



---

# TEORIA DA LEI PENAL

---

Prof. Dra. Ana Bárbara Sousa Brito



2019/20

FDUNL

Maria Filomena Rodrigues – 5842

## Índice

<b>INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL.....</b>	<b>2</b>
I.    A definição do direito penal. Elementos e sistema da lei penal. ....	2
II.   O conceito formal e material de crime.....	5
III.  Os fins das penas.....	8
IV.  Os princípios de garantia com incidência penal.....	17
V.   A delimitação do direito penal dos outros ramos do direito. ....	20
<b>TEORIA DA LEI PENAL.....</b>	<b>25</b>
I.    Princípio da legalidade: história e fundamento.....	25
II.   A lei: o princípio constitucional de reserva de lei.....	25
III.  A tipicidade das normas penais. A lei penal em branco.....	27
IV.  A interpretação da lei penal e o problema da analogia.....	28
V.   Âmbito de aplicação temporal da lei penal.....	31
VI.  Âmbito de aplicação espacial da lei penal.....	34
VII.  O concurso de normas penais.....	40

## INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

### I. A definição do direito penal. Elementos e sistema da lei penal.

Chama-se **direito penal** ao conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos – os **crimes** – determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito. A mais importante dessas consequências, tanto do ponto de vista quantitativo como do qualitativo, é a **pena**, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa. Ao lado da pena prevê, porém, o direito penal consequências de outro tipo: são as **medidas de segurança**, as quais não supõem a culpa do agente, mas a sua perigosidade.

FIGEURIEDO DIAS, *O conceito de direito penal*

### Direito penal ou criminal?

Discute-se qual a terminologia que deve ser usada: Direito Penal ou Direito Criminal. A doutrina diverge e a própria lei também – nuns sítios chama-lhe Direito Penal, noutros Criminal.

Esta questão não tem grande importância – a única argumentação que se pode fazer é que se falamos em *Direito Penal* pode considerar-se que estão de fora as medidas de segurança, e, portanto, não abrangia esta zona importante deste ramo do Direito. Por outro lado, ao usarmos a terminologia *Direito Criminal*, há uma referência a um crime com sentido subjetivo, do qual a pessoa é culpada, o que exclui a aplicação do ramo do direito aos inimputáveis.

O direito penal é a parte do OJ que estabelece quais são os comportamentos humanos qualificados como crimes e os estados de perigosidade e fixa as penas e medidas de segurança a serem-lhe aplicadas. Assim, o direito penal pode ser formalmente definido como: o sistema de normas jurídicas que atribuem aos agentes de certo comportamento como pressuposto uma pena ou uma medida de segurança criminais como consequência.

### Definição estrutural do direito penal

Direito penal é o conjunto de normas que apresenta determinada estrutura – fazem corresponder a uma certa situação de facto, o crime, uma determinada sanção, a pena, no seu sentido mais rigoroso e característico.

Um exemplo disto é o art.131º CP: “quem matar outrem será punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos” → revela de forma óbvia a estrutura referida:

- Previsão (descrição de uma situação de facto) = “quem matar outrem”
- Estatuição (consequência jurídica da prática do facto) = “é punido com ...”

Contudo, na parte geral do Código Penal, esta estrutura não é tao óbvia e por vezes nem é idêntica a esta. Apesar disso, esses artigos são usados, na maioria das vezes, para complementar os da parte especial.

Exemplo disto é o art.22º, nº1 CP: “há tentativa quando o agente pratica atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se” do qual nós deduzimos que isto é a definição de tentativa.

Podemos concluir que definir o direito penal pela caracterização das normas é uma definição meramente formal e puramente estrutural, que delimitação rigorosa.

### **Definição material de pena**

A pena característica do direito penal é a pena de prisão, embora haja outras. A enumeração das penas existentes no direito penal português está nos arts.40º e ss. do Código Penal. No entanto, hoje em dia tende-se cada vez mais substituir a pena de prisão, sobretudo a curta, pela pena de multa. A substituição da pena de prisão pela pena de multa, tal como existe no direito português, consiste numa conversão ou reconversão da multa em prisão.

O que é mais característico do direito penal propriamente dito, segundo a Prof. Teresa Beza, é a possibilidade de privação de liberdade, apesar de a maioria das penas aplicadas nos tribunais portugueses ser de multa (não se excluindo a possibilidade de serem substituídas por pena de prisão, pois a pessoa é sempre condenada a pena de prisão em alternativa à de multa).

→ Isto pode parecer inconstitucional, por força do art.27º, nº2 CRP, mas não o é pois a prisão só será aplicada se a pessoa não pagar a multa que lhe foi aplicada. É este o entendimento do STJ (Assento de 28/7/79): “A pena de prisão em alternativa à de multa é de aplicar a todas as penas de multa, inclusive à resultante da substituição da prisão”.

Condenação alternativa: é a regra acolhida pelo art.46º, nº3 do CP que confirma o acolhimento do acordo pelo código.

O código define, então, crime como “ato típico, ilícito e culposo” e como “facto descritivo e declarado passível de pena por lei”.

Será sempre possível definir um certo tipo de princípios em relação aos critérios que devem ser usados na seleção dos atos a serem considerados como crime no CP. Por outro lado, no direito penal existe sempre a possibilidade de demonstração mais dramática, coativa, poderosa, física, da manifestação do poder punitivo do Estado: meter as pessoas na cadeia.

### **As normas penais**

Devemos partir das normas em que não há dúvida que são normas penais, para depois analisar as normas periféricas, ver se estes têm as características dos casos nucleares. As normas em que não há dúvida que são normas penais são aquelas em que se descreve uma certa consequência, neste caso uma pena, sempre que se realize determinado facto, neste caso o crime. Todas as normas jurídicas que tiverem esta estrutura são normas penais. Exemplo: art.131º CP.

São elementos da norma penal, um agente, uma ação/crime, um ofendido, a pena e o sujeito incumbido de punir (está subjacente, é o Estado). Temos duas ações e dois sujeitos, sendo que o ofendido não é um elemento necessário.

## Os princípios/elementos fundamentais do direito penal

### O princípio da intervenção mínima – os princípios da necessidade e da eficácia

... quanto à **necessidade**:

- ➔ Para se aplicar o direito penal é necessário, previamente, demonstrar que mais nenhum ramo do direito consegue salvaguardar aquele bem jurídico (a apreciação da necessidade faz-se por esta exclusão de partes);
- ➔ O Direito Penal só deve intervir e só se deve aplicar quando isso for eficaz, por um lado, e necessário, por outro. Ou seja, só faz sentido tornar certos atos crime e, assim, ameaçá-los com uma pena, quando não forem suficientes outro tipo de medidas (civis, administrativas...);
- ➔ O Estado fica subordinado ao conjunto dos direitos fundamentais, de acordo com a lógica de defesa da diminuição global do poder do Estado perante o cidadão (por forma a defender os seus direitos individuais).

... quanto à **eficácia**:

- ➔ Será eficaz incriminar determinado ato ou serão outro tipo de medidas que mais se adequam a evitá-lo (ex.: aborto)? O princípio da intervenção mínima vai exatamente no sentido de apenas intervir, criminalizar, criar crime, puni-lo, quando isso seja essencial à sobrevivência da sociedade. Nos casos em que forem suficientes medidas de outro tipo, independentemente do ramo do direito a que pertençam, o direito penal deve recuar a sua atuação.
- ➔ O direito penal apenas deve atuar se for capaz e eficaz – a eficácia verifica-se pela capacidade de a norma prevenir futuros crimes, caso tenha mais consequências negativas do que positivas ela não é eficaz (eficácia medida pelas consequências).

O direito penal **não é eficaz** quando:

1. Se demonstrar que não previne a prática de futuros crimes (se há uma intervenção penal que está constantemente a ser violada, ela não é eficaz) e se não é eficaz é porque não é necessária (da eficácia deriva a necessidade);
2. A intervenção penal tem mais consequências negativas que positivas (ex.: no caso do aborto, antes da despenalização em certos casos, havia mais casos de mortes da grávida).

É neste sentido que o **direito penal é subsidiário**: só deve intervir em último recurso, quando já não há outro remédio.

## II. O conceito formal e material de crime

*O que deixámos formalmente definido (crime em sentido formal) constitui o direito penal em sentido objetivo (**ius penale**). Deste costuma distinguir-se o direito penal em sentido subjetivo (**ius puniendi**), como poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas. Deste ponto de vista pode afirmar-se que o direito penal objetivo é expressão ou emanação do poder punitivo do Estado.*

Figueiredo Dias

### Definição formal

A primeira definição de crime que nos aparece é a definição dogmática, de acordo com a qual: “crime é uma ação típica, ilícita e culposa”.

À luz desta conceção, é crime tudo aquilo que o legislador considere como tal.

### Definição material

Mas temos também a definição do art.1ºCP, de acordo com o qual é crime: “o facto descrito e declarado passível de pena por lei”, sendo que o próprio Código, nos arts.40º e ss., diz quais são as penas.

### Crime como objeto da política criminal (sentido estrito)

Deixando de lado a importância da penalidade, da possibilidade de meter as pessoas na cadeia, a definição de crime tem importância na medida em que impõe limitações.

Além da estrutura formal de crime, há um problema de Política: saber quais os atos que devem ser considerados como crimes. Precisamos de saber quando é que é legítimo, possível, aconselhável, que direito penal pegue num certo ato e o qualifique como crime?

### Crime, substancialmente ou materialmente

Dado que há uma tendência para restringir ao máximo o âmbito do direito penal, que se justifica pelo facto de o direito penal representar uma redução significativa dos direitos, liberdades e garantias individuais, ele funciona limitadamente.

Assim sendo, o direito penal funcionará para impedir que as pessoas façam algo considerado como nocivo pela sociedade. Perante a especial gravidade da ameaça, da sanção (maxime a pena de prisão), só valerá a pena pagar esse custo social nas situações em que não seja possível arranjar outro remédio.

Estamos perante um custo pessoal e um custo económico quando aplicamos penas privativas de DLG – o Conselho da Europa pede aos Estados que evitem a aplicação da pena de prisão, pois ela é a mais cara para o Estado.

Isto quer dizer que:

- Em princípio, o direito penal só deve intervir quando seja essencial, ou seja, quando outro ramo do direito não seja suficiente para resolver certo tipo de problema;
- O Estado deve evitar colocar o direito penal em zonas respeitantes à moral privada das pessoas (homossexualidade, prostituição, adultério, ...);
- O Direito Penal deverá deixar de fora atos que possam causar eventuais prejuízos.

→ O **conceito material** está acima do **formal**, pois é o material que vai expor ao legislador quais as condutas que este pode e/ou deve criminalizar.

### Várias concepções do conceito material

- **Concepção positivista legalista** – de acordo com esta concepção, crime é tudo aquilo que o legislador considere como tal.  
→ **Crítica:** Esta concepção confunde-se com o conceito formal, diz que o conceito material é o conceito formal. É de afastar.
- **Concepção positivista sociológica** – crime seria tudo aquilo que existisse na sociedade como tal, como crime, tudo o que a sociedade considerasse crime era o que deveria ser crime. A primeira tentativa de classificar crime por esta via foi de GAROFALO (1838), este defendia crime como comportamento violador de sentimentos altruísticos fundamentais, como a piedade e a propriedade. Ainda hoje a doutrina italiana tenta dar uma perspetiva sociológica através da *ofencitá*. A favor desta concepção podemos referir que através desta concepção tentou-se encontrar uma definição pré legal de crime. Além disso esta construção ainda hoje tem relevância porque chama a atenção de na generalidade das OJ existirem dois tipos de crimes, há crimes que são considerados crimes porque à luz da valoração social já são considerados crimes, e outros que a sua classificação como crimes existe apenas pela sua definição legal, debruçam-se sobre condutas axiologicamente neutras.  
→ **Crítica:** apesar destes aspetos positivos, importa realçar que esta concepção não serve porque é inerente a esta noção uma certa imprecisão, é difícil determinar o que é a danosidade social, o que é que de acordo com a sociedade é considerado crime. Além disso este conceito é também demasiado extenso, porque nem tudo o que provoca danosidade social pode ser considerado crime. Por exemplo, mentir é um comportamento danoso, mas na maioria das situações este não é considerado crime. Nem tudo o que é socialmente danoso tem as características necessárias para ser considerado crime. Como conceito material de crime, tem de servir de guia ou padrão crítico, não podendo existir esta imprecisão.
- **Concepção moral social** – introduz no conceito material de crime um ponto de vista ético-social. A noção de crime passa a ser de comportamento violador de deveres morais sociais elementares. Só haverá crime quando houver um comportamento que viole regras éticas básicas, conhecidas e reconhecidas por todos. A função do

direito penal é tutelar essas regras éticas. O principal autor desta concepção foi WELZEL (1947), definia crime como todo o comportamento que atenta contra os valores ético-sociais da ação e a função do direito penal seria proteger esses valores ético-sociais.

→ **Crítica:** os valores que o direito penal tutela não são tanto valores de ação (deveres ético-sociais), a principal função do direito penal é tutelar valores de resultado. Esta concepção por mais que se encontre enraizada na opinião pública, parte do pressuposto errado de que a função do direito penal é tutelar a moral, e não é esta a função do direito penal, a principal função do direito penal é proteger bens Jurídicos essenciais a uma sociedade democrática. Esta concepção foi sendo afastada ao longo dos tempos pois levava a considerar a homossexualidade, adultério, pornografia, prostituição como crime, tudo isto são manifestações de uma concepção ético-moral.

- **Concepção funcional-racional** – de acordo com esta concepção, o conceito de crime deve ser encontrado na função que ele desempenha e na função última do direito penal. A função central do direito penal é proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais, partindo desta função só pode haver criminalização de uma conduta se com essa criminalização visar-se a tutela de bens jurídicos e além disso, se se demonstrar que essa criminalização é necessária e eficaz. Um crime traduz-se numa conduta lesiva de determinado bem jurídico fundamental em que a intervenção do direito penal é necessária e eficaz. Além disso está implícito neste conceito que essa conduta tem que ser lesiva de um bem jurídico de terceiro. Se assim não fosse, era considerado crime um suicídio.

## Bem jurídico

*A noção que hoje existe ainda não é totalmente exata.*

O primeiro autor que deu a noção de bem jurídico foi BIRNBAUM (1834), definiu bem jurídico como interesses primordiais do indivíduo na sociedade, como a vida, o corpo, a liberdade e o património.

Posteriormente surgem HONIG (1930) e EDUARDO CORREIA, autores que defenderam o conceito metodológico de bem jurídico de raiz normativista, definindo um bem jurídico como uma forma abreviada de exprimir o sentido e a finalidade de um preceito legal. Ou seja, bem jurídico era a expressão sintética do espírito da lei.

→ Este conceito não serve porque nem sempre o fim da norma coincide com o bem jurídico protegido (ex.: no crime de burla o bem jurídico protegido é a propriedade, mas a finalidade da norma é impedir o enriquecimento de alguém que burla).

Face a esta crítica, surgem duas noções de *bem jurídico*:

1. JAKOBS e STRATENWERTH: de acordo com esta parte da doutrina deve-se ir buscar ao sistema social de uma comunidade a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos existentes. Esta noção pode ter as mesmas

críticas que conceção positivista sociológica pela dificuldade de precisão do conceito, mais uma vez vamos buscar o conceito à ordem social.

2. ROXIN e FIGUEIREDO DIAS: concordam com a doutrina anterior de que é no sistema social que se deve procurar bem jurídico, mas não basta, esses bens do sistema social têm de se transformar em bens dignos de tutela penal, isso faz-se através da ordem jurídico-constitucional. Para um bem jurídico ser jurídico-penalmente relevante é necessário que tenha uma referência expressa ou implícita na ordem jurídica constitucional dos direitos fundamentais. O bem jurídico tem que ser redutível da constituição. Esta conclusão tem apoio na nossa OJ nomeadamente no artigo 3º n.2 da CRP e 18º n.2 da CRP. O artigo 3º determina que toda a atividade do legislador está subordinada à constituição. É esta que nos estabelece o quadro fundamental. É o artigo 18º n.2 diz que qualquer restrição a um direito fundamental só pode ser feita quando for considerada necessária para salvaguardar bens jurídicos constitucionalmente legítimos.

### III. Os fins das penas.

*O problema dos fins (finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal e tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia, pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal. A questão dos fins das penas constitui a questão do destino do direito penal e do seu paradigma.*

Figueiredo Dias

As teorias dos fins das penas visam averiguar ou determinar as finalidades que a pena deve ter para poder cumprir a função última do direito penal – proteger bens jurídicos essenciais. A pena está condicionada a esta função.

Com os fins das penas visa saber-se de que modo deve a pena atuar para que possa realizar a função primordial do Direito Penal – proteger, subsidiariamente, bens jurídicos essenciais. A doutrina agrupa geralmente em três tipos os **fins fundamentais** das sanções penais (penas e medidas de segurança):

- i) **retribuição,**
- ii) **prevenção geral e**
- iii) **prevenção especial.**

A professora TERESA BELEZA, seguindo o professor EDUARDO CORREIA, utiliza uma outra terminologia, a questão dos fins das penas relaciona-se com os fins do direito

penal. A questão do direito penal é a questão do fim mediato ou último do direito penal. Quanto à questão dos fins das penas, considera-os como fins imediatos do direito penal.

Tratando-se de um ramo de direito produzido pelo Estado, o Direito Penal servirá, em última análise, para prosseguir os fins desse mesmo Estado. Isto é, servirá para prosseguir, tal como os outros ramos do Direito, certos fins a que o Estado se propõe. Há casos em que esta ligação é óbvia, mas outros há em que não é assim.

### 1. Os fins mediatos – fins do Estado

De acordo com o Dr. Sousa Brito, a pena deve ser analisada de acordo com a teoria dos fins do Estado. Neste caso, estamos perante uma questão de fins mediatos das penas.

Os fins mediatos são o que o Estado se propõe a atingir através da imposição do Direito Penal. Há casos em que é fácil descobrir uma certa finalidade através da atuação do Direito Penal. Mas mais são as situações que criam maior perplexidade ou maiores dificuldades.

Se partirmos do princípio de que um Estado prossegue interesses de determinada classe ou grupo dominante numa certa sociedade, admitimos que o Direito Penal é um instrumento, entre outros, para prosseguir esse objetivo de poder real de um certo grupo ou de certa classe num dado sistema.

### 2. Os fins imediatos – retribuição e prevenção

A nível dos fins imediatos, o prof. Beleza dos Santos e o prof. Eduardo Correia apresentam a sua defesa com base na distinção entre as teorias da retribuição, por um lado, e com base nas teorias da prevenção, por outro.

A ideia de retribuição significa que se impõe um mal a quem praticou outro mal. O sentido encontra-se ligado à ideia de castigo (que tem que ver com a ideia religiosa de punição de um certo pecado).

Já a prevenção está relacionada com a ideia de evitar que as pessoas façam qualquer coisa. Dentro desta é vulgar distinguir entre:

- Prevenção geral – o Direito Penal pretende evitar que as pessoas, em geral, cometam crimes;
- &
- Prevenção especial – ao submeter um indivíduo a uma sanção por um crime que cometeu, o Direito Penal pretende evitar que esse mesmo indivíduo cometa mais crimes (sendo segregado, recuperado ou ressocializado).

A questão dos fins das penas, tal como é normalmente tratada nos manuais e lições, é uma questão que corresponde talvez mais à definição dos chamados fins imediatos. Assim, deixam-se de lado os fins que a longo prazo se prosseguem por meio do Direito Penal. O que é facto é que quando se fala em fins das penas, está-se a pensar

no que podemos chamar de **fins imediatos**, dos quais se costuma falar em alternativa da retribuição e da prevenção.

### 3. Os fins das penas: perspectiva histórica

#### **Antiguidade clássica a Kant:**

- Importância efetiva da ideia de teoria da retribuição: o peso da Igreja Católica na Idade Média Europeia e o uso da ideologia religiosa como arma do poder feudal;
- Oposição à ideia de retribuição de concepções preventivas como tentativa de centrar na pessoa humana o mundo e a história;
- A ideia de prevenção geral – importância e significado no Iluminismo com as teorias dos filósofos e dos penalistas que as seguem e acompanham o movimento ascendente da burguesia que culmina na Revolução Francesa;
- Beccaria e Feuerbach → recusa da ideia de que o Estado impõe penas para retribuir um mal com outro mal e início da ideia de que as impõe para evitar a prática de crimes;
- Liszt (final séc. XIX) – ideia de correção, ligada à possibilidade de utilização da pena de prisão como defesa social;

#### **Talião:**

- “darás a vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, ferida por ferida...” – quer dizer que a um certo mal deve corresponder um mal idêntico;

#### **Kant – pena como imperativo categórico:**

- O indivíduo que comete um crime tem de ser punido porque o tem de ser – para Kant, a punição do criminoso é um imperativo categórico de justiça, ou seja, algo que se impõe ao homem, que é discutível e não fundamentável;
- Esta formulação, significa que este tipo de entendimento permite uma abordagem de imposição ou da força coativa do Direito, que se encontra ainda hoje em Direito Penal em termos teóricos;

#### **Hegel – a pena como confirmação do Direito negado pelo crime:**

- Considera que o Estado absoluto (prussiano) era superdesenvolvido;
- Opondo-se a Kant, critica a tese do contrato social e a ideia iluminista de igualdade entre os homens;
- Para Hegel, todo o movimento ou desenvolvimento se justifica, se analisa e se produz, através da superação de dois contrários que suplantam a mesma contrariedade – síntese e antítese;
- O crime e a negação do Direito que é contradito ou violado, negado pelo crime, tendo de suceder a essa negação uma negação, ou seja, ao crime segue-se a negação do crime que é a pena → assim sendo, a pena é o restabelecimento do Direito que foi negado pela prática do crime.

## As várias teorias

### i) Teorias retributivas ou absolutistas

#### **A pena como instrumento de retribuição**

*Para este grupo de teorias a essência da pena criminal reside na **retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime** e nesta essência se esgota. Se a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes, nenhum deles contende, com a sua essência e natureza, nem se revela suscetível de a modificar, uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto que se cometeu, é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente ao dano do facto e da culpa do agente. Por isso a medida concreta a pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado facto não pode ser encontrada em função e outros pontos de vista que não sejam o da correspondência entre a pena e o facto.*

*A doutrina da retribuição deve ser recusada. Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer nem pode ser) uma teoria dos fins das penas. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como **entidade independente de fins**.*

Figueiredo Dias

Quer o prof. Eduardo Ferreira, quer o Cavaleiro de Ferreira, quer o Dr. Sousa Brito, defendem que o fim fundamentai da repressão penal e o **fim fundamental** das penas é a **retribuição da culpa do delinquente**.

*A medida da pena no novo CP, Dr. Sousa Brito*

Para este autor, os **fins da pena** são dois:

- 1) Retribuição da culpa ou reparação do dano da culpa – alcança-se através da recuperação do delinquente par aa sociedade;
- 2) Prevenção geral – prevenir a prática de futuros crimes por parte da sociedade.

O autor começa pelos fins, pois considera que, só escolhendo os fins das penas é que podemos saber o pressuposto destas – dos fins ele retira os fundamentos das penas.

Já os **pressupostos da pena** também são dois:

- 1) Culpa → baseando-se na nossa OJ, conclui que a pena tem como pressuposto a culpa, pois esta deriva da dignidade da pessoa humana (art.1ºCRP) da qual resulta que um agente só pode ser julgado segundo a sua culpa;
- 2) Prevenção geral → apenas se podem restringir direitos fundamentais e for para salvaguardar outros interesses fundamentais, prevenindo-se a prática de crimes e para salvaguardar bens jurídicos essenciais (18ºCRP).

## ii) Teorias preventivas ou relativas

### **A pena como instrumento de prevenção**

*Contrariamente às absolutistas, as teorias relativas são, com plena propriedade, teorias de fins. Também elas reconhecem que, segundo a sua essência, a pena se traduz num mal para quem sofre. Mas como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo; para como tal se justificar tem de se usar desse mal para alcançar finalidade precípua de toda a política criminal, a **prevenção ou profilaxia criminal**. Só deste modo, se adequando o instrumento “pena” à própria função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos.*

*A **crítica geral**, proveniente dos adeptos das teorias absolutistas, que ao longo dos tempos mais se tem feito ouvir às teorias relativas é a de que, aplicando-se as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, dela se serviriam para a realização de realidades heterónomas e, nesta medida, violariam a sua eminente dignidade. Seria precisamente o seu caráter relativo que se ergueria como violação do absoluto da dignidade pessoal.*

Figueiredo Dias

Vêm dizer que o que justifica a privação da liberdade através da pena é a prevenção de futuros crimes. Com a pena visa-se evitar a prática de futuros crimes. São muitas vezes denominadas de teorias relativas, porque são relativas a um fim, ao contrário das teorias absolutas, que justificam a pena não face a um fim, mas face à prática de um crime.

A primeira pessoa a expor este problema foi PROTÁGORAS (numa discussão com Platão). Estas teorias preventivas por sua vez dividem-se em dois tipos:

#### **1. Teorias da prevenção geral**

Segundo estas o fim da pena é evitar a criminalidade por parte de todos os indivíduos, o fim da pena é motivar a generalidade das pessoas a não praticarem crimes.

O principal defensor desta teoria foi FEUERBACH, séc. XIX, segundo esta teoria a pena só será racional se for para realizar um bem e esse bem traduz-se em dissuadir as pessoas da prática de crimes contribuindo dessa forma para a paz e a ordem social. Há que distinguir:

- Prevenção geral negativa - o fim de prevenir a prática de futuros crimes é alcançado intimidando as pessoas com a aplicação das penas.

Segundo FEUERBACH, o fim do Estado é o de assegurar que cada um possa exercer os seus direitos em segurança, sem ofensas por parte dos demais. Os meios para prevenir as ofensas aos direitos de cada um haverão de ser de natureza psicológica, as ameaças de castigo, da sujeição a penas pelas ofensas que vierem a ser praticadas, pois que os de ordem física seriam impraticáveis, dado que seria necessário colocar todos os cidadãos na cadeia para se ficar certo

de que não cometeriam crimes. Esta função intimidatória pode não resultar tanto da gravidade da sanção, mas também e sobretudo, da certeza ou grande probabilidade da sua aplicação.

- Prevenção geral positiva ou integradora - as teorias da prevenção geral positiva realçam a importância da educação e integração, na reafirmação dos valores comunitariamente assumidos, na prevenção pela integração. O fim de prevenir a prática de futuros crimes pode ser alcançado reafirmando a eficácia do direito com a aplicação da pena, ao aplicar uma pena está-se a demonstrar à sociedade que o direito tem aplicação e é dessa forma que conseguimos evitar futuros crimes.

### **Críticas**

- KANT - vem dizer que esta teoria reduz o homem, que é um fim em si, à condição de simples meio. Esta teoria põe em causa a dignidade da pessoa humana porque está a utilizar o homem como meio para as intenções de outrem, está a instrumentalizar o homem, castigando o homem não em consideração a ele próprio mas em consideração de outros. KANT considera que não se pode justificar o poder punitivo do estado apenas nas suas consequências.
- Pode levar à coroação do chamando direito criminal objetivista, isto é, baseado no resultado e não na culpa do agente. Ora o direito penal não pode orientar-se apenas pelo seu resultado, um direito penal face a um princípio fundamental que é o princípio da culpa, deve orientar-se em função da maior ou menor culpa do agente e não em função de um resultado intimidatório.
- Tem que ver com o facto de não se poder calcular o efeito intimidatório de uma pena, e se não é possível calcular qual é o efeito intimidatório não se fixam limites ao poder político, isso legitimaria penas indeterminadas é isso não é possível, contrária à dignidade da pessoa humana.

### **2. Teorias da prevenção especial**

Assenta sobre a ideia de que a aplicação da pena ao agente do crime serve para evitar que esse agente venha a cometer novos crimes no futuro. O fim da pena seria evitar a futura delinquência relativamente àquele que foi sujeito à pena, quer pelo medo de repetir o sofrimento em que a pena se traduz, quer pela sua conversão ao respeito dos valores que as leis penais tutelam.

Para estas a pena visa evitar a prática de futuros crimes, mas já não por parte de todos, mas por parte do delinquente que sofre a pena.

VON LISZT defende que a pena visa evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio delinquente a que se aplica a pena é esse evitar pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível (ressocializar o delinquente); intimidando o delinquente; e, por último, tornar inofensivo o delinquente pela aplicação da pena privativa da liberdade.

## Críticas

- Esta teoria não explica a punibilidade dos chamados crimes ocasionais que se caracterizam por não haver perigo de repetição, nestes não haveria a necessidade de prevenir a prática de futuros crimes porque o que os caracteriza é a ocasionalidade. Nesta categoria de crimes incluem-se os crimes passionais.
- Com esta teoria passa a ser possível uma pena indeterminada, podemos estar perante um delinquente considerado perigoso, para prevenir, estará indeterminadamente na prisão. Contraria o princípio da culpa e da liberdade.
- Com esta teoria deixa de fazer sentido uma distinção fundamental entre penas e medidas de segurança, as medidas de segurança são as sanções criminais que se aplicam aos imputáveis. Ora se de acordo com a teoria o que justifica a aplicação da pena é a perigosidade, esta existe quer nos imputáveis como nos imputáveis.
- Através da investigação empírica que existe, até agora não é possível apoiar em dados seguros a prognose sobre a delinquência futura.

### iii) Teorias mistas ou unificadoras

*A maioria das doutrinas sobre os fins das penas radica em tentativas, as mais variadas, de **combinar**, sob diversos pontos de vista, algumas ou todas as doutrinas de atrás ficam referenciadas.*

#### **Teorias em que reentra a ideia de retribuição**

*Uma pena retributiva no seio da qual procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção, geral ou especial, como o de uma pena preventiva através da justa retribuição.*

#### **Teorias da prevenção integral**

*O ponto de partida é o de que a combinação ou unificação das finalidades da pena só pode ocorrer a nível de prevenção, geral e especial, com exclusão de qualquer ressonância retributiva, expiatória ou compensatória. Esta conceção deve ser globalmente recusada. É denominador comum de todas as doutrinas a recusa do pensamento da culpa e do seu princípio como limite do problema: ou porque procuram substituí-lo pela categoria da perigosidade ou, como modernamente sucede com frequência, peço princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, o por uma manipulação da ideia de culpa como meio derivado da prevenção.*

Figueiredo Dias

### Teoria unificadora preventiva – Roxin e as três fases do funcionamento do Direito Penal

O melhor penalista mundial, defende a teoria unificadora preventiva, denominando-a como **teoria unificadora dialética**. A ideia principal subjacente é a prevenção.

Roxin começa por fazer uma crítica mais ou menos pormenorizada das três doutrinas e chega à conclusão de que nenhuma delas serve. Assim, tenta fazer uma construção pessoal, distinguindo no funcionamento do Direito Penal vários níveis desse mesmo funcionamento e discute se a questão dos fins das penas não deverá ser vista, fundamentalmente, em função da distinção das três fases em que o Estado enfrenta o indivíduo com o Direito Penal.

O direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras:

**1) No momento da ameaça** – encontra-se com ele ameaçando-o com penas através das disposições legais (máxime as que estão presentes no Código Penal):

O que pode, para Roxin, justificar a fase da ameaça é a necessidade que o Estado tem de proteger bens jurídicos essenciais, de forma a alcançar uma vida comum ordenada. Deste fim, o autor retira que:

- O Estado só poderá ameaçar com uma pena quando estejam em causa bens jurídicos essenciais (se forem morais já não deve atuar) e tem de se demonstrar que essa atuação seja essencial/indispensável → duas restrições à ameaça penal;
- Os bens jurídicos essenciais conseguem proteger-se através da prevenção;
- O direito penal também protege bens jurídicos supra individuais (ex.: ambiente), por forma a garantir a dignidade do Estado Social, bem como garantir ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade.

**2) No momento da aplicação da pena** – depois da fase da lei escrita, será a fase da condenação, onde se pretende condenar quando a lei ameaçadora não foi suficiente; há que justificar a aplicação da pena através das sentenças:

- Em primeiro lugar, a finalidade da aplicação da pena demonstra que o fim da ameaça penal se concretiza ou tem eficácia;
- Por outro lado, o fim da aplicação será, também, proteger bens jurídicos essenciais;
- No entanto, na fase da aplicação não basta este fim, há que harmonizá-lo com a dignidade da pessoa humana (agente) e com a proteção dela;
- Mas como? Se o agente for julgado de acordo com a sua culpa e não de acordo com a sua utilidade, foge-se à crítica da teoria da prevenção global.

O problema prende-se com o conceito social de culpa – para Roxin a culpa que interessa é a culpa que os outros pensam que o agente tem (isto é, a culpa que a sociedade atribui àquele agente).

A professora Bárbara Sousa e Brito discorda com esta ideia – a culpa deve ser um juízo de censura de desvalor que se faz ao agente. Na aplicação da pena tem de se ter em conta o fim de evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio agente.

**3) No momento de execução da pena**

Para Roxin, a única execução que interessa é a socializadora – o fim da execução da pena é socializar o público – este é o fim último, mas que tem como limite a culpa e tem de respeitar a personalidade do arguido.

Resposta única e conclusiva para os 3 momentos: o fim das penas é a proteção subsidiária de bens jurídicos, individuais e sociais, mediante a prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade do agente no quadro traçado pela medida da culpa.

### Síntese

Momento	Razão de ser	Fim / finalidade
<b>1º) ameaça penal</b>	É um comportamento considerado crime, à luz do conceito material de crime (existência de um comportamento com as características necessárias para que seja valorado como crime, correspondendo-lhe uma pena).	O fim central é proteger os bens jurídicos fundamentais, através da prevenção – única forma de tutelar a ameaça. “se alguém violar x, sofre a ameaça penal y” – prevenção geral positiva (Roxin prefere a negativa).
<b>2º) aplicação da pena (através da sentença)</b>	A razão de ser da sentença é ter havido a prática de um facto considerado crime.	Um dos fins centrais é a prevenção da prática de futuros crimes por parte do próprio; o outro fim é retribuir a culpa (a culpa vai ser o limite da pena na fase da sentença).
<b>3º) execução da pena</b>	Tanto a razão de ser como a finalidade são a mesma: a socialização do indivíduo, isto é, a reinserção social.	

### *Finalidades e limites das penas criminais*

*A base da solução para o problema dos fins da pena reside em que estes só podem ter natureza preventiva, não natureza retributiva.*

Figueiredo Dias

### Fins das penas face à ordem jurídica portuguesa

Quais os fins das penas presentes nos arts.40º, nº1 e 2 e no art.71º CP?

Art.40º: O legislador está centrado na fase da aplicação. Quando refere a proteção de bens jurídicos, está aqui plasmada a teoria da prevenção, a aplicação da pena só pode proteger bens jurídicos, não o que já aconteceu, mas próximos. Quando refere a reintegração do agente na sociedade, está presente a ideia de prevenção especial e de recuperação.

Artigo 71º - o juiz deve ter em conta fins da pena na aplicação de determinada medida, nomeadamente a culpa. Está presente a teoria da reparação.

## Medidas de segurança

A medida de segurança traduz a reação à perigosidade do agente e, por isso, pode mesmo ser aplicada a agentes de factos objetivamente ilícitos, mas em que o agente atua sem culpa, porque é inimputável.

Quem está sujeito a medidas de segurança são os **incapazes de culpa**, nomeadamente os inimputáveis. Por isso, a medida de segurança, tem como pressuposta a prática de um facto ilícito não culposo e deve-se basear na perigosidade do agente apoiada no receio fundado na prática de outros fatos típicos graves. Por isso não têm um limite de 25 anos, podem ser mais. Mas traduzem-se em internamentos em hospitais psiquiátricos, por exemplo, é no acompanhamento pela psiquiatra responsável.

As medidas de segurança têm como finalidade genérica a prevenção especial, a prevenção do cometimento de futuros crimes por parte do agente. Esta prevenção especial tem em vista não só a ressocialização do agente, mas também a função socializadora no sentido de transmitir um sentimento de segurança à sociedade e por isso a prevenção geral não possui autonomia nas medidas de segurança, mas há que tê-la em conta.

Por isso, o crime tem, para a aplicação das medidas de segurança, valor sintomático e de prova, mas nunca é o fundamento dessas medidas.

A finalidade das medidas de segurança é a prevenção especial, mas tem colateralmente um efeito de prevenção geral. Isto vai ter consequências na determinação da medida de segurança, para determinar a medida de segurança deve ter-se em conta a perigosidade do agente. (Art.91º n.1), acrescenta ainda no nº2 que não pode exceder em mais de 4 anos o limite máximo da pena legal. Mas este limite estabelecido pelo legislador é só no caso do primeiro internamento, se não for o primeiro já não há este limite e por isso pode durar mais.

A impossibilidade de justificar as medidas de segurança só pela utilidade social é comprovada pela circunstância de que não podem haver medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada (art.30º CRP).

### IV. Os princípios de garantia com incidência penal.

Os princípios são orientadores e, contrariamente às regras jurídicas, não regulam o comportamento de forma total – orientam-no, estabelecendo determinados fins que devem ser atingidos, tanto quanto possível. São normas com um elevado grau de generalidade (não comportam exceção, podem é comportar restrição em favor de outro).

Os princípios de garantia com incidência penal são princípios quanto ao conteúdo das penas.

### **a. Princípio da subsidiariedade do direito penal**

Este princípio, que pode ser chamado de máxima restrição das penas ou de intervenção mínima do Estado em matéria penal.

Uma das funções fundamentais do Estado português, segundo a Constituição, é o respeito pelos direitos individuais (art.2º). Esta função e consagração do princípio, encontra-se em vários preceitos constitucionais:

- Art.18º, nº 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”.
- Art.18º, nº3: “As leis restritivas têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Podemos então concluir que hoje há uma verdadeira imposição constitucional no sentido de restringir o mais possível a intervenção do direito penal, na medida em que ela significa uma importante redução do conteúdo dos direitos individuais.

O significado de “mínimo ético” protege uma certa sociedade. Embora não possamos esquecer que o conteúdo essencial do direito penal varia em relação ao tempo – um exemplo disto é o homicídio, que antes valia dezasseis a vinte anos de prisão e hoje vale oito a dezasseis.

Para concluir: o direito penal só deve ser usado quando esse uso se revele essencial, por um lado, e quando for eficiente, por outro. Quer isto dizer que em princípio só deve proteger bens jurídicos fundamentais. No entanto, é evidente que a definição destes “bens jurídicos essenciais” está estreitamente ligada às formas dominantes da sociedade e varia de sistema para sistema.

### **b. Princípio da culpa – não há pena sem culpa**

Entende-se que este princípio é um dos que deriva da própria Constituição. No entanto, apresenta problemas:

- 1) Quanto ao seu significado – o termo *culpa* é frequentemente usado em dois sentidos:
  - a. Não possibilidade de em direito penal haver responsabilidade objetiva (arts.13º e 18º );
  - b. “intenção criminosa ou culpa” – que respeitam ao fundamento subjetivo que a responsabilidade criminal tem sempre de ter, sendo por isso sinónimo de dolo ou negligência.

Quer isto dizer que um dos possíveis sentidos de culpa é não haver responsabilidade objetiva, ou seja, para que seja responsável a pessoa tem de ter todo uma falta subjetiva (intenção de fazer algo ou descuido ao fazer algo) em princípio lícita.

Neste sentido devemos usar a terminologia “princípio da responsabilidade subjetiva” e deixar de lado a de “princípio da culpa”.

Outro sentido, mais restrito, do termo é que não pode ter responsabilidade criminal quem não tiver liberdade de entendimento e de decisão. Isto é: os inimputáveis, em princípio, não são responsáveis criminalmente (não são censuráveis porque não sabem o que fazem ou não adianta puni-las porque isso não tem impactos sociais e seria considerado injusto).

#### Conclusão:

- Não deve haver responsabilidade objetiva no direito penal;
- As pessoas não devem ser responsabilizadas criminalmente se forem inimputáveis;
- É necessário dolo ou negligência para que uma pessoa seja criminalmente responsabilizada;
- É também preciso que essa pessoa tenha agido com a suficiente liberdade para que possa ser censurada ou para valer a pena puni-la.

Dr. Sousa Brito: o princípio da culpa terá que ver com a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente afirmada.

#### **c. Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima do Direito Penal, significa que este ramo do Direito, dado que restringe direitos fundamentais, só deve operar quando seja necessário e quando não exista mais nenhuma forma de salvaguardar bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

#### **d. Princípio do «facto»**

A perigosidade tem que ser aferida após a prática de um ilícito típico, ou seja, não podem ser aplicadas medidas de segurança com base em puras especulações. Tem que haver uma lesão de um bem jurídico ou pelo menos a sua colocação em perigo, para que tais medidas possam ser aplicadas. Este princípio concretiza a ideia de que vigora entre nós um direito penal do facto e não do agente.

#### **e. Princípio da humanidade (das penas)**

De acordo com o art.25º da CRP, há uma ideia de humanidade das penas. Neste caso a humanidade contrapõe-se ao seu significado histórico, como proibição da pena de morte ou da prisão perpétua (também consagrada no art.24CRP).

#### **f. Princípio da legalidade – *não há crime nem lei sem lei certa, escrita e prévia.***

Este é um princípio que vamos analisar a pormenor no âmbito da aplicação da lei. Mas numa rápida abordagem, podemos dizer que abrange, por um lado, a máxima restrição das penas e medidas de segurança e, por outro, tem implicações próprias.

Atualmente, com força constitucional, significa, este princípio, que a lei penal não pode ser aplicada retroativamente, exceto quando isso beneficie o reu, e por outro

lado, que as leis incriminadoras não podem ser interpretadas de forma extensiva, nem podem ser as suas lacunas por analogia. Significa isto que não pode vir uma lei ordinária dizer que afinal a lei penal se pode aplicar retroativamente.

A função do princípio da legalidade é proteger os direitos individuais (dos cidadãos) das penas, ou seja, garantir os direitos dos cidadãos face ao poder punitivo do Estado. Como? Não permitindo que se surpreenda o cidadão com a criminalização de condutas com as quais não possa contar – cria a certeza jurídica e a segurança.

#### V. A delimitação do direito penal dos outros ramos do direito.

É importante determinar se certos preceitos são ou não direito penal, sendo que a importância fundamental desta questão respeita essencialmente aos direitos, liberdades e garantias individuais – a Constituição tem preceitos a propósito destes que preveem limitações ao legislador ordinário a respeito de matéria penal.

Para sabermos se são ou não direito penal, importa saber se eles estão ou não sujeitos às limitações impostas pela própria Constituição, como lei ordinária que, eventualmente, sejam. Obviamente existem outras limitações, especiais e concretas, quando se trata da lei criminal propriamente dita (ou seja, quanto ao que se refira a crimes).

#### Direito penal e outros ramos do direito

É preciso distinguir o direito criminal do direito civil, do administrativo, do fiscal e assim sucessivamente.

#### Direito penal como parte do direito público

O direito penal constitui uma parte integrante ou um ramo do direito público. No entanto, nenhuma outra disciplina jurídica como nesta uma nítida relação de supra/infra ordenação entre o Estado soberano (dotado de *ius puniendi*) e o particular submetido ao império estadual; também em mais nenhuma será visível a função estadual de preservação das condições essenciais de existência comunitária e o poder estadual de infligir pesadas consequências para a liberdade e para o património.

Tanto a doutrina do crime como a dos seus efeitos jurídicos assumem uma estreita conexão com o direito constitucional e a teoria do Estado.

#### Direito penal perante outros ramos do direito – autonomia e dependência

Para determinar de forma mais exata o lugar do direito penal dentro do sistema jurídico estadual, através da posição relativa que assume perante outros ramos, o quadro a esboçar é plurifacetado e nem sempre fácil.

... relativamente ao direito constitucional:

- ✓ O direito penal assume um carácter de dependência, análogo ao de qualquer ramo do direito ordinário;

- ✓ O relacionamento entre o direito penal e o constitucional constitui uma das questões mais complexas de toda a nossa disciplina.

*... face a outros ramos do direito ordinário (civil, administrativo, processual):*

- ✓ Uma tese vai no sentido de evidenciar o caráter dependente, acessório, subordinado ou secundário do direito penal face a estes outros ramos do direito;
- ✓ Estes seriam criadores da verdadeira ilicitude e ao direito penal pertencem a função puramente sancionatória – intervir com o arsenal dos seus meios e instrumentos próprios para sancionar certos ilícitos criados pelos outros ramos do direito;
- ✓ Intervenção essa que apenas se daria quando as sanções impostas para o ilícito por outros ramos do direito fossem ineficazes ou insuficientes.

### **Direito penal e direito civil**

É por um lado uma distinção fácil, mas por outro difícil. Se é fácil distinguir um ilícito penal de um ilícito criminal já não é tão fácil noutros pontos fazer a distinção.

### **Direito penal e direito fiscal**

Neste caso trata-se de saber se o Estado obteve a receita através da exigência de uma prestação proporcional aos ganhos de uma pessoa, por exemplo, ou não.

### **Direito disciplinar**

O que se trata de distinguir é se este direito é penal ou se não o é e o que o distingue dele, neste caso. A responsabilidade disciplinar consiste numa certa sanção aplicável a um funcionário público ou equiparado por desrespeito de uma ou várias normas no exercício da sua atividade, pelo desrespeito certas normas. Esta diz essencialmente respeito a atos que tenham que ver com o exercício das funções, o que fica um pouco aquém da ideia tradicional de responsabilidade disciplinar que poderia até abranger atos fora do exercício das funções.

As penas que podem derivar do processo disciplinar vão desde a repreensão escrita à pena de demissão.

Tradicionalmente diz-se que o direito disciplinar não é penal, não tem nada que ver com ele porque estão em causa violações de deveres profissionais e não se chega à privação de liberdade.

### **Direito penal e direito penal administrativo**

O Código Penal manteve a zona das contravenções, embora isso seja contraditório com o movimento de substituição do Direito Contravencional do Direito de Mera Ordenação Social.

## Distinção de crimes e contravenções

Contravenções	Crimes
✓ Não implicam, para quem as pratique, um juízo de censura;	✓ Implicam juízo de censura especial sobre o seu agente;
✓ A proteção por meio de contravenções é indireta, longínqua, mediata;	✓ A incriminação é uma proteção direta e imediata;

## Direito penal intraestadual e direito internacional penal

O direito penal ainda hoje é, essencialmente, direito intraestadual, encontrando a sua fonte forma e organiza na produção legislativa estadual e é aplicado por órgãos nacionais.

No final do séc. XX, contudo, assistiu-se a um incremento da relevância do direito internacional em matéria penal:

- O internacional fixa objetivos que o nacional deve seguir, apesar de a fonte deste ser de âmbito interno.
- Existem inúmeras normas de direito internacional de conteúdo jurídico-penal e de relevo indiscutíveis para a aplicação do direito penal.
- Há, também, alguns princípios de direito internacional geral ou comum que podem servir como lei penal incriminadora, de acordo com o art.29º, nº2 CRP.

A verdade é que, tanto as normas como os princípios de direito internacional vigoram na ordem jurídica portuguesa, ao lado ou acima das leis ordinárias, não por si mesmas, mas por força do art.8º CRP.

O direito penal internacional conheceu, recentemente, desenvolvimentos com a instituição dos Tribunais Internacionais Penais *ad hoc* para a Jugoslávia (TPIJ) e para a Ruanda (TPIR) com a aprovação do Estatuto do TPI (Estatuto de Roma).

O Estatuto de Roma, aprovado em 1998 por uma Assembleia de Estados sob os auspícios das Nações Unidas, visou:

- A instituição do TPI permanente (para evitar as críticas dirigidas a tribunais *had oc*) com competência para conhecer, exclusivamente, ods *delicta iuris genitum*.
- Implementar os princípios da vinculação voluntaria e da subsidiariedade.

### Vinculação voluntária:

A jurisdição dos tribunais não é imposta aos Estados, vinculando apenas os que se tornem partes no Estatuto;

Encontra a sua expressão positiva na disposição que regula os pressupostos do exercício da jurisdição – tal exercício só é possível se o Estado em cujo território

o facto tiver ocorrido ou o Estado de que a pessoa acusada é nacional, forem partes no Estatuto ou aceitem a jurisdição naquele caso (art.12º Estatuto).

#### Subsidiariedade:

De acordo com este princípio – pedra angular do Estado – o TPI só poderá exercer a sua jurisdição se os Estados com competência para conhecer do facto não o conhecerem ou não puderem fazê-lo (art.17º Estatuto).

#### Problemas suscitados pela interação europeia

No atual estado da integração, não existe ainda um direito penal comunitário, supranacional e de aplicação direta pelos Estados Membros.

O acórdão de 13-09-2005 do TJ admite expressamente que a Comunidade Europeia tem o poder de obrigar os Estados Membros a adotarem normas de índole penal “quando a aplicação dessas sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves” aos interesses que lhe estão confiados.

Pode falar-se de um *ius puniendi negativo* das instâncias comunitárias – a legitimidade para impor normas que se projetam no estreitamento ou recuo do direito penal estadual: o legislador nacional não poderá qualificar como penalmente ilícitas condutas exigidas ou autorizadas pelo direito comunitário

#### **Autonomização do direito penal relativamente aos restantes ramos do direito...**

... tem se revelado repleta de consequências, nomeadamente no que respeita à libertação dos conteúdos e das técnicas conceituais tanto em face do direito privado, como do direito público.

A tipificação de certos substratos como ilícitos jurídico-penais pode revelar maiores exigências do que as que são postas pelos restantes ramos do direito, mesmo quando os conceitos usados sejam idênticos ou similares. Em consequência, nenhum conceito extra-penal pode ser transposto para o direito pena sem antes de ter determinado se ele corresponde por inteiro à intencionalidade e à teleologia específicas do ilícito jurídico-penal.

#### **Direito de mera ordenação social**

Deriva do princípio da necessidade da pena. O direito de mera ordenação social é um ramo de direito público sancionatório. Está regulado no DL 433/82.

O que os permite distinguir:

- ➔ do ponto de vista forma, o direito de mera ordenação social recai sobre contraordenações e a consequência da contraordenação é uma coima.

O que é que distingue o ilícito criminal do ilícito contraordenacional? O que é que faz o legislador pender para um ou outro? A doutrina maioritária, onde se inclui FIGUEIREDO DIAS, defende uma distinção qualitativa: o crime distingue-se das

contraordenações de acordo com um critério qualitativo – não deve ser abrangido pelo direito penal, condutas cuja relevância ético-social é consequência das normas que as proíbem e não atinjam bens que já existam anteriormente a essas normas.

Algumas diferenças quanto ao regime:

- A sanção: para as contraordenações aplicam-se coimas, para os crimes aplicam-se penas de prisão ou multa;
- Competência para aplicar as sanções: para as coimas são as autoridades administrativas (CMVM, banco de Portugal, etc.), mas como estas sanções aplicáveis por uma entidade administrativa são por vezes muito gravosas, o que acontece é que é possível impugnar judicialmente essa decisão. Art. 59º e 61º do DL.

## TEORIA DA LEI PENAL

### I. Princípio da legalidade: história e fundamento

*Nullum crimen nulla poena sine lege.*

Não há crime nem pena sem lei. Este princípio foi introduzido por FEUERBACH em 1801. Através dos seus subprincípios vamos acrescentar não há crime nem pena sem lei escrita, certa, estrita e previa. Este princípio encontra-se no art.29º/1 e 3 e 4º CRP e no arts.1º e 2º CP.

Qualquer análise dos princípios fundamentais que hoje existem no Direito Penal português tem de começar pela Constituição.

Os princípios fundamentais característicos do Direito Penal podem ser, de certa forma, englobados num princípio geral: **o princípio da legalidade.**

- Em termos gerais, este princípio é aplicável a toda a atuação estadual, embora seja discutível se isso acontece a nível formal ou também material.
- Praticamente todos os governos ou sistemas se reclamam, na atualidade, deste princípio, segundo o qual os poderes estabelecidos são submetidos à lei.
- No direito penal este princípio é estudado de uma forma especialmente cuidada, pois assume (ou deve assumir) um significado especial para este ramo: para além da defesa geral, assume vários sentidos de característicos da limitação, a vários níveis, do poder punitivo (tendo como sentido histórico a limitação desse poder por parte do Estado)

#### Exigências do princípio:

- a. Precisão da lei penal;
- b. Não retroatividade da lei penal;

→ São dois comandos que dirigem o próprio legislador ordinário, pois cabe-lhe a ele (AR e Governo) fazer leis criminais.

- c. Garantias de defesa – é também exigência do princípio da legalidade, a nível processual, que o processo decorra com uma certa solenidade e com uma certa possibilidade de defesa do arguido.

#### Âmbito de aplicação do princípio da legalidade

Circunstâncias atenuantes e agravantes (pág 29 PDF TB)

### II. A lei: o princípio constitucional de reserva de lei.

A Constituição reserva, nos termos do art.168º, nº 1 al. c) à AR a competência para legislar sobre a definição dos crimes, das penas de segurança e dos pressupostos destes. Contudo isto é uma reserva relativa, pois a AR pode autorizar o Governo a fazer DL.

Em matéria de contraordenações, a Constituição refere-se hoje expressamente quanto à competência legislativa. Mesmo admitindo a possibilidade de o Governo poder

legislar neste âmbito, ele não pode, sob pena de inconstitucionalidade, impor penas de prisão. E quanto às multas que o Governo tenha competência para impor, não são convertíveis em prisão.

## 1. O papel do costume

O facto de o direito penal implicar lei escrita, afasta a relevância do costume como uma fonte normativa, em relação a normas incriminadoras. Estamos perante uma lei necessariamente da AR (em princípio um decreto lei não pode ser fonte de direito, exceto se houver autorização legislativa).

Por força da exigência de uma lei incriminadora e sancionatória, o art.29º CRP exclui a possibilidade de o costume funcionar como fonte de Direito Penal no nosso sistema jurídico. O juiz não pode condenar em processo crime sem apoio de lei escrita, invocando, por exemplo, a convicção social generalizada do carácter reprovável, criminoso de certo facto.

## 2. O papel da jurisprudência

Os *Assentos* em princípio também não poderão ser fonte de direito penal enquanto criadores de normas penais, apesar do seu papel importante na interpretação.

O que se disse sobre o costume não quer dizer que o costume é totalmente irrelevante no campo das leis penais. Parece impedir-se que o costume revogue uma lei criminal, mas, por outro lado, o costume jurisprudencial desempenha um importante papel na especificação do sentido de normas penais – o que muitas vezes é feito pelos tribunais, através de usos e costumes sociais.

O costume, filtrado e fixado pelos tribunais, tem um papel muito mais importante em sistemas de *common law* e no Direito Internacional comum – o costume só pode ser fonte de direito penal em Portugal com base nisto (arts.8º, nº1 e 29º CRP).

Além da conotação com o sentido vulgar das palavras, é essencial na delimitação do âmbito da norma penal, a atividade dos tribunais na aplicação da justiça. Nestes casos o que há a fazer é procurar nas decisões dos tribunais o que eles têm considerado a esse respeito e ao âmbito dessa expressão.

Isto pode parecer estranho e remeter para um sistema de precedente jurisprudencial, mas nestes casos, o sentido real, preciso e delimitado às normas incriminadoras é o *costume jurisprudencial*, ou seja, o que podemos retirar da sucessão dos vários acórdãos e sentenças sobre a aplicação a casos concretos de certa disposição legal.

Sousa Brito: dado o papel fundamental dos tribunais na delimitação das normas incriminadoras, e dado o direito à liberdade, segurança e igualdade de aplicação da justiça, garantido pela Constituição, os tribunais serão obrigados a fundamentar uma decisão jurisprudencial quando se trata da aplicação de normas que divergem radicalmente na orientação (da doutrina).

### 3. O papel da doutrina

O papel da doutrina releva, para a lei penal, em situações em que é possível adotar mais que uma posição, em que é necessário interpretar conceitos.

#### III. A tipicidade das normas penais. A lei penal em branco

O atual conteúdo do princípio legalidade exige que as leis penais sejam, por um lado, precisas (que o seu sentido seja delimitado ou facilmente delimitável). Este princípio exclui a constitucionalidade das leis penais vagas ou imprecisas e, designadamente, daquilo a que chamamos **leis penais em branco**.

Há várias definições possíveis para o que seja uma lei penal em branco, embora no seu sentido técnico, mais próprio, será a que remete para uma fonte normativa de valor hierárquico inferior. Por exemplo, o art.260º do CP e o art.263º do CP.

Este tipo de normas, em princípio, deve ser condenado ou afastado, pois contrariam a necessidade de precisão exigida pelo princípio da legalidade e deixam no vago ou numa instância inferior os próprios pressupostos de aplicação. Tanto a imprecisão como a remissão do conteúdo são condenáveis, devido à reserva constitucional de lei (art.168º CRP).

Mas não são apenas as normas penais em branco que contrariam a desejável ou necessária precisão da lei penal. A imprecisão de expressões utilizadas pelas normas penais apesar de inevitável é de evitar.

#### Casos mais flagrantes de imprecisão:

- ✓ Normas que preveem a punição de crimes negligentes (ex.: 136º CP);
- ✓ Normas derivadas de certos preceitos da lei penal, que se diz punirem crimes omissivos impuros;
- ✓ Art.212º CP – lista de atos expressamente proibidos e definição de concorrência desleal.

#### A necessária precisão penal e as dificuldades em consegui-la

Uma das exigências do princípio da legalidade é que a lei deve ser precisa, na medida em que uma lei vaga não assegura a proteção efetiva dos direitos individuais. Haver uma lei em relação à qual é difícil dizer que atos proíbe ou condena será um pouco semelhante a não haver nenhuma.

Sousa e Brito: “a indeterminação das precisões legais é o calcanhar de Aquiles do princípio da legalidade”.

Por muitas consagrações constitucionais que se façam ao princípio, se as normas concretamente consideradas de um sistema jurídico-penal não respeitam a exigência da precisão e de fácil delimitação, a garantia fica um pouco na sua própria formalidade e não adianta grandemente a ninguém.

A precisão é de facto difícil e podemos encontrar no CP muitas expressões cujo sentido é difícil delimitar, tendo os tribunais um papel importantíssimo neste âmbito.

## As normas penais em branco e as expressões vagas utilizadas na lei penal

Por vezes, nos vários ramos do direito, é difícil usar expressões unívocas – no direito penal também há expressões cujo uso é difícil de evitar e que comprometem a precisão da lei criminal.

Por outro lado, a própria lei incriminadora remete, por vezes, para outra fonte normativa o preenchimento dos seus próprios pressupostos.

Isto quer dizer que a lei penal em si não é clara, pois não dá imediatamente às pessoas a noção perfeita das situações e do risco que correm de sofrer uma pena consoante façam ou não certas coisas, e quer dizer também que, em última análise, quem vai definir os pressupostos de aplicação desta lei já não é a AR mas outra entidade que poderá ser uma autoridade administrativa.

Tanto no quanto à precisão da norma como quanto à reserva de competência, as **normas penais em branco** são normas que também põem em causa a efetividade do princípio da legalidade, a propósito do conteúdo da própria lei incriminadora.

O problema de indeterminação das normas é básico, geral e comprometedor do funcionamento do princípio da legalidade: este pode existir, pode estar consagrado na própria constituição, mas se as leis penais forem indeterminadas, vagas ou imprecisas, esse será o ponto fraco na efetividade prática do princípio.

A possibilidade do arbítrio do juiz será maior quando a expressão legal não seja clara (veja-se o exemplo do art.176º CP “lugar ermo”).

## A necessária conexão entre a definição da infração e a pena ou estado de perigosidade e medida de segurança

Um dos aspetos mais importantes da clareza das leis penais é este: têm de expressar conexão entre a infração-previsão e a sanção-estatuição. Pois não basta a lei determinar dado facto como proibido ou criminoso, sem ausência de especificação da pena aplicável – não haveria garantia de legalidade dada pelo art.29º CRP.

Sousa e Brito: exigência de uma *cominação expressa* das penas feita pelo art.29º, nº3 (o que significa a consagração constitucional do princípio da conexão), sendo a partir desta que se desenvolve o raciocínio que conclui pela interpretação extensiva (art.167º e) da CRP) para abranger a reserva formal de lei, contravenções e estados de perigosidade.

### IV. A interpretação da lei penal e o problema da analogia.

A nível mais concreto de aplicação da lei, de comando dirigido ao juiz, o princípio da legalidade faz, também, duas exigências:

- i) Não pode aplicar-se uma lei penal incriminadora por analogia
- ii) Não pode fazer-se interpretação extensiva dessa lei incriminadora

Se estes dois processos, um de interpretação e outro de integração de lacunas, são comuns e normais nos outros ramos do direito, no direito penal não é permitido nenhum deles. O princípio da legalidade não permite que o juiz faça uma interpretação extensiva nem uma integração de lacuna.

### Discussão em torno da proibição da analogia

Em Direito Penal, o recurso à analogia é admissível em certas circunstâncias e inadmissível noutras.

É possível recorrer à analogia quando:

- ✓ For para afastar ou diminuir a pena;
- ✓ Seja um meio de interpretação.

Não é possível recorrer à analogia quando:

- ✓ Seja para agravar a pena;
- ✓ Seja para integrar uma lacuna num crime legalmente previsto.

### Necessidade da interpretação

- Art.131º CP → este é um exemplo de uma pena que não é fixa (pode variar de 8 a 16 anos), o que quer dizer que o juiz tem de escolher um período de tempo compreendido neste intervalo.
- *Interpretar* quer dizer *descobrir o sentido de qualquer coisa*.
- Há frequentes problemas levantados na interpretação, pois as normas nem sempre são claras e precisas.

### Interpretação das leis penais

A interpretação é um processo de conhecimento que obedece a regras:

- ✓ Lógicas
- ✓ Jurídicas
- ✓ Jurídico-penais

O CP atual não faz qualquer referência à interpretação extensiva, embora delimite o recurso à analogia no art.1º, nº3 CP. Contudo, se olharmos para o art.29º, nº3 CRP concluímos que não se podem aplicar penas nem medidas de segurança privativas de liberdade que não estejam expressamente consagradas na lei.

### Discussão em torno da proibição da interpretação extensiva

Se não há dúvidas que em direito penal a integração de lacunas por analogia não é possível, pois este ramo deve ter uma intervenção mínima (na medida em que constitui uma ameaça para os direitos individuais), já quanto à interpretação extensiva a admissibilidade é discutida.

### A solução da lei penal portuguesa

A questão da interpretação da lei pena portuguesa está contida em dois preceitos:

- ✓ Pela negativa, no art.1º, nº3 do CP
- ✓ Pela positiva, no art.29º, nº3 da CRP – formula-se o princípio da legalidade (daí a referência à lei anterior) e define o dever de as penas ou medidas de segurança estarem expressamente cominadas.

O termo “*cominadas*”, referido na norma constitucional, estabelece a ligação das penas e medidas de segurança com a definição dos crimes e respetivos pressupostos. A lei anterior tem de declarar punível a ação ou omissão.

Quanto ao termo “*expressamente*”, deve por ele entender-se o que é dito nas palavras da lei, o comunicado por elas com o seu limitado conteúdo social ou técnico de significações.

Logo, expressamente cominadas = traduzidas (as penas e medidas de segurança em conexão com os pressupostos respetivos) explicitamente em palavras e contendo-se nos limites delas (sentido denotativo apenas).

#### Conclusão:

- ➔ Só são constitucionalmente admissíveis as penas e medidas de segurança que estejam traduzidas explicitamente em palavras de uma lei anterior;
- ➔ A interpretação tem como limite externo o sentido possível delas;
- ➔ A Constituição admite interpretação extensiva em direito penal até ao limite do “sentido literal possível”;

#### O âmbito de aplicação da proibição do art.29º, nº3 CRP e no art.1º, nº3 CP

É também discutido em relação a quê tais artigos proíbem a analogia e a interpretação extensiva.

Cavaleiro de Ferreira: devia apenas ser aplicável às normas incriminadoras, no sentido estrito da palavra, havendo também outros preceitos que impunham este tipo de proibição.

Eduardo Correia, Figueiredo Dias e Beleza dos Santos: apenas se aplicava a normas incriminadoras.

Sousa e Brito: aplicável às normas incriminadoras e a todas as normas que impunha, de alguma maneira, a responsabilidade criminal – as normas positivas. Tanto as normas incriminadoras como as que determinem penas, como as que impunham agravantes e eventualmente até as que dissessem respeito a condições de punibilidade.

## V. Âmbito de aplicação temporal da lei penal.

### 1) O princípio da não retroatividade da lei penal e a aplicação retroativa da lei penal mais favorável.

Esta é uma das exigências do princípio da legalidade – à lei penal incriminadora não pode atribuir-se eficácia retroativa, de acordo com o art.29º CRP.

Ao lado do princípio da não retroatividade princípio de aplicação surge o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao agente – art.2º, nº2 e 4 CP + art.29º, nº4, 2ª parte CRP. Já não decorre do princípio da legalidade, pois há um tratamento favorável do agente, quando a lei se possa aplicar a factos anteriores. Resulta, então, do princípio da necessidade da pena ou da intervenção mínima do direito penal e do princípio da igualdade (aquela conduta merecia um tratamento mais favorável). É desejável que as pessoas que praticam atos idênticos tenham consequências idênticas.

*Lei penal mais favorável – quando?*

- i) Quando a punição é mais leve (art.2º. nº4 CP);  
ou
- ii) Quando a lei nova elimina essa infração (o facto que era considerado crime pela lei antiga, deixa de o ser pela lei nova – art.2º, nº2 CP e art.29º, nº4 segunda parte CRP);
  - ou a norma penal que previa aquele crime desaparece sem ser substituída por qualquer outra
  - ou apesar de não ser eliminada, o facto concreto deixa de ser punível porque surge uma nova causa de exclusão da ilicitude (ex.: o aborto deixou de ser considerado crime se feito até à 12ª semana de gestação, isto é uma causa de exclusão da ilicitude).

Para determinar a lei mais favorável, não se deve apenas confrontar as duas leis mas sim referir um facto efetivamente praticado – o caso *sub judice*.

Leis em confronto no momento da execução da pena:

- De acordo com o art.2º, nº4 CP – se é mais leve aplica-se a lei nova.
- Se já houve transito em julgado:
  - se face à lei nova o limite máximo a aplicar ao crime for menor que a pena concreta aplicada ao agente, nesse caso a pena é automaticamente reduzida ao limite máximo da lei nova (o limite máximo será então menor que a pena aplicada, havendo uma redução imediata desta).
  - O agente pode recorrer ao tribunal para recalcular a medida da pena à luz da lei nova, ao abrigo do art.37º, nº1 CP.
  - Se a lei apenas altera a moldura penal para melhor, aplica-se o art.371º A CP que determina que a medida da pena deve ser calculada à luz da lei nova.

É também discutido em relação a quê tais artigos proíbem a analogia e a interpretação extensiva:

- Cavaleiro de Ferreira: devia apenas ser aplicável às normas incriminadoras, no sentido estrito da palavra, havendo também outros preceitos que impunham este tipo de proibição.
- Eduardo Correia, Figueiredo Dias e Beleza dos Santos: apenas se aplicava a normas incriminadoras.
- Sousa e Brito: aplicável às normas incriminadoras e a todas as normas que impunha, de alguma maneira, a responsabilidade criminal – as normas positivas. Tanto as normas incriminadoras como as que determinem penas, como as que impunham agravantes e eventualmente até as que dissessem respeito a condições de punibilidade.

## 2) A questão das penas temporárias e das leis de emergência.

As leis de emergência ou temporárias têm um período de vigência determinado que vigora num espaço de tempo limitado face a situações excecionais e, esse prazo ou resulta expressamente da lei ou da verificação de circunstâncias excecionais.

Como o próprio nome indica, aplicam-se a situações de emergência, temporárias ou de anomalia.

**Regime** – art.2º, nº3 CP:

- O facto praticado durante a vigência de uma lei de emergência, continua a ser avaliado à luz dela, mesmo que o julgamento seja posterior;

Questão doutrinária: mas isto não é inconstitucional?

Se o que era considerado crime deixou de o ser, porque é que vamos aplicar uma lei de emergência?

Para maior parte da doutrina, as leis temporárias têm aplicação aos factos praticados durante a vigência da lei, mesmo que julgados em momento posterior ao da vigência.

### **Lei penal intermédia**

→ Neste caso, o início da vigência é posterior ao momento da prática do facto e o termo da vigência é anterior ao julgamento. Logo, a lei não se encontra em vigor nem no momento da prática da ação nem no momento do julgamento.

### **Aplicação no tempo de leis sobre prescrição**

Um problema que usualmente se levanta a propósito da aplicação temporal da lei é o problema da aplicação das leis respeitantes à prescrição, seja ela de execução de penas seja ela do procedimento criminal.

## **Alteração do prazo de prescrição do procedimento criminal**

Há uma discussão teórica infundável: se a prescrição tem natureza adjetiva ou substantiva, pois consoante a natureza, varia a resposta quanto à aplicação no tempo das referidas leis.

Se um prazo já correu e, portanto, já se extinguiu o procedimento criminal, uma lei não pode vir retroativamente reabrir esse prazo mais longo.

Mas se um prazo ainda está a correr e uma lei vier estabelecer um prazo mais curto a sua aplicação deve ser imediata, como estabelecido por Assento do STJ.

O que levanta mais problemas é a aplicação imediata de uma lei que estabeleça um prazo mais longo – isto vai contrariar a proibição da aplicação retroativa de uma lei desfavorável? Tudo depende de se há ou não aplicação retroativa ou se haveria apenas uma solução imediata, na medida em que o prazo apenas se contaria daí para a frente. O Assento não apresenta uma solução para este problema. É um assunto que tem sido debatido na doutrina:

Cavaleiro Ferreira: aplicação imediata da lei nova (é um simples facto que ainda não produziu consequências jurídicas);

Eduardo Correia: aplicação imediata da lei nova (“não há aqui nenhum problema de retroatividade”).

Teresa Belezza: uma lei que alongue o prazo de prescrição só deve ser aplicada aos crimes que sejam cometidos depois da sua entrada em vigor, não se aplicando a lei nova a um prazo que já esteja a decorrer, pois aplicar uma lei nova que alarga o prazo de prescrição a um crime anterior à fixação do novo prazo viola o princípio da legalidade.

### Momento da prática da infração

Um dos problemas que se põe na questão da aplicação da lei penal no tempo, independentemente do tipo de lei de que se trate, é a determinação do momento em que o facto foi praticado.

Há várias soluções possíveis para a determinação do momento em que determinada infração foi cometida para efeitos de aplicação da lei penal no tempo:

- Relativamente aos crimes que constituem certa atividade ou omissão, independentemente de qualquer resultado, a resposta é lógica: é o momento da ação ou omissão;
- Mas quanto aos crimes que consistem essencialmente na produção de um certo resultado, após a ação praticada os cenários possíveis são vários (exemplo: se alguém dá um tiro hoje, a pessoa pode morrer amanhã, daqui a um mês ou nem morrer) – nestas situações o crime só se realiza, só se consuma, quando está preenchido o **tipo de crime**, quando se verifica o resultado. Assim, logicamente, para efeitos de aplicação da lei penal no tempo, considera-se o momento da

prática da ação – de acordo com o nº3 do CP há uma solução expressa para esta aplicação temporal.

### Restrições à liberdade interpretativa do juiz

A proibição da analogia relaciona-se com a ideia de proteção do direito individual. Se um juiz pudesse recorrer à analogia para criar novos tipos de crimes semelhantes aos da lei escrita, isso queria dizer que um membro do poder judicial estaria a usurpar o poder legislativo.

A proibição da interpretação restritiva hoje ultrapassou-se, dizendo-se que ela é uma norma incriminadora na medida em que restringe o campo de aplicação de uma norma gravosa para o indivíduo.

Beccaria defende que é muito perigoso consultar o espírito da lei, porque isso vai fazer com que a aplicação da lei penal dependa da lógica do juiz.

### VI. Âmbito de aplicação espacial da lei penal.

Apesar de a designação “aplicação da lei penal no espaço” ser a usada no art.4º CP esta não é a mais feliz, pois não se trata de averiguar onde a lei penal portuguesa é aplicável, mas sim a que infrações é aplicável. Não é realmente uma questão de definir em que espaço se aplica, pois, a lei portuguesa, será sempre aplicada pelos tribunais portugueses em Portugal – trata-se de saber a que infrações a podemos aplicar.

Trata-se de se saber se uma autoridade portuguesa, se o território português, vai ou não poder julgar aquela pessoa por aquela infração que cometeu – art.6º, nº2.

A todas as leis que regulam a aplicação da lei penal no espaço que regulam a possibilidade de aplicabilidade de lei estrangeira pelos tribunais portugueses e que regulam a cooperação judiciária internacional penal (entre autoridades portuguesas e estrangeiras).

#### A determinação do lugar da prática do facto – art.7º CP

O critério que deve ser utilizado para se saber se determinada infração foi ou não efetivamente cometida em Portugal: de acordo com a letra do art.7º do CP, considera-se o ***lugar da prática do crime***:

- ✓ não só aquele em que foi desenvolvida uma certa atividade que esteve na base de determinado crime (como também o local em que não foi desenvolvida essa atividade – crimes omissivos);
- ✓ mas também o lugar em que o resultado se produziu.

Isto quer dizer que quer seja em Portugal que se tenha levado a cabo a atividade (ou omitido a atividade a que se estava obrigado), quer apenas se tenha produzido em Portugal um resultado típico (quanto a crimes de resultado), deve considerar-se o facto-crime cometido em Portugal para efeitos de aplicação da regra da territorialidade.

O legislador considera que tanto a situações em que o agente atuou em Portugal, tanto a situações em que o resultado (apenas) se deu em Portugal, se aplica a lei penal portuguesa – **teoria da obliquidade**.

Quanto a este problema de determinação do local da prática do facto podem verificar-se (também) situações de sucessão temporal de leis. Também aqui tem lugar a proibição da retroatividade das leis penais – desfavoráveis (art.7º).

Segundo a CRP (art.5º, nº 1 e 2) o território português compreende “historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira”. Consideram-se também território português (art.4º, nº3 al. b)) os navios e as aeronaves portuguesas (isto é, registadas em Portugal).

## 1. Princípio da territorialidade

O art.4º do CP define um princípio fundamental, segundo o qual a todas as infrações praticadas em território português, em princípio, é aplicada a lei penal portuguesa – a ressalva é a existência de tratado ou convenção em contrário.

De acordo com este princípio, independentemente da nacionalidade do infrator, salvo tratado ou convenção em contrário, aplica-se a lei penal portuguesa a todas as infrações que sejam praticadas no território português.

**Extensão do território – princípio do pavilhão:** há uma soberania que vai além do território físico, do sentido corrente de território.

- ✓ Na alínea b) do art.4º estende-se a aplicação a crimes praticados a bordo de navios portugueses ou aeronaves portuguesas, o que significa que para efeitos de aplicação do CP, o território desses navios e aeronaves se considera português.

Fundamento do princípio: este princípio é uma razão de ordem prática, ou seja, se o facto é praticado em território português, é neste território que devem verificar-se os fins das penas (desse facto).

## 2. Princípio da nacionalidade

De acordo com o princípio da nacionalidade ativa e passiva, a lei portuguesa é aplicável a factos cometidos fora do território nacional por portugueses que vivam habitualmente em Portugal ao tempo da prática do crime (portugueses com residência habitual em Portugal e contra portugueses).

O objetivo é abarcar situações de fraude à lei (ex.: portuguesa que vai a Inglaterra abortar na 12ª semana). Se o infrator for descoberto em Portugal, aplica-se a lei portuguesa com fundamento no art.5º, al. b) do CP.

### 2.1. Princípio da nacionalidade ativa (nacionalidade do agente)

Estamos perante um princípio complementar ao da territorialidade, princípio este geral que resulta dos arts.4º e 7º do CP. Esta é uma regra adicional à anterior,

segundo a qual, em princípio, a qualquer infração cometida por cidadão de nacionalidade portuguesa, se aplica a lei portuguesa.

De acordo com este princípio, a lei penal portuguesa aplica-se a qualquer crime cometido fora do território nacional desde que o agente seja encontrado em Portugal, o facto esteja previsto na legislação penal do país onde foi praticado, que admita extradição e que esta não possa ser concedida (seja porque não foi requerida ou porque não é possível ser requerida).

Há uma dúvida doutrinária: punibilidade em concreto ou punibilidade em abstrato. Fernanda Palma defende a punibilidade em abstrato.

Art.4º, nº1 al. c): compreende não só a vertente ativa do princípio da nacionalidade, mas também o seu lado passivo – a nacionalidade da vítima também é fundamento de aplicabilidade da nossa lei penal ao crime cometido contra ela.

#### Condições de aplicabilidade:

Quanto a um cidadão português que cometa um crime no estrangeiro, há restrições e condições:

- ✓ Art.5º, al. c): o criminoso ou delincente tem de ser encontrado em Portugal (para que se possa abrir um processo em relação a um individuo português que tenha praticado um crime no estrangeiro) → condição objetiva de punibilidade (não faz muito sentido que se condene em Portugal um criminoso que praticou o crime no estrangeiro e aí permaneceu);
- ✓ Art.5º, al. c): o facto ser punível também no país onde foi praticado (é requisito de punibilidade a circunstância de ser punível onde foi praticado) embora se ressalve esta condição em caso de nesse lugar não se exercer poder punitivo.
- ✓ Art.5º, al. c): deve tratar-se de crimes que admitam a extradição e ela não possa ser concedida → os portugueses nunca podem ser extraditados de Portugal (33º CRP).

#### **2.2. O princípio da nacionalidade passiva (nacionalidade da vítima).**

O art.5º CP prevê ainda a aplicação da lei penal portuguesa a factos praticados fora do território português *por estrangeiro contra portugueses*, sujeitando a sua aplicação às três condições acima mencionadas: terá o crime de admitir extradição (dado que é praticado por estrangeiro) e ela não poder ser concedida → al. d), nº1 art.5º.

De acordo com este princípio, pode aplicar-se a lei penal portuguesa a crimes cometidos por portugueses ou por estrangeiros contra portugueses, desde que esses estrangeiros possam ser encontrados em Portugal, que a legislação do seu país preveja esse facto como crime e desde que se admita a extradição, mas esta não possa ser concedida.

### 2.3. *Ne bis in idem* – art.6ºCP

Este requisito exige que o agente não tenha sido julgado noutra país pela prática do facto e que não tenham cumprido pena por ele. Este artigo espelha a regra do art.29º, nº5 da CRP.

Se um individuo português cometeu um crime num outro país, foi aí julgado e condenado, cumprindo aí a sua pena, já não vai ser julgado em Portugal. No entanto, caso ele tivesse aí sido julgado e condenado, mas depois tenha fugido, sem cumprir a pena, pode em Portugal abrir-se um processo, instaurando-se um novo processo crime, e é julgado pelo mesmo crime – neste caso desconta-se da pena que lhe for aplicada a que já cumpriu (pois ele já sofreu uma parte da pena e não é justo que sofra outra vez a pena na sua totalidade).

Por outro lado, segundo o art.29º da CRP, “ninguém pode ser jugado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime” e neste caso, previsto no nº4 do art.6º, há uma pessoa a ser julgada pela segunda vez pela prática de um mesmo crime – isto permite dizer que o disposto no artigo é impossível à luz da CRP? Não, pois o que está em causa neste preceito constitucional é a questão de a pessoa não sofrer duas vezes uma pena em relação a um mesmo facto, pelo que se deve entender que não há violação quando o nº4 do art.6º admite o segundo julgamento.

### 3. Princípio da defesa dos interessados nacionais.

A al. a) do nº1 do art.5º define a aplicação da lei penal portuguesa em função dos próprios interesses ofendidos pela prática de certas infrações. Os tribunais portugueses podem sempre conhecer da infração, quer seja português ou estrangeiro a praticar certo tipo de crime.

Este princípio prevê a aplicação da lei penal portuguesa aos crimes taxativamente enumerados, apesar de praticados no estrangeiro, quer por portugueses quer por estrangeiros, pois estão em causa crimes que colocam em risco bens jurídicos que constituem interesses fundamentais do Estado Português.

Importa lembrar que a estes crimes se aplica o disposto no art.6º, nº2 por força do nº3 do mesmo artigo.

#### Enumeração dos interesses protegidos:

- i. Interesses que são alicerces do funcionamento do Estado de Direito Democrático (arts.325º a 345º CP);
- ii. Interesses do Estado na confiança de circulação fiduciária (262º a 271º) – ex.: a contrafação de moeda;
- iii. Se estiverem em causa interesses de independência e integração nacionais (308º a 321º) – ex.: traição à pátria;
- iv. Quando estejam em causa interesses de segurança da comunidade ou segurança e funcionamento do Estado de Direito – ex.: burla informática e das comunicações (221º);

Críticas: há mais crimes do que os especialmente contemplados (acima referidos).

#### 4. Princípio da aplicação universal.

Já a al. c) do nº1 do art.5º contem um outro enunciado de tipos de crime cujos agentes são sempre punidos pelo direito português, qualquer que seja o território ou a nacionalidade, desde que encontrados em Portugal e não extraditáveis – trata-se de crimes que ofendam a humanidade, em geral, e Portugal obriga-se, unilateralmente, a aplicar a lei penal portuguesa, independentemente da (in)existência de convenção internacional.

De acordo com este princípio, aplica-se a lei penal portuguesa aos crimes enumerados taxativamente que sejam ofensivos da humanidade em geral, logo são bens jurídicos importantes a nível internacional.

Pode acontecer que os Estados celebrem convenções nas quais parte a parte se atribuam competência para conhecer qualquer infração.

Requisito de aplicação: a agente ser português ou estrangeiro encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue a um mandado de detenção europeu.

#### **Princípio da universalidade da proteção de menores**

Este princípio foi introduzido em 2007 e aplica-se quando nos crimes referidos a vítima deles é um menor de idade – vai aplicar-se a lei penal portuguesa mesmo que seja praticado o facto em território não nacional desde que o agente não possa ser extraditado nem entregue em resultado de outro instrumento que não a extradição.

#### **Síntese**

- ✓ Os dois princípios básicos são o princípio da territorialidade e o princípio da nacionalidade ativa e passiva;
- ✓ O princípio da defesa dos interesses nacionais e o princípio da aplicação universal são de âmbito mais restrita;
- ✓ Quanto à extensão da territorialidade temos o princípio do pavilhão (isto é, bandeira) que determina a aplicabilidade da lei a crimes cometidos a bordo de navios com bandeira portuguesa;
- ✓ A aplicação da lei estrangeira a infrações cometidas no estrangeiro é possível se ela for mais favorável, por força do art.6º, nº2.

#### **A extradição**

Pedido de extradição: ato pelo qual um governo pede a um governo estrangeiro que lhe seja entregue um individuo que está nesse território para poder ser julgado no território de que é nacional.

A extradição encontra-se regulada na CRP (art.33º) que a restringe:

- É proibida a extradição de nacionais portugueses para fora de Portugal;
- É proibida a extradição por motivos políticos;

- É proibida a extradição em relação com a pena de morte;

#### Modalidades:

- a. Ativa – requisitada pelo Estado português
- b. Passiva – requisitada ao Estado português

#### 5. Princípio da aplicação supletiva da lei penal portuguesa a crimes cometidos por estrangeiros contra estrangeiros

De acordo com a al. f) do art.5º CP, se um estrangeiro se encontra em Portugal e a extradição dele não possa ser concedida, pode-se lhe aplicar a lei penal portuguesa para evitar que Portugal se torne no *valhacoito dos criminosos* (Figueiredo Dias).

#### 6. Princípio da aplicação a pessoas coletivas

Aplica-se a lei penal portuguesa a crimes cometidos por pessoas coletivas e contra estas que tenham sede em território nacional.

#### Âmbito de aplicação pessoal da lei penal.

Um outro ponto que diz respeito à teoria da lei penal é o problema da aplicação da lei penal quanto às pessoas. O nosso direito, e em concreto a CRP, apresenta algumas regras especiais em relação a certas pessoas, que ocupam certos cargos, quanto ao funcionamento da lei penal, relativamente a atos por estas praticados.

O art.13º determina que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, o que parece significar que a lei penal será igual para toda a gente. Não obstante isto, o art.133º impõe algumas especialidades relativamente a infrações praticadas pela pessoa que desempenha o cargo de **PR** – um exemplo delas é a possibilidade de o PR poder responder diretamente, em primeira instância, perante o STJ. Refere também o art.133º, nº2, que cabe à AR a iniciativa do processo. Além disto, diz-nos ainda o nº4 que em caso de não estar no desempenho das suas funções, o PR não responde de acordo com o nº1.

#### São especialidades à responsabilidade criminal do PR.

Já o art.160º refere as **imunidades** dos **Deputados** da AR, que têm também reflexos quanto à responsabilidade criminal. São elas:

- O nº1 deste artigo determina que não há responsabilidade criminal por opiniões que emitam os deputados no exercício das suas funções;
- O nº2 determina a necessidade de autorização da AR para que um deputado possa ser preso ou detido (salvo se for flagrante delito por crime a que responda pena maior);
- O nº3 exige que a AR decida se o deputado deve ou não ser suspenso, caso lhe tenha sido instaurado um processo crime.

Existem ainda, quanto aos **juízes**, uma disposição especial quanto à sua responsabilidade: não pode haver situações em que um juiz seja criminalmente responsável por atos praticados no exercício do seu mandato judicial – os juízes são inamovíveis (art.221º). Apesar disto, admitem-se exceções, visíveis no nº2.

Estes são os casos que a própria CRP abre exceções ao princípio da igualdade, consagrado no art.13º, quanto ao PR, aos Deputados e aos juízes:

- ➔ Presidente da República (art.130º CRP)
- ➔ Membros do Governo e Primeiro-Ministro (art.196º e 157º CRP).
- ➔ Parlamentares (art.10º da Convenção Europeia dos Direitos Do Homem)
- ➔ Diplomáticas (Convenção de Viena de 18 de abril 1961)

## VII. O concurso de normas penais.

### O concurso de normas como capítulo da teoria da lei penal

O problema normalmente surge no momento em que se estuda a teoria da infração, associado à distinção entre concurso de infrações e concurso de normas. Na doutrina portuguesa, é o professor Cavaleiro Ferreira que fala desta matéria no âmbito da teoria da lei penal, embora não deixando de referir a teoria da infração.

#### O conceito de *concurso de normas*

Podemos começar pelo seguinte exemplo: *A pessoa x mata o pai*. Esta ação preenche duas previsões da lei penal: a do art.131º do CP (“homicídio”) e a do art.132º, nº2 al. a) do CP (“homicídio qualificado”). Perante isto, devemos condenar a pessoa x duas vezes? Por um lado, por ter cometido um crime de homicídio e por outro porque cometeu um crime de parricídio? A resposta, logicamente, é não. O parricídio é um caso especial de homicídio, logo basta aplicarmos este. Mas embora esta situação seja relativamente clara, surgem duvidas bastante difíceis de resolver quando uma conduta encaixa em mais que uma previsão normativa.

O **concurso de normas** é, então, a situação em que há várias normas que são aplicáveis (ou que se podem aplicar) e, no entanto, devido a um certo tipo de relação em que essas normas se encontram, uma delas (ou várias delas) é excluída pela outra.

No exemplo acima referido, a aplicação do parricídio e o afastamento do homicídio concretiza um princípio geral de direito, segundo o qual a norma especial afasta a aplicação da norma geral. A CRP afirma, no nº5 do se art.29º, que ninguém pode ser julgado mais que uma vez pela prática do mesmo crime.

Assim, o Professor Cavaleiro Ferreira considera que em certos casos a questão do concurso de normas se pode resolver com base neste princípio. Este autor considera que “a aplicação de duas normas (em relação de subsidiariedade) equivaleria à violação do princípio *non bis in idem* substantivo, já que ambas produzem efeitos jurídicos da mesma natureza”.

Por outro prisma, também o Código Civil nos mostra que se houver normas especiais relativas a certos regimes, estas afastam a aplicação dos regimes gerais (como acontece nos contratos de compra e venda de imóveis), pois elas estão numa relação de especialidade.

No âmbito da **especialidade** não podemos esquecer que uma norma pode ser especial em relação a outra e, simultaneamente, ser geral em relação a uma outra. É o caso das normas relativas a contratos – podem ser, ao mesmo tempo, especiais relativamente às normas sobre negócios jurídicos e gerais relativamente a um contrato específico, como a compra e venda. É como se houvesse “escalões” de especialização.

### **Tipos de relação entre normas em concurso e dificuldades na sua distinção nítida**

É vulgar distinguir vários tipos possíveis de relação entre as normas dentro da teoria do concurso. Geralmente, considera-se que as normas que entre si estão numa relação de concurso aparente podem estar em três tipos diferentes de relação: relação de especialidade, relação de subsidiariedade ou relação de consumação (são os tipos mais frequentes).

Contudo, há casos em que é fácil distinguir em que tipo de relação se encontram mas há outros em que tanto se pode dizer que estão numa relação de especialidade, como de consunção ou até de subsidiariedade – tudo depende da perspectiva de que se analisem. A distinção das relações apresenta divergências doutrinárias: num mesmo caso há autores que consideram que se trata de um tipo de relação e outros que consideram que se trata de outro.

#### **i. Especialidade**

Estamos perante uma relação de especialidade quando existe, por um lado, um crime fundamental ou crime base (aborto, homicídio) e, por outro lado, casos especiais em que esse crime é atenuado ou agravado, ou seja, em que se constrói um designado crime privilegiado ou qualificado (homicídio qualificado). Em todas as situações de especialidade há um crime que pressupõe um preenchimento na sua própria previsão de outra previsão, que lhe é anterior, que está na sua base.

Exemplos:

- o art.131º do CP prevê o crime de *homicídio* e o art.132º prevê outros casos de *homicídio qualificado* ou *agravado* – qualquer das alíneas do 132º funciona como agravação do homicídio, daí que se designe por “qualificado”;
- o art.133º também funciona como uma norma especial relativamente ao 131º, prevendo o *homicídio privilegiado* quando se verificarem certos pressupostos na conduta do agente – o art.133º é uma norma especial relativamente ao 131º, mas no sentido de atenuação e não de agravação;
- também o art.137º, que prevê o *infanticídio privilegiado*, é uma norma especial relativamente ao homicídio, o que leva ao afastamento da aplicação do 131º (norma geral) – o crime de infanticídio é punido de uma forma mais leve que o de homicídio simples;

- outro exemplo é o do *aborto consentido*, previsto no nº4 do art.139º, que é uma norma especial face aos nº2 e 3 que preveem o aborto em geral bem como a respetiva pena, que é superior à prevista no nº4;
- também é possível designar por relação de especialidade a situação da relação entre o crime de furto e o crime de roubo (306º e 296º) – materialmente, o crime de roubo é uma mistura dos crimes de furto e de ofensas ou de furto e coação ou até de furto e homicídio.

## ii. Subsidiariedade

Na relação de subsidiariedade, na relação entre as normas, uma delas só se aplica quando não for possível aplicar a outra. Ou seja, aplica-se apenas por imposição da lei ou porque através de um raciocínio de interpretação se chega à conclusão de que tem de se aplicar uma porque a outra não o pode ser.

### a. Subsidiariedade expressa

Acontece nos casos em que é a própria lei que afirma que uma norma só se aplica se aquela outra não se pode aplicar – existem várias situações assim previstas no Código Penal.

Se olharmos para o art.281º, este prevê situações de aproveitamento do facto de alguém estar a ser transportado “por água, ar ou terra” para se cometer um crime, sendo que a pena é a prisão entre 2 a 8 anos mas só se “outra pena mais grave não for aplicável”, o que quer dizer que a pena de 2 a 8 anos apenas se aplica se o crime não se encaixar numa previsão legal que dê origem a uma pena mais grave. Está expresso na lei que o art.281º é subsidiário em relação à aplicação de uma pena possivelmente mais grave correspondente aos crimes de roubo, extorsão, etc.

Outro exemplo é o art.304º, que define o crime de furto de uso de veículo e que determina a pena de prisão de 2 anos ou de multa até 50 dias, ressalvando os casos em que “pena mais grave for cominada para o facto em outra disposição legal” – é mais um caso de subsidiariedade expressa.

### b. Subsidiariedade implícita

Por outro lado, existem situações em que não é a própria lei que declara expressamente só se aplicar quando outra incriminação não funciona mas em que através de um raciocínio de interpretação se conclui que, materialmente, a relação em que certas normas se encontram é, igualmente, de subsidiariedade. Fala-se em subsidiariedade implícita ou material, para designar estes casos.

É a relação que existe, por exemplo, entre um crime de perigo e um crime de dano. Se considerarmos um crime que consista em criar uma certa situação de perigo, em relação a um determinado bem jurídico e, por outro lado, um crime que consista em causar um dano efetivo (não só um perigo mas efetivamente um dano) em princípio, a disposição que define o crime de perigo será subsidiária relativamente à que define o dano, aplicando-se apenas quando ocorrer efetivamente o crime de dano.

Outra situação em que também pode surgir uma relação de subsidiariedade é aquela em que se põe em confronto a atuação de uma pessoa relativamente a um certo tipo de crime, por um lado, como autora do crime e, por outro, como participante nele. Se uma pessoa i) pede a outra que mate um terceiro, pagando-lhe uma quantia x e, ao mesmo tempo, lhe ii) empresta uma arma para usar na prática do crime e no fim ainda iii) acaba por ser ela a executar o crime – na ação i) esta pessoa é instigadora do crime, na ii) é cúmplice material e na iii) é autora imediata. Podia ser punida como instigadora, autora e cúmplice do mesmo crime? A instigação e a cumplicidade são situações de participação, na medida em que se opõe à autoria, então deve subsistir a incriminação como autor, pois a incriminação como cúmplice e como instigador devem recuar sobre ela, dado que são subsidiárias relativamente à instigação como autor. A incriminação de uma pessoa por um crime concreto a título de omissão é subsidiária em relação à incriminação por ação.

### iii. Consunção

Esta relação existe quando de um tipo de crime faça parte, não por definição do Código, mas antes de forma característica ou típica, a realização de outro tipo de crime.

Por exemplo, o furto vem definido no art.296º e no art.297º vêm previstos casos de furto qualificado. Se olharmos para o art.297º, nº2 al. d) está previsto o crime de furto cometido com introdução em casa alheia por arrombamento, escalamento ou chaves falsas (298º) – esta circunstância agravante do furto é modificativa, per si, de um crime: o crime de introdução em casa alheia, previsto no art.176º (arrombamento – nº2). Quando se verifique o previsto no 297º, nº2 al. d), não vamos punir a pessoa por furto qualificado + introdução em casa alheia, pois o furto por arrombamento, previsto na alínea d), inclui o crime de introdução em casa alheia previsto no 176º, nº 2 CP. Quer isto dizer que a prática do crime previsto no 297º, nº2 al. d) **consume** o crime previsto no art.176º, nº2.

A consunção é um conceito especialmente discutido e difícil de distinguir de outras relações entre normas (nem sempre é fácil distinguir um caso como sendo realmente consunção, ou como sendo de especialidade ou de subsidiariedade).

- a. **Consunção vs. especialidade:** enquanto que na relação duas normas que estão na relação de especial para geral, a norma especial contem na sua previsão todos os elementos da norma geral e mais alguma coisa; nas normas que estão numa relação de consunção, uma delas não contem necessariamente na sua previsão todos os elementos da outra, mas de uma forma característica a maneira de praticar o crime previsto nessa segunda norma abrange os elementos de outra.
- b. **Consunção em normas incriminadoras:** o art.16º prevê o crime de rapto, uma possível relação de consunção será a que se estabelece entre esta disposição e a que define o crime de ameaças (art.155º), pois o crime de rapto poderá envolver atos de violência física, como previstos no 162º ou como os previstos no 155º (quando o consentimento do raptado tenha sido obtido por meio da ameaça) – não se acumulam as incriminações, funciona só uma (162º em caso concreto);

outro exemplo é a violação, definida no art.201º, pois uma forma de cometer o crime implica violência, e este também pode absorver na sua previsão um crime de ofensas corporais – não será o agente incriminado por violação mais ofensas corporais, em principio seria apenas incriminado por violação, pois esta incriminação absorve as ofensas corporais.

- c. **Casos em que a lei afasta a consunção:** nalgumas situações, a lei afasta expressamente o funcionamento de uma regra de consunção – é o que acontece nos arts.156º, nº4 e 173º, pois no 156º, nº4 o código exclui a punição por crime de coação quando consuma a do crime praticado como meio de executar e no 173º manda proceder à acumulação das próprias penas. Quer dizer que no primeiro caso estamos perante concurso efetivo entre a coação e outro crime; no segundo caso estamos perante uma “acumulação” que pode significar o afastamento da consunção.
- d. **Consunção impura:** por oposição à consunção pura (acontece quando um tipo de crime punido mais gravemente inclui a realização de outro, punido mais levemente), a consunção impura acontece quando o crime-meio é punido mais gravemente que o crime-fim, apesar do crime-fim ser o crime que valora todo o ilícito criminal – na opinião da doutrina, apesar disto, devemos aplicar a norma do crime-meio para salvaguardar os bens jurídicos em causa de melhor forma.

### **Factos posteriores não puníveis**

Um **facto posterior não punível** significa que uma certa atuação que se leva a cabo em seguida à pratica de um certo crime, em principio isoladamente poderia corresponder a um certo topo de crime, mas, no fundo, acaba consumida pela atuação principal e não se pune autonomamente.

Por exemplo, na prática de um crime de furto, tal como previsto no 296º, uma pessoa subtrai uma coisa móvel, mas depois disso decide, por exemplo, destruí-la ou vendê-la a terceiro, desconhecedor da origem da coisa e de boa-fé, para a ocultar – nos dois casos há crime de furto, não há duvidas, mas no primeiro caso, em que há destruição, há também um crime de dano a acumular ao furto? No segundo caso, a base é o furto, mas depois há um crime de burla – o que fazer?

No primeiro caso, de acordo com o prof. Eduardo Correia, com o furto viola-se o direito à propriedade e, uma vez violado, quando a pessoa comete o dano ao destruir a coisa furtada, essa conduta é (apenas) uma continuação da violação da propriedade, pelo que o dano não deve ter autonomia – a pessoa deve apenas ser incriminada por furto. Para a prof. Teresa Beleza isto não é assim – há uma diferença entre as duas situações: é diferente a situação de a pessoa furtar a coisa e a destruir da situação de a furtar e não a destruir, nomeadamente do pondo de vista da posterior ação do proprietário, que pode, designadamente, reivindicar a propriedade da coisa no caso de esta não ser destruída e o mesmo não acontece no caso de ser destruída (quando é destruída, além do proprietário perder a posse da coisa, perde a possibilidade de ver reintegrada a posse dessa coisa) – contrariamente ao prof. E. Correia, a prof. Teresa Beleza não considera que o crime de dano se acumule materialmente com o de furto,

não há absorção ou consunção, logo a pessoa devia ser acusada pelos dois, autonomamente considerados, pois apesar de ser a propriedade que se encontra protegida em ambos os casos, está protegida com diferente gravidade.

No segundo caso, de acordo com o prof. Eduardo Correia e com a prof. Teresa Beleza, o furto e a burla ofendem interesses de pessoas distintas, por um lado o direito de propriedade do proprietário da coisa e por outro a boa fé e o património do terceiro, pois a venda de coisa alheia é nula. Há verdadeiramente uma acumulação de dois crimes e a pessoa deve ser incriminada por ambos.