídico* (cf. assim o artigo 2014.º do CC).

Além desta limitação, há que fazer ainda outras precisões:

- a) Uma vez que estamos no âmbito dos crimes contra a família, não estão abrangidas outras obrigações de alimentos que não tenham por base o vínculo jurídico familiar, mesmo que legalmente fundadas (artigo 2014.º, n.º 2, do CC).
- b) Mesmo dentro das obrigações de alimentos legalmente impostas no âmbito de relações jurídico-familiares nem todas estão tuteladas neste tipo legal de crime.
 - aa) assim, não cabem no âmbito de proteção, os alimentos que não sejam fixados em prestações pecuniárias (cf., p. ex., artigo 2005.º, n.º 2, do CC, reforçando-se assim a ideia de que as obrigações de alimentos não determinadas – p. ex. aquelas na constância do casamento – não estão naturalmente abrangidas). Solução que todavia já se defendia antes mesmo desta redação^[7].
 - bb) por outro lado, é preciso não esquecer que as alterações legislativas introduzidas, incluindo estas em matéria penal, estão associadas a uma legislação que versa o regime jurídico do divórcio e *responsabilidades parentais*. Neste sentido, as alterações, em matéria de obrigação de alimentos, tiveram em vista apenas determinadas obrigações de alimentos, aquelas decorrentes da “responsabilidade parental”

[7] Cf. de novo, p. ex., PEREIRA COELHO (cf. *Direito da Família*, polígrafo, Coimbra, 1986, p. 384 s.): “o dever de prestação de alimentos só assume interesse prático quando há separação entre os cônjuges; quando estes vivem juntos, como normalmente acontece, é do

dever de contribuição para as despesas domésticas que releva”, acrescentando ainda em nota (cf. cit. 384 n.º 1) que a “obrigação de alimentos (...) não tem o mesmo conteúdo que tem, em geral, a obrigação alimentar; não é, como esta, estritamente condicionada e medida pelas

possibilidades de quem dá e pelas necessidades de quem recebe os alimentos”, o que significa que, em termos penais, não deve sequer colocar-se a questão da violação desta obrigação.

(já o elemento histórico não é inequívoco: enquanto a LOTM manifestamente visava tutelar a obrigação face a filhos, o CP, na sua versão originária, indiscutivelmente abrangia todas as obrigações alimentares). Daí que possa ser duvidoso (pelo menos, para nós) que outras obrigações (mesmo jurídico-familiares) de alimentos – p. ex., as fundadas no artigo 2009.º do CC – possam ser consideradas integradas neste tipo legal (sobretudo, entendendo a atual sistematização do preceito, segundo a nossa perspetiva).

Observe-se, de resto, que mesmo a obrigação de alimentos relativamente a cônjuges, após divórcio e separação judicial de pessoas e bens, suscita dúvidas quanto a poder ser incluída no âmbito desta tipicidade. Partindo do pressuposto de que cada cônjuge deve prover à sua subsistência (artigo 2016.º do CC), veja-se que o CC dá prevalência, em relação a ela, a qualquer outra obrigação de alimentos face a filho. Ora, uma obrigação que é já considerada secundária pelo próprio CC merecerá tutela penal? Parece-nos que não.

Como é evidente a *base legal* nada contende com o facto de a sua determinação ser feita por *decisão judicial ou por acordo, nos termos legais*.

- c) Caso particularmente discutível será o *das obrigações de alimentos com conexão com o estrangeiro*. No caso de obrigações de alimentos com conexões com o estrangeiro deverá discutir-se previamente, e mesmo a despeito de questões de aplicação da lei penal do espaço, se elas (isto é, no caso de se verificar o seu não cumprimento) cabem no âmbito de proteção do presente tipo legal e, portanto, se a sua violação preenche a tipicidade. A resposta a este problema, parece-nos, deve atender à justificação político-criminal subjacente à tipificação, a qual, como vimos, é, em última instância, a de proteger o titular dos alimentos face ao perigo de não satisfação das suas necessidades

fundamentais e, secundariamente, impedir a oneração de terceiros (p. ex., instituições de segurança social) com prestações que, em princípio, caberiam legalmente a particulares. Assim, a questão restringe-se a saber se a *vivência normal do credor a alimentos se encontra no território nacional*. Impede-se, assim, que se tutele (penalmente) uma situação de mera transitoriedade no território português.

1.2. Não pagamento da obrigação dois meses após o seu vencimento.

§11. O tipo legal preenche-se pelo facto de o agente não cumprir com a obrigação até dois meses depois do seu vencimento.

Esta redação esclarece definitivamente (cf. supra §10) que a obrigação de alimentos tem de assumir carácter pecuniário e ser reiterada no tempo (em princípio mensalmente, de acordo com o CC). Todavia, acresce que só há “crime” se, decorridos dois meses após o vencimento, o agente ainda não tiver cumprido com a obrigação.

A redação típica suscita dúvidas, já por si, mas também por razões sistemáticas, como se verá.

Parece-nos que a correta interpretação do preceito exige saber previamente em que momento se deve averiguar da capacidade ou incapacidade para cumprir por parte do agente (sobre o tema, cf. §15)

Em nosso entender, deve entender-se que o ilícito se verifica quando o agente não cumpre (*voluntariamente*) com a obrigação a que está obrigado. É nesse momento que, se necessário, se discutirá se o agente estava ou não em condições de cumprir. Com efeito, o diferimento da consumação do crime para depois do vencimento (momento este a determinar segundo as regras gerais das obrigações), visa, em alguma medida, obviar à crítica de uma eventual instrumentalização da sanção penal para a execução de dívidas civis (no sentido de que não é só pelo facto de o agente não

ter cumprido que será punido; será sim pelo facto de, podendo cumprir, ter ultrapassado o prazo até ao qual as eventuais sanções ou outras providências de carácter civil por incumprimento ainda seriam suficientes ou teriam eficácia).

§12. Deste modo, e de acordo com o que nos parece ser a interpretação mais correta, a violação da obrigação verifica-se no momento em que o agente não cumpre, isto é, no momento em que a prestação é devida (artigo 2006.º do CC); tal incumprimento só assumirá relevância penal (e também de procedibilidade, por estar dependente do exercício do direito de queixa) quando aquela situação de incumprimento se perpetue por mais de dois meses desde a data do seu vencimento^[8].

Uma vez que a definição das condições ou dos meios de satisfazer a obrigação pode ser realizada por acordo, é evidente que alterações a esse acordo ou mesmo a concessão de um novo prazo (desde que homologadas) têm relevância para determinar novos momentos de cumprimento/vencimento.

Estando em causa obrigações de prazo fixo ou definido, não será difícil dizer quando ou em que momento se verifica o vencimento.

[8] Observe-se que, em nosso entender, a formulação constante do anterior crime previsto na LOTM, e acima transcrita, é errónea. Julgamos que não faz sentido dizer que o agente cumpre, se os seus bens forem executados ou o cumprimento se deveu à realização de um processo executivo (com efeito, ser a vítima a ter a tarefa de garantir o pagamento do que lhe é devido não é consistente, p. ex., com a ideia de responsabilidade parental). Quando o presente tipo legal de crime refere o *não cumprir* está, assim o supomos, a pensar no (in)cumprimento voluntário. Relembremos que não era isto

que estava previsto no anterior crime do artigo 190.º da LOTM; o que aí se punia era o não pagamento e a impossibilidade de satisfação do crédito (havia algo de semelhante a um processo executivo, cf. atual artigo 189.º da LOTM). Daí, pois, que, se for seguida uma outra interpretação, nos pareça que existe uma clara instrumentalização do direito penal para a cobrança de dívidas (sobretudo, as mais difíceis de cobrar). De facto, a interpretar-se de outro modo, parece-nos claro que existe uma verdadeira “prisão por dívidas”. Explicando: se o não cumprimento só se verifica quando não seja

possível executar “forçadamente” bens que satisfaçam o crédito (tal como constava, p. ex., do crime previsto na LOTM), então estamos numa situação quase semelhante à execução da pena de multa (como pena principal – ou seja, se o agente não pagar voluntariamente, há a execução de bens e, se não houver bens, efetiva-se a ameaça da prisão subsidiária) – aqui não há ameaça de prisão; há ameaça de multa que, provavelmente, será convertida em prisão (e o próprio n.º 6 coadjuva uma interpretação neste sentido).

§13. O não cumprimento da obrigação pode verificar-se pelo não pagamento dos alimentos, pelo frustrar o cumprimento da obrigação ou pela provocação ou manutenção de um estado de incapacidade para cumprir.

Escusado será dizer que não haverá preenchimento do tipo de crime se o não cumprimento se dever ao comportamento do credor (ou do seu representante) ou eventualmente de terceiro.

- a) Uma vez que a conduta consiste em não garantir os alimentos devidos, decorre que o presente tipo legal é, no fundo, um crime de *omissão própria*. A punibilidade do facto resulta do não cumprimento de um dever, e por isso da violação de uma norma de imposição. Daqui decorre que condutas ativas que frustrem o cumprimento da obrigação não tornam o facto em crime de comissão por ação.
- b) Em regra, não cumpre quem não preste, *no todo ou em parte*, a obrigação alimentar a que está obrigado. Basta, portanto, um mero não cumprimento que, normalmente, significa o não pagar. No caso de não pagamento parcial, o incumprimento deve naturalmente ser averiguado em função das concretas condições do alimentante (cf. porém supra §30).
- c) O não cumprimento pode, porém, resultar de uma *atuação de frustração* da possibilidade de cumprimento. Assim, p. ex., se o alimentante se esconde ou muda de residência sem avisar o alimentado, de modo que este não o pode contactar, se dá ordem de suspensão da transferência bancária para pagamento da obrigação, etc.
- d) O não cumprimento pode, além disso, resultar de uma atuação (preordenada) conducente à criação de um estado de incapacidade de prestação (*omissio illicita in causa*) ou então de uma *omissio illicita in omittendo*). Todavia, existindo desde 2007 uma norma expressa para estes casos, naturalmente que se terá de averiguar em concreto, e sobretudo por forma autónoma, cada uma destas condutas, *uma vez que estamos perante um tipo legal autónomo* (sobre estes casos, cf. §§34 ss.).

§14. Tal como referimos já, é necessário que o não cumprimento da obrigação se mantenha pelo *prazo de dois meses (contados a partir da data do vencimento)*. Pelo que, e seja qual for a razão, se o agente tem capacidade de prestar ao momento de vencimento, o facto de *ex post* se vir impossibilitado de cumprir é, de todo, irrelevante, em matéria de tipicidade. Ao não ter cumprido no momento do vencimento, embora estivesse em condição de o fazer, o agente assume a responsabilidade pelo risco de incumprimento até ao fim do prazo dos dois meses (preenchendo-se então os pressupostos da responsabilidade criminal).

1.3. Condições de prestar (a capacidade para cumprir a obrigação).

§15. Segundo o tipo legal de crime, é ainda exigido que o agente, além de estar legalmente obrigado a prestar a obrigação, esteja em *condições de o fazer*. De acordo com as regras gerais previstas no CC, a obrigação de alimentos cessa, nos termos do artigo 2012.º, quando aquele que a deva prestar não possa continuar a prestá-la. Isto significa, evidentemente, que o elemento típico “*em condições de o fazer*” impõe ao juiz penal que proceda a uma *avaliação autónoma* do mesmo, independentemente, portanto, da declaração de desnecessidade (que, de resto, conduziria à cessação da obrigação) que seja necessária em processo civil. Com efeito, é necessária a prova positiva deste elemento típico para que o crime se preencha; neste sentido a ausência da capacidade (ou impossibilidade) para cumprir constitui uma exclusão do tipo de crime.

Conclusão que não será propriamente uma novidade, pois que os crimes de omissão pressupõem sempre, como requisito típico, a capacidade para cumprir o dever.

§16. A ausência de condições para cumprir tanto pode ser permanente ou duradoura (p. ex., uma situação desemprego, a assunção

de novas obrigações alimentares de idêntico valor legal) ou meramente transitória (p. ex., uma doença incapacitante, etc.). O que releva é que o juiz penal logre a convicção, para o caso concreto, da impossibilidade de cumprir a obrigação em causa (observe-se que o juiz penal apenas discute um elemento do tipo legal do crime; não a existência ou inexistência da obrigação de alimentos).

Naturalmente que se for declarada cessada a obrigação, seja com que fundamento for, ou eventualmente se verificar uma qualquer modificação das circunstâncias que presidiram à definição da obrigação de alimentos (de acordo com as regras civilistas), pode dizer-se que a questão penal perde relevo (eventualmente, neste caso, dentro de determinados circunstancialismo pode fazer-se apelo ao artigo 7.º do CPP).

§17. Tal como em regra para a matéria do direito dos alimentos, também na averiguação deste elemento típico o juiz penal deverá guiar-se pelos critérios gerais do direito civil. Para determinação das condições de prestar deve partir-se dos meios de que o alimentante *dispõe de facto* — rendimentos de bens e quaisquer outros proventos, sejam rendimentos do trabalho, pensões sociais, etc. Para além disso, devem também considerar-se os meios de que o obrigado *poderia dispor*, desde que tal se contenha nos quadros do exigível — assim, p. ex., utilizar plenamente a sua capacidade de trabalho, eventualmente reduzir despesas, fazer valer direitos patrimoniais de que disponha face a terceiros, etc.

§18. Por força da autonomia deste elemento, a sua comprovação deve ser feita para todos os casos de não cumprimento (cf. as hipóteses acima descritas). Deve notar-se que, no caso de não cumprimento parcial, deverá o juiz averiguar, segundo as mesmas regras, se o contributo prestado a título de alimentos corresponde às condições do agente, isto é, se corresponde ao valor que, face às circunstâncias do caso, era exigível que o agente prestasse.

§19. Questão particularmente relevante (a que atrás fizemos já referência - §11) é aquela de saber *quando* (ou sobre o que) se deve averiguar desta condição para cumprir. No fundo, a questão pode ser colocada do seguinte modo: a capacidade para cumprir a obrigação averigua-se no momento do seu vencimento ou no momento em que se esgota o prazo de dois meses após esse vencimento? Pela leitura do próprio preceito a dúvida não é facilmente sanada: enquanto a conduta no n.º 1 parece apontar para a incapacidade para cumprir no prazo de dois meses após o vencimento, já a conduta do n.º 3 parece apontar em sentido inverso.

Temos, porém que, em nosso entender, a solução mais correta é a que faz apelo ao momento do vencimento – como atrás defendemos. Com efeito, se o agente não está em condições de satisfazer a dívida no momento do vencimento, é evidente que não lhe será exigível qualquer outro comportamento para cumprir, mesmo até ao prazo de dois meses. Ou seja, se no momento do vencimento o agente não está em condições de cumprir, é para nós evidente que cessa aí qualquer responsabilidade (desde logo, a penal). O prazo de dois meses só se justifica para aqueles agentes que, no momento do vencimento, estavam em condições de prestar mas não o fizeram então; só para estes faz sentido a responsabilização penal ser afirmada apenas no fim do prazo de dois meses.

2. A MODALIDADE AGRAVADA – PRÁTICA REITERADA DO CRIME.

2.1. A prática reiterada – n.º 2 – Determinação do conceito “reiterada”

§20. Novidade – ao menos na aparência – é a consagração de uma agravação, ou de um crime autónomo, em consequência da “frequência” da prática do crime.

Este crime, em si, suscita duas grandes questões: a) a sua exata interpretação; e b) um problema específico ao nível procedimental, por o crime depender do exercício do direito de queixa e, do mesmo modo, de um ponto de vista de objeto do processo.

- a) Ao enunciar prática reiterada *do crime referido no número anterior* o legislador expressamente (se bem que tenhamos dúvidas quanto a ter sido essa a sua verdadeira intenção) diz que tem de estar em causa o (repetido) não cumprimento dois meses após o vencimento. Quer-se, assim, dizer que praticar reiteradamente significa preencher *reiteradamente* todos os pressupostos da responsabilidade penal descritos na conduta do n.º 1. Se esta for a interpretação (e é a que literalmente nos parece merecer acolhimento), então coloca-se o problema subsequente de saber o que se deve entender por prática reiterada. Assim, o legislador pode ter pretendido dizer: a) uma prática sucessiva ou continuada; b) a mera repetição, se bem que não necessariamente continuada/sucessiva; c) uma espécie de “reincidência” (em sentido próprio, isto é, o de a anterior condenação não ter servido de “advertência” suficiente, só havendo verdadeira reiteração de prática do crime se se tiver verificado uma prévia condenação, transitada em julgado, por esse mesmo crime); d) o legislador quis abranger todas as anteriores hipotéticas formulações.
- b) Cremos que o conceito de prática reiterada, que estará subjacente ao crime, assenta na ideia de prática “sucessiva e contínua”. Cremos (todavia, sem fundamento objetivo, mas por razões teleológicas) que, embora se tenha expresso de forma errada, o legislador teria em vista o *não cumprimento contínuo ou continuado da obrigação* (e não como decorre da norma a prática reiterada do crime; mas temos de presumir que o legislador colocou em letra aquilo que pretendia e interpretar, respeitando, sem concessões, o princípio da tipicidade).

Em favor desta solução, julgamos que milita a ideia de uma certa “agravação” ao longo das alíneas; além disso, também nenhuma das outras interpretações nos parece razoável. Com efeito, num crime em que, implicitamente (ou mesmo abertamente), o direito penal é utilizado para fazer executar o cumprimento de uma prestação pecuniária, não parece haver justificação para aferir de uma reiteração não contínua. De facto, se o agente, pagando ou cumprindo, resolve tudo (arquiva-se o processo), é evidente que não há prática do crime (pelo menos, prova do crime), quando o agente o faça antes do julgamento (ou até da condenação). Se depois houver outro crime... é apenas um outro crime.

Por outro lado, dependendo o crime de queixa, o que supõe uma certa margem de disponibilidade conferida ao legitimado, não faz sentido deixar na dependência de queixa o grau de gravidade do crime, quando o ofendido pode desistir ou renunciar à queixa.

§21. Ou seja: para nós, para que se verifique a prática reiterada é necessário que o objeto do processo (penal; no fundo, a acusação) seja constituído, pelo menos, por dois crimes do n.º 1 “sucessivos” que vão ser julgados como crime de prática reiterada. Em uma qualquer outra interpretação – p. ex. aquela que defenda que o objeto do processo é constituído por um só crime de violação de alimentos, decorrendo a reiteração do facto de o agente ter praticado anteriormente um outro (singularmente já punido) - parece-nos que não se respeita a garantia do *ne bis in idem*, na medida em que o “crime do n.º 1 primeiramente cometido” é valorado duplamente: enquanto crime que serviu para a primeira condenação/processo e enquanto crime que é outra vez valorado para aferir da prática reiterada (isto é, servir para afirmar a prática reiterada com o “crime segundo”, enquanto crime autónomo

e com uma moldura legal mais grave; coisa diferente seria o 1.º crime, já julgado, servir de elemento de “prevenção” no âmbito da determinação concreta da pena no segundo crime, mas dentro de uma moldura não agravada). Em nosso entender, a prática reiterada significa, pelo menos, dois crimes que nunca tenham sido objeto de (prévia) valoração típica (ou então – mas não encontramos base legal, sequer identidade de fundamento, para esse efeito – fazendo-se apelo a uma solução análoga à que se prevê para o crime continuado – cf., artigo 79.º, n.º 2, adaptado ao caso concreto – i. e, a de englobamento do (anterior) crime no novo processo, mas com desconto da pena já cumprida).

§22. A interpretação que se nos afigura mais adequada é exatamente aquela que faz depender da continuidade do não cumprimento (ou, mais corretamente, o do não cumprimento sucessivo no prazo de dois meses após os sucessivos vencimentos) para afirmar a prática reiterada. Com efeito, numa análise à luz do bem jurídico pertinente, só uma tal modalidade de conduta pode justificar maior reforço “protetivo”- pois, na reiteração (continuada) pode dizer-se que aumentam as hipóteses de o alimentado ficar em risco de dependência do apoio de terceiros (e naturalmente que o quantitativo em dívida será também maior).

Em contraposição à solução aqui defendida, pode colocar-se o regime de queixa que, como em momento próprio veremos), suscita problemas específicos (nomeadamente em matéria de “englobamento”).

2.2. Delimitação da tipicidade.

§23. Seguro, em nosso entender, é que *reiterar* significa pluralidade (no sentido de mais do que uma) de resoluções no não cumprimento do dever ou da concreta obrigação (não relevando o número

de alimentados de cada uma das concretas obrigações) que se perpetuem, consecutivamente, por mais de dois meses.

Nesta perspetiva, encontrámo-nos perante um verdadeiro crime qualificado de violação de obrigação de alimentos, justificado pelo acentuar da gravidade de um perigo para a esfera do alimentado; por um lado, pela permanência de tempo no não cumprimento e, por outro e concomitantemente, pelo (aumento de) valor do “devido”.

Tem ainda esta interpretação a vantagem de, no caso de perpetuação de incapacidade para cumprir a obrigação, se poder discutir este requisito unitariamente face aos diversos incumprimentos (em relação a cada um dos fundamentos). Observe-se que isto não impede – bem pelo contrário – que, no caso de prática reiterada, se não deva averiguar autonomamente da capacidade de cumprir de cada uma das infrações.

3. A MODALIDADE DE CONDUTA MAIS AGRAVADA – O PÔR EM PERIGO A SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES FUNDAMENTAIS.

§24. A conduta, agora prevista como modalidade agravada, corresponde à formulação que estava prevista como crime fundamental (ou único), até 2008, e cuja redação foi definitivamente consagrada em 1995.

3.1 Nota prévia (a integração do n.º 3 no contexto sistemático) – um contributo para a sistematização do(s) crime(s).

Uma primeira questão, que se coloca, é exatamente a de saber se este número assume contornos de crime autónomo em relação aos anteriores ou se é uma qualificação em linha de continuidade com os anteriores.

Podem colocar-se duas linhas distintivas:

- a) Enquanto as duas anteriores (n.ºs 1 e 2) condutas pressupõem o decurso de dois meses após o vencimento, esta modalidade de conduta basta-se (tipicamente) com o mero não cumprimento. Além disso, na segunda modalidade de conduta exige-se reiteração (enquanto modo agravativo); neste caso (no n.º 3), na aparência, bastaria apenas a violação singular da obrigação. Daí que se poderia dizer que, enquanto as duas primeiras condutas se situariam num *continuum* de gravidade, esta terceira seria “autónoma” (não pressupondo a realização das anteriores).
- b) Patentemente, os n.ºs 1 e 2 têm em vista apenas determinadas obrigações de alimentos (as resultantes das responsabilidades parentais), enquanto o n.º 3 abrangeria indistintamente qualquer obrigação de alimentos desde que legalmente imposta (de acordo com as fontes históricas, tal como decorre da versão originária do CP) – o que poderia ser uma outra diferença de regime; deste modo, *formalmente* estaríamos remetidos para a situação legislativa anterior a 1995, em que, na LOTM, estava prevista a obrigação de alimentos para filhos, e no CP abranger-se-iam todas as obrigações de alimentos.

§25. Parece-nos que é legítimo afirmar que o legislador criou uma solução de “crescimento de agravação” de condutas-omissões, justificada pela maior gravidade dos efeitos que ao não cumprimento da obrigação se devem associar.

Em nosso entender, o legislador terá partido de uma regra *da experiência comum*, segundo a qual uma mera violação de obrigação de alimentos (nos termos descritos no n.º 1) não será suscetível de criar um perigo imediato; todavia, justifica-se intervir preventivamente (através da tipificação, subordinando ao exercício do direito de queixa), de modo a que não se venha a potenciar perigos para

o dependente de alimentos^[9]. Assim, só no caso de haver “reiteração”, nas situações mais comuns ou normais é que se poderá colocar, como alternativa, ou o preenchimento do crime de reiteração, ou, então, a conduta mais grave (desde que o colocar em perigo se venha a verificar após reiteração) de por em perigo a satisfação das necessidades fundamentais.

Observe-se que a própria sistemática do preceito parece assentar nesta linha condutora. De facto, em nosso entender e mesmo que imperfeitamente enunciadas, os n.ºs 4, 5 e 6 deveriam ser aplicados a qualquer um dos tipos de crime (e seguramente não apenas ao n.º 3).

§26. Não obstante, também não se pode desconhecer que o legislador não reformulou, em 2008, este n.º 3 (*no sentido tanto de exigir um prazo suplementar de vencimento como no de exigir a reiteração do crime, em coerência com os números anteriores*). Tal como dissemos, e para que o tipo legal de crime, no seu conjunto, tenha alguma coerência, parece que o legislador terá partido de uma regra de experiência comum segundo a qual este mesmo tipo de crime pressuporá reiteração. Com efeito, se o legislador consagrou como hipótese “primária” o não cumprimento no prazo já referido, é porque reconhece que as obrigações de alimentos não visam “primariamente” satisfazer necessidades fundamentais (ou assim parece: por um lado, não faz a exigência típica deste perigo; por outro, até concede um prazo de dois meses para o pagamento sem punição para além do vencimento).

§27. Julgamos, porém, que a aparente incongruência pode ser sanada (sob pena de se poderem colocar problemas de inconstitucionalidade).

[9] Caracterizando a tipicidade do n.º 1 como um crime de perigo abstrato, cf. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, p. 222.

E do seguinte modo: o legislador ao consagrar os n.ºs 1 e 2 teve em vista exclusivamente as obrigações de alimentos decorrentes de “responsabilidades parentais”; na sua interpretação – ou então na interpretação sistemática que do preceito fazemos –, *em circunstâncias normais* o não cumprimento de uma obrigação de alimentos não produz um colocar em perigo imediato para o alimentando. E estas “circunstâncias normais” aferem-se, por um lado, pela pessoa do alimentando e, por outro, pelo vencimento mensal da obrigação – de acordo com as regras gerais do CC. Foi com base nesta regra da experiência comum que o legislador representou este regime punitivo (este princípio rector de normalidade ou de experiência comum deve, em nosso entender, ser estendido a qualquer outra obrigação familiar legalmente imposta).

§28. Todavia, esta regra da experiência – alicerçada, como vimos, em princípios e normas jurídicos – pode sofrer interrogações. Desde logo, em matéria de prazos ou em matéria de alimentandos, quando existam circunstâncias extraordinárias – ou seja, que escapem à lógica da experiência comum – que justifiquem que não se tenha de percorrer o “*iter*” agravativo, que este preceito pressupõe *Expliquemos*: suponha-se que, por uma qualquer razão, em vez de estar em causa um vencimento mensal existe um acordo no sentido de o pagamento ser trimestral ou semestral. Daqui deriva que, se no fim do trimestre ou do semestre, o devedor não cumprir – além de “beneficiar” do prazo suplementar de 60 dias, se aplicássemos o n.º 1 – só será punido pelo crime de violação de obrigação de alimentos “simples”. Ou seja, sendo devedor de um “quantitativo” correspondente (de acordo com a experiência comum) a “seis violações de obrigações de alimentos” (logo, no mínimo, constituiria uma prática reiterada), cometeria apenas um crime de violação da obrigação – o que seria uma solução político-criminalmente insustentável. Observe-se que caso

semelhante pode suceder na hipótese de o responsável parental chegar a um acordo com o titular do direito de queixa para pagar várias obrigações de alimentos, em atraso ou vincendas, numa mesma data/vencimento (sem que tenha havido condenação por elas, p. ex., por impossibilidade transitória) e depois não vir a cumprir com o devido (também aqui haveria apenas *uma violação de obrigação de alimentos*, mesmo que o montante em dívida correspondesse à de um “*delinquente por tendência*” de violação de obrigação de alimentos).

Parece-nos que o legislador nunca contemplou estes casos como dignos de um regime “progressivo” de incriminações. De facto, além de estar “cego” com as obrigações de alimentos decorrentes das responsabilidades parentais, o legislador apenas pensou na “regra de normalidade” e nos casos de maior frequência – ou seja, de prestação mensal e de alimentando “normal” ou, se se quiser, correspondendo a um arquétipo de agente carecido de alimentos. Onde o caso concreto escape a estas regras, naturalmente que a progressão nos “tipos incriminadores” – n.º 1, n.º 2 e n.º 3 – não parece fazer sentido.

Por isso mesmo, o n.º 3 não pressupõe (expressamente) a reiteração, mas é obvio que existe uma “normalidade típica”, a que a enunciação dos tipos legais de crime obedeceu. Em *circunstâncias extraordinárias* – mas só nestas – é que se justifica uma aplicação do n.º 3 sem necessidade de “percorrer” as condutas anteriores. Além dos casos, agora referidos, é preciso não esquecer que, por deficiência ou por especialíssima vulnerabilidade, o credor dos alimentos pode ser alguém que mais rapidamente fique em estado de carência (nomeadamente por impossibilidade, quase fáctica, de prover à sua subsistência e de defender-se face a perigos). Também aqui, quando a “verdadeira vítima” do crime tenha características extraordinárias, pode justificar-se o mesmo raciocínio.

3.2. O pôr em perigo a satisfação das necessidades fundamentais.

§29. O resultado da conduta tem, para o preenchimento da conduta do n.º 3, de consistir no pôr em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais.

Assim, há que entender o que sejam necessidades fundamentais – e julgamos que a interpretação terá de assumir um carácter restritivo (para justificar a criação e a aplicabilidade dos outros tipos legais de crime). *Necessidades fundamentais* são pois as *necessidades básicas* de que o alimentado carece, para a sua vida quotidiana ou corrente.

Por outro lado, a situação de perigo de carência grave tem de dever-se exclusivamente ao “obrigado não cumprir” e não, p. ex., ao comportamento do próprio alimentado (mesmo que não tenha havido cumprimento); o comportamento de “risco” empreendido pelo credor de alimentos ou até situações excepcionais implicarão a quebra da causalidade.

§30. As necessidades fundamentais não precisam de ser efetivamente prejudicadas. Basta tão-só que sejam *postas em perigo*. Exemplo disso será, p. ex., quando o alimentando, obrigado pela necessidade, tem de obter, através de um esforço laboral para além do exigível, o seu sustento. Ligeiras ou reduzidas dificuldades decorrentes do incumprimento não são suficientes para a verificação do elemento típico. O perigo terá de assumir alguma permanência.

§31. O facto de o perigo só ter sido afastado por *auxílio de terceiro* não obsta à aplicação do tipo legal. Todavia, se se verificar o auxílio de terceiro, é necessário demonstrar que há uma *conexão íntima* entre o auxílio prestado por terceiro e o incumprimento por

parte do alimentante, ou seja, que o auxílio de terceiro tenha sido prestado exatamente porque o agente não cumpriu com a obrigação de alimentos. Não haverá pois sequer tipicidade se o auxílio foi prestado em completa independência com o incumprimento e, portanto, independentemente de um perigo para a satisfação das necessidades fundamentais.

§32. Não existirá esta conexão, quando o terceiro atue em acordo com o obrigado, seja para o desonerar, seja por qualquer outra razão (p. ex., para fortalecer o relacionamento com o alimentado). No caso do artigo 2010.º do CC, se um dos vinculados não cumprir a sua obrigação e, por força disso, os outros covinculados tiverem um encargo maior, tal facto não desonera de responsabilidade penal o não cumpridor. O mesmo se diga na *relação entre os pais* (ou seja, se um dos pais não cumpre com a sua parte na obrigação de alimentos, o cumprimento pelo outro com um encargo mais agravado, por virtude daquele incumprimento, corresponde, para efeitos de tipo legal, a um auxílio de terceiro). Se o agente colocou o alimentando num qualquer estabelecimento de assistência, este presta a assistência com base num contrato, pelo que, no caso de resolução de contrato, a manutenção da assistência pode ser também considerada, para efeitos do artigo 250.º, auxílio de terceiro.

§33. No caso de *auxílio público*, também tem de se provar essa *conexão íntima* entre a sua concessão e o incumprimento da obrigação de alimentos. De qualquer modo, deverá ser necessário comprovar qual a razão do auxílio, quais os seus pressupostos legais e as finalidades que servem. Em princípio, basta que se verifique essa conexão, mesmo que associada a ela se verifique uma outra finalidade.

4. O CRIME DE COLOCAÇÃO INTENCIONAL NA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR – N.º 4.

§34. No âmbito da revisão de 2007, foi acrescentado, como tipo legal autónomo – com pena idêntica à do incumprimento –, a conduta de colocação intencional na impossibilidade de cumprir.

É bom de ver que a formulação deste tipo de crime se deve única e exclusivamente à circunstância de, em 2007, só existir uma modalidade de cometimento do crime (o hoje n.º 3).

Tendo-se acrescentado mais duas modalidades de conduta, haveria que ter procedido a uma reformulação deste concreto tipo de crime, desdobrando-o em outras tantas modalidades “equivalentes”. Sendo elemento comum às três condutas a capacidade para cumprir é evidente que, em qualquer delas, o agente pode “frustrar” ou colocar-se em impossibilidade de cumprir. Existe o mesmo sentido de ilicitude que o atual n.º 4 do CP comporta.

No entanto, como o legislador em 2007 optou por uma tipificação autónoma ou paralela – e não por uma cláusula de equiparação – para este caso, impor-se-ia que em 2008 se tivesse procedido da mesma forma para as restantes alíneas.

§35. A colocação intencional na impossibilidade de não cumprir pode resultar de uma atuação (preordenada) conducente à criação de um estado de incapacidade de prestação (*omissio illicita in causa*). A situação mais corrente é a de o agente se despedir do emprego, ou reduzir o seu horário de trabalho. Mas pode também verificar-se nos casos de prodigalidade em jogos de azar, na assunção de dívidas alheias, etc.. Por fim, o não cumprimento pode verificar-se pelo facto de o alimentante omitir medidas pelas quais ele teria a possibilidade de cumprir a obrigação (*omissio illicita in omittendo*). Exemplo mais corrente é o de o alimentante não explorar, em pleno, a sua capacidade de trabalho ou não procurar meios de auxílio para satisfazer os seus deveres.

IV. O TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO

§36. O tipo legal pressupõe o *dolo*, bastando o *dolo eventual*. Não é necessária qualquer intenção ou atitude específica. O *dolo* tem de abranger todos os elementos do tipo. No caso de prática reiterada terá de haver várias resoluções.

Exclui-se, em certo sentido, a exigência de *dolo* quanto ao prazo de dois meses. Quanto ao colocar em perigo, o agente tem de representar essa possibilidade e conformar-se com ela.

§37. O *erro* sobre a existência do dever de alimentos é um erro sobre a tipicidade, excluindo, pois, o *dolo*. De facto, recaia o erro sobre as circunstâncias que fundamentam a obrigação de alimentos, ou recaia sobre a existência da própria obrigação de alimentos, deve ser ele igualmente tratado no âmbito do artigo 16.º, pois a obrigação de alimentos é, ela própria, um elemento típico (e não, como aconteceria nos crimes omissivos, em que há diversidade de tratamento consoante o erro se refira à posição jurídica de garante ou a um erro sobre a imposição). Assim, se o agente conhece das circunstâncias fundamentadoras, de acordo com o direito civil, de uma obrigação de alimentos, mas, por qualquer razão, julga não estar obrigado a prestar a alimentos (porque erra quanto à ordem de vinculação, p. ex.), estaremos perante um erro sobre o tipo legal.

Diferentemente, quanto à data do prazo de dois meses após o vencimento, circunstância para a qual eventuais erros serão irrelevantes.

V. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

§38. No caso de *consentimento* do obrigado (nos casos em que o consentimento possa ser válido, isto é, nos casos de renúncia) não existirá verdadeiramente tipicidade. A eventual falta de cumprimento por qualquer razão de *força maior* ou *estado necessidade* deve, em regra,

ser resolvida ao nível do próprio tipo legal, em ligação com o elemento típico “condições de o fazer”.

Sem prejuízo do que se dirá sobre pluralidade de credores de alimentos, no caso de existirem obrigações de alimentos com fundamento em vínculos jurídico-familiares diversos e se o obrigado tiver que optar por cumprir apenas uma delas – um eventual, mas verdadeiro, “conflito de deveres” – a análise e resolução jurídica do caso também se fará segundo a cláusula da capacidade para cumprir.

Naturalmente que, embora tal não implique alteração do ponto de vista substantivo, pelo facto de o crime depender de queixa existe a possibilidade de renúncia ou de desistência da queixa, etc., o que, facticamente, acaba por ter implicações semelhantes às que decorrem do consentimento do legitimado.

VI. AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPA

§39. Face aos pressupostos do tipo objetivo de ilícito, a eventual existência de causas de exclusão da culpa deverá estar já integrada no âmbito do próprio tipo legal (cf. o requisito da *capacidade para cumprir* a obrigação, então, o que se refere relativamente ao erro sobre a existência de uma obrigação de alimentos,).

VII. AS FORMAS ESPECIAIS DO CRIME

1. COMPARTICIPAÇÃO

§40. Só pode ser *autor* do facto o devedor da obrigação (trata-se sempre e em qualquer caso de um *crime específico próprio*). Pode, no entanto, haver *participação* quando se verifique uma atuação de auxílio diretamente dirigida ao incumprimento da obrigação.

2. CONCURSO

§41. O artigo 250.º não põe problemas especiais quanto ao concurso com outros tipos legais. Eventualmente será pensável concurso com o crime de emissão de cheque sem provisão, quando este seja o meio de cumprimento da obrigação.

Com a mesma violação de obrigação de alimentos não se podem cometer várias alíneas previstas neste artigo.

A prática reiterada – na interpretação que defendemos –, sendo um só crime, “absorve” os singulares crimes que nela se incluem. No caso do crime mais grave de colocar em perigo a satisfação das necessidades fundamentais, o mesmo deve suceder, se bem que o perigo pressuponha alguma permanência.

§42. A violação de obrigação de alimentos *em favor de vários alimentados* tanto pode constituir um só crime, como vários crimes. Se pela mesma omissão o agente não cumpre várias obrigações de alimentos (p. ex., se num mesmo pagamento devem ser pagas diversas obrigações de alimentos) deve verificar-se apenas um crime, desde que o fundamento legal para a obrigação de alimentos seja o mesmo (isto é, seja o mesmo vínculo familiar). Mais do que a discussão sobre a pessoalidade ou a patrimonialidade da prestação (ou do bem jurídico), o que está em jogo é naturalmente a circunstância (e estamos aqui a pensar na obrigação de alimentos para vários filhos) de estar em causa a mesma unidade familiar (e, por isso, o mesmo vínculo de “solidariedade”). Observe-se, porém, que, por um lado, a determinação dos alimentos não deixará de ter em consideração o número de filhos face às capacidades financeiras do progenitor (dito por outra forma: um filho único terá tendencialmente direito a mais alimentos – pecuniariamente definidos) e que, por outro lado, se eventualmente houver dificuldades da parte do prestador de alimentos serão todos os filhos no seu conjunto (e

enquanto unidade familiar) que terão de sacrificar-se (a menos que haja razão de especial atendibilidade que implique uma especial consideração quanto a um deles); de resto, a ausência de capacidade para cumprir por parte do agente afetará todos eles indistintamente. Nestes casos, a “singularidade” dos credores a alimentos não assumirá grande relevância típica (mas importará eventualmente para efeito de determinação concreta da pena).

Além de que – seja nos permitido este último desabafo – se um agente não cumprir com as suas obrigações de alimentos, deixar os filhos em estado de carência grave (até a passar fome), e depois vem a ser condenado, é a própria lei que diz que se satisfizer a dívida, antes de se executar a pena, (pode) será dispensado de pena ou esta ser declarada extinta no todo ou em parte.

Com uma solução legislativa destas, só por puro farisaísmo se pode falar em bens jurídicos eminentemente pessoais (e obviamente que o facto de o legislador estabelecer como facultativa tal cláusula em nada releva; basta tão-só que a preveja, mesmo facultativamente, para se perceber o que está em causa).

VIII. A PENA E O ESPECÍFICO REGIME PUNITIVO (Nº 6)

§43. O artigo 250.º prevê:

- a) *Pena de multa até 120 dias* para o crime do n.º 1. Já nos pronunciamos criticamente quanto à previsão de apenas pena de multa.
- b) *Pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias*, face à conduta prevista no n.º 2.
- c) *Pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias*, nos casos do n.º 3 e do n.º 4.

§44. O regime punitivo prescrito nos diversos tipos legais, tal como dissemos, afigura-se altamente problemático.

Por um lado, a moldura penal até dois anos de pena de prisão nos crimes mais graves permite a aplicação da pena de *suspensão de execução da pena de prisão*, sendo que, neste caso, esta poderia estar condicionada à imposição do dever de cumprimento da obrigação de alimentos (que, embora de forma não expressa, cabe dentro do tipo de deveres previstos no instituto em causa), – era exatamente esta a solução prevista na LOTM, porventura com alguma razão.

Deveria, assim o julgamos, considerar-se este tipo de punição como político-criminalmente mais adequado. Mesmo no caso, em que, face às circunstâncias concretas, se deva aplicar pena de *prisão inferior a seis meses*, poderia esta ser substituída por pena de suspensão de execução da pena. De resto, a formulação legal em matéria de extinção da pena (n.º 6 do artigo 250.º) ao referir a extinção da pena estará a pensar para o instituto de suspensão de execução da pena de prisão.

§45. Mais criticável se afigura a punição com *pena de multa*, seja como pena principal (única, no caso do n.º 1) seja como pena de substituição (*ex vi* artigo 45.º), na medida em que a aplicação desta pode desencadear exatamente o efeito contrário ao fim protetivo da norma, pois o devedor deve poder dispor do seu património sobretudo para cumprir a obrigação de alimentos, que é aquilo que a lei (incluindo a penal) lhe exige...

§46. Todavia, a inconsistência do sistema punitivo introduzido concretiza-se na previsão da regra de dispensa e extinção de pena referida *no atual n.º 6* deste preceito, que admite a dispensa de pena ou extinção, no todo ou parte, da pena se o agente cumprir a obrigação. Se esta norma ainda podia ser aceitável à luz da redação de 1995 (aliás com justificação expressa nas Atas 1993, 292: a solução pretende pois garantir “*um resultado positivo*”, preservando

o caráter penal da sanção, se bem que se fizesse notar que o direito penal não deveria estar ao serviço do direito civil), ela torna-se menos compreensível hoje em dia^[10].

A circunstância de a própria lei conceder um prazo de dois meses após o vencimento da obrigação para se consumir o crime, é solução que tem exatamente por base a ideia de que, durante esse prazo, o agente pode repor a situação, cumprindo o devido, sem ser incomodado. Ora, tanto quanto nos parece, o estabelecimento deste prazo (de dois meses) dirige-se, assim, menos ao agente do crime, e mais para a vítima, de modo a saber quando é que deve exercer o direito de queixa. Com efeito, se o tribunal “pode” dispensar ou declarar extinta a pena é evidente que o agente pode pagar “quando quiser”, e pode beneficiar do regime de não punição (ou então poder-o usufruir, através de eventual desistência do direito de queixa; ou ainda por mediação penal ou suspensão provisória do processo – observe-se, regimes válidos em qualquer modalidade de conduta)^[11].

§47. É certo, poderia dizer-se que este n.º 6 implicará a remissão para o artigo 74.º do CP (sobre dispensa de pena) – como em alguma medida defendemos em Comentário Conimbricense. Todavia, este n.º 6 constitui um todo unitário e se a referência à dispensa de pena poderia justificar esta remissão, já a opção de admitir a *extinção de pena* parece ser solução anómala no contexto do CP (exceto no caso de condenação em pena de suspensão de execução de pena de prisão, onde seria previsível esta condição; todavia, no CP, o cumprimento da condição da pena não implica imediatamente a extinção da pena; depende do tempo de condenação; limitação que nem está pensada no caso concreto). Neste sentido, parece-

[10] É, agora, comprovável que a fonte legislativa desta regra atenuativa é naturalmente o preceito da LOTM, acima transcrito, sobre crime de violação de obrigação de alimentos

[11] Dito por outra forma, não é totalmente inteligível o atual sistema punitivo. De facto, bem melhor seria colocar como hipótese a aplicação do artigo 206.º do CP ao caso vertente.

-nos que o que está em causa é sempre a possibilidade de o agente cumprir, quando queira, as obrigações em atraso. De facto, face aos diversos mecanismos de direito penal ou sobretudo de direito processual penal, hoje existentes no nosso ordenamento jurídico, deve perguntar-se se a violação de obrigação de alimentos é de facto um “crime” ou uma mera “ameaça de crime/pena”.

Também é verdade que o n.º 6 refere que o tribunal *pode* dispensar da pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida. Mas esta formulação só faria sentido, enquanto regra específica, para o caso mais grave (hoje n.º 3 e n.º 4). Todavia, julgamos que a razão para esta faculdade residia, porventura, na gravidade do crime ou na frequência da violação: mas, na estrita medida em este “tabelamento” é já feito na moldura legal de cada crime, como podem existir dúvidas sobre a aplicação desta norma? Além de que, mesmo que o agente não seja dispensado de pena, verá sempre a pena atenuada (ou parcialmente extinta) – extinção total ou parcial da pena em caso de aplicação de pena de multa?

§48. Obtempere-se, todavia, que, para não ser punido, o agente tem de cumprir integralmente com a (s) obrigação(ões) de alimentos (vencidas). Uma menor capacidade para cumprir ou mesmo a ausência de capacidade só é relevante ao momento do cumprimento, do vencimento, da obrigação (só aí, pois, é possível satisfazer a obrigação apenas com o que for possível, de forma justificada). A partir desse momento, só com o cumprimento integral o agente fica habilitado a escapar à condenação ou ao cumprimento da pena^[12].

[12] A questão, no fundo, redanda em saber se, nas circunstâncias atuais, não existirá um conjunto de condutas que merecem tutela penal, não por si (pela sua dignidade), mas porque não há alternativa à incriminação; não porque se queira punir (ou mesmo prosseguir

criminalmente), mas porque só se assim se consegue um bom ou eficiente funcionamento “sistémico” de determinadas áreas sociais (é seguramente este o caso do crime de violação de obrigação de alimentos, mas o mesmo podemos dizer da lei do crime de emissão

de cheque sem provisão, etc.). Mesmo que nos tenhamos de resignar a estas incriminações, não se poderia remetê-las para lei avulsa, mantendo o CP como diploma para condutas criminais “dignas”?

IX. OUTROS PRESSUPOSTOS (N.º 5)

§49. Qualquer dos crimes depende de queixa – parece-nos ser esta a interpretação mais correta, mesmo que seja solução pouco ortodoxa.

Fazer depender de queixa todos estes crimes mais acentua o carácter “civil e executivo” que a ameaça penal contém.

Compreende-se que, estando em causa conflitos familiares – ou decorrentes das diversas relações jurídico-familiares –, se confira ao seu titular um verdadeiro direito de queixa e, por isso, também um direito de composição em matéria de conflito; assim, tendo em atenção os poderes que o titular detém, é natural que o cumprimento da obrigação, antes da decisão final, conduza à desistência da queixa e, por isso, ao termo do processo. Neste sentido, parece claro, uma vez mais, que se deve dar preponderância a mecanismos processuais que garantam uma resolução, tão informal quanto possível, do processo (*maxime*, suspensão provisória do processo/mediação).

Mas acentua-se, por outro lado, uma clara preferência pela atribuição da concreta realização da pretensão punitiva ao titular do direito de queixa (consagrando-se, assim, uma verdadeira regra de disponibilidade em matéria de tutela penal – o que, acrescentando-se, não é um exclusivo deste tipo de crime).

Deve até dizer-se que, na medida em que o titular do direito de queixa coincida pessoal ou individualmente com o ofendido (seja a mesma pessoa), é solução compreensível.

§50. Problemas mais complexos encontram-se naturalmente no âmbito das denominadas responsabilidades parentais, em que aquele que tem legitimidade para exercer o direito de queixa atua no quadro de um efetivo poder-dever e no interesse do menor. De facto, a obrigação de alimentos é uma responsabilidade parental

pelo que o titular do direito de queixa não age estritamente num direito (mesmo de representação), mas como um responsável parental. Daí, pois, que possam ser apostos alguns limites quanto à sua margem de disponibilidade – a omissão do direito de queixa pelo legitimado não pode ser uma forma pela qual este “colabora” com o inadimplente na colocação do obrigado em situação de necessidade ou de emergência (embora de facto a lei civil preveja mecanismos de proteção de menores – o problema reside em se o direito aos alimentos “caduca”, por mau exercício do direito de queixa).

Tal como dissemos já, a enunciação dos legitimados ao direito de queixa (mesmo para este caso) também deveria ser objeto de correção normativa, por adaptação ao regime legal referente ao assistente (cf. comentário em antes do art. 247º, onde afirmámos: *“Na reforma de 2010 do CPP (L. 26/2010) acrescentou-se a possibilidade, se bem que a título subsidiário, de entidades que tenham a tutela ou a guarda de menores poderem constituir-se assistentes, no interesse do menor, em processo penal (cf. assim, o art. 68º, nº 1 d) do CPP). Justifica-se que, nestes mas também em outros crimes, quando atinentes a menores, se consagre para estas entidades a possibilidade do exercício do direito de queixa (não como direito, mas como poder-dever). Com efeito, menores entregues a estas entidades também podem ser objeto de subtração (mesmo pelos próprios progenitores); ou, então não se esqueça, a obrigação de alimentos mantém-se mesmo que as crianças sejam confiadas a instituições (podendo os pais ser eles próprios os “devedores” desses alimentos - cf., assim, os arts. 1917º; 1918º e 1919º do Cod. Civ. e por isso haver a necessidade de quem atue contra os pais). Pode seguramente contrapor-se que o Cod. Civ., no seu art. 1962º, vem esclarecer que o diretor do estabelecimento, público ou particular, exerce as funções de tutela; mas isto compreenda-se parece significar que se está a confundir entre a instituição/ a representação da instituição/ e, do outro lado, a representação do menor e o interesse do menor”*).

§51. Por outro lado, problema técnico mais difícil é a consagração de um exercício de direito de queixa para crimes que em alguma medida assumem uma gradação de gravidade. De facto, há aqui um aspeto que não pode ser omitido: o exercício do direito de queixa tem regras de caducidade e, além disso, permite a renúncia e a desistência. Assim, o direito de queixa deve ser exercido – segundo a lei – até seis meses após o conhecimento do facto e do seu agente. Como se vê, no caso de obrigações de alimentos, este momento é evidente: assim que decorram os dois meses sobre o vencimento, o direito de queixa deveria ser exercido (parece que o prazo de seis meses só confunde a solução, porventura será até excessivo). Mas, se sempre que há violação de obrigação de alimentos deve haver o exercício do direito de queixa, como é que se pode concretizar o exercício do direito de queixa por prática reiterada ou pelo crime mais grave (por “renovação” de queixa, por “multiplicação” de queixas?). Por outro lado, existindo a possibilidade de renúncia à apresentação de queixa (que pode ser implícita ou tácita – cf. artigo 116.º, n.º 1) e mesmo caducidade do direito de queixa, tal circunstância nunca pode afetar, em caso de sucessão de incumprimentos, o posterior exercício do direito de queixa (com efeito, não pode haver renúncia antecipada a direitos – só se pode renunciar a um direito, verificados facticamente os pressupostos do exercício do direito a que se quer renunciar).

§52. Por último, é importante reafirmar a necessidade de o direito de queixa ser atempadamente exercido, sob pena de o legitimado incorrer, por omissão, na criação do perigo, que a lei, através da concessão deste poder-dever, queria exatamente impedir.

Justificar-se-ia um esclarecimento legislativo destes vários aspetos da lei (estando em causa o exercício de responsabilidades parentais, justificar-se-ia aliás a previsão de um regime autonomizado em matéria de queixa)