

# Direito Penal I (resumos)

## 1) Direito penal e a sua ciência no sistema jurídico estadual

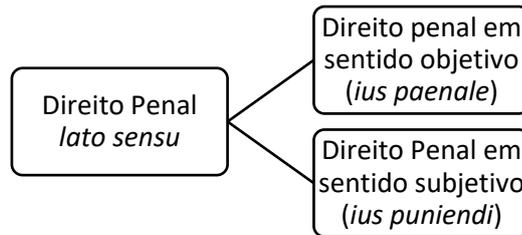
### 1.1. Sistema do Direito Penal

Direito Penal:

- Conjunto de normas jurídicas que se autonomizam no Ordenamento Jurídico
- Atribuí a certos factos descritos pormenorizadamente, consequências jurídicas privativas deste ramo de direito
  - Factos // crimes
  - Consequências // pena e medidas de segurança
- Ramo do Direito público, por excelência, o que significa que tanto a doutrina do crime como a dos seus efeitos assumem uma estreitíssima conexão com o direito constitucional e com a teoria do Estado<sup>1</sup>
  - Em relação ao direito constitucional, o Direito penal assume um carácter de dependência análogo ao de qualquer outro ramo jurídico do direito ordinário
  - Quanto aos outros ramos do direito ordinário:
    - Beza dos Santos e Eduardo Correia: o direito penal assume um carácter de dependência relativamente a estes ramos, que são os verdadeiros criadores de ilicitude. Esta conceção parte da teoria das normas de Binding, que parte da distinção entre “norma” e “lei penal” (enquanto a primeira antecede a segunda e contém um mandato imperativo de fazer ou não fazer, o qual, se for violado, dá origem à ilicitude da ação ou da omissão, a segunda apenas pretende sancionar com meios específicos, sob certas condições, a ilicitude em causa), e da qual Beling afirmou a unidade da ilicitude, isto é, não há ilicitude especificamente penal, civil ou administrativa, antes, se uma ação viola um imperativo jurídico qualquer, visto que a ilicitude se constitui, por força do princípio da ordem jurídica, em ilícito pra todos os ramos de Direito
    - Figueiredo Dias: o direito penal é autónomo e criador de uma específica ilicitude penal, correspondente à especificidade e à qualificação das consequências jurídicas que a um tal ilícito se ligam. Isto porque a função do direito penal radica na proteção das condições indispensáveis da vida comunitária, cumprindo-lhe, deste modo, seleccionar, de entre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspetiva teleológica, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal

---

<sup>1</sup> Esta conexão é reforçada pelo facto de os instrumentos sancionatórios específicos do direito penal representarem, pela sua própria natureza, negações ou fortíssimas limitações de direitos fundamentais das pessoas, e pelo facto de se verificar a necessidade de uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao direito penal cumpre tutelar



2

O ordenamento jurídico-penal abrange:

- Direito penal substantivo – define os pressupostos de crime e as suas concretas formas de aparecimento
- Direito penal executivo – regulamenta juridicamente efetiva execução da pena e/ou medida de segurança decretadas na condenação proferida no processo penal
- Direito processual penal – regulamente juridicamente os modos de realização prática do poder punitivo estadual

O Direito penal em sentido estrito (e, por sua vez, o Código Penal), compõe-se de uma parte geral e de uma parte especial.

Na parte geral definem-se os pressupostos de aplicação da lei penal, os elementos constitutivos do conceito de crime e as consequências gerais que da realização de um crime, total ou parcial, derivam as penas e as medidas de segurança. A doutrina da parte geral divide-se, ainda, em dois tratamentos fundamentais:

- Fundamentos gerais de todo o direito penal (determinação do lugar do direito penal no sistema jurídico, a função do direito penal no sistema social e os seus limites, fontes e o âmbito de vigência, temporal e espacial, da lei penal; estudo da construção dogmática do conceito do facto punível; corresponde ao disposto nos art.1º a 39º CP)
- Consequências jurídicas do crime (estudo das sanções criminais; corresponde ao disposto nos art.40º a 130º CP)

Na parte especial estabelecem-se os crimes singulares e as consequências jurídicas que à prática de cada um deles concretamente se ligam.

### 1.2. Ciência do Direito Penal

Enciclopédia das ciências criminais – conjunto das disciplinas jurídicas que têm o crime por objeto, sendo essas, disciplinas a sociologia criminal, a antropologia criminal, etc., cujos conhecimentos são tomados em conta pela ciência estrita do direito penal (ou dogmática jurídico-penal)<sup>3</sup>

Von Liszt criou, nos finais do séc. XIX, um modelo tripartido, ao qual chamou ciência conjunta do direito penal.

Esta ciência conjunta compreende:

- i. Ciência estrita do direito penal (conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente)
- ii. Criminologia (ciência das causas do crime e da criminalidade)

<sup>2</sup> Direito Penal objetivo: expressão ou emanção do poder punitivo do Estado

Direito Penal subjetivo: poder punitivo resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas

<sup>3</sup> Isto não significa que a dogmática jurídico-penal é uma ciência interdisciplinar, isto é, uma ciência que assenta na reunião de campos especiais e de métodos diversificados num trabalho comum, mas capaz de coordenar corretamente os resultados parcelares especializados dentro de uma consideração unitária e nova do seu objeto global

- iii. Política criminal (conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com estas relacionadas)

O modelo da ciência conjunta tinha como objetivo dar a compreender que qualquer uma das três vertentes seria, em último termo, relevante para a tarefa da aplicação do direito penal e para a tarefa sociopolítica de controlo do fenómeno do crime.

Hoje, compete à política criminal definir, quer no plano do direito constituído, quer do direito constituindo, os limites da punibilidade. A dogmática jurídico-penal não pode evoluir sem atenção ao trabalho “prévio” de índole criminológica.

Política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são, do ponto de vista científico, três âmbitos autónomos, ligados, e vista do integral processo da realização do direito penal, numa unidade teleológico-funcional.

## 2) Função do Direito Penal

### 2.1. Conceito material de crime

Segundo o prof. Figueiredo Dias, quando tentamos definir, materialmente, crime, procuramos:

- Uma resposta à questão da legitimação material do direito penal, isto é, à questão de saber qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de espécie particular
- Resolver o problema da função e dos limites do direito penal, ao qual se encontra ligado a questão do conceito material de crime. O conceito material de crime é previamente dado ao legislador, e constitui-se padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal

Nesta medida, o professor sustenta que a conceção que relaciona o conceito material de crime com o seu conceito formal é inaceitável e inútil porque: (1) ao identificar-se a legitimação material com a mera observância do princípio da legalidade *lato sensu*, não se teria uma resposta sobre quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais; (2) as funções do conceito de crime e do próprio direito penal tornar-se-iam inalcançáveis e sem sentido.

Foi a partir do séc. XIX que se configurou a divergência teórica na análise estritamente jurídica do conceito material de crime, acerca do objeto da infração criminal.

As duas grandes alternativas que se perfilaram foram as definições dadas por Feuerbach e Birnbaum: para Feuerbach, o objeto da infração criminal é a violação de certos direitos subjetivos (estrutura liberal-contratualista que somente justifica a intervenção penal onde os direitos humanos básicos que o contrato social visa assegurar foram violados), enquanto para Birnbaum é a violação de determinados bens jurídicos (a referencia legitimadora é uma estrutura estatal, não liberal \_ comunidade e os seus valores).

Conceito material de crime:

- Perspetiva positivista-sociológica – o crime traduz-se num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social. Nesta linha de pensamento, temos:
  - Garofalo, que correspondia o crime à violação de sentimentos altruísticos fundamentais (piedade \_ sentimento geral violado pelos crimes contra as pessoas \_ e probidade \_ sentimento violado pelos crimes contra o património), construindo, deste modo, a noção de delito natural, que seria sensivelmente igual para todos os povos de idêntica raça e civilização, e que tem como

denominador comum a característica de possuir na sua base uma conduta socialmente danosa

- Durkheim, que sustentava que a única característica comum a todos os crimes residia no facto de estes constituírem atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade
- Von Liszt, que afirmava que o crime era a agressão tida, na perspetiva do legislador, como especialmente danosa para uma dada ordenação social, a interesses juridicamente protegidos pelo lado da perigosidade social revelada em tal agressão por uma personalidade responsável

Apesar de ter tentado, pela primeira vez, estabelecer de forma concertada e sistemática um conceito pré-legal de crime, esta perspetiva é criticável porque: (1) é imprecisa, visto que não é possível determinar com um mínimo de segurança em que consiste a ofensividade ou a danosidade social determinante da “essência” de crime; (2) é demasiado larga para se alcançar os limites da criminalização, já que, apesar de o crime se traduzir num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social, nem toda esta danosidade ou ofensividade social deve legitimamente constituir um crime.

- Perspetiva moral ético-social – vê na essência do crime a violação de deveres ético-sociais elementares ou fundamentais. Como exemplo desta perspetiva temos as lições de:

- Welzel, que via como tarefa primária do direito penal a proteção dos valores elementares de consciência, de carácter ético-social, e só por inclusão na proteção dos bens jurídicos particulares
- Jescheck, segundo o qual são os valores fundamentais da ordem social, consubstanciados em normas ético-sociais, que ao direito penal cabe tutelar.

Ainda que esta perspetiva corresponda a uma atitude enraizada no espírito da generalidade das pessoas para quem o direito penal constituiria a tradução das noções de pecado e de castigo, vigentes na ordem religiosa, ou de imoralidade e de censura da consciência, vigentes na ordem moral, esta não pode merecer, no plano da ordem jurídica estatal e da ordem jurídica-penal, aceitação, já que não é função, nem primária nem secundária, do direito penal tutelar a virtude ou a moral.

- Perspetiva teleológico-funcional e racional – reconhece que o conceito material de crime tem de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-social, e que este resulta da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, ou seja, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena.

Esta conceção teleológico-funcional e racional do bem jurídico exige que o conceito se deva traduzir, em primeira linha, um conteúdo material, não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação, ou de aplicação do direito; deve servir como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, surgindo assim como noção transcendente e transistemática ao sistema normativo jurídico-penal; e deve ser político-criminalmente orientado e nesta medida, intrassistemático relativamente ao sistema social e jurídico-constitucional.

Tendo em conta que a perspetiva teleológico-funcional é aquela que tem vindo a ser adotada pela maior parte da doutrina, importa desenvolver mais o tema do bem jurídico.

### 2.1.1. Teoria do bem jurídico

Segundo a teoria da sociedade, quer sob a forma da teoria crítica, quer sob a forma da teoria do sistema social:

- Amelung veio, com recurso à teoria da sociedade, basear o conceito material de crime e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico, na noção de dano social. Para este autor, a disfuncionalidade sistémica dos comportamentos que se deveria impedir pela utilização das sanções criminais é essencial para a determinação da ordem social dos bens jurídicos. Não longe desta via, temos autores como Hassemer que afirmam que toda a análise da questão tem de entrar em linha de conta com o sistema social de uma comunidade legitimado pela Lei Fundamental.
- Jakobs, por outro lado, reconhece que a noção de crime é determinada através da danosidade social, que é aferida em função do sistema respetivo.
- Augusto Silva Dias que, baseando-se na análise sociológica de Habermas, define bem jurídico como objeto de valor que exprime o reconhecimento intersubjetivo e cuja proteção a comunidade considera essencial para a realização individual do cidadão participante, sendo este o domínio dos *delicta in se* (fora da validade jurídico-penal estariam os *delicta mere prohibita*, que revelam uma razão de ser sistemática e contemplam lesões de meros interesses funcionais.

O prof. Figueiredo Dias critica o recurso à teoria da sociedade para definir os termos da validade/legitimação jurídico-penal:

- i. Esta teoria só pode servir o processo legitimador de todo o Direito, e não especificamente do direito penal ou mesmo só de uma parte do direito penal positivo (*delicta in se*)
- ii. A teoria da sociedade esquece que o “sistema” é simultaneamente “ambiente”, e constitui nesta medida uma dimensão do próprio modo-de-ser pessoa
- iii. Por esta via, retirar-se-ia à Constituição o papel diretor que materialmente lhe cabe da ordem legal dos bens jurídico-penais.

Ou seja, a crítica que se deve dirigir a estas conceções que apelam à teoria da sociedade prende-se com a insuficiência destas para os efeitos práticos da aplicação do direito, visto que é impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a sua indispensável concretização fazendo-se apelo direto ao sistema social como um todo.

Segundo o prof. Figueiredo Dias, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica, sendo por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal (ou com dignidade jurídico-penal). Isto porque um bem juridicamente político-criminalmente tutelável existe onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal.

Este relacionamento entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos dignos de tutela penal permite alcançar e fundamentar a distinção entre:

- Direito penal de justiça (ou primário) – corresponde ao direito que se encontra contido no Código Penal. Os crimes do direito penal de justiça relacionam-se, em último termo, direta ou indiretamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas., visto que se situa na zona da atividade tutela do Estado que vis proteger a esfera de atuação especificamente pessoal do homem.
- Direito penal administrativo (ou secundário) – encontra-se em legislação avulsa não integrada no Código Penal, e relacionasse essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização económica, já que se situa na

zona da atividade tutelar do Estado que visa proteger a esfera de atuação social do homem, como membro da comunidade

Concluindo, segundo o professor, o direito penal tem como finalidade tutelar bens jurídicos dignos de tutela penal. Isto leva a que:

- Puras violações morais não conformam como tais a lesão de um bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crimes
- Proposições, ou imposições de fins meramente ideológicas não conformam autênticos bens jurídicos
- Violação de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal não constituem objeto de criminalização

Assim, toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por ser materialmente inconstitucional, visto que a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais se revela juridico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista (art.18º/2 CRP).

Claus Roxin considera que a missão do direito penal consiste em assegurar aos cidadãos uma conveniência livre e pessoal, garantindo, deste modo, todos os direitos juridico-constitucionalmente estabelecidos. Assim, os bens jurídicos correspondem a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade. Este autor apresenta ainda nove diretrizes para a concretização do bem jurídico:

- i. As leis penais, fundadas em fins ideológicos ou contrárias a direitos fundamentais, não protegem quaisquer bens jurídicos;
- ii. Os comportamentos imorais ou reprováveis não fundamentam por si só a lesão de um bem jurídico
- iii. A ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico
- iv. A proteção de sentimentos apenas pode corresponder à proteção de um bem jurídico-penal quando pressuponha uma ameaça real
- v. A autolesão consciente e responsável, não põem em causa qualquer bem jurídico
- vi. O auxílio que seja prestado a pessoa no caso do parágrafo anterior não é uma lesão do bem jurídico de outrem
- vii. As normas penais predominantemente simbólicas não desempenham qualquer função de proteção de bens jurídicos
- viii. Os objetos de tutela abstratos que sejam de difícil apreensão não podem ser tidos como bens jurídicos
- ix. As crenças ou tabus não são bens jurídicos

Heinrich apresenta ainda um esquema de três degraus de proteção de bem jurídico, caso se esteja perante uma norma cuja não inconstitucionalidade seja duvidosa. Para que possamos concluir que a conduta incriminadora possa pôr em causa o livre desenvolvimento do indivíduo ou as condições necessárias a esse desenvolvimento, ter-se-á de responder a 3 questões: (1) o que deve ser protegido? (2) quem deve ser protegido?; (3) contra o quê deve ser protegido?.

Para além do critério da dignidade penal, a noção de bem jurídico tem de atender a outro critério que torne a criminalização legítima: o critério da carência de tutela penal. A violação de um bem jurídico não basta por si para desencadear a intervenção. O direito penal constitui a *última ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária.

Esta limitação da intervenção penal deriva do princípio juridico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo. O direito penal só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular, da política jurídica não-penal, se revelem

insuficientes ou inadequados, caso contrário, essa intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a forma de violação dos princípios da subsidiariedade e da proibição de excesso.

Princípio da não-intervenção moderada – o Estado e o seu aparelho formalizado de controlo do crime devem intervir o menos possível, e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento dessas condições essenciais de funcionamento da sociedade.

Posto isto, podemos retirar dos critérios de bem jurídico, duas implicações:

- a) Do âmbito deste conceito têm de ser retirados todos os comportamentos que não acarretem lesão, ou perigo de lesão, para bens jurídicos claramente definidos ou que, ainda quando a acarretem, possam razoavelmente ser contidos ou controlados por meios não penais de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica<sup>4</sup>
- b) Os processos novos de criminalização (neocriminalização) só devem ser aceites como legítimos onde novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes, revelem agora a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção se torna indispensável fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social.

### **2.1.2. Posição da prof. Maria Fernanda Palma quanto ao conceito material de crime**

Segundo a prof. Maria Fernanda Palma, o conceito material de crime observa quatro etapas conclusivas<sup>5</sup>:

- i. Bem jurídico surge como conceito exploratório de critérios limitadores das normas incriminadoras, que permitirá, em última análise, reconhecer algumas características de que depende a legitimidade das mesmas. Deste modo, o bem jurídico apelaria à necessidade de as normas penais terem um referente relacional, inter-individual ou individuo-comunidade (valor constitutivo da realidade social), e à necessidade de as normas penais terem como referente o binómio pessoa-sociedade, pessoa-Estado ou mesmo pessoa-mundo, como expressão de uma responsabilidade pelos outros ou compromisso para com uma comunidade que potencie desenvolvimento da subjetividade num plano de iguais oportunidades
- ii. Princípios<sup>6</sup>, que presidem à realização prática das normas do Direito Penal, à sua interpretação e à sua aplicação
  - i. Princípio da legalidade – proposição jurídica fundamental do sistema penal; segundo este princípio, os tribunais estão vinculados a não aplicar sanções penais sem lei anterior que as preveja (*nulla poena sine lege*) e a não aplicar as sanções penais prevista sem que se realizem determinados pressupostos, igualmente descritos na lei (*nullum crimen sine lege*) \_ art.29º/1 e 3 CRP e 1º CP. Ou seja, não se poderá aplicar uma sanção penal sem que se verifique um caso para o qual está previamente determinada na lei a aplicação dessa sanção,

---

<sup>4</sup> Esta implicação está na base do movimento de descriminalização prosseguido pela legislação penal portuguesa codificada

<sup>5</sup> O modelo argumentativo proposto não se baseia exclusivamente na proteção de bens jurídicos, entendidos como interesses substanciais concreto, associados a condições existenciais individuais e coletivas, mas apela a uma relação com o Estado democrático, a uma lógica de preservação da subjetividade e do reconhecimento dos interesses essenciais dos outros, o que ultrapassa, em certos casos, a utilização rígida do conceito de bem jurídico como necessidade ou interesse subjetivo histórica e culturalmente concretizado

<sup>6</sup> Legitimação ≠ Princípios: enquanto a legitimação tem de ser, pela própria natureza das coisas, constituída por razões que explicam a instituição histórica do sistema, a sua continuidade e a sua vigência o momento presente, os princípios são mera expressão de uma racionalidade inerente a um conjunto de normas ou objetivos gerais do sistema

se se verificarem todos os pressupostos previstos, sendo a *ratio* deste princípio a proteção da liberdade do indivíduo face ao poder do Estado.

As legitimações das normas incriminadoras consistem em que a função de controlo da aplicação da lei desempenhada pelo princípio da legalidade ultrapassa o conteúdo das proposições tradicionalmente utilizadas na formulação deste princípio, englobadas na proibição da retroatividade e da analogia. Tal função pressupõe que a aplicação da lei resulte de um processo lógico identificável, dirigido à descoberta do sentido da lei, e requer uma certa configuração descritiva, factual e precisa das normas incriminadoras

- ii. Princípio da culpa – princípio deduzido da essencial dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade (art.1ºe 27º CRP).

Atualmente, este princípio assume os seguintes significados:

- Fundamento da pena (a doutrina tem vindo a discutir este significado; quem se opõe a esta função do princípio da culpa utiliza um argumento de que não é racional atribuir à culpa como desvalor ético-social derivado da prática de certo comportamento, a função de legitimar a realização de fins do Estado, como a proteção de bens jurídicos ou a efetivação de prestações sociais, argumento este que resulta do facto deste princípio pressupor uma ideia de responsabilidade penal alheia aos fins do Estado de Direito democrático e social. A prof. Maria Fernanda Palma defende que um Direito Penal é legítimo porque os seus comandos e proibições, assim como o processo que conduz à sua aplicação, realizam ideias culturais de justiça que enformam as expectativas dominantes na sociedade, sendo aqui que o princípio da culpa encontra o seu lugar como fundamento do Direito Penal)
- Fator de determinação da medida da pena
- Princípio da responsabilidade subjetiva (contrapõe-se ao princípio *versari in re illicita*, segundo o qual seriam imputáveis a um agente todas as consequências do seu comportamento ilícito ainda que meramente objetivas; tem como pressuposto a crença na liberdade e no poder de ação)

Os comportamentos incriminados têm de ter uma configuração que os torne aptos a que no processo de atribuição de responsabilidade sejam cumpridas estas funções do princípio da culpa, para que haja legitimação das normas incriminadoras.

- iii. Princípio da necessidade da pena – traduz a ideia de que a utilização pelo Estado de meios penais de ser limitada, ou mesmo excepcional, só se justificando pela proteção de direitos fundamentais. O apelo a tal princípio justifica-se pela preensão de subordinar a intervenção penal do Estado à realização de fins necessários à subsistência e desenvolvimento da sociedade; este princípio assume quase sempre uma perspectiva social do Direito Penal, estando associado ao pensamento sobre os fins do Estado.

Na discussão sobre a legitimidade da incriminação, o apelo ao princípio da necessidade surge na discussão sobre a carência de proteção do bem jurídico (que será contrariada quando se tratar de um mero valor moral sem expressão num bem jurídico determinado, como, por exemplo, a vida), sobre a falta de alternativas à penalização da conduta (não se afirma quando os meios penais não forem absolutamente indispensáveis, existindo outros meios capazes de evitar determinados comportamentos), e sobre a eficácia concreta da incriminação (não se verifica quando o Direito Penal não evita a prática de certas condutas e chega a ter um papel crimínógenos)

- iv. Princípio da igualdade penal – consagrada no art.13º CRP, a igualdade está por detrás da ideia de proporcionalidade entre a gravidade o ilícito, e é também a igualdade que sustenta a medição da penal pela culpa.  
Este princípio tem relevância na delimitação negativa das incriminações e legitima em certos casos o conteúdo das normas, mas não prevalece sobre o princípio da necessidade da pena
- iii. Princípios do Direito Penal e argumento criminológico – ao modo de fundamentar a legitimidade das opções criminalizadoras a partir de uma análise mais vasta da realidade social do crime, poder-se-á chamar, com recurso à criminologia, de argumento criminológico. Este argumento, juntamente com a relação estabelecida entre a informação sobre o crime e os fundamentos de legitimidade o Direito Penal, permite densificar a fórmula do princípio da necessidade da pena e dar um passo para um novo recurso de argumentação a partir de análises científicas menos subjetivas da teoria da sociedade e das teorias criminológicas
- iv. Interpretação do art.40º CP (esta questão prende-se com o ponto seguinte, relacionado com o fim das penas)

## 2.2. Pena

Pressuposto das penas: facto típico e ilícito; culpa

Tipos de penas:

- Pena principal
  - Pena de prisão (art.40º e ss. CP)
  - Pena de multa (art.47º e ss. CP)
- Pena acessória (art.65º e ss. CP) – podem acompanhar a aplicação de uma pena principal e traduzem-se na privação de direitos civis, profissionais e políticos
- Penas substitutivas da pena de prisão
  - Substituem a aplicação da prisão: multa (art.45º CP); admoestação (art.60º CP); prestação de trabalho a favor da comunidade (art.58º CP)
  - Substituem a execução da prisão: regime de semidetenção; suspensão da execução da pena; regime da prova

### 2.2.1. Fim das penas

A questão do fim das penas tem uma grande incidência nas questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal.

Teorias dos fins (ideais) das penas:

- Teorias absolutas – segundo esta teoria, a essência da pena criminal reside, e esgota-se, na retribuição (ou compensação do mal do crime).

Esta teoria tem a sua formulação primitiva no princípio do talião, que nos diz o seguinte: “vida por vida, olho por olho, dente por dente”, princípio este ainda muito rudimentar, mas que tinha como objetivo principal a realização da Justiça no mundo, como mandamento de Deus, e que conduziria à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da justiça divina.

Mais tarde, na Idade Moderna e Contemporânea, este pensamento mostrou-se mais evoluído com Kant e Hegel.

- Kant – qualificava a pena como um imperativo categórico<sup>7</sup>, propondo que esta funcionasse segundo a lei do talião, mas perante a barra do tribunal. A

---

<sup>7</sup> Representa uma ação objetivamente necessária em si mesma, sem referência a qualquer outra finalidade

correspondência entre o crime praticado e a pena a infligir deve basear-se numa igualdade aritmética a realizar pelos poderes públicos; o critério da punição é o princípio da igualdade de não pender mais para um lado do que para o outro, ou seja, segundo este autor, o mal indesculpável que se inflige a um outro do povo, o que pratica tal facto indesculpável inflige-se a ele próprio (“se o injurias, injurias-te; se o furtas, furtas-te; se o matas; matas-te”), e tal direito de retaliação diante da barra do tribunal, e não em juízo privado, pode indicar com precisão a qualidade e quantidade da pena.

Sendo a pena um imperativo categórico, quando a justiça desaparece, não tem mis valor que os homens vivam na terra. Quando o Estado e a Sociedade devessem desaparecer, teria o ultimo assassino que se encontrasse na prisão de ser previamente enforcado, para que cada um sinta aquilo de que são dignos os seus atos e o sangue derramado não caia sobre o povo que não decidiu pela punição, porque ele poderia então ser considerado como participante nesta violação pública da justiça.

- Hegel – considerava o crime como a negação do direito, e conseqüentemente, a pena como negação da negação do direito, isto é, a pena como anulação do crime, que de outro modo continuaria a valer e, por isso, como restabelecimento do Direito (a Ordem Jurídica e a sua inviolabilidade é a tese; a negação dela através do crime, é a antítese; e a negação dessa negação, ou seja, a pena, será a síntese)

De que forma deve ser determinada a compensação/igualação a operar entre o “mal do crime” e o “mal da pena”? após o período da lei de talião, chegou-se à conclusão que a pretendida igualação teria de ser normativa. A compensação de que a retribuição se nutre só pode ser função da ilicitude do facto e da culpa do agente, visto que as exigências da Justiça implicam que cada pessoa seja tratada segundo a sua culpa.

CRÍTICAS:

- i. Não é uma verdadeira teoria dos fins das penas. Isto porque visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins, como entidade que existe na sua majestade dissociada de fins
- ii. É inadequada à legitimação, fundamentação e ao sentido da intervenção penal (a legitimação, fundamentação e sentido da intervenção penal resultam da necessidade de proporcionar as condições de existência comunitária, que incumbe ao Estado satisfazer, assegurando a cada pessoa o mínimo indispensável de direitos, liberdades e garantias para assegurar os direitos dos outros e, com eles, da comunidade; ora, o Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não pode basear-se em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de limitar-se a proteger bens jurídicos, o que significa que não pode servir-se de uma pena conscientemente dissociada de fins)
- iii. Doutrina puramente social-negativa que acaba por se revelar estranha e intimida de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime

Apesar destas críticas, a conceção retributiva teve o mérito irrecusável de ter tornado o princípio da culpa (não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa) em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa.

- Teorias relativas (reconhecem, assim como as teorias absolutas, que a pena se traduz num mal para quem a sofre. Diferem das teorias absolutas por considerarem que a pena

não pode bastar-se com essa característica; a pena justifica-se por usar esse mal para alcançar a finalidade principal de toda a política criminal: a prevenção criminal)<sup>8</sup>

- Doutrina da prevenção geral – trata a pena como instrumento político-criminal destinado a atuar, psiquicamente, sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução. O seu ponto de partida liga-se direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos, que exige da pena uma atuação preventiva sobre a generalidade dos membros da comunidade, quer no momento da sua ameaça abstrata, quer no momento da sua concreta aplicação, quer no momento da sua efetiva execução.

Esta doutrina pode se dividir em duas vertentes:

- i. Positiva (forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal)
- ii. Negativa (forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos puníveis)

A primeira formulação desta doutrina deve-se à doutrina da coação psicológica (Feuerbach), segundo a qual a finalidade principal da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contra motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime.

Quando considerada apenas na sua vertente negativa, a doutrina da prevenção geral aponta uma indiscutível fragilidade teórica e prática, porque não se torna possível determinar o *quantum* da pena necessário para alcançar o efeito de intimidação pretendido, e também porque, não alcançando a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas. Já quanto à doutrina da prevenção geral na sua vertente positiva, esta permite que se encontre uma pena que, em princípio, se revelará também uma pena justa e adequada à culpa do delinquente, e embora a medida concreta da pena a aplicar a um delinquente seja fruto de considerações de prevenção geral positiva, deve ter limites inultrapassáveis ditados pela culpa, que se inscrevem na vertente liberal do Estado de Direito e se erguem justamente em nome da inviolável dignidade pessoal.

Posto isto, poder-se-á concluir que a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado ao problema dos fins das penas, e um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos.

- Doutrina da prevenção especial (ou individual) – considera a pena um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes.

Podemos falar de prevenção especial:

---

<sup>8</sup> Os adeptos da teoria absoluta criticam as teorias relativas, dizendo que ao serem aplicadas as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que se pretende alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, servindo-se dela para a realização de finalidades heterónomas e, nesta medida, violando por absoluto a dignidade pessoal

No entanto, esta crítica é destituída de fundamento, visto que, caso tal crítica fosse aceitável, ter-se-ia de concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidades, socialmente úteis

1. Negativa – a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes; ou então, visaria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação do delinquente, assim procurando atingir-se a neutralização da sua perigosidade social
2. Positiva – deve-se criar as condições necessárias para que o delinquente possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes, ou seja, a pena visaria a reinserção social do delinquente.

Esta doutrina não pode ser tida como fim exclusivo da pena porque: (1) conduz a consequências difíceis de aceitar, tanto no plano ético como ao nível jurídico-constitucional, quando não seja moderada por outros critério; (2) a investigação empírica não permite apoiar em dados absolutamente seguros a prognose sobre a delinquência futura; (3) tende a menosprezar o princípio da necessidade da pena, prevista no art.18º/2 CRP

- Teorias mistas (ou unificadoras)
  - Teorias em que reentra ainda a ideia da retribuição – está presente a conceção da pena, segundo a sua essência, como retribuição da culpa e, subsidiariamente, como instrumento de intimidação da generalidade e, na medida possível, de ressocialização do agente.  
Esta conceção pode ligar-se, de certo modo, à teoria diacrónica dos fins da pena, segundo a qual, no momento da sua ameaça abstrata pena seria instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação, surgiria na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.  
Esta teoria não é aceitável porque (1) a retribuição ou compensação da culpa não é nem pode constituir uma finalidade da pena, e (2) quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas fica definitivamente sem se saber qual o ponto de partida para se encontrar o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal. A pena é uma instituição unitária em qualquer um dos momentos temporais da sua existência e como tal, deve ser perspectivada, mesmo no que respeita ao problema das suas finalidades
  - Teorias da prevenção integral – estas teorias partem do ponto de que a combinação ou unificação as finalidades da pena só podem ocorrer a nível da prevenção (geral e especial), com exclusão de qualquer ressonância retributiva ou compensatória  
Estas teorias são de afastar porque, ao excluírem a legitimidade da conceção retributiva para entrar na composição das finalidades da pena, elas concluem pela recusa do pensamento da culpa e do seu princípio como limite do problema.

Finalidades, limites, e escolha da pena e da medida da pena (art.40º, 70º e 71º CP):

- Figueiredo Dias - defende que a pena só pode ter natureza preventiva, seja ela geral ou especial, e não natureza retributiva, visto que o direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais, e a permitir a realização mais livre possível da

personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade, o que só pode ser atingido com uma prevenção à prática de futuros crimes.

Como é que o professor determina, então, os limites da pena?

1. Construção de uma moldura de prevenção, fornecida pela prevenção geral positiva, finalidade primeira da pena, e que dá conteúdo ao princípio da necessidade da pena (art.18º/2 CRP).
  - a. Dentro da moldura da prevenção geral positiva, a prevenção geral negativa (ou de intimidação) é um efeito a considerar, e não uma finalidade autónoma da pena. A prevenção geral negativa pode surgir como um efeito lateral da necessidade de tutela dos bens jurídicos
2. Dentro da moldura (ou dos limites consentidos pela prevenção geral positiva), atuam, em toda a medida possível, pontos de vista de prevenção especial, sendo assim eles que vão determinar, em última instância, a medida da pena. Ou seja, a medida da necessidade de socialização do agente é, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial, constituindo hoje o vetor mais importante daquele pensamento, só entrando em jogo se o agente se revelar carente de socialização (caso tal carência não se verifique, tudo se resumirá em, em termos de prevenção especial, em conferir à pena uma função de suficiente advertência, o que permitirá que a medida da pena desça até perto do limite mínimo da moldura da prevenção, ou mesmo que com ele coincida)

Qual o papel da culpa na perspetiva deste professor? A culpa constitui o pressuposto necessário e o limite inultrapassável da pena. Isto significa que a culpa tem como função estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito Democrático.

- Maria Fernanda Palma – segundo a professora, a pena surge como modo de substituição da necessidade de vingança psicológica gerada pelo crime, necessidade esta racionalizada pelo princípio da culpa (derivado da dignidade da pessoa humana – art.1º CRP – e da liberdade – art.27º CRP), e pelo princípio da necessidade da pena (art.18º/2 CRP), o que se mostra incompatível com uma visa retributiva dos fins das penas.

A prof. Maria Fernanda Palma constrói o seu modelo de finalidade da pena do seguinte modo:

1. Construção de uma moldura oferecida pela culpa, enquanto manifestação do direito penal do facto, como critério de responsabilidade subjetiva e materialização do poder de motivação pela norma em termos de liberdade e igualdade
2. Dentro da moldura, a prevenção apresenta-se como princípio restritivo, e funciona no quadro dos limites máximo e mínimo da culpabilidade que o comportamento justifica

### 2.3. Medidas de segurança

Finalidade das medidas de segurança: visam a finalidade genérica de prevenção do perigo de cometimento, no futuro, de factos ilícitos-típicos pelo agente. Ou seja, as medidas de segurança visam obstar, no interesse da segurança da vida comunitária, a prática de factos ilícitos-típicos futuros através de uma atuação especial-preventiva sobre o agente perigoso.

Da finalidade da pena, podemos concluir que para que se possa aplicar uma medida de segurança a um agente, é necessário que haja:

- i. Prática de um facto ilícito-típico
- ii. Perigosidade do agente (art.40º/3 CP) – associada à perigosidade, temos a finalidade de prevenção geral positiva

Medidas de segurança: art.91º e ss. CP

Como proceder nos casos em que se pode aplicar tanto uma pena como uma medida de segurança ao agente?

À luz do monismo, a solução é que se aplica penas para os imputáveis, e medidas de segurança para os inimputáveis; à luz do dualismo, poderíamos aplicar penas e medidas de segurança aos imputáveis (casos de imputabilidade diminuída) – art.99º CP

Normalmente os autores posicionam-se ou de um lado ou de outro:

- Prof. Paulo Pinto de Albuquerque admite que estamos perante um sistema dualista, atentando no art.99º CP;
- Prof. Figueiredo Dias entende que o nosso sistema é tendencialmente monista, mas integra o sistema do vicariato da execução (ou seja, regra geral, as penas são para os imputáveis e as medidas de segurança para os inimputáveis; no entanto, o prof. reconhece que excepcionalmente a um imputável podem ser aplicadas medidas de segurança, sendo o seu tempo descontado no tempo da pena que lhe tenha sido aplicado, tal como resulta no art.99 CP);
- Prof. Silva Dias (inspirado pelo regime da pena relativamente indeterminada e pelo pensamento do prof. Eduardo Correia defende o dualismo em sentido próprio (isto é, as medidas de segurança tanto podem ser aplicadas aos imputáveis como aos inimputáveis) e em sentido impróprio (o que significa que de certa forma a aplicação deste regime exige culpa, mas assenta numa lógica de perigosidade, portanto, quando se admite o aumento da pena em relação a medida de perigosidade, não estamos perante uma aplicação da pena).

### 3) Lei penal e a sua intervenção

#### 3.1. Fontes do Direito Penal português

##### 3.1.1. Lei

Art.29º CRP e 1º a 3º CP – daqui resulta o princípio segundo o qual só a lei pode ser fonte de Direito Penal, estabelecendo-se uma reserva relativa de competência da Assembleia da República (art.165º/1, al.c) CRP), o que significa que só a AR ou o Governo, desde que tenha autorização legislativa daquele, sob pena de inconstitucionalidade orgânica dos DL que aprovar, têm competência em matéria penal.

Princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) – visa evitar a possibilidade de arbítrio ou de excesso. Segundo este princípio, não pode haver crime nem sanção criminal que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa.

Este princípio tem como teleologia e razão de ser a proteção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face a possibilidade de arbítrio e de excesso do poder estatal.

Fundamentos:

- Externos (ligados à conceção fundamental do Estado): avultam aqui o princípio liberal (toda a atividade intervencionista do Estado na esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas tem de se ligar à existência de uma lei geral, abstrata e anterior \_ art.18º/2 e 3 CRP), o princípio democrático e o princípio da separação de poderes (só têm legitimidade, para intervenção penal, o Parlamento e o Governo, mediante autorização legislativa \_ art.165º/1, al.c) CRP)
- Internos (natureza especificamente jurídico-penal): aponta-se, aqui, a ideia da prevenção geral e do princípio da culpa, visto que não se pode esperar que a norma cumpra a sua função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos se

estes não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis. Também a prevenção especial confirma a exigência do princípio da legalidade; o comportamento que indicia perigosidade não é apenas sintoma ou índice da carência de socialização e ensejo para que esta intervenha, mas tem de ser co-fundamento e limite da intervenção criminal.

Âmbito de aplicação: o princípio da legalidade não cobre, segundo a sua função e sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduza em fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente, sob pena de o princípio passar a funcionar contra a sua teleologia e a sua própria razão de ser. Ou seja, o princípio abrange toda a matéria relativa ao tipo de ilícito ou ao tipo de culpa, mas já não a que respeita às causas de justificação ou às causas de exclusão de culpa.

A articulação entre o *nullum crimen* e a *nulla poena sine lege*, através da máxima *nulla poena sine crimen*, é explicada pelo princípio democrático, e justifica-se para evitar que os órgãos de aplicação do Direito estabeleçam em concreto uma certa conexão entre crime e pena que não tenha sido definida pelos órgãos legislativos (princípio da conexão)

Corolários do princípio da legalidade:

- Só a lei pode, em princípio, ser fonte de Direito Penal, prevendo-se uma reserva relativa de competência da Assembleia República (art.165º/1, al.c) CRP, exceto art.29º/2 CRP) – *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*
- O conteúdo das normas penais terá de revelar um elevado grau de determinação, na descrição das condutas incriminadoras e das suas consequências (art.29º/1 e 3 CRP) – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*
- O interprete da lei penal está condicionado, e é-lhe vedada a analogia e, eventualmente, a própria interpretação extensiva (art.29º/1 e 3 CRP; 1º/3 CP) – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*
- Proibição da retroatividade das normas penais (art.29º/1 e 3 CRP e 1º/1 CP) e princípio da retroatividade das leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido (art.29º/4 CRP e 1º/2 e 4 CP) – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

### **3.1.1.1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***

As circunstâncias que agravam a responsabilidade (normas penais positivas) ou as circunstâncias eximentes ou atenuantes (normas penais negativas) estão incluídas no art.165º/1, al.c) CRP?

- i. Sendo que as circunstâncias agravantes definem o concreto facto criminoso, estas são abrangidas pela previsão do art.165º/1, al.c) CRP.

No que se refere às agravantes, tendo em conta que o art.71º CP não consagra a tipicidade das circunstâncias, atenuantes ou agravantes, a ponderar na determinação da pena concreta, a atipicidade parece ser incompatível com a reserva de lei, por postular a criação jurisprudencial de novas circunstâncias. Todavia, o carácter exemplificativo do art.71º CP não obsta a que uma previsão abstrata de circunstâncias agravantes esteja submetida à reserva de lei, ou seja, a previsão de um novo critério de agravação, correspondendo à atribuição a um facto de um valor de ilicitude ou de culpabilidade não previstos, à revelia de reserva de lei, restringiria o peso das circunstâncias atenuantes a considerar pelo julgador, modificando sempre o art.71º CP

- ii. À partida, as circunstâncias eximentes ou atenuantes da responsabilidade criminal não estão submetidas à reserva de lei, por não afetarem as expectativas de segurança e a liberdade individual dos destinatários das normas penais. No entanto, tais circunstâncias podem alterar a delimitação dos direitos dos cidadãos entre si, isto é, a liberdade criada pela permissão de certas condutas diminuirá a liberdade de todos os que se pretenderem opor às mesmas, porque a agressão passará a ser lícita,

desaparecendo o pressuposto da legítima defesa \_ agressão ilícita e atual, art.32º CP (ex.: é aprovada uma lei que exclui a ilicitude do facto nos casos em que o homicídio negligente seja praticado no exercício da condução de veículos; imagine-se que A, aquando da condução do seu automóvel ligeiro de passageiros, dentro de uma localidade, muda de via de trânsito, sem certezas de que nessa via os restantes veículos circulavam no mesmo sentido em que este circulava, entrando, negligentemente, em contramão, e em consequência de um acidente rodoviário, mata B, que circulava na via de trânsito correta. Neste caso, os familiares de B nunca poderiam opor à conduta de A, porque tal facto não era ilícito).

Nos casos em que a permissão prevista decorre de uma ideia geral, de um princípio geral da Ordem Jurídica, a reserva de lei é dispensável, pois o legislador ordinário nada mais fará do que corporizar direitos latentes no ordenamento jurídico

- iii. As circunstâncias atenuantes da responsabilidade, apesar de requererem um controle democrático em função do conteúdo essencial da culpa, dispensam de reserva de lei, porque tais circunstâncias não são suscetíveis de promover uma restrição indireta dos direitos das vítimas de crimes

O Tribunal Constitucional, no ac.173/85, de 9 de outubro, ao interpretar o art.165º/1, al.c) CRP no sentido de abranger tanto a função de criminalização (ou de maior criminalização), como a de descriminalização (ou de menor criminalização).

MARIA FERNANDA PALMA: onde a analogia não é proibida não deverá valer a reserva de lei

### **3.1.1.2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa***

No plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos.

A lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei certa e determinada.

Princípio da determinação das normas penais incriminadoras:

- Todos os pressupostos da incriminação e da responsabilidade penal têm de estar descritos na lei
- As normas penais têm de ser descrições de figuras ou tipos, isto é, determinações do conteúdo de certas imagens sociais relativamente concretas de comportamentos humanos, que prefigurem com exatidão o âmbito do proibido e a respetiva consequência (sanção)
- Implica o máximo preenchimento possível das figuras através de verdadeiros conceitos de espécie
- Justifica o desmembramento do ilícito criminal através das várias figuras de infrações criminais \_ tipos legais de crime. Por força da tipicidade (exigência de adequação do facto a um tipo legal de crime), nenhum comportamento humano pode ser considerado criminoso se não corresponder a um tipo legal de crime, descrito com precisão por um preceito legal

A violação dos princípios da determinação e da tipicidade opera quando a possibilidade de compreensão e controlo do desvalor expresso no tipo legal de crime deixa de existir, e não quando o legislador utiliza conceitos menos precisos ou quando o intérprete excede um sentido puramente lógico-formal das palavras.

### 3.1.1.2.1. Normas penais em branco

Norma em branco – a norma incriminadora que remete parte da sua concretização para outra fonte normativa, que assim a integra. Ou seja, a norma em branco contém, desta forma, uma norma incompleta, cuja inteireza normativa só é dada à interpretação, e ao conhecimento pelos destinatários, por via da conjunção da norma em branco e da disposição complementar à qual aquela, por reenvio, cometa a função especificadora (lei penal em branco em sentido amplo) Quando remete parte da sua concretização para uma fonte normativa hierarquicamente inferior, ou para regras técnicas de uma determinada profissão, estamos perante uma norma penal em branco *stricto sensu*<sup>9</sup>.

Em que medida é que uma norma penal que não define todo o seu conteúdo remetendo para uma outra viola o princípio da reserva de lei?

Quanto às normas penais em branco, sucedem duas situações:

1. Situações em que o núcleo do comportamento proibido pela norma depende totalmente da norma para qual se remete, não sendo previsível para os destinatários sem essa norma o que deles se espera
2. Situações em que a remissão é puramente para um critério técnico, não estando o objeto da norma remissiva, o interesse fundamentalmente protegido, dependente do conteúdo concreto deste critério.

A distinção entre normas que violam a reserva de lei e as que com ela são compatíveis depende de saber se a função da norma penal é estabelecer direta e materialmente a fronteira entre o proibido e o permitido, ou apenas sinalizar que um certo efeito material dependente da obediência à regulação legal devido à natureza ou grau de risco da atividade é o conteúdo fundamental da proibição (Maria Fernanda Palma)

As normas penais em branco põem em causa dois corolários do princípio da legalidade:

- *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

O problema aqui suscitado é o facto de, por força do princípio da legalidade, se impor sempre a intervenção vinculante dos órgãos constitucionais competentes para criar normas penais. As normas penais em branco pode levantar o problema, em virtude de os critérios da incriminação serem vistos à luz do ordenamento penal e do ordenamento extrapenal, onde tal competência reservada da AR raramente se verifica.

Segundo o prof. Figueiredo Dias, a exigência de lei formal não precisa, necessariamente, de radicar no ato de fundamentação constitutiva da punibilidade, bastando apenas que este seja válido por ter tido lugar em virtude de uma autorização legal.

Contrariamente, a prof. Maria Fernanda Palma considera que as normas penais em branco constituem obstáculo precisamente na reserva de lei estabelecida na CRP, que impede as normas penais em branco quer na sua vertente de reserva de controlo democrático, obrigando a que a lei incriminadora provenha da AR ou do Governo com autorização, quer na sua vertente de reserva de segurança, porquanto as normas penais deverão configurar o ilícito como lesão de bens jurídicos, então como desobediência.

- *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

---

<sup>9</sup> Há autores que, numa perspetiva restritiva, consideram só caber com propriedade a qualificação de norma penal em branco àquela que remete para uma disposição de nível inferior, e não aquela que remete para um preceito contido na lei penal ou em lei distinta da penal (Jorge Miranda e Miguel Nuno Pedrosa Machado; posição adotada pelo Tribunal da Relação de Évora no acórdão de 17 de abril de 2001); outros reservam aquela qualificação apenas para a norma penal que remete para ordenamento diferente do penal, de nível igual ou inferior, achando-se aí a norma ou parte da norma de comportamento (Oliveira Ascensão)

As normas penais em branco, algumas vezes, não asseguram as necessárias clareza, previsão e determinabilidade, principalmente por via da cisão entre a norma de ameaça e a norma de comportamento, mas também, por vezes, por via do uso de previsões genéricas e vagas neste tipo de normas, o que acaba por não orientar suficientemente os destinatários das normas quanto às condutas que são efetivamente proibidas.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional no acórdão nº427/95, sustenta que a remissão, em matéria penal, é admissível quando feita para instância normativa que não estabeleça nenhum critério autónomo de ilicitude, apenas concretizando o critério legal através da aplicação de conhecimentos técnicos, ou seja, quando a norma incriminadora remissiva não deixe a descoberto nenhum elemento essencial para a compreensão da conduta proibida e/ou para o controlo democrático da incriminação – critério da inovação. Também no acórdão nº534/98, de 7 de agosto, o Tribunal Constitucional seguiu a mesma linha.

Isto significa que o Tribunal Constitucional reitera o entendimento de que não é admissível, em face do princípio da legalidade, a remissão para outra instância normativa de grau inferior ou nível inferior da definição de elementos relevantes para o desenho do conteúdo típico da incriminação.

### 3.1.1.3. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

Analogia *legis* – aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto na regulado pela lei através de um argumento de semelhança substancial com os casos regulados

Art.29º/1 CRP e 1º/1 e 3 CP – a analogia no direito penal vale apenas para a analogia *in malam partem*, mas não para a analogia *in bonam partem*, isto é, o argumento da analogia é proibido sempre que ele funcione contra o agente e vise servir a fundamentação ou a agravação da sua responsabilidade.

Esta proibição justifica-se pelo facto de que se os tribunais pudessem utilizar a analogia, formulariam normas incriminadoras que deixariam de ser objeto de controlo democrático

Todos os conceitos utilizados na lei são suscetíveis e carentes de interpretação. Isto leva à questão de saber o que pertence à interpretação permitida e o que pertence à analogia proibida em direito penal pelo princípio da legalidade:

- Figueiredo Dias – o facto de o legislador estar obrigado a exprimir-se através de palavras leva a que o texto penal se torne carente de interpretação, o que significa que este ofereça as palavras que o compõem, segundo o seu sentido comum e literal, e um quadro de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação; fora deste quadro, o aplicador encontra-se inserido no domínio da analogia proibida (posição teleológica e funcionalmente imposta pelo conteúdo de sentido próprio do princípio da legalidade). Todavia, se o caso couber em um dos sentidos possíveis das palavras da lei, não há nada, a partir daí, a acrescentar ou a retirar aos critérios gerais da interpretação jurídica. Ou seja, segundo este professor, o critério de distinção teleológica e funcionalmente imposto pelo fundamento e pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade decisivo<sup>10</sup> é:
  - a) Que a interpretação seja em definitivo determinada à luz do fim almejado pela norma
  - b) Que a interpretação seja funcionalmente adequada à função que o conceito e a regulamentação assumem no sistema

---

<sup>10</sup> O professor Augusto Silva Dias, apesar de criticar este critério, acaba por concluir pela possibilidade de distinção entre interpretação e analogia tanto por razões político-jurídicas relacionadas com o Estado de Direito, quanto por razões metodológicas, chegando à mesma solução prático-normativas análogas às que defende Figueiredo Dias

- Castanheira Neves – não é logicamente possível, nem metodologicamente legítimo, distinguir entre interpretação e analogia, visto que a proibição da analogia constitui um “erro legislativo”, e a analogia já não tem que ver com a lei, mas com a realização do direito. Propõe quatro condições de validade como critério distintivo entre a interpretação proibida e a permitida em Direito Penal:
  - a) Condição legal (necessidade de o concreto juízo incriminatório ter fundamento efetivo numa norma penal positiva, isto é, ser *secundum legem*)
  - b) Determinação dogmática dos fins (necessidade de os tipos legais serem construídos pelo legislador de tal modo que seja possível apreender o “núcleo axiológico-normativo fundamentador”, com apreciável relevo para o bem jurídico tutelado, não bastando uma conceitualização lógico-formal e genérico-abstrata)
  - c) Adequação sistémica<sup>11</sup> (exclui a incoerência sistemática, de modo que a interpretação adotada para o caso possa ser generalizada relativamente a outros casos sem prejuízo para a coerência do sistema)
  - d) Garantia de cumprimento do *nullum crimen* (garantia jurisprudencial da unidade do Direito que compete ao STJ<sup>12</sup>)

Isto significa que a interpretação permitida será não só aquela que cabe no sentido logicamente possível das palavras da lei, mas também a que revele os valores jurídicos que a lei pretende atingir e seja compatível com outros valores do sistema e com a unidade do Direito definida pelas instâncias que a devem assegurar

- Maria Fernanda Palma: o texto jurídico, cujo significado seja determinável pela linguagem comum, torna-se, nessa perspetiva, a condição essencialmente pré-determinante da interpretação permitida em Direito Penal, a que se adicionam outras condições que contribuem para a fixação do sentido jurídico definitivo do texto, para a delimitação da intenção normativa que ele objetivamente revela, mas não são elas que constituem o texto ou o produzem. Caso o sentido normativo em que a norma revele a expressão concretizada do sistema seja contrário às normas ou princípios constitucionais, estar-se-á perante uma interpretação proibida com fundamento na CRP, e não perante a proibição da analogia do art.1º CP
- Tribunal Constitucional (ac. 205/99): a fronteira entre interpretação proibida e permitida passaria por saber se o resultado da interpretação se equipararia a uma opção normativa entre outras concebíveis, em face do sistema legal. O critério da diferenciação depende da possibilidade de uma ponderação constitutiva de soluções jurídicas pelo intérprete, com implicação na configuração das consequências do crime, que compete ao legislador tomar e não ao intérprete: se, pragmaticamente, a interpretação adquire uma função tipicamente legislativa, estaremos no terreno da analogia, de uma norma indevidamente criada pelo juiz; caso contrário, ainda permanecemos no âmbito da interpretação.

Interpretação extensiva ≠ Analogia. Segundo a doutrina tradicional:

- Interpretação extensiva – possibilidade de referir um certo caso não expressamente considerado pela letra da lei ao seu pensamento (ex.: a palavra “veneno” não abrange só as substâncias designadas como tal, mas também aquelas que produzam os efeitos tóxicos próprios do veneno; a letra da lei, neste caso, abrange menos do que o

---

<sup>11</sup> MFP: não é um conhecimento dos valores estáticos do sistema, mas depende de redefinições atualistas, que só estão ao alcance das instâncias de discussão pública e parlamentar

<sup>12</sup> MFP: tarefas realizáveis através de um juízo de constitucionalidade e conseqüentemente própria do controlo de constitucionalidade efetuado, em última instância, pelo Tribunal Constitucional; a mera inconstitucionalidade da interpretação de determinada norma não é confundível com uma interpretação contrária à Unidade Material do Direito

pensamento do legislador possibilita, pois este pretende agravar a responsabilidade criminal com fundamento na indefensabilidade da vítima devido à ministrarção de substância especialmente perigosa para a vida humana)

- Analogia – enquadrar na norma um caso real meramente semelhante aos casos considerados pela lei, mas que não foi por ela pensado

Esta distinção assenta numa perspectiva da interpretação jurídica como subsunção, segundo a qual seriam separáveis os momentos de pura investigação do sentido e âmbito da lei e da sua aplicação a casos concretos. Este modelo pressupõe que:

- i. A interpretação jurídica nunca é constitutiva ou criativa e que a própria analogia é subtraída ao pensamento inspirador do caso legal
- ii. A interpretação vise apenas esclarecer a coincidência com aquele sentido dos elementos não literais, visto que este modelo se baseia na existência prévia ou pré-determinante de um sentido literal que se impõe à interpretação

Maria Fernanda Palma:

- A distinção entre interpretação extensiva e analogia não permite traçar as fronteiras da interpretação que não ofende a segurança jurídica; a própria interpretação extensiva, embora atribuível num plano lógico e objetivo ao pensamento do legislador, pode não corresponder a um entendimento juridicamente aceitável e previsível das palavras.
- Não é de excluir que se ultrapasse o pensamento do legislador, na sua formulação histórica, interpretando-se a norma de acordo com o significado plausível e juridicamente válido das palavras
- A categoria da interpretação extensiva não tem, em si mesma, força suficiente para resolver o problema da fronteira da interpretação permitida, devendo procurar-se um critério fundamentado na racionalidade da proibição de analogia e desligado dessas categorias tradicionais (elementos de interpretação)

A interpretação extensiva é igualmente proibida no Direito Penal?

- Maria Fernanda Palma: a interpretação extensiva não é necessariamente proibida ou permitida em Direito Penal, visto que:
  - A norma que proíbe a analogia no Direito Penal (art.1º/3 CP) circunscreve excecionalmente a atividade interpretativa, isto é, a analogia só é proibida, em geral, quanto às normas excecionais que podem ser objeto de interpretação extensiva, nos termos do art.11º CCiv. Uma limitação da atividade interpretativa mais ampla do que a do art.11º CCiv só se justificaria na medida requerida pela legalidade e pela reserva de lei; a interpretação extensiva tal como é definida tradicionalmente não contende, necessariamente com estes princípios constitucionais do Direito Penal, apenas porque é difícil praticamente delimitá-los da analogia à luz dos critérios tradicionais da interpretação
  - Se pode entender que a interpretação extensiva se refere a um pensamento exposto, embora imperfeitamente, o que significa que não se deve deduzir a proibição de interpretação extensiva do art.29º/3 CRP (preceito constitucional que exige a expressa cominação legal das penas e medidas de segurança)

Ou seja, para a professora, tudo depende da enunciação de outros critérios, que derivam diretamente da ideia de segurança jurídica inerente ao princípio da legalidade e reconduzíveis, em última instância, ao princípio do Estado de Direito Democrático.

- Sousa e Brito: a interpretação extensiva é inconstitucional, porque sustenta que entre o sentido possível das palavras e o mínimo de correspondência verbal há ainda um espaço a ser percorrido, incompatível com o fundamento de segurança jurídica do princípio da legalidade

Redução teleológica – exclui do âmbito da lei casos que a sua letra abrangeria, por tais casos não deverem ser abrangidos pelos fins essenciais que a lei prossegue, embora ainda pudessem ser referidos ao pensamento do legislador. Será incriminadora quando essa exclusão de casos se referir a normas que delimitam negativamente a tipicidade.

#### Qual o âmbito de aplicação da proibição da analogia?

Tendo em conta que a proibição de analogia vale relativamente a todos os elementos, qualquer que seja a natureza, que sirvam para fundamentar a responsabilidade ou para agravar, esta abrange:

- i. Elementos constitutivos dos tipos legais de crime descritos na Parte Especial do Código Penal ou em legislação penal extravagante
- ii. Normas penais em branco, tanto quanto à parte sancionatória como para à parte em que esta remete para a regulamentação externa
- iii. Medidas de segurança
- iv. Normas da parte geral do CP que constituem alargamentos da punibilidade de comportamentos previstos como crimes na parte especial, tais como
  - a. Tentativa (art.22º CP)
  - b. Participação (art.26º e ss. CP)
- v. Causas de exclusão (ou atenuação) e de justificação da culpa e da punibilidade, sempre que o resultado seja o da diminuição do seu campo de incidência
- vi. Normas permissivas quando não estamos perante analogia *juris* (porque a norma permissiva, ao particularizar uma intenção normativa mais vasta, concretiza critérios ou condições de permissividade não abrangentes de outras condutas que merece ser permitidas segundo o mesmo princípio geral), e quando mesmo estando perante analogia *juris*, a norma permissiva é de direito excecional e não de direito geral

#### **3.1.1.4. Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia**

Normas de direito inter-temporal: normas que resolvem o problema da aplicação da lei no tempo.

Através do direito inter-temporal, que se reduz ao princípio da proibição da retroatividade *in malam partem*; através dele se satisfaz a exigência constitucional e legal de que só seja punido o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da prática do facto.

Pressuposto de atuação do princípio da irretroatividade -> *Tempus delicti* (momento da prática do facto)

#### Como se determina o *tempus delicti*?

O tipo legal decompõe-se em dois elementos: conduta e resultado. Estes podem ocorrer em momentos muito distantes entre si, sendo possível que, no tempo intermédio, entre em vigor uma lei que criminalize o facto (sucessão de leis no tempo em sentido amplo) ou agrave ou atenua a responsabilidade penal do agente do facto praticado (sucessão de leis no tempo em sentido estrito/próprio)

Art.3º CP – estabelece o critério unilateral da conduta, segundo o qual decisivo para determinar o *tempus delicti* é o momento de referência da conduta, sendo, por isso, irrelevante o momento em que se verifique o resultado

O critério unilateral da conduta justifica-se por razões:

- Razões essenciais (ou absolutamente decisivas)
  - Necessidade de garantia jurídico-política da pessoa humana frente à possível arbitrariedade legislativa ou judicial no exercício do poder punitivo, visto que caso fosse decisivo o momento do resultado, o legislador, uma vez praticada a

- conduta e antes que ocorresse o resultado, poderia fazer entrar em vigor uma lei penal persecutória
- Princípios político-criminais da culpa (porque a culpabilidade é fundamento e limite da pena, e o juízo da culpa é um juízo de censura ética pela prática da conduta e não pela ocorrência do resultado) e da prevenção geral
- Razões suplementares
  - Teoria da norma jurídico-penal – desempenhando a norma penal uma função de orientação das condutas, pressupondo e contendo implícita uma valoração de determinados bens jurídicos, a norma determina os seus destinatários a não praticarem (norma de proibição) ou a praticarem (norma de imposição) determinadas condutas. Ou seja, a violação da norma concretiza-se na conduta e não no resultado
  - Natureza penal do ilícito penal (pretende-se acentuar uma ideia próxima da extraída norma penal com a norma de determinação, isto é, a essencialidade da infração penal radica no desvalor da ação e no desvalor do resultado; não há ilícito penal sem desvalor do resultado)
  - Finalidade preventivo-geral da pena (este fi preventivo-geral de intimidação da pena leva-nos a considerar como critério do *tempus delicti* o momento da conduta; a ameaça penal contida na norma jurídico-criminal pretende coagir o agente a omitir ou praticar determinadas condutas, o que significa que se a ameaça o destinatário da norma por aquilo que dele depende, a conduta, e não por aquilo que dele não depende necessariamente, o resultado)

Num caso de sucessão de leis no tempo, qual a lei aplicável nos casos de crime duradouros; nos crimes de omissão; e nos casos de crime de participação e de *actio libera in causa*?

➤ Crimes duradouros

Consideram-se crimes duradouros aqueles em que a conduta se prolonga no tempo (ex.: sequestro). No caso de, no decurso da execução do facto, entra em vigor uma lei nova (*lex severior*), esta pode:

- a) Despenalizar ou atenuar a responsabilidade penal (*lex mitior*), ou seja, a LN é favorável: há lugar à aplicação retroativa da LN, por ser mais favorável ao agente
- b) Agravar a pena: neste caso, há várias propostas de solução<sup>13</sup>:
  - Américo Taipa de Carvalho, Figueiredo Dias e Maria Fernanda Palma: deve aplicar-se a LA, a não ser que a totalidade dos pressupostos da LN se tenham verificado na vigência desta
  - Augusto Silva Dias e Teresa Quintela de Brito: aplica-se sempre a LA, visto que é a lei do momento da ação)

➤ Crimes de omissão

Quanto aos crimes de omissão, o dever de ação pressupõe a capacidade da ação, o que significa que o momento decisivo é o último momento em que o omitente ainda tinha podido praticar a ação imposta (crime de mera omissão) ou a ação adequada a impedir o resultado (crime de comissão por omissão). Ou seja, o *tempus delicti* é o tempo durante o qual a ação imposta se apresenta ainda como adequada a impedir o resultado.

Isto significa que a LN (mais grave) só se aplica quando entrar em vigor antes de esgotada a última possibilidade de intervenção jurídico-penalmente adequada

➤ Crime de participação

O momento decisivo para determinar o *tempus delicti* é aquele em que cada uma das condutas consideradas de *per se*.

---

<sup>13</sup> o prof. Américo Taipa de Carvalho sustenta que, sob pena de inconstitucionalidade, a solução defendida tem de respeitar o princípio da segurança jurídica (*ratio* jurídico-política) e o princípio da culpa (*ratio* político-criminal) que fundamentam a irretroatividade da lei penal desfavorável.

Por exemplo se, posteriormente ao momento em que A auxilia B à prática da conduta entra em vigor uma lei que agrave a pena do crime praticado por B, a LN não pode ser aplicada a A, mas pode ser aplicada a B.

➤ Crimes de *actio libera in causa* (art.20º/4 e 295º CP)

O momento determinante, para este efeito, é o momento em que o agente se coloca no estado de inimizabilidade, e não o momento posterior em que ele, já transitoriamente inimputável, pratica o facto tipificado na lei penal

Princípio da aplicação da lei mais favorável (art.29º/4, 2ª parte CRP e 2º/4 CP) – consequência teórica da proibição da retroatividade só valer *in malam partem*. Para além de ser uma exceção ao princípio da legalidade, este princípio possui natureza autónoma diretamente decorrente do princípio da necessidade.

O problema do conflito temporal de leis penais pressupõe uma sucessão de leis penais (alteração legislativo-penal).

A sucessão de leis penais pode ser tomada em dois sentidos:

- i. Sentido amplo – podem derivar da mutação da concepção do legislador sobre a ilicitude do facto ou sobre a necessidade político-criminal da pena, quer em sentido negativo (lei despenalizadora), quer em sentido afirmativo (lei penalizadora), modificação esta que pode ter origem no bem jurídico tutelado ou a tutelar penalmente, na modalidade do facto descrito ou a descrever tipicamente, ou na conexão causal existente entre o facto e o bem jurídico penal. Regem-se pelo art.2º/2 CP
- ii. Sentido estrito/próprio – hipóteses em que, não havendo alteração da factualidade típica, e mantendo esta a qualificação de infração penal, é, porém, alterada a responsabilidade penal dela emergente, isto é, há modificação da pena (principal e/ou acessória) e/ou dos efeitos penal. Regem-se pelo art.2º/4 CP

Pressupostos da sucessão de leis penais em sentido estrito e, conseqüentemente, da aplicação da lei penal mais favorável:

- Sucessão de leis penais
- Aplicabilidade, ao facto concreto, quer a lei vigente no *tempus delicti*, quer a lei sucessiva
- Ao entrar em vigor a LN, a situação jurídico-penal, criada na vigência da lei penal anterior pela infração, não se tenha extinguido toda a responsabilidade penal
- A lei nova, não extinguido, embora, a SJ penal existente à data da sua entrada em vigor, tem de alterar os termos da responsabilidade penal imputada ao agente do facto pela lei antiga, agravando-a ou atenuando-a

Problemas suscitados pela sucessão de leis penais:

➤ Crime → Contraordenação ou Contraordenação → Crime

a) Crime → Contraordenação

Nesta situação, tendo em conta que há uma conversão da qualificação jurídico-legal de uma conduta de infração penal em infração de natureza administrativa. Ou seja, a LN (contraordenação) é despenalizadora, o que significa que, a partir da entrada em vigor da lei que alterou a qualificação, nunca se poderá aplicar a lei antiga (art.29º/4, *in fine* CRP e art.2º/2 CP).

Regra geral – a lei que “cria” contraordenações só se aplica aos factos praticados depois da sua entrada em vigor (eficácia pós-ativa).

A proibição da retroatividade da lei sobre contraordenações não está constitucionalmente consagrada, de forma expressa.

- Américo Taipa de Carvalho, Augusto Silva Dias e Figueiredo Dias – se a lei que altera a qualificação do facto de crime para contraordenação não estabelece, mediante norma transitória, a sua aplicabilidade às ações praticadas antes do início de vigência, tais ações que, necessária e constitucionalmente, são despenalizadas, também não podem ser julgadas como ilícito de mera ordenação social, ou seja, tornam-se juridicamente irrelevantes.

- Tribunal Constitucional (ac. 56/84) – a sucessão de uma lei contraordenacional a uma lei penal constitui uma sucessão de leis penais em sentido estrito/próprio, ou seja, para que se possa punir o agente por contraordenação, tem de se verificar entre ela e o crime uma relação de quantidade ou grau

- Maria Fernanda Palma – concordam com o prof. Américo Taipa de Carvalho, na medida em que nestes casos ocorre uma sucessão de leis penais em sentido amplo, mas já não concordam com a exceção apresentada por este (caso da norma transitória estabelecer a aplicabilidade das contraordenações nas ações praticadas antes do início de vigência da lei nova) porque, do ponto de vista histórico, o ilícito de mera contraordenação surge para substituir o regime das contravenções, o que significa que se o facto era crime e passa a ser uma contraordenação, não há uma rutura na ilicitude do facto praticado, ou seja, o agente deve ser punido pela contraordenação (art.2º/4 CP por analogia)

b) Contraordenação → Crime

Estamos perante uma lei penalizadora e, como tal, só pode aplicar-se às condutas praticadas depois da sua entrada em vigor (art.29º/1 e 3 CRP; art.1º/1 e 2º/1 CP)

Quanto às condutas praticadas antes da entrada em vigor da lei nova (criminaliza o facto), segundo o prof. Américo Taipa de Carvalho, este problema tem de ser resolvido de acordo como os princípios que regem a vigência temporal da lei contraordenacional.

Não se tratando de uma verdadeira sucessão de leis penais, logo, não funciona o princípio da aplicação da lei mais favorável e, portanto, não há que fazer a ponderação da gravidade objetiva das sanções.

Segundo o prof. Américo Taipa de Carvalho, quando uma lei converter um facto de contraordenação em crime, o facto praticado durante a vigência da lei contraordenacional continua a ser punível como contraordenação, seguindo-se as regras do processo das contraordenações, e continuando a caber às autoridades administrativas a competência para a decisão; a sanção contraordenacional a aplicar nunca pode ser concretamente mais grave do que a que resultaria da aplicação da sanção penal.

➤ Alteração do tipo de ilícito

a) A LN suprime o elemento típico que “constituíam crime para a saúde” que constava da LA que descrevia, assim, o tipo legal “a venda de bens impróprios para consumo, que constituam perigo para a saúde” será punida. A prática o facto previsto na LA e na vigência desta, pergunta-se se o facto de A continua a ser punível pela LN

Tendo A praticado o facto previsto na LA e na vigência desta, neste caso de sucessão de leis penais em sentido estrito/próprio, aplica-se a *lex mitior* (art.2º/4 CP)

b) A LN altera o tipo legal de crime de aborto, baixando a idade do feto de 4 para 3 meses. Supondo que B interrompeu, na vigência da LA, uma gravidez de 5 meses, e que vem a ser julgada na vigência da LN.

Relativamente ao facto concreto de B, há entre as duas leis uma verdadeira relação de identidade normativo-típica (sucessão *stricto sensu*), pelo que haverá que ponderar qual a que estabelece uma menor responsabilidade penal

- c) A LN substitui, no tipo legal de infanticídio privilegiado, a circunstância “por motivo da honra” pela circunstância, também privilegiante, “por motivo de abondo material ou moral”

Quer C tenha praticado o crime por motivo da honra, quer o tenha praticado por motivo de abandono material ou moral, a pena aplicável será sempre a de infanticídio privilegiado e nunca a de homicídio. Não há, aqui, uma sucessão de leis penais em sentido estrito/próprio entre a LA e a LN, pois que, dada a heterogeneidade dos elementos permutados, as hipóteses abrangidas por uma não coincidem com as abrangidas pela outra. Logo, a LN não se situa numa linha de continuidade típica da LA; todas as situações que eram privilegiadas pela LA deixaram de o ser face à LN, e as situações privilegiadas pela LN não o eram pela LA.

Isto significa que não há entre elas uma relação de identidade típica; não há, portanto, que ponderar as responsabilidades penais estabelecidas por cada uma delas, pois que não intervém o princípio da aplicação da lei mais favorável.

Não tendo sido alterada a moldura penal, aplica-se a C a moldura penal do infanticídio privilegiado visto que caso C tenha praticado o facto por motivo de honra, apenas pode ser aplicado ao agente o crime de homicídio qualificado caso este tenha praticado o facto depois da entrada em vigora da LN, porque caso contrário, estar-se-ia a violar o princípio da proibição da retroatividade penal desfavorável (art.2º/1 CP); se o infanticídio tiver sido cometido por motivo de abandono, estar-se-ia diante de um facto que, embora, no momento em que foi praticado, fosse considerado homicídio, todavia, com a entrada em vigor da LN passou a ser infanticídio privilegiado, o que significa que tal facto deixou de ser abrangido pelo tipo legal de homicídio para ser compreendido numa lei que *ex novo* o privilegia e, como tal, lhe vai ser aplicada retroativamente (art.29º/4, *in fine* CRP)

- d) A LN substitui, no tipo legal de infanticídio privilegiado, a circunstância “por motivo da honra” pela circunstância, também privilegiante, “por motivo de abondo material ou moral”, e simultaneamente reduziu a moldura penal do infanticídio privilegiado. C pratica o facto apenas por motivo de honra.

Não há entre a LA (revogada) e a LN (revogatória) uma verdadeira sucessão, não há uma relação de continuidade típica e que, portanto, nunca poderá ser aplicado a C a pena estabelecida na LN. Ao retirar o carácter privilegiante à motivação honra, acabou a LN por integrar o infanticídio para ocultar a desonra no tipo legal de homicídio cuja pena é mais grave, ou seja, a LN é a lei que prevê e pune o homicídio.

Isto significa que o confronto vai fazer-se entre a LA e a lei que prevê e pune o homicídio, e não entre a LA e a formalmente LN. Sendo a lei que p. e p. o homicídio qualificado é mais desfavorável do que aquela que, no momento do facto p. e p. o infanticídio por motivo da honra, continuará a ser esta a aplicável.

Pode acontecer que:

- i. Tanto a LA como a LN sejam leis penais
- ii. A responsabilidade penal não se tenha extinguido devido ao facto praticado na vigência da lei anterior

Verificados estes dois pressupostos, há que se averiguar e decidir se a conduta deve ser despenalizada, ou se se deve aplicar a lei penal mais favorável. A decisão nunca pode deixar de orientar-se e de fundamentar-se nos princípios jurídico-políticos e político-criminais inerentes ao Estado de Direito constitucionalmente consagrados.

Como solução a este problema jurídico, surge:

- Teoria do facto concreto, segundo a qual, para se afirmar uma relação de verdadeira sucessão, basta que o facto praticado possa ser incluído tanto na hipótese da LA como

- na da LN. Isto é, é irrelevante analisar a continuidade do juízo de antinormatividade sobre o facto praticado na vigência da LA (*prius punible, posterius punible, ergo punible*).
- Ao permitir que sejam retroativamente valoradas como típicas, circunstâncias que, no momento do facto, não o eram, esta teoria viola a proibição da retroatividade da *lex severior*, sendo, por isso, de recusar
- Tese da continuidade do ilícito, que se subdivide:
- Identidade do núcleo do ilícito, segundo a qual as alterações legislativas dos tipos legais de crime só seriam relevantes no sentido de extinguirem ou atenuarem modificativamente a responsabilidade penal pelo facto praticado na vigência da LA, quando tais modificações fossem determinadas por uma diferente *ratio* protetiva da norma penal e as circunstâncias típicas substituídas não fossem abrangidas pela nova *ratio* tutelar da LN; o critério decisivo está no bem jurídico protegido pela LN e na conexão normativo-típica entre a modalidade da conduta e o respetivo bem jurídico tutelado
    - Apesar de o bem jurídico ser a *ratio* da norma penal e da ilicitude material deter o primado, não se pode secundarizar a exigência de objetividade, de formalização da ilicitude, visto que isto levaria a uma incerteza jurídica e a possíveis interpretações arbitrárias da *ratio* da lei penal
  - Continuidade do tipo de ilícito, que exige um duplo pressuposto na afirmação da continuidade do tipo de ilícito: (1) continuidade do bem jurídico protegido/identidade do bem jurídico; (2) continuidade da modalidade da conduta/identidade da factualidade típica. Só depois de verificada esta dupla e cumulativa relação de identidade, se poderá afirmar uma rigorosa sucessão de leis penais e, conseqüentemente, proceder à aplicação da *lex mitior*; caso contrário, não se pode aplicar nem a LA nem a LN, verificando-se a despenalização da conduta anteriormente praticada ou, tratando-se de crime qualificado, a sua desqualificação jurídico-criminal e, conseqüentemente, podendo ser punido por crime fundamental
    - Critério demasiado rígido, e ao mesmo tempo inseguro
- Teoria da continuidade normativo-típica (Américo Taipa de Carvalho) – a LA e a LN são, relativamente ao facto concreto praticado na vigência da LA idênticas tipicamente, afirmando-se a continuidade normativo-típica sempre que a LN se traduz num alargamento da punibilidade através da supressão de elementos especializadores constantes da LA (a LN é *lex specialis* face à LA); quando a alteração do tipo legal consiste numa permuta de elementos constitutivos da factualidade típica, não há, face ao caso concreto, uma relação de identidade ou de continuidade normativo-típica. Quando a alteração do tipo legal se traduz numa redução da punibilidade por adição de novos elementos à factualidade típica da LA, temos de ver se o elemento novo é meramente especificador (quantificador do elemento) da LA ou se é especializador (qualificador do elemento) da LA<sup>14</sup>: quando a LN mediante a adição de novos elementos restringe a extensão da punibilidade, há despenalização se o elemento adicionado é

---

<sup>14</sup> Lei especializadora ≠ Lei especificadora

Lei especializadora = qualidade (geral) + qualidade (especial) = redução da punibilidade

Lei especificante = qualidade + especificação/delimitação/quantificação da referida qualidade = redução ou alargamento da punibilidade

especializador<sup>15</sup>; não há despenalização se o elemento adicionado é especificador<sup>16</sup>. Nos casos em que a utilização da fórmula proposta ainda possa deixar dúvidas quanto à afirmação ou negação da relação de continuidade normativo-típica entre a LA e a LN e, portanto, quanto à afirmação de uma verdadeira sucessão de leis penais, pode-se considerar que há despenalização sempre que o erro sobre o elemento adicionado excluisse o dolo do tipo legal de crime contido na LN; há sucessão de leis penais, com a aplicação da *lex mitior* sempre que o erro sobre o elemento adicionado não excluisse o dolo (Américo Taipa de Carvalho)

➤ Alteração das causas de justificação

Por força das razões jurídico-políticas de certeza e garantia do cidadão frente às possíveis alterações legais, podemos concluir que o princípio constitucional e jurídico-penal da proibição da aplicação retroativa de uma lei penal desfavorável e da imposição da aplicação retroativa de uma lei penal favorável também se aplica à sucessão de leis que alteram as causas de justificação. Ou seja:

- A LN criadora ou ampliadora de uma causa de justificação aplica-se retroativamente ao agente cuja conduta concreta típica, apesar de considerada ilícita pela lei do momento da conduta, passou a ser considerada justificada (efeito imediato)
- A LN eliminadora ou redutora de uma causa de justificação não se aplica às condutas anteriormente praticadas que, apesar de típicas, estavam justificadas pela LA (proibição de retroatividade desfavorável); já se aplica retroativamente às condutas típicas que, sendo pela LA consideradas ilícitas, passaram com a posterior LN a ser consideradas justificadas

➤ Lei intermédia

Lei intermédia – lei penal cujo início de vigência é posterior ao momento da prática do facto criminoso e cujo termo de vigência ocorre antes do julgamento.

Art.29º/4, 2ª parte CRP + 2º/4, 1ª parte CP – a lei penal intermédia aplica-se tanto retroativamente (porque se aplica a uma conduta praticada antes da sua entrada em vigor) como ultrativamente (porque se aplica depois de ter cessado a sua vigência formal). As razões que fundamentam esta aplicabilidade reconduzem-se aos princípios jurídico-políticos da segurança individual contra as possíveis arbitrariedades legislativas ou judiciais e político-criminal da máxima restrição da pena, intervindo, ainda, o princípio da justiça relativa ou igualdade de tratamento de casos idênticos.

➤ Lei temporária

Lei temporária – a lei penal que, visando a prática de determinadas condutas numa situação de emergência<sup>17</sup> ou de anormalidade social, se destina a vigorar apenas durante essa situação de emergência, pré-determinando ela própria a data da cessação da sua vigência.

---

<sup>15</sup> Ex.: conversão de tipo legal de crime de perigo abstrato (p.e. “quem vender bens impróprios para consumo”; perigo é motivo da incriminação; do ponto de vista da tipicidade não é necessário um evento de perigo que afete um bem jurídico) em crime de perigo concreto (p.e. “... que constituam perigo para a saúde”; crime só se verifica de forma consumada quando além de uma ação tipicamente perigosa, também se exige que tenha criado um outro perigo concreto; a prova de probabilidade de dano tem de se verificar naquele caso em concreto)

<sup>16</sup> Ex.: LA = “furto de coisa”; LN = “...superior a 100 €”

<sup>17</sup> Condição necessária (mas não suficiente) para a criação e a caracterização de uma lei penal como temporária

As leis temporárias apresentam um regime especial porque se aplicam a todas as condutas nela previstas e praticadas durante a sua vigência, independentemente de, no momento do julgamento, a lei temporária não estar em vigor.

No caso das leis temporárias, não se verifica a alteração da concepção político-criminal do legislador, mas apenas uma alteração fática. Para o prof. Américo Taipa de Carvalho, esta é a razão pela qual não se pode considerar que o regime das leis temporárias constitui uma exceção ao regime normal da sucessão de leis penais; a valoração jurídico-penal das condutas, praticadas durante a vigência da lei temporária, mantém-se e, por isso, se compreende, político-criminalmente e jurídico-constitucionalmente que, apesar de a lei já não estar em vigor, porque o facto deixou, por força da normalização da situação social, de revestir o perigo que tinha para os respetivos bens jurídico-penais, que a conduta praticada durante a vigência da lei temporária deve e continue a ser punível.

➤ Lei penal inconstitucional e problema da sucessão de leis no tempo

Efeitos da inconstitucionalidade (art.282º CRP):

- a) Regra geral (nº1) – a declaração de inconstitucionalidade originária produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, com a consequente proibição de aplicação da norma declarada inconstitucional às situações ou relações potencialmente por ela abrangidas; determina a repristinação das normas que a norma declarada inconstitucional eventualmente haja revogado.
- b) Exceção à regra (nº3, 1ª parte) – “ficam ressalvados os casos julgados”: a inconstitucionalidade da lei aplicada não impede que a respetiva sentença transite em julgado (princípio da intangibilidade do caso julgado)
- c) Exceção da exceção à regra (nº3, *in fine*) – se, e quando, a lei com base na qual se formou caso julgado for menos favorável ao agente, os casos julgados não ficam ressalvados

Pode uma lei penal inconstitucional ser aplicável por ser mais favorável, de acordo com o art.29º/4 CRP?

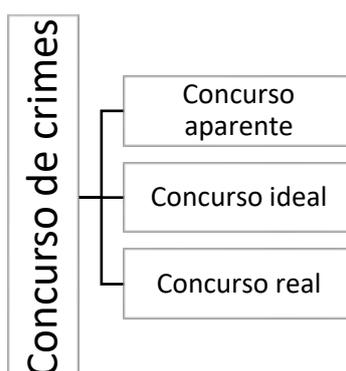
- Augusto Silva Dias: nestes casos não se deve aplicar nem a lei favorável (lei inconstitucional, porque esta nunca produziu efeitos nem poderá vir a produzi-los) nem se aplica a lei repristinada, por ser mais desfavorável ao agente (sob pena de violação do princípio da aplicação da lei mais favorável). Ou seja, dá-se a absolvição do réu da instância.
- Rui Carlos Pereira: a lei penal inconstitucional é inválida e, por isso, não pode produzir quaisquer efeitos, o que significa que deixará de existir qualquer sucessão de leis no tempo e, no caso de a lei inconstitucional ser a lei posterior mais favorável, não se estaria perante a situação prevista no art.29º/4 CRP; apesar de ser menos favorável, a repristinação da norma revogada é inevitável. No entanto, diz-nos RCP que, nestes casos em que o agente agiu durante a vigência da norma inconstitucional, pode ter ocorrido erro sobre a ilicitude do facto, o que excluirá, em princípio, a culpabilidade do agente ao abrigo do art.17º CP.  
Caso já se tenha aplicado a lei mais favorável, nos termos do art.282º/1 CRP, preserva-se o caso julgado; caso contrário (ou seja, caso se tenha aplicado a lei menos favorável), terá de se levantar o caso julgado para repristinar a lei penal revogada mais favorável, de acordo com a regra geral estabelecida no art.282º/1 CRP
- Maria Fernanda Palma – temos, nestes casos, os princípios de aplicação da lei mais favorável (art.29º/4 *in fine* CRP), da igualdade (art.13º CRP), da

necessidade das penas (art.18º/2 CRP), e o da autovinculação do Estado ao direito que cria (art.2º CRP) que articulados, integram a lacuna aqui discutida. Se no art.282º CRP a proteção do caso julgado prevalece sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade, em geral, e essa prevalência só é afastada devido à exceção prevista no nº3 de a lei penal ser menos favorável, verifica-se uma prevalência do princípio da aplicabilidade da lei mais favorável que tem um papel de revogação do próprio caso julgado.

Deste modo, defende a professora que se deve aplicar a lei inconstitucional, através de uma dupla análoga (com o art.29º/4 e 282º/3, 2ª parte CRP), visto que há uma prevalência do princípio da igualdade subjacente ao art.29º/4 CRP, mais precisamente, do princípio do Estado de Direito, como expressão de vinculação do Estado ao Direito que cria perante os destinatários (agentes), e ainda uma prevalência do valor constitucional do princípio do Estado de Direito e da sua expressão de confiança perante os destinatários das normas penais

### 3.2. Âmbito de aplicação material da lei penal: unidade de lei e concurso aparente de infrações

Concurso de crimes (art.30º/1 CP) – ocorre quando um só facto (ou vários factos) é/são qualificáveis como crimes por diferentes normas incriminadoras (concurso heterogéneo) ou se um (ou vários) facto(s) são qualificados plurimamente como crimes pela mesma norma incriminadora (concurso homogéneo)



#### 3.2.1. Concurso aparente de crimes (ou concurso de normas)

Concurso aparente – delimitação negativa do próprio concurso; não há efetivamente um concurso de crimes, daí ser aparente, e é, em geral, tratado como concurso de normas, no qual se fundamenta a exclusão de qualquer espécie de concurso de crimes<sup>18</sup>.

Situação em que há várias normas que se podem aplicar ou são aplicáveis, e no entanto, por, ou devido a um certo tipo de relação em que essas normas se encontram entre si, uma delas é excluída pela outra, ou algumas das normas são excluídas por uma outra.

O concurso aparente é uma concretização do princípio geral de Direito segundo o qual a norma especial afasta a aplicação da norma geral, que vem formulado, também, na CRP, no seu art.29º/5 (princípio *non bis in idem*)

<sup>18</sup> Ex.: A mata B, seu pai. Neste caso, a atuação de A preenche duas previsões da lei penal: o art.131º CP (homicídio) e o art.132º/2, al. a) CP (homicídio qualificado, caso se revele a circunstância de especial censurabilidade ou perversidade do agente)

O concurso de normas, enquanto considerado em abstrato, pode conduzir a duas soluções diferentes:

- 1) Aplicabilidade simultânea das normas em concurso à mesma realidade do facto (concurso real de normas)
- 2) Exclusão da aplicabilidade de uma norma por outra norma concorrente, que prevalece sobre a primeira (concurso aparente de normas → concurso aparente de crimes)

Traduzindo-se o concurso aparente numa pluralidade de tipos legais de crime violados pela conduta global, este apresenta e caracteriza-se através de uma dominância de um único sentido de desvalor do ilícito. Isto acontece porque, das três uma: os restantes ilícitos singulares encontram-se relativamente a este numa relação de (1) interseção, (2) parcial cobertura, ou (3) dependência.

Daqui, resultam as seguintes consequências:

- a) Não se pode aplicar qualquer tipo de sistema de soma das penas aplicadas a cada crime para determinação da moldura do concurso aparente, mesmo que só do seu máximo nos termos do art.77º/2 CP, uma vez que tal sistema implicaria a violação inconstitucional do princípio *ne bis in idem*, na vertente proibição de dupla valorização. A moldura penal deve ser aquela que corresponde ao sentido dominante de desvalor do ilícito, determinante de uma tendencial ou aproximativa unidade global do facto, a qual corresponde ao singular ilícito típico ao qual seja aplicável a moldura penal mais grave
- b) O juiz, dentro da moldura do concurso aparente, determinara a medida concreta da pena segundo os critérios gerais, devendo, nos termos do art.71º/2 CP, determinar a pena concreta em função da culpa do agente e das exigências da prevenção. O juiz tem de tomar em conta, por força do princípio constitucional *ne bis in idem*, na vertente do mandado esgotante apreciação da matéria ilícita, os crimes que concorrem com aquele que serviu para eleger a moldura penal do concurso como fatores agravantes da medida da pena, considerados, portanto na sua própria tipicidade e, deste modo, como elementos dotados, para este efeito, de relevância jurídico-penal autónoma.
- c) No caso em que a moldura penal correspondente ao sentido de ilícito dominado possui um limite mínimo mais alto do que a moldura penal do ilícito dominante, defende o prof. Figueiredo Dias que se deve atribuir a este limite mínimo um efeito de bloqueio da medida da pena concretamente aplicada ao concurso. Ou seja, a moldura penal do concurso continua a ser a que cabe ao sentido do ilícito mais gravemente punível, só que o ilícito dominado entrará em todos os casos em conta como fator de agravação da medida concreta da pena em concurso; o efeito mínimo de agravação não deve permitir a fixação de uma pena concreta inferior ao limite mínimo da moldura penal correspondentes ao ilícito dominado
- d) O juiz deve aplicar as penas e as medidas de segurança previstas por uma qualquer das normas aplicáveis e, por conseguinte, mesmo por aquela(s) que não revele(m) para a construção da moldura penal do concurso, se tanto for requerido pelo conteúdo de sentido do ilícito dominado (art.77º/4 CP: também aplicável para o concurso aparente)

Quando é que se verifica o concurso aparente de crimes?

Segundo a doutrina mais comum (visto que não há nenhuma norma no Código Penal que se aplique ao concurso aparente)<sup>19</sup>, verifica-se quando entre as normas concorrentes haja uma relação de:

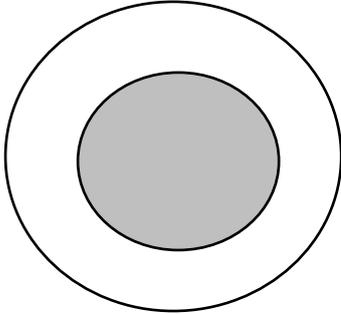
---

<sup>19</sup> ATENÇÃO: o art.30º/1 CP (que deve ser conjugado com o art.77º CP) não se aplica aos casos de concurso aparente

- Especialidade
- Subsidiariedade
- Consunção

(em todos estes casos, terá prevalência de uma norma incriminadora sobre outra formal e aparentemente aplicável, e que, por isso, é excluída pela primeira)

→ Especialidade



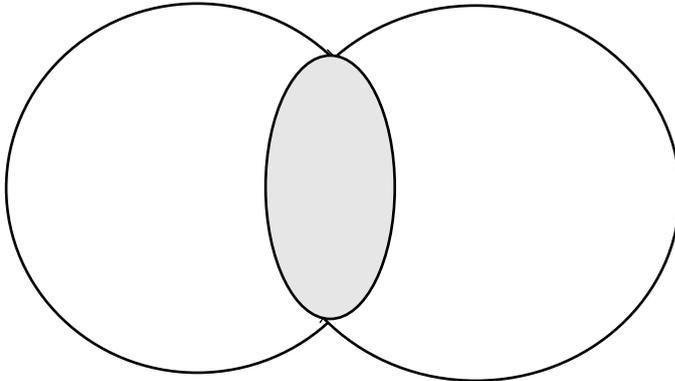
Há uma relação de subsidiariedade entre as normas convergentes quando toda a matéria de facto punida pela norma especial cabe inteiramente no âmbito mais vasto da norma geral.

De acordo com as regras gerais de interpretação das leis, a norma especial prevalece sobre a norma geral e afasta inteiramente a aplicação desta

Existe sempre entre qualquer tipo fundamental e o respetivo tipo agravado ou privilegiado (ex.: homicídio e homicídio qualificado)

Uma relação de especialidade só deve ser afirmada quando o tipo legal prelevante tenha alcançado a consumação, e não quando esteja em causa uma tentativa do tipo especial e a consumação do tipo geral

→ Subsidiariedade

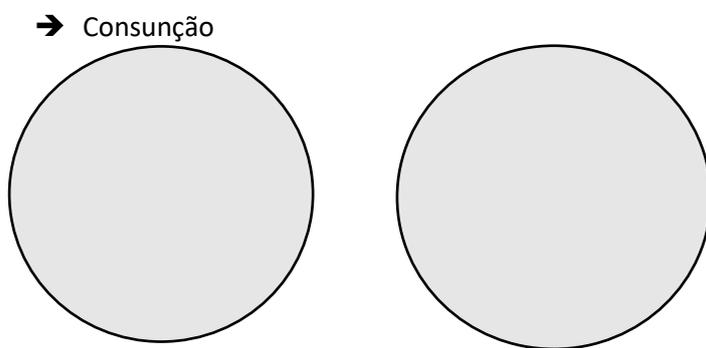


As normas encontram-se entre si em relação de subsidiariedade se uma delas só se aplica quando a outra não tiver possibilidade de ser aplicada. Ou seja, ou por imposição expressa da lei, ou porque através de um raciocínio de interpretação, quando uma norma só é aplicada quando a outra não possa ser.

Pode ser:

- Expressa, quando o teor literal de um dos tipos legais restringe expressamente a sua aplicação à inexistência de um outro tipo legal que comine com pena mais grave, quer nomeie esse outro tipo (subsidiariedade especial), quer determine em geral a subordinação (subsidiariedade geral)
- Implícita (ou tácita) quando, apesar do silêncio da lei, o legislador entendeu criar, para alargamento ou reforço da tutela, tipos legais:

- Que abrangem factos que se representam ou como estádios evolutivos, antecipados ou intermédios, de um crime consumado – pode ver-se integrado por casos como o dos tipos legais que punem atos preparatórios (art.271º, 274º e 344º CP) relativamente aos que punem a tentativa ou a consumação dos crimes respetivos
- Que constituem formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico – pode ver-se integrado por casos como os das relações entre os tipos legais que preveem crimes de perigo e os que preveem os crimes de dano correspondentes, ou entre os que preveem outras formas menos intensivas relativamente a formas mais intensivas de lesão, desde que seja o mesmo o bem jurídico protegido (relação que existe entre tipos legais de perigo abstrato, concreto, ou abstrato-concreto, e os tipos de dano correspondentes; e entre tipos legais de perigo abstrato e de perigo concreto)



Existe consunção quando o conteúdo de um ilícito-típico inclui em regra o de outro facto, de tal modo que, em perspetiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprime já, de forma bastante, o desvalor de todo o comportamento.

Distingue-se da especialidade e da subsidiariedade porque aqui se tomam em consideração os factos nas suas conexões típicas e se assume que o legislador teria já levado implicitamente em conta esta circunstância, ao editar as molduras penais respetivas