

# TEORIA DA LEI PENAL

2018/2019 | 1º semestre | Prof.<sup>a</sup> Ana Bárbara Sousa Brito

PEDRO MIGUEL SILVA

**18 SET 2018**

**Conceitos-chave:** -----

### Programa

O programa está dividido em três partes:

- 1) Noções fundamentais do direito penal / conceito de direito penal; conceitos formal e material de crime; penas e finalidades das penas.
- 2) Princípios centrais do direito penal: princípio da culpa, princípio da necessidade da pena, princípio da intervenção mínima do direito penal, princípio da unidade das penas, princípio da legalidade. A propósito deste último, falaremos das características da lei penal face à lei civil, das possíveis fontes do direito penal, da interpretação e integração de lacunas em direito penal, a aplicação da lei penal no tempo e no espaço).
- 3) Concurso de normas penais e o que o distingue do concurso de crimes.

### Bibliografia

- Cód. Penal (7ª Edição);
- Teresa Pizarro Beleza – Direito Penal, vol. I;
- Dias, Jorge de Figueiredo – Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2ª edição, Coimbra Editora.
- Américo Taipa de Carvalho – Direito Penal, Parte Geral. >>> *recomendado para a aplicação da lei penal no tempo.*
- Manuel Cavaleiro de Ferreira – Lições de Direito Penal, vol. I.

-Germano Marques da Silva – Direito Penal Português, Parte Geral 1, Introdução e Teoria da Lei Penal.

-Maria Fernanda Palma – Direito Penal, Parte Geral (*deve ser lida só depois de estarmos dentro da matéria*).

-Roxin, Claus – Strafrecht – Allgemeiner Teil, Bd I (4ª edição) BD. H. Munchen.

-??Jakobs??? Gunter - ???

-Paulo Pinto de Albuquerque Comentário ao Código Penal à luz da CRP e da CEDH.

### Avaliação

Haverá um teste de avaliação contínua próximo do final do semestre (peso: 50%, só para subir até 2 valores). Será o principal e indispensável elemento a ser tido em consideração na avaliação contínua; mas também poderão ser tomadas em conta certas participações orais.

Possíveis temas para debates (a propósito do conceito material de crime): eutanásia, aborto, consumo de drogas...

**19 SET 2018**

**Conceitos-chave:** Direito penal; norma penal; teorias do Estado; princípio da legalidade; conceito formal de crime; capacidade de culpa e imputabilidade; direito penal nuclear e secundário; direito penal e outros direitos sancionatórios; direito penal e direito da mera ordenação social; conceito material de crime; princípio da subsidiariedade do direito penal; finalidade das penas; contraordenações tradicionais e modernas.

### Direito penal

O que é o direito penal? Desde logo importa referir que a expressão direito penal pode surgir:

>>> ou por referência a um ramo do direito (ao lado de tantos outros, como o direito civil, o direito administrativo, o direito fiscal – e, nesse caso, pode ser definido como conjunto de normas que regulam o comportamento humano).

>>> ou por referência à ciência que estuda esse ramo do direito. Aí, direito penal coincide com a dogmática que estuda este ramo do direito.

Para já, o que nos interessa saber é o que é o direito penal enquanto ramo do direito.

### Norma penal

Quando é que determinada norma jurídica pode ser considerada uma norma penal? Esta questão tem relevância prática. A partir do momento em que uma norma jurídica é considerada uma norma de direito penal, ela estará sujeita a um regime próprio. É que há determinadas regras que só se aplicam às normas penais.

Uma forma de esclarecer o conceito de direito penal é partir dos casos que cabem sem dúvida no conceito para os casos periféricos. Que normas é que são, sem dúvida alguma, normas penais? Aquelas que prescrevem uma certa consequência sempre que se realize determinado facto. Vejam-se os arts. 131º e 203º do C. Penal:

#### CP | ARTIGO 131º

(Homicídio)

*Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.*

#### CP | ARTIGO 203º

#### (Furto)

*1 — Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*

*2 — A tentativa é punível.*

*3 — O procedimento criminal depende de queixa.*

Sempre que houver uma norma com esta estrutura, com uma previsão em que está previsto o crime e uma estatuição onde está definida a consequência jurídica desse crime (em princípio, uma pena de prisão), não há dúvida de que estamos perante uma norma penal. Por um lado, temos o crime; por outro, temos a pena.

Nota: quando se fala em direito criminal, está a pensar-se no elemento identificador crime; e quando se fala em direito penal, está a pensar-se no elemento identificador pena – mas, em qualquer caso, falamos da mesma coisa (é uma questão sem relevância prática).

Na norma penal, temos sempre um agente – “quem”. Temos também uma ação – e falamos de ação em sentido amplo, que abarca quer a ação em sentido estrito, quer a omissão (inatividade). Um terceiro elemento subjacente, além dos dois que já vimos, é o sujeito incumbido de punir: o Estado.

Assim, a norma penal pressupõe:

- Agente;
- Ação;
- Sujeito incumbido de punir (Estado).

Desde logo, numa norma penal, temos duas ações: o crime e a ação de punir, que cabe ao Estado. Também podemos retirar que, numa norma tipicamente penal, temos obrigatoriamente dois sujeitos: por um lado, o agente (não há crime sem alguém que o pratique); por outro, o Estado, que vai aplicar a pena.

Nota: não falamos sempre no ofendido como um terceiro agente obrigatório porque no Direito Penal também se pune a tentativa.

## Teorias do Estado

Ao estabelecer uma pena para quem pratica um crime, a norma penal está a descrever uma das relações possíveis entre o indivíduo e a sociedade corporizada no Estado. Por isso mesmo, podemos concluir que a norma penal é uma norma que descreve um dos momentos da relação do indivíduo com o Estado, provocado pela prática de um crime e visando a realização de um determinado fim por parte do Estado. O que podemos retirar destas conclusões? Para conseguirmos perceber o conceito de norma penal, temos de ter em conta as várias teorias do Estado. Quando é que o Estado sente necessidade de atuar? A relação entre o indivíduo e o Estado foi variando ao longo do tempo. Para conhecermos a essência do direito criminal, temos de tratar essa essência como um problema filosófico, que vai para além do direito positivo. Só consigo entender uma norma de direito penal se tiver em conta conceitos prévios a essa norma.

Para avaliarmos se uma norma é uma norma penal, não nos interessa apenas a existência daquela norma como norma penal; é preciso averiguar se aquele comportamento merece ser considerado crime, com aquela consequência. Ora, esse é um conceito pré-jurídico. As nossas próximas aulas vão ser sobre isso mesmo.

Interessa-nos saber quando é que o legislador deve considerar um comportamento como crime. Só conhecendo o conceito material de crime é que conseguimos perceber se a norma deve ou não ser considerada penal. O mesmo se passa com as penas. Mais do que tentar perceber se a consequência estabelecida pelo legislador é uma pena de prisão, interessa-nos perceber se as consequências correspondem àquilo que deveria ser o direito penal.

## Parte geral e parte especial do Código Penal

As normas penais estão previstas na parte especial do Código Penal. O CP está dividido em parte geral e parte especial. Na parte especial há crimes específicos: contra a vida, a integridade física, a honra, a liberdade sexual, etc. Mas há outro tipo de normas. Veja-se o art.º 10º, que faz parte da parte geral:

### CP | ARTIGO 10º

(Comissão por acção e por omissão)

1 — Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 — A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 — No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

## Princípio da legalidade

Um dos princípios fundamentais de Direito Penal é o princípio da legalidade. Numa frase, significa o seguinte: *não há crime nem pena sem lei*. Se o crime tem de estar previsto na lei, o nosso legislador, para poder punir também as omissões, teve de criar uma norma na parte geral a dizer que, quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange quer a acção, quer a omissão.

A norma do art.º 10º (v. atrás) não tem uma previsão e uma estatuição; não cumpre os requisitos para ser uma norma penal. Mas vai ajudar-nos a perceber os conceitos que estão contidos naquelas normas que são, sem dúvida penais. Por isso, também temos de considerá-la uma norma penal.

## Conceito formal de crime

Tínhamos visto que crime é tudo aquilo que o legislador considera legitimamente como tal. Contudo, de acordo com o conceito formal de crime, *o crime é uma acção típica, ilícita, culposa e punível*.

Temos, portanto, de averiguar:

(1) se houve ou não uma acção (em sentido amplo);

(2) se esta cabe ou não num tipo legal de crime (se couber, temos uma ação típica);

(3) se é ilícita (se A dispara sobre B e este morre, há uma ação que preenche um tipo legal, mas pode ser que B tivesse uma arma apontada a A – e aí, apesar de A ter praticado uma ação típica, ela não é ilícita, por ter ocorrido ao abrigo da legítima defesa, causa de exclusão de ilicitude);

(4) se é culposa;

(5) se é punível.

### Capacidade de culpa e imputabilidade

A culpa pressupõe que se possa fazer ao sujeito um juízo de censura (porque teve liberdade de se motivar pelo direito e o não fez). Porém, para haver culpa, o sujeito precisa de ter capacidade de culpa, i.e., ser imputável. Quem é inimputável é incapaz de culpa; e quem é incapaz de culpa não pratica um crime. Veja-se o art.º 20º do CP:

#### CP | ARTIGO 20º

(Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica)

1 — É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2 — Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

3 — A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

4 — A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto.

O que acontece quando alguém que é inimputável lesa um bem jurídico protegido pela OJ? Por exemplo, o que acontece quando alguém que sofre

de anomalia psíquica mata outra pessoa? Não se aplica uma pena de prisão, porque esta pressupõe culpa. Contudo, aplica-se uma outra sanção – uma medida de segurança.

A dúvida que se coloca é: nestes casos em que aplicamos uma medida de segurança em vez de uma pena de prisão, estamos na mesma perante uma norma penal? Há uma discussão na doutrina. Quem acredita que sim diz que a função da medida de segurança é similar à função da pena de prisão – ou seja, ao aplicar a medida de segurança visamos também, em última análise, proteger bens essenciais à vida em sociedade, e ainda estou, portanto, a regular uma relação do indivíduo com o Estado que se pode considerar dentro do Direito Penal.

### Direito penal nuclear e secundário

Normalmente distingue-se o direito penal nuclear do direito penal secundário:

>> o direito penal nuclear ou clássico corresponde ao direito penal que está na parte especial do Código Penal, e onde são postos em casa os bens jurídicos essenciais, como a vida, a honra, a propriedade. Esse DP é considerado DP nuclear.

>> o direito penal secundário ou acessório, que tem vindo a ganhar importância, não vem no C. Penal e já não visa salvaguardar os bens jurídicos essenciais, mas sim bens relacionados com a atividade económica e financeira do Estado.

### Direito penal e outros direitos sancionatórios

Uma outra maneira de esclarecer o conceito de direito penal é olhar não para os casos nucleares, mas para a periferia e observar as fronteiras. Desde logo, o direito penal é um direito sancionatório. Outros ramos sancionatórios do direito há: o direito civil e o administrativo, muitas vezes, preveem sanções específicas para certos ilícitos. Mas é relativamente fácil distinguir o direito penal desses outros direitos sancionatórios. No direito civil, a base da sanção não é o crime, mas sim o ilícito civil. Só há um ilícito penal quando estão em causa os bens jurídicos essenciais ou indispensáveis à vida em sociedade.

## Direito penal e direito da mera ordenação social

Já é mais difícil estabelecer a fronteira com o direito da mera ordenação social, também designado por direito das contraordenações. Cada vez mais têm aparecido contraordenações na área económico-financeira. Qual é a legislação aplicável ao direito das contraordenações? Essencialmente, encontra-se regulado no DL 433/82 (regime geral das contraordenações). Ao lado deste DL, contudo, há várias leis-quadro setoriais que regulam contraordenações: a lei-quadro das contraordenações ambientais (a lei 50/2006, de 29 de agosto) ou o regime sancionatório do setor energético (a lei 9/2013, de 28 de janeiro).

Veja-se que, sempre que não haja uma norma no direito de contraordenação a regular uma dada situação, temos de recorrer ao direito penal ou ao direito processual penal.

Do ponto de vista formal, a contraordenação distingue-se do crime porque a natureza das consequências jurídicas é diferente. Enquanto que a um crime se aplicam penas, a uma contraordenação aplicam-se coimas. Note-se que não se deve confundir coima com multa. A multa, se não for cumprida, converte-se em prisão (v. 49º); já a coima nunca se pode converter em prisão.

## Conceito material de crime

Interessa-nos avaliar se, quando o legislador estabeleceu uma coima para dado comportamento, o fez corretamente – não em termos formais, mas em termos materiais. Formalmente, às contraordenações são aplicadas coimas e aos crimes aplicam-se penas de prisão, multas e medidas de segurança. Em termos materiais, porém, a distinção está na ideia de que as sanções têm um fundamento diferente. Passamos a um conceito material de contraordenação. O que tem de acontecer para que determinado comportamento seja considerado contraordenação (e não crime)? Há três posições principais:

(1) critério quantitativo - a diferença entre crime e contraordenação está na gravidade;

(2) critério qualitativo - a diferença entre crime e contraordenação será de natureza material;

(3) critério misto – a diferença será qualitativa ou quantitativa consoante o termo de comparação (se estivermos perante direito penal nuclear/primário, a diferença será qualitativa; já se estivermos perante direito penal secundário, a diferença será quantitativa).

A doutrina maioritária entre nós aponta para uma diferença qualitativa entre contraordenação e crime. Nesta corrente cabem autores como Figueiredo Dias, Américo Taipa de Carvalho e Frederico Costa Pinto. Apesar de defenderem uma diferença qualitativa, nem todos adotam o mesmo critério para distinguir crime de contraordenação.

O prof. Figueiredo Dias considera que o crime se distingue da contraordenação de acordo com um critério qualitativo, de acordo com o qual *não* devem ser abrangidas pelo direito penal condutas cuja relevância ético-social é consequência das normas que as proíbem. A conduta não vai atingir bens jurídicos que já existam anteriormente à existência das normas. O que importa saber é: a conduta passou a ter uma relevância ético-social porque existe uma norma a proibi-la? Ou ela já era previamente considerada negativa antes da existência da norma? No primeiro caso, falamos em direito de mera ordenação social; no segundo caso, falamos em direito penal.

*Exemplo: v. 81º, 6. Código da Estrada. A consequência jurídica é uma coima. Mas há também o 292º do Código Penal.*

**CE | ARTIGO 81º**

(Condução sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas)

(...)

6 - Quem infringir o disposto no n.º 1 é sancionado com coima de:

a) (euro) 250 a (euro) 1250, se a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l;

b) (euro) 500 a (euro) 2500, se a taxa for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou, sendo impossível a quantificação daquela taxa, o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico ou ainda se conduzir sob influência de substâncias psicotrópicas.

(...)

## CP | ARTIGO 292°

(Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas)

1 — Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 — Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.

Daqui conclui Figueiredo Dias que apenas a partir de 1,2 g/l é que a conduta passa a ser considerada ético-socialmente relevante. Ao estabelecer este limite, o legislador faz um salto qualitativo – a partir de certa altura, a conduta tem por si só relevância ético-social, o que não acontecia até 1,2 g/l.

Para o prof. Américo Taipa de Carvalho, a diferença é também qualitativa, mas não pelo facto de o direito penal ter na sua base condutas com carga valorativa por si só. Também nas contraordenações temos comportamentos que já são em si socialmente desvalorosos. Para Taipa de Carvalho, o que interessa é distinguir os bens jurídicos distinguidos por um e outro direitos. O direito penal vai proteger o que ATC considera bens jurídicos pertencentes à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária. Falamos de bens jurídicos fundamentais à vida em comunidade. Já o direito de mera ordenação social protege bens jurídicos que não pertencem a essa estrutura axiológica

fundamental - mas não deixa de proteger bens, pelo que as condutas continuam a ser ético-socialmente relevantes.

Para Frederico da Costa Pinto, ao contrário do que diz ATC, o ilícito de mera ordenação social, de forma contrastante com o ilícito penal, não é socialmente reconhecível. Só passa a ser reconhecível se for visto na perspectiva do dever a que aquele agente está adstrito e que violou. Já o direito penal é construído a partir da noção de bem jurídico.

Fernanda Palma defende um critério tendencialmente qualitativo. Enumera uma série de qualidades que a conduta tem de revestir para ser considerada contraordenação: 1º) ser uma conduta com um desvalor ético prévio menor, 2º) haver um menor desvalor da ação que fundamenta o ilícito, 3º) menor importância na ordem constitucional do objeto direto da ação e 4º) não ser necessária a proteção penal.

Uma parte (minoritária) da doutrina defende um critério quantitativo, como faz Conceição Valdágua. Para si, a distinção deve ser feita com base num princípio fundamental do direito penal: o princípio da subsidiariedade do direito penal, consagrado no art.º 18º da CRP.

## CRP | ARTIGO 18°

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

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 ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

De acordo com este princípio, o direito penal só deve atuar se for indispensável para a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais. O direito penal é o último recurso; o Estado só o deve ir buscar quando mais nada consegue proteger aqueles bens públicos. Por isso se fala em subsidiariedade do direito penal. Para Conceição Valdágua, é este princípio que nos permite distinguir a contraordenação do crime.

Na doutrina alemã, defendem um critério quantitativo Sratenwerth e Schmidhäuser, ao passo que Roxin e Jakobs defendem um critério misto.

Por um lado, importa se o bem jurídico é ou não fundamental. Mas, noutros casos, o que vai decidir pela opção entre direito penal e direito de mera ordenação social é a gravidade do ilícito. Nesses casos, o critério é quantitativo e não qualitativo.

Na nossa doutrina, quem defende um critério misto é o prof. Silva Dias, que diz o seguinte: se confrontados o crime de homicídio e a contraordenação de estacionamento proibido (art.º 50º, 2. do Código da Estrada), parece não haver dúvidas de que a diferença é qualitativa. No homicídio está em causa um bem jurídico fundamental (vida) e no estacionamento proibido está apenas em causa a violação de um dever de ordenação. O problema agrava-se quando confrontamos a condução de veículo com taxa de alcoolemia. Para o prof. Silva Dias, confrontado o 81º CE com o 292º CP, o critério que passa a estar em destaque é o critério quantitativo.

ABB concorda com Silva Dias, menos numa coisa: quando se está no domínio do direito penal nuclear (estando em causa bens jurídicos fundamentais), o critério distintivo é qualitativo. Mas quando se está no direito penal secundário, a diferença já é mais difícil de estabelecer. Silva Dias diz que a diferença passa a ser quantitativa. Mas o que é, na verdade, um critério quantitativo? Este é um critério formal. Tem de se estabelecer um limite algures. Na ótica de ABB, isto, para ter algum fundamento, tem de se basear num critério qualitativo. O que está por detrás de se estabelecer 1 ou 2, e não outra quantidade? É que, a partir daquela quantidade, já estará em causa, provavelmente, perigo para bens jurídicos essenciais. O que faz o legislador dar o salto é estarem em causa bens jurídicos essenciais e não meras violações de deveres. Temos, na verdade, de combinar os dois critérios; mas para decidir o quantitativo, se queremos realmente estabelecer uma fronteira com argumentação, temos de usar o critério qualitativo. O critério quantitativo por si só não serve, no entender de ABB.

Nota: o TEDH tem defendido uma posição que ABB acha perigosa, ou, pelo menos, incompleta: a posição de que deve ser a gravidade das sanções que define a natureza do ilícito e não o contrário (para ABB, deveria ser ao contrário). Se a sanção pede as garantias do processo penal, temos direito penal; se já não as pede, temos direito de mera organização social.

---

## Finalidade das penas

Para que é que deve servir sujeitar uma pessoa a uma restrição da sua liberdade durante anos? Que finalidade pode ter o Estado com isso? Uma finalidade, sem dúvida, é a finalidade da prevenção do crime. Aplica-se uma pena para prevenir a prática de outros crimes pela sociedade em geral (a chamada prevenção geral). Quando se aplica uma coima, também se visa prevenir a prática de futuros ilícitos; mas, para além de prevenir, muitas vezes a finalidade da coima também será difundir a mensagem de que o infrator não vai beneficiar de vantagens patrimoniais e económicas com o seu comportamento. Ao aplicar coimas de milhões de euros aos bancos, visa-se não só prevenir a prática de futuros crimes, mas também mostrar que aquelas práticas não trazem vantagens patrimoniais.

## Processamento das contraordenações

O regime jurídico das contraordenações está no DL que vimos, mas o processamento das contraordenações está nas mãos das autoridades administrativas (como a CMVM ou o Banco de Portugal). Em grande parte, isto foi criado para libertar os tribunais do julgamento de certos tipos de crimes. Como as sanções aplicadas pelas autoridades administrativas podem ser muito gravosas, há a possibilidade de o agente sujeito à coima impugnar essa decisão junto a um tribunal.

## Contraordenações tradicionais e modernas

Dada a diversidade de contraordenações que existem atualmente, há uma tendência para

distinguir entre as contraordenações tradicionais ou menores e as contraordenações modernas ou grandes. Há, por isso, quem diga que o regime punitivo e processual das contraordenações é um regime a duas velocidades. Para as contraordenações menores temos um regime mais próximo do das contraordenações. Para as contraordenações graves temos um regime mais próximo daquele do direito penal. Há algo de que nos não podemos esquecer: o direito penal e o direito processual penal são sempre considerados subsidiários do direito das contraordenações. Quem está do lado das empresas espera que haja tantas garantias processuais como há no processo penal; quem está do outro lado quer menos garantias processuais e um maior espaço dado à liberdade de investigação.

---

### Localização do direito penal

Interessa-nos localizar o direito penal no quadro da ordem jurídica. Ao tentar situar o direito penal na OJ como um todo, podemos considerar as normas de direito penal como normas de direito público. Adotando os tradicionais critérios do sujeito e dos interesses, chegamos a essa mesma conclusão:

>>> critério dos sujeitos: nas normas de direito penal, o Estado atua revestido do seu poder político; o direito penal é, então, direito público.

>>> critério dos interesses: como o objetivo central das normas penais é a proteção de bens jurídicos fundamentais, para dessa forma se alcançarem a paz e a segurança jurídica, podemos dizer que esse fim é um interesse público; como tal, o direito penal é direito público.

Importa-nos também referir que este direito é essencialmente ultraestadual, *i.e.*, a fonte formal do direito penal é o Estado. A produção legislativa do direito penal é feita pelo Estado português. É preciso, no entanto, ter em atenção ao facto de no direito penal terem cada vez mais vindo a ganhar relevância normas de direito internacional, inclusive através de instrumentos do direito internacional em matéria penal em que se contêm certas opções de política criminal que implicam a sujeição a essas opções por parte dos Estados que as convencionam.

Há que tentar saber se deve ou não existir um direito penal europeu, ou direito penal da UE. Tendo em conta o estado atual da integração europeia, não parece que vá haver um direito penal da UE. Portanto, o poder de criação de normas penais continua a caber, essencialmente, aos EM. Apesar de o direito penal continuar a ser essencialmente estadual, não significa que as normas europeias não tenham influência na legislação penal que sai do Estado português. Cada vez mais há uma influência do direito comunitário no direito estadual.

Podemos dizer que, depois do tratado de Amsterdão, um dos objetivos da Europa é uma harmonização das legislações penais existentes nos EM. Essa harmonização, provavelmente, poderia ocorrer através de regras mínimas em certos domínios, a ser seguidas em todos os Estados. Porém, ao nível do processo penal, já há um direito processual penal comunitário importante (ex.: Eurojust, Europol, cooperação judiciária, mandado de detenção europeu). Os crimes, cada vez mais, ganham caráter transnacional. Para os combatermos, temos de o fazer em conjunto.

Nota: vamos falar dos tribunais internacionais penais *ad hoc* para o antigo Ruanda e a antiga Jugoslávia. Estes tribunais não deixam de ter relevância, apesar da sua competência limitada.

### Conceito material de crime (continuação)

Para conseguirmos considerar uma norma como sendo de natureza penal, são essenciais dois temas que aprofundaremos nas próximas aulas: o conceito material de crime e as finalidades das penas. Só compreendendo estes dois temas é que conseguimos perceber o que é o direito penal.

Há um conceito pré-jurídico que é essencial para a definição do direito penal. O conceito material de crime surge atrás do conceito formal; é ele que vai dizer ao legislador o que este deve considerar crime. Esta é, desde logo, a primeira distinção entre conceito formal e conceito material. O conceito material responde à questão de saber quais as qualidades que o comportamento humano deve revestir para que o legislador se encontre legitimado a considerá-lo como crime.

É por isso que se diz que o conceito material de crime surge como **(i) guia do direito a constituir**

(porque vai fornecer os critérios necessários para considerar determinada conduta como crime), mas também vai surgir como **(ii) padrão crítico do direito vigente**. Com base no conceito material, vamos averiguar se o direito vigente considera determinado comportamento como crime.

**Conceitos-chave:** Conceito formal vs. conceito material de crime (continuação); bem jurídico;

---

Ao longo dos anos, foram surgindo várias versões do conceito material de crime:

**(1) Conceção positivista-legalista:** esta conceção vem dizer que crime é tudo aquilo que o legislador considera condenável. A crítica feita desde logo a esta conceção é que não se pode definir crime no sentido material com base no direito vigente, dado que o sentido material visa precisamente dizer que comportamentos é que o legislador deve considerar crime.

**(2) Conceção positivista-sociológica:** de acordo com esta conceção, crime seria tudo aquilo que existisse na sociedade como tal. Assim, tudo aquilo que à luz da realidade social fosse considerado crime caberia no conceito material de crime. A parte positiva desta conceção é que já nos dá um conceito prévio ao conceito formal. Pela primeira vez, almejava-se um conceito pré-jurídico. O conceito material de crime definido desta forma foi tentado pela primeira vez em 1885 por Garofalo. Este autor definia crime como comportamento violador de sentimentos altruísticos fundamentais, como a piedade ou a propriedade. Mas este conceito é demasiado largo, não servindo como padrão do direito penal existente.

**(3) Moral social:** é a conceção que surge a seguir à positivista-sociológica. Defendida por Welzel, define crime como *comportamento violador de deveres morais sociais elementares, no sentido de regras éticas reconhecidas por todos*.

**(4) Conceção funcional-racional.**

### Conceito formal vs. conceito material de crime (continuação)

Há que saber distinguir o conceito material do conceito formal de crime. Já dissemos que, de acordo com o conceito formal, é crime tudo aquilo que o legislador legitimamente considere como tal, mas o conceito material visa ir mais além, e dizer quais são as qualidades que o comportamento deve ter para que o legislador possa considerar o comportamento como crime. É por isso que muitas vezes se diz que com o conceito material se responde à questão da legitimação, porque através dele se consegue saber as qualidades que o comportamento humano deve revestir para que o legislador se encontre legitimado a criminalizá-lo. Nesse sentido, o conceito material só serve se estiver acima do direito penal legislado, porque só dessa forma pode servir de guia ao legislador ou de padrão crítico à própria lei. A propósito do conceito material de crime, ABB disse que esse conceito seria pré-jurídico; mas essa expressão não é muito correta. Melhor seria dizer que é um conceito prévio ao direito penal legislado. Ao contrário do conceito formal, o conceito material situa-se acima do direito penal legislado; e, nesse sentido, é pré-legal.

A conceção positivista-legalista, como vimos, não serve, porque dava a resposta através do próprio conceito formal – definia crime como tudo aquilo que o legislador considera como tal.

Logo a seguir, surge uma outra conceção – a conceção positivista-sociológica – que vem dizer que crime é tudo aquilo que existe na sociedade como tal. Tudo o que existisse na sociedade como crime devia ser criminalizado pelo legislador. Esta conceção teve, desde logo, uma vantagem em relação à anterior. Finalmente tínhamos um conceito de crime anterior ao conceito formal, que podia servir de padrão crítico e de guia ao direito vigente. Mas também foi sujeita a algumas críticas, nomeadamente o facto de haver uma natural imprecisão nesta definição. Quando é que uma sociedade considera uma conduta como crime? Além disso, era um conceito demasiado extenso. Como iremos ver, nem tudo o que causa dano social deve ser considerado crime. Se alguém tem uma conduta socialmente mal-educada, isso acarreta consigo animosidade social. Mas nem todo o comportamento socialmente mal-educado deve ser

**25 SET 2018**

considerado crime. Por exemplo, mentir causa danos sociais, mas nem sempre que uma pessoa mente deve haver crime (se a pessoa mente para obter dinheiro, aí sim, podemos falar em crime).

A outra concepção que surge logo a seguir pode denominar-se de moral social. Define crime como *comportamento violador de deveres morais sociais elementares, no sentido de regras éticas reconhecidas por todos*. O principal defensor desta concepção foi Welzel. Veja-se que Welzel (um dos principais autores da escola finalista do crime) definia crime como todo o comportamento que atenta contra valores ético-sociais da ação, e por isso a função do direito penal, mais do que tutelar bens jurídicos, seria proteger valores elementares da ação e da atitude, contribuindo dessa forma para a formação ética e cívica dos cidadãos.

Quais são as críticas que se podem fazer a Welzel? Há que ver que os valores que o direito penal tutela não são tanto valores de ação (deveres ético-sociais). O que o direito penal visa tutelar, em primeiro lugar, são valores de resultado. Um exemplo: com a norma do furto, mais do que visar proteger o valor ético-social da ação “não roubes”, o que se visa proteger é a propriedade (um valor de resultado). Se a principal função do direito penal é proteger valores ético-morais, poderia eventualmente considerar-se que a função do DP seria tutelar a moral. Ora, numa sociedade democrática, onde o pluralismo moral deve ser respeitado, o direito penal, como OJ estadual, tem de respeitar esse pluralismo moral. Aliás, o direito penal deve tutelar / respeitar a liberdade e a consciência de cada um. Para Figueiredo Dias, as únicas instâncias que podem julgar são a divindade e a consciência. Repare-se que só com a reforma do CP de 1995 é que se descriminalizou o adultério. Isto claramente advém de uma função do direito penal de tutelar a moral. Outro exemplo de crime: pornografia. Até 1995, qualquer pornografia era punida. Atualmente, a prostituição já não é punida (o que é punido é o lenocínio). Só em 1982 é que a homossexualidade deixou de ser crime.

Devido a esta grande controvérsia, surgiu uma outra concepção, que se pode denominar de concepção funcional-racional. Esta concepção tem largo apoio na doutrina atual. Como o próprio nome indica, significa que o conceito de crime deve ser encontrado na função que ele desempenha e na função última do direito penal. Veja-se que a função última do direito penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos. De acordo com esta concepção, só pode haver criminalização de uma conduta se com essa criminalização se visar tutelar bens jurídicos fundamentais e, para além disso, se revelar

necessária e eficaz a intervenção penal. De uma forma sintética, crime é uma conduta lesiva de determinado bem jurídico digno de tutela penal.

### Bem jurídico

Se a função última do direito penal é, para a maior parte da doutrina, proteger bens jurídicos, precisamos de saber o que isso é. Quando é que se está perante um bem jurídico? Não é uma noção fechada; ainda se discute o que deve ser um bem jurídico atualmente. Chegou-se a uma espécie de núcleo essencial para que possa haver bens jurídicos. Sem vermos a evolução do conceito, não vamos conseguir perceber o conceito atual que a maior parte da doutrina defende.

O autor que deu a noção de bem jurídico pela primeira vez foi Birnbaum, em 1834. E Birnbaum definiu bem jurídico como *interesses primordiais do indivíduo na sociedade* e deu como exemplos a vida, o corpo, a liberdade e o património.

Posteriormente, com a escola jurídica sul-ocidental alemã – nomeadamente com Honig (1930), surgiu o conceito metodológico de bem jurídico de raiz normativista. Bem jurídico era uma forma abreviada de exprimir o sentido e finalidade de um preceito legal. Bem jurídico era uma expressão sintética do espírito da lei. De acordo com esta concepção, deve ir-se buscar o conceito de bem jurídico ao sentido e finalidade da norma – ao espírito da lei. Ora, este conceito não serve. Se a função do conceito de bem jurídico é ajudar a criar um padrão crítico ao direito constituído, o conceito de bem jurídico terá de ser transcendente ao direito penal legislado – e, neste caso, é-lhe imanente. Além disso, nem sempre o fim da norma coincide com o bem jurídico. No crime da burla, o bem jurídico protegido é a propriedade; mas um dos fins da norma é evitar o enriquecimento ilícito.

---

Atualmente, têm sido apresentadas fundamentalmente duas noções de bem jurídico. Uma delas é defendida por Jakobs e Stratenwerth.

>>> de acordo com Jakobs, deve ir-se buscar o conceito de bem jurídico ao sistema social de uma

dada comunidade. As críticas que se fazem a este conceito são as mesmas feitas à moral social. Além disso, não é um conceito muito preciso.

>>> por isso mesmo, surge outra parte da doutrina – encabeçada por Roxin (e, entre nós, Figueiredo Dias, Silva Dias e Conceição Valdágua) – diz que é no sistema social que se devem procurar os bens jurídicos, mas esses bens do sistema social têm de se transformar e se concretizar em bens jurídicos dignos de tutela. Tal só ocorrerá na Constituição – na OJ constitucional. Dessa forma, vão-se buscar os bens jurídicos a uma ordem jurídica que está antes do direito penal legislado. No fundo, a forma de concretizar e definir quais são os bens do sistema social que o DP deve salvaguardar é recorrer à OJ constitucional. Por isso, o conceito de bem jurídico tem de ser dedutível.

Outro autor defensor desta doutrina é Hassemer. Este conceito parece ter apoio da nossa OJ constitucional – desde logo, o 3º, 2. da CRP, que dispõe que toda a atividade do Estado, incluindo a do legislador penal, está submetida à Constituição, que nos garante os direitos, liberdades e garantias.

## CRP | ARTIGO 3º

(Soberania e legalidade)

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Tendo em conta todos os dados referidos, já podemos perceber a noção de bem jurídico dada por Roxin. Roxin define bens jurídicos como entes individualizáveis no plano ontológico e/ou no plano axiológico ou objetivos que são úteis à livre expansão da personalidade dos indivíduos no âmbito do sistema social global orientado para essa livre expansão ou ao funcionamento do próprio

sistema. ABB acrescentaria a esta noção uma ideia de Figueiredo Dias: (...) e, por isso, reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica constitucional.

### Princípios da necessidade e subsidiariedade do direito penal

Ainda a propósito da noção de bem jurídico: como pudemos constatar, a noção de bem jurídico penalmente relevante tem de ser dedutível da Constituição. É uma limitação imposta ao legislador num Estado de Direito. Apesar de existir esta relação entre DP e a OJ constitucional, ela é uma relação de mútua referência e não de identidade. Quer isto dizer que todo o bem jurídico tem de encontrar referência na ordem jurídica constitucional. Mas nem todo o bem constitucional é um bem jurídico penalmente relevante. Nem todo o bem jurídico que vem da OJ constitucional merece tutela penal. Há que ter em conta os princípios da necessidade e subsidiariedade do direito penal.

Não é pelo facto de um bem ter valor constitucional que necessariamente terá valor penal; não há essa coincidência.

### Direito penal primário e direito penal secundário

Outra nota: tendo em conta a noção de bem jurídico, faz-se uma distinção de que já falámos – entre direito penal primário e direito penal secundário.

>>> no direito penal primário, que se encontra quase todo na parte especial do nosso CP, encontram-se crimes que colidem com bens jurídicos constitucionais relacionados com direitos, liberdades e garantias pessoais;

>>> já no direito penal secundário, os crimes relacionam-se com direitos sociais ligados à organização económica e ao ambiente.

Esta distinção entre direito penal primário e direito penal secundário tem a ver com as duas zonas que o Estado tem de tutelar: por um lado, tem de proteger a chamada esfera de atuação pessoal do homem, da qual decorrem bens jurídicos pessoais. Mas, para além de tutelar a esfera de atuação pessoal do homem, também vai tutelar a esfera de atuação social do homem, como membro da comunidade. Nesse caso, essa esfera é já constituída por direitos sociais - de carácter económico, cultural, ambiental – pelo que se fala em bens jurídicos sociais.

Quando se refere e distingue entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos sociais (e entre direito penal primário e secundário), fala-se de uma visão dualista dos bens jurídicos.

Dentro desta visão dualista, temos uma vertente que se pode designar de pessoal-dualista. Entende que, dentro da nossa OJ constitucional, o Estado tem como função criar as condições para a autorrealização da pessoa. Para isso, precisa, por um lado, de proteger a esfera de atuação da pessoa como ser dotado de autonomia ética; e, por outro, de proteger a esfera de atuação da pessoa como ser social – aí temos uma esfera já constituída por direitos de carácter económico, social e cultural. É uma noção dualista porque parte do primado da pessoa. Os próprios bens sociais são bens sociais da pessoa; o que há em comum é a pessoa.

A esta noção dos bens jurídicos opõe-se a chamada teoria dos bens monistas. As teorias monistas dividem-se, por sua vez, em teorias monistas partidárias de uma teoria social monista (de acordo com esta visão, os próprios bens jurídicos individuais são atribuições jurídicas derivadas de funções do Estado). A estas teorias sociais monistas opõem-se às chamadas teorias monistas individuais, que veem o bem jurídico na ótica da pessoa. Por isso, a tal proteção que se dá aos bens sociais universais é na medida em que sirvam para a realização da pessoa.

A teoria monista social explora a vertente social do Estado; a teoria monista individual está mais ligada à frente liberal do Estado.

---

O DP, muitas vezes, visa tutelar certos objetivos do sistema social. O mais importante é percebermos

que, para além dos bens jurídicos individuais, há os bens jurídicos sociais.

---

Estamos a discutir o conceito material de crime. Interessa-nos saber quando é que há tutela penal. Para haver crime, para além de haver uma conduta lesiva de dado bem jurídico, é fulcral que se demonstre que a intervenção penal é não só necessária como também é eficaz.

### Princípio da necessidade da pena

Quando é que a intervenção penal é necessária? Quando se revela indispensável para criar as condições mínimas essenciais à vida em sociedade.

Se se demonstra que a intervenção penal é essencial para haver uma coexistência pacífica entre os indivíduos numa sociedade, então é necessária. Esta ideia está no 18º, 2. CRP, que consagra o princípio da necessidade da pena, ou princípio da subsidiariedade do direito penal, ou princípio da intervenção mínima do direito penal. Veja-se que as sanções penais são a mais grave intromissão do Estado na vida da pessoa.

### CRP | ARTIGO 18º

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

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 ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito

*retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*

A apreciação da necessidade da pena é feita por exclusão de partes – não só, mas fundamentalmente. Importa, em primeiro lugar, averiguar se outros meios de controlo social bastam para garantirem a prevenção do comportamento de forma adequada. Se se demonstrar que outro ramo do direito consegue garantir a prevenção do comportamento, não atua o direito penal.

Como ABB já referiu, este princípio diz que só se pode restringir direitos fundamentais (como a liberdade) quando tal se demonstre indispensável para salvaguardar outros bens jurídicos.

### **Princípio da proporcionalidade**

Outro princípio (interligado com o anterior) é o princípio da proporcionalidade. Mas o princípio da proporcionalidade em sentido amplo inclui o princípio da proibição do excesso, e, portanto, implica o princípio da subsidiariedade. Mais uma vez, o DP só deve interferir quando outros meios civis, administrativos, contraordenacionais não servirem. Para além de ter de se demonstrar que a intervenção penal é necessária, é preciso ainda demonstrar que a intervenção penal é eficaz. Se se provar que a intervenção penal traz mais consequências negativas do que positivas, ou se se demonstrar que a intervenção penal não tem qualquer eficácia (não previne o comportamento), é porque a intervenção penal não é eficaz. E se não é eficaz, não é necessária. Há uma ligação, mas não deixa de ser uma segunda qualidade que tem de se demonstrar para atuar o direito penal.

### **Críticas à noção material de crime**

Por último, quanto ao conceito material de crime, há que ter em atenção que existem algumas críticas feitas pela doutrina à noção material de crime. Uma das críticas que usualmente se fazem é que a função do Estado é não só assegurar bens jurídicos, mas também promover a realização das políticas do Estado. Numa sociedade contemporânea, que é

uma sociedade de risco, o direito penal cada vez mais tem uma função promotora da realização da política do Estado.

Para ABB, esta visão do direito penal é de afastar, fundamentalmente por duas razões:

1 - o pressuposto desta teoria. A ideia de caracterizar a sociedade contemporânea como sociedade de risco por contraposição a uma anterior sociedade de segurança é muito contestada. A sociedade sempre foi uma sociedade de risco; não é agora que a sociedade se transformou numa sociedade de risco. Por isso, não parece que essa premissa seja verdadeira ao ponto de dizer que o direito penal não tem como função proteger bens jurídicos fundamentais e não deve ajudar o Estado a prosseguir certas políticas.

2 - além disso, há uma figura que existe no direito penal que ajuda a antecipar a tutela dos bens jurídicos. Vamos ver que, muitas vezes, o legislador, para evitar a lesão dos bens, pune não só quando há lesão, mas também quando há perigo de lesão. Há um tipo de crime chamado crime de perigo – nomeadamente, crime de perigo abstrato. O que caracteriza um crime de perigo abstrato é que basta ao agente praticar uma ação abstratamente perigosa para ser punido. Ora, não espanta nada ABB que no direito penal atual se tenha de usar esta terminologia.

---

Desta noção de direito penal, podemos concluir que o nosso legislador está vinculado a punir que comportamentos? Comportamentos que acarretem a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos fundamentais de terceiro e que só podem ser controlados adequada e eficazmente por meios penais.

Não podem ser objeto de criminalização, de acordo com esta conceção, condutas que sejam lesivas de bens que não traduzam bens jurídicos dignos de tutela. No crime de homicídio, é protegida a vida humana. Este dever ético não deixa de ser um valor moral que está relacionado com um bem jurídico fundamental. Mas o valor moral da pornografia (de adultos) não é algo com que o Estado tenha a ver. Compete ao direito penal salvaguardar o adultério?

Não. Não é, de resto, ao direito penal que se recorre, mas ao divórcio. Não pode haver normas penais que prossigam fins ideológicos.

O direito penal está relacionado com os bens jurídicos fundamentais, e estes estão ligados aos valores mais básicos da vida humana. Se for só um valor moral sem estar relacionado com bens jurídicos fundamentais, não é direito penal. Mas, em certo sentido, há sempre uma ligação entre direito penal e deveres éticos. Mais uma vez, o que o direito penal visa tutelar não é tanto a conduta, mas o bem jurídico posto em causa.

---

Em Portugal, o consumo de drogas deixou de ser crime e passou a ser contraordenação em 2001.

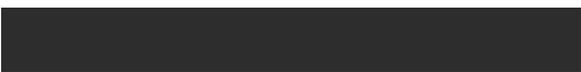
A Lei nº 30/2000 estabelece que o consumo de droga é apenas uma contraordenação. Para além disso, não se aplica coima se o consumidor solicitar a assistência de serviços de saúde públicos ou privados.

Criminalizar o consumo de drogas não seria eficiente. Não é pelo facto de se acenar com uma pena de prisão que se vai impedir que a pessoa consuma. É preciso provar que a intervenção penal é fundamental para evitar a prática daquele comportamento. Se não evita, não vale a pena. O objetivo é que não haja o comportamento. A partir do momento em que houve a descriminalização, baixou o consumo. Era esse o objetivo do Estado. Desde logo, a existência da norma incriminadora não tem aplicação; não é por existir uma norma que um consumidor vai deixar de consumir droga. Além disso, também se provou que a existência da norma não impede a prática do comportamento, e, ao descriminalizar, viu-se que a criminalização tem mais consequências negativas do que positivas. E ABB só está a falar ao nível do consumo (pode também haver transmissão de doenças através das agulhas, como o HIV). Isto está ligado ao princípio da necessidade da pena (v. atrás o 18º, 2. CRP). Ainda há uma outra discussão que tem de ser feita: quando alguém consome droga, que bem jurídico é que está posto em causa? A vida. Quando alguém põe em causa a sua vida, há crime? Estamos a punir um comportamento que, em 1º lugar, é lesivo do seu próprio bem jurídico. O direito penal não existe para tutelar o bem jurídico do próprio. Tem de estar

sempre em causa o bem jurídico de um terceiro. Já houve um tempo em que se punia quem tentava o suicídio, mas isso é um absurdo. O consumo de droga provoca a pequena e média criminalidade. Mas mesmo que se chegue a essa conclusão, quando formos passar a barreira de provar que a intervenção penal é eficaz e necessária, já temos dificuldade. Em Portugal conseguiu prevenir-se a pequena criminalidade ligada ao consumo através do tratamento do mesmo como uma doença. Por isso, a discussão tem de ser feita no plano do bem jurídico, mas também tem de ser discutido o princípio da necessidade e da intervenção mínima do direito penal.

Outro patamar de debate, que já se foi introduzindo em Portugal, é sobre a legalização do consumo de cannabis para tratamentos médicos. Será com a criminalização do tráfico que conseguimos punir a prática de tráfico de droga? Faz ou não sentido continuar a criminalizar o comércio de drogas, sabendo que essa criminalização não tem qualquer eficácia?

Outro aspeto importante: mais de três doses diárias já não é algo considerado consumo, mas sim tráfico. Já é punido. Só por causa da quantidade, assume-se que a pessoa vai traficar.



**28 SET 2018**

**Conceitos-chave:** Eutanásia; bigamia; aborto; lenocínio; fins das penas.

### **Eutanásia**

Ultimamente tem-se discutido a eutanásia.

Em primeiro lugar, importa referir que não existe a figura penal da eutanásia. A palavra eutanásia abarca um conjunto de atividades, umas previstas pelo direito penal, outras não e outras em que essa previsão é discutível. Existem situações na sociedade que são encaradas como eutanásia e que cabem já em tipos penais.

Há dois tipos penais relacionados com a eutanásia:

### CP | ARTIGO 134°

(Homicídio a pedido da vítima)

1 — *Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos.*

2 — *A tentativa é punível.*

### CP | ARTIGO 135°

(Incitamento ou ajuda ao suicídio)

1 — *Quem incitar outra pessoa a suicidar -se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até três anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se.*

2 — *Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

134° - homicídio a pedido da vítima.

135° - como se sabe, o suicídio não é punido, pois não lesa um bem de um terceiro. Mas já é punido o incitamento ou a ajuda a ajuda ao suicídio - daí o 135°.

O homicídio começa quando, em vez de uma mera ajuda, temos um comportamento típico por parte do agente. O que é que isso quer dizer? De uma maneira simples e linear, um comportamento é entregar uma arma, e outro comportamento diferente é disparar essa arma. Se eu entregar uma arma a uma pessoa, que ela depois utiliza, estou a

ajudar; se eu disparar, já estou eu próprio a praticar esse ato. É claro que, em termos teóricos, isto parece simples, mas há casos práticos muito difíceis de decidir.

Na Alemanha, temos o caso Gisela. Foi um caso de duplo suicídio de dois jovens através de inalação de substâncias num carro. Ela morreu e ele sobreviveu. A dúvida é: como é que vamos punir o que sobreviveu? O rapaz foi condenado por homicídio a pedido (até porque na Alemanha não se pune o auxílio ao suicídio). Mas uma parte da doutrina alemã, incluindo Roxin, veio dizer que, neste caso, o último ato antes da morte cabia a ela, pois podia a qualquer altura sair do carro, tendo o domínio do facto até ao fim. Interessa saber quem tem domínio no último ato antes da morte.

Quando se fala em eutanásia, por norma, está a pensar-se na ajuda à morte por parte de terceiro, e afasta-se a figura da ajuda ao suicídio. Mas mesmo dentro da ajuda à morte, há vários tipos de ajuda. Desde logo, temos a ajuda à morte indireta. É quando se aplica um tratamento medicamentoso requerido à pessoa e esse tratamento visa afastar e aliviar a dor, mas, ao mesmo tempo, encurta a vida. Esta ajuda à morte indireta deve ser afastada da discussão sobre se deve ou não ser punida.

Tem-se:

- ajuda à morte passiva – são casos em que há uma omissão ou interrupção do tratamento a uma pessoa que se encontra doente e que já iniciou o processo de morte porque sofre de uma doença incurável; e a pessoa pede a cessação do tratamento. Neste caso (quando isto é feito a pedido do doente), a maior parte da jurisprudência e da doutrina considera que não se aplica o homicídio a pedido.
- ajuda à morte ativa – em Portugal, a discussão que é feita neste momento é só quanto a determinadas situações: doença incurável, sofrimento e única forma de acabar com o sofrimento físico e mental seja a administração de uma substância letal que a pessoa não possa encontrar e administrar por si própria. Isto não passou, mas já houve uma grande evolução – veja-se o testamento vital.

## Bigamia

### CP | ARTIGO 247°

(Bigamia)

Quem:

- a) Sendo casado, contrair outro casamento; ou
- b) Contrair casamento com pessoa casada;

é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

247° - este crime já esteve no capítulo com epígrafe "crimes contra a fé pública". O que estava em causa era a fé pública. ABB tem muitas dúvidas de que haja aqui um bem jurídico. O direito penal visa proteger a fé pública? Se quiséssemos proteger a vida familiar, também teríamos de punir o adultério.

## Aborto

### CP | ARTIGO 140°

(Aborto)

1 — Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

2 — Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até três anos.

3 — A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até três anos.

142° - desde 1984, permite-se a realização da IVG nos casos de perigo de vida para a mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica e quando existe malformação fetal ou quando a gravidez resultou de uma violação. Em 1997, alargou-se o prazo nas situações de malformação fetal (antes era de apenas 7 semanas). Atualmente, o prazo em caso de malformação é de 24 semanas. Em Portugal, em 2007, o aborto foi despenalizado até à 10ª semana – 142°, 1., e).

### CP | ARTIGO 142°

(Interrupção da gravidez não punível)

1 — Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, exceptuando -se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;
- e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2 — A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 — Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 — O consentimento é prestado:

a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;

b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5 — No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psicicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6 — Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

7 — Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*.

Desde já, qual é o bem jurídico posto em causa? Será a vida? É a vida intrauterina. Se fosse a vida humana formada, teríamos um homicídio. Alguns especialistas consideram que, até à 10ª semana, não está formado o sistema nervoso; e se não está formado o sistema nervoso, não há capacidade de sentir (o que alguns autores consideram essencial para falarmos de vida humana).

Partindo do pressuposto de que há um bem jurídico, as grandes questões são a necessidade e a eficácia. É necessária e eficaz a intervenção do direito penal? Os últimos dados estatísticos mostram que houve uma diminuição do aborto em Portugal desde a

descriminalização, pelo que a norma que proibia parecia não ter muita eficácia. Além disso, muitas mulheres faziam o aborto em clínicas clandestinas e tiveram complicações.

## Lenocínio

### CP | ARTIGO 169º

(Lenocínio)

1 — Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

2 — Se o agente cometer o crime previsto no número anterior:

a) Por meio de violência ou ameaça grave;

b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou

d) Aproveitando -se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de um a oito anos.

169º - veja-se o acórdão de Maria Fernanda Palma nº 144/2004, da Relação de Guimarães. Há quem ponha em causa a necessidade de criminalizar este tipo de comportamento. Fernanda Palma: isto deve ser considerado crime, mas um crime de perigo abstrato, ou seja, não é preciso demonstrar que houve aproveitamento da debilidade da pessoa – basta a ação de fomentar, favorecer ou facilitar. Não é preciso provar que se tenha colocado a outra pessoa numa posição de inferioridade.

Imagine-se que alguém cria um *hostel* onde se exerce este tipo de profissão, e as pessoas que lá trabalham fazem-no porque querem.

Nota: estamos a discutir o lenocínio, porque a prostituição já não é punida em Portugal. Em certos países (em Portugal, não), quem utiliza estes serviços é punido.

Será que é através da criminalização que vamos travar este tipo de fenómeno?

*de liberdade de acção, situações e actividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei nº 23/80, in Diário da República, 1.ª série, de 26 de Julho de 1980), bem como, em 1991, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (Diário da República, 1.ª série, de 10 de Outubro de 1991).*

#### TR Guimarães | Acórdão 144/2004

(Rel. Maria Fernanda Palma)

*Mesmo as posições mais favoráveis à autonomia do direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo direito, segundo a lógica deste e por força dos seus critérios (sobre toda a problemática da relação entre a moral e o direito, v., por exemplo, Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2.ª ed., 1997, Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 1994). Porém, questão prévia a tal problemática e decisiva no presente caso, é a de saber se a norma do artigo 170º, nº 1, do Código Penal apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não susceptíveis de protecção pelo direito, segundo a Constituição portuguesa.*

#### TR Guimarães | Acórdão 144/2004

(Rel. Maria Fernanda Palma)

*O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desprotecção social.*

Abstratamente, é uma conduta perigosa; não é preciso demonstrar que dessa conduta resulta uma concreta relação de exploração.

Para M<sup>a</sup> Fernanda Palma, a questão essencial é esta: o 171º protege apenas valores morais? M<sup>a</sup> Fernanda Palma diz que não.

#### TR Guimarães | Acórdão 144/2004

(Rel. Maria Fernanda Palma)

*Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão*

Contudo, em oposição à prof<sup>a</sup> Fernanda Palma, temos o prof. Figueiredo Dias. Para ele, a incriminação do lenocínio tem por objetivo defender bens jurídicos transpessoalistas por via do direito penal. Considera que este é um crime sem vítima, e o que está em causa é uma opção do legislador que visa proteger certos valores moralistas por via do direito penal; e considera que não se pode dizer que a verificação destas situações coloca, sem mais, a pessoa numa situação de dependência (como acha a prof<sup>a</sup> Fernanda Palma). Imagine-se que uma

mulher muito rica acha engraçado dedicar-se a esta atividade. Vamos punir essa pessoa? Figueiredo Dias diria que não.

Para M<sup>a</sup> João Antunes, o 169<sup>o</sup>, 1. CP é inconstitucional por violar o 18<sup>o</sup>, 2. CRP (v. atrás). Para M<sup>a</sup> João Antunes, não há aqui bem jurídico, e, como tal, não há necessidade – relaciona bem jurídico e necessidade.

[v. também acórdão 296/2007]

## Fins das penas

Importa agora estudar a parte da estatuição da norma penal – a sanção penal.

Interessa, portanto, discutir para que serve a aplicação da pena, *i.e.*, o que legitima o Estado a aplicar penas. Há uma diferença com a questão que estivemos a ver. Através das penas, o direito visa alcançar algo – o seu fim último.

Pode falar-se em várias teorias:

- Teorias preventivas - isto inclui *teorias da prevenção geral* e *teorias da prevenção especial*;
- Teorias retributivas – *teorias retributivas superficiais* e *teorias retributivas da reparação / da justiça da pena*.

**2 OUT 2018**

**Conceitos-chave:** Fins das penas; teorias da prevenção geral; teorias da prevenção especial; teorias retributivas superficiais; teorias retributivas da reparação.

## Fins das penas (continuação)

Com o conceito material, visava-se determinar as características que um comportamento tinha de ter para o legislador estar legitimado a criminalizá-lo. Hoje vamos tentar perceber quais os fins que o Estado pretende atingir com a aplicação de penas. Há quem diga que se trata de saber quais os fins legítimos das penas.

De acordo com as teorias preventivas, a aplicação da pena justifica-se tendo em conta a necessidade de prevenção de futuros crimes. A pena visa, então, evitar a prática de futuros crimes. A primeira pessoa a pôr este problema foi Protágoras, num diálogo que Platão escreveu. As teorias preventivas também são chamadas teorias relativas, porque são relativas a um fim, ao contrário das denominadas teorias absolutas, que não se justificam face a um fim, mas pela prática de um crime.

Estas teorias preventivas subdividem-se, normalmente, em dois tipos:

- (1) Teorias da prevenção geral;
- (2) Teorias da prevenção especial.

As teorias da prevenção geral vêm dizer que o fim da pena é evitar a criminalidade por parte de todos os indivíduos. A finalidade da pena será, então, motivar a generalidade das pessoas a comportar-se de acordo com a lei – daí a palavra “geral”.

As teorias da prevenção especial dizem que a pena visa evitar a prática de futuros crimes, mas só por parte do próprio delincente.

## 1 – TEORIAS DA PREVENÇÃO GERAL

O principal defensor destas teorias foi Feuerbach, no séc. XIX. De acordo com as teorias da prevenção

geral, a pena só será racional se servir para realizar um bem. E esse bem traduz-se em dissuadir as pessoas da prática de crimes, dessa forma contribuindo para a paz e a ordem social. Esse fim pode ser alcançado, de acordo com a teoria da prevenção geral, de duas formas:

>>> há quem defenda uma prevenção geral negativa, que diz que a prevenção dos futuros crimes é alcançada intimidando as pessoas

>>> há quem defenda uma prevenção geral positiva ou integradora, que considera que o fim da prevenção é reafirmar a eficácia do direito com a aplicação das penas (ao aplicar-se uma pena, está a afirmar-se que o direito é aplicado e tem eficácia).

---

Estas teorias preventivas foram sujeitas a várias críticas. É preciso termos em atenção que qualquer das teorias dos fins das penas que vamos tentar perceber é criticável se a defendermos como fundamento exclusivo da pena. Estas teorias só fazem sentido se considerarmos que os fins que vimos são os únicos fins das penas.

A primeira crítica às teorias preventivas foi feita por Kant. Este filósofo considerou que esta teoria reduzia o homem, que é um fim em si, à condição de simples meio. De acordo com esta teoria, aplica-se uma pena a uma pessoa para que outras pessoas não pratiquem crimes. Está a instrumentalizar-se uma pessoa, pondo em causa a dignidade da pessoa humana. Não é possível justificar o poder punitivo do Estado tendo em conta apenas as suas consequências.

Outra crítica que se costuma fazer a esta teoria é a de que pode levar a um direito criminal objetivista. O que significa isto? Se só nos preocupamos com a prevenção de futuros crimes, passamos a ter um direito criminal em que a pena está determinada em função do seu resultado - ou intimidatório, ou positivo (de reafirmar a eficácia). Como vamos estudar, o direito penal não é objetivo, mas sim um direito baseado na culpa do agente. Deve olhar à culpa do agente, e não às consequências.

Uma outra crítica é a de que não é possível calcularmos o efeito intimidatório de uma pena. Aplicada sozinha, esta teoria teria como efeito penas

indeterminadas, o que é incompatível com a dignidade da pessoa humana.

## 2 – TEORIAS DA PREVENÇÃO ESPECIAL

O principal defensor da prevenção especial é Liszt. Liszt diz que a pena visa evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio delinquente a que se aplica a pena. Esse evitar da prática dos crimes pelo próprio pode ocorrer, fundamentalmente, de três formas:

- 1) corrigindo o agente – ou seja, socializando o delinquente.
- 2) se não for possível socializar o agente, alcança-se esse fim através da intimidação.
- 3) se não for possível socializar nem intimidar, há que aplicar uma pena privativa da liberdade.

Quais são as críticas feitas a esta teoria, se a utilizarmos como justificação exclusiva dos fins das penas?

Em primeiro lugar, esta teoria não consegue justificar a aplicação de penas aos chamados crimes ocasionais. Há crimes que, pela sua natureza ou pelas circunstâncias em que ocorrem, são claramente crimes ocasionais (ex.: um crime passional, em que alguém, sentindo uma emoção violenta, fere a integridade física de outrem). Este tipo de crime não tem tendência a repetir-se. Se a finalidade da pena é prevenir a prática de crimes pelo próprio, como consigo justificar a aplicação da pena? Esta teoria deixaria de fora este tipo de crimes.

Além disso, aplicada em exclusivo, esta teoria pode levar a penas indeterminadas. Imagine-se que estamos perante um indivíduo considerado perigoso – ele pode ficar indefinidamente na prisão, até lhe passar a perigosidade.

Além disso, há uma outra crítica: esta teoria tende a não permitir a distinção entre penas e medidas de segurança. Quando alguém age sem culpa (ex.: inimputabilidade por anomalia psíquica, menoridade), em princípio, a pessoa é declarada inimputável. Não pode praticar um crime em sentido estrito – falta a culpa. Quem é incapaz de culpa não sofre pena de prisão, mas são-lhe aplicadas medidas de segurança.

Também há quem diga que não é possível, com dados seguros, fazermos uma prognose sobre a delinquência futura. Não conseguimos dizer quantos anos são precisos para que a pessoa deixe de praticar crimes.

---

A par das teorias preventivas, temos as chamadas teorias retributivas. As teorias retributivas dividem-se em dois tipos:

- (1) Teorias retributivas superficiais;
- (2) Teorias retributivas da reparação.

## 1 – TEORIAS RETRIBUTIVAS SUPERFICIAIS

Segundo as teorias retributivas superficiais, a pena é um mal devido a um mal. Um mal que o Estado aplica devido ao mal praticado pelo agente. Estas teorias justificam-se com o próprio facto, não havendo propriamente um fim.

---

Desde logo, uma crítica aponta para que o mal em si não é um fim possível da vontade do Estado. Não é racional pensar que o Estado possa ter como fim um mal. Só é racional que o Estado tenha como fim um bem.

Segunda crítica: o recurso à ideia retributiva do talião (“olho por olho, dente por dente”) tem efeitos lamentáveis. E a pena não se baseia na culpa do

agente, mas baseia-se apenas no facto praticado pelo agente. É totalmente diferente punir uma pessoa que furtou porque lhe apeteceu e punir uma pessoa que furtou por necessidade. De acordo com esta teoria, tratar-se-iam estas duas situações como iguais.

---

## 2 – TEORIAS RETRIBUTIVAS DA REPARAÇÃO

Surge então uma outra teoria retributiva, que já não é superficial e que se pode denominar teoria da reparação.

Estas ideias já foram apresentadas por Platão e Hegel. Segundo esta teoria, a pena deve-se ao Estado pela culpa, e, como tal, a espécie da pena e a medida da pena variam consoante a maior ou menor gravidade da culpa. O fim da pena será reparar o dano da culpa. Como é que se repara o dano da culpa? Recuperando o delinquente para a sociedade.

---

O crime é causa de dano. Quando ABB fala em dano, é em sentido amplo – dano no sentido de diminuição do valor de um bem jurídico. O crime, desde logo, causa dano à vítima; mas também causa dano à sociedade, colocando em causa a paz social e criando o perigo da prática de novos crimes. Veja-se, porém, que o crime também causa dano ao próprio delinquente. Com a prática do crime, há uma diminuição do seu valor pessoal. Se for uma pessoa capaz de culpa, causa-lhe dano porque diminui o seu valor perante a sociedade.

A tábua de Carnéades é um exemplo que nos permite perceber quando um caso é praticado com culpa e sem culpa. É uma situação em que estão duas pessoas em cima de uma tábua, e a tábua não aguenta com as duas. A pessoa mais forte empurra a mais fraca, porque ou morrem as duas ou morre só uma. À luz do direito penal, neste caso, apesar de o homem mais forte ter praticado um ato ilícito (matou outra pessoa), não se pode atribuir esse

desvalor ao agente, visto que não seria razoável exigir do agente outro tipo de comportamento.

No CP, encontramos a figura do estado de necessidade desculpante. É uma causa de exclusão da culpa. Atualmente, a maior parte das OJ defendem teorias unificadoras, no sentido de que combinam vários fins. Temos teorias unificadoras a que se dá maior importância ao fim da prevenção geral; temos teorias unificadoras em que a prevenção especial tem um papel central; e teorias unificadoras em que o papel central é dado à reparação. Fala-se em teorias unificadoras retributivas e teorias unificadoras preventivas.

Antes de tentarmos perceber quais as teorias adotadas pela nossa OJ, vejamos a posição de Roxin. Roxin defende uma teoria unificadora preventiva, que denomina teoria unificadora dialética. Roxin diz que o direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: **1** - ameaça com penas (através das normas legais), **2** - impõe penas (através das sentenças), **3** - executa as penas. Se queremos ter uma teoria completa dos fins das penas, precisamos de justificar estes três momentos. É preciso que justifiquemos a ameaça, a imposição e a execução. Como estas três formas estão relacionadas umas com as outras, o que se disser em relação à primeira aplicar-se à segunda.

O que justifica que o Estado possa, através de normas jurídicas, ameaçar os indivíduos? Para Roxin, a necessidade de proteção de bens jurídicos fundamentais (a segurança e a paz social), permitindo uma vida em comum livre de perigos. Esta resposta coincide com a resposta à questão "Qual é a função do direito penal?". Roxin acrescenta duas notas, ainda quanto às ameaças. **1º**, o direito penal tem natureza subsidiária, e só pode ameaçar com pena de lesão de bens jurídicos quando tal for indispensável. Se outro ramo do direito puder atuar, não atua o direito penal. **2º**, o direito penal não vai punir condutas que sejam meramente imorais. Se a ameaça penal tem por função proteger bens jurídicos fundamentais, e a conduta for apenas imoral e não lesar qualquer bem jurídico, o direito penal não deve atuar. Roxin acrescenta algo de bastante relevante nesta fase da ameaça: esta proteção dos bens jurídicos, que justifica a ameaça penal, só pode ser feita de forma preventiva. Se estamos a falar de normas jurídicas, elas supostamente precedem temporalmente a atuação do sujeito. Essa proteção através da ameaça penal só pode ser preventiva.

Num segundo passo, Roxin tenta justificar a segunda forma de o Estado atuar face ao indivíduo

através do direito penal – a aplicação da pena. O que é que justifica aplicar a pena?

Roxin vem dizer que o que justifica a aplicação da pena é, em primeiro lugar, demonstrar que a ameaça penal se concretiza. Só com a aplicação da pena é que conseguimos demonstrar que o direito penal tem eficácia. Mas não basta ter esse fim. Nesta fase da aplicação, para além de se visar a proteção de bens jurídicos, há que respeitar a dignidade, a humanidade e a autonomia do agente. A pena não pode ser desumana. E há um aspeto muito importante: tem de ser uma pena na medida da culpa. A pessoa sofre uma pena de acordo com a culpa com que praticou o facto, e não apenas segundo a utilidade para os outros.

Para Roxin, a culpa surge como limite da pena. A pena aplicada ao agente nunca pode ultrapassar a medida da culpa. O ódio religioso, por ex., é uma circunstância que aumenta a culpa do agente; já se a pessoa pratica um crime porque está numa situação de desespero, será homicídio privilegiado.

Roxin define um conceito de culpa social. Para Roxin, a culpa é a culpa que os outros pensam que o agente tem – daí falar em conceito social de culpa. Como vamos ver, a culpa não deve ser social, mas sim uma culpa do agente. Roxin diz que defende este conceito de culpa social por estar preocupado em confirmar os juízos que a sociedade faz acerca daquele facto, jogando de acordo com a culpa que a sociedade acha que o agente tem. Aí, Roxin deita abaixo (para ABB) a sua ideia inicial – que era, na fase da aplicação, ter em conta a dignidade da pessoa humana.

Para a justificação da pena estar completa, tem de incluir a prevenção especial. Também com a aplicação da pena se visa prevenir a prática de crimes pelo próprio delincente. Por último (embora não nos interesse tanto), o direito penal tem de ser aplicado de acordo com direito processual penal justo e correto. Veja-se que o direito penal só se aplica através do processo penal. O processo penal deve obedecer a uma série de princípios: não posso torturar uma pessoa, face ao respeito pelos direitos fundamentais.

Roxin vem dizer que a execução da pena estará justificada se visar a proteção dos bens jurídicos. Mas, ao mesmo tempo, tem de visar a re-socialização do agente. A única execução que interessa é a execução socializadora. É claro que essa re-socialização terá como limite a culpa e o respeito pela autonomia da pessoa.

Deve haver uma castração dos delinquentes sexuais? Isso interfere com a dignidade da pessoa. A única hipótese que o Estado tem parece ser re-socializar o agente. Isto implica respeitar a autonomia e a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, Roxin continua a defender esta teoria, mas vem acrescentar que a grande conquista do direito penal alemão nos últimos 20 anos foi introduzir no sistema sancionatório a ideia de ressarcimento da vítima. Há uma dependência, no direito penal alemão, de tentar reparar o dano que o crime causa ao próprio ofendido.

Veja-se que, no direito penal alemão, o parágrafo 46-A “acordo entre o autor e a vítima – reparação do dano” prevê que a conciliação entre o autor e a vítima ou a reparação do dano da vítima através de esforços sérios por parte do agente (nomeadamente através do ressarcimento) pode levar à atenuação da pena. Quando se trata de pequena e média criminalidade, pode levar a que não haja pena de prisão efetiva.

Roxin, e quem defende esta política de conciliação entre a vítima e o agente, também contribuem para a prevenção especial. O agente, ao tentar a conciliação com a vítima, vai ter de se aperceber do mal que fez. Além disso, a sociedade assiste à situação, contribuindo também para a prevenção geral. ABB acha que devia haver esta tendência na execução das penas.

---

Quais as teorias presentes no 40º CP?

### CP | ARTIGO 40º

(Finalidades das penas e das medidas de segurança)

1 — A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2 — Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.

3 — A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

A proteção que o direito penal dá aos bens jurídicos só pode ser preventiva. Quando a prática aconteceu, já não posso prevenir a lesão. Quando o nosso legislador diz “a aplicação de penas e medidas de segurança...”, está claramente a pensar nas teorias preventivas. Como não é especificado o tipo de prevenção, a maior parte da doutrina pensa quer na prevenção geral, quer na especial. A pena é aplicada a quem age com culpa; a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis. Quando o legislador diz que se visa a reintegração do agente na sociedade, está presente uma ideia de prevenção especial.

No 40º, 2., está presente a teoria da reparação.

Olhe-se também ao 71º:

### CP | ARTIGO 71º

(Determinação da medida da pena)

1 — A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 — Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

- a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 — Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

Estes são os artigos que demonstram quais as teorias que a nossa OJ adota quanto aos fins das penas.

---

*José de Sousa Brito* (v. “A medida da pena no novo CP”, 2002) – o fim da pena será não só a retribuição da culpa, mas também será a prevenção geral. Se o fim principal da pena é, por um lado, a reparação da culpa e, por outro lado, a prevenção geral, temos de retirar que o fundamento da pena / os pressupostos da aplicação da pena são não só a culpa como a necessidade de prevenção geral. Estes dois pressupostos podem retirar-se da nossa OJ. A pena tem de ter por pressuposto a culpa, pois só dessa forma é respeitada a dignidade da pessoa humana (que está consagrada no art.º 1º da CRP). Já a prevenção geral está consagrada no art.º 18º, 2. da CRP (o princípio da subsidiariedade do direito penal ou da necessidade da pena – só posso aplicá-la se for indispensável para a proteção de bens jurídicos fundamentais).

O que este autor acrescenta é que uma teoria dos fins das penas não pode apenas tentar determinar quais são os pressupostos e as finalidades das penas. Uma teoria completa dos fins das penas tem de estabelecer os critérios gerais que influem na determinação da medida da pena. Não basta chegarmos aos pressupostos: temos de saber quais os critérios que influirão na medida concreta da pena. Quais os critérios a ter aí em conta?

1) Culpa - para além de pressuposto, a culpa é também critério na determinação da pena – e, de acordo com este autor, vai determinar a pena entre um máximo e um mínimo (moldura penal). A prova disto é o 40º, 2. do CP.

2) Prevenção especial - a medida da pena vai ser determinada de acordo com o necessário para prevenir a prática de crimes pelo próprio. A prevenção especial vai dar-nos a medida exata da pena dentro da medida da culpa.

3) Prevenção geral - veja-se que a prevenção geral vai determinar um limite mínimo necessário para a defesa dos bens jurídicos.

Imagine-se o crime ocasional da mulher que matou um homem porque foi vítima de violência doméstica durante 20 anos. Provavelmente, esta mulher deixou de ter capacidade para pensar claramente. Em princípio, este crime caberá no 133º do CP (homicídio privilegiado). Se isto acontecer, o nosso legislador diz que a moldura penal deixa de ser 8 a 16 anos e passa para 1 a 5 anos. A culpa da mulher, em princípio, está diminuída, pelo que olhamos ao homicídio privilegiado. Vamos supor que a moldura penal tem um máximo de 4 anos e um mínimo de 2. Logo a seguir, temos em conta a prevenção especial. Como visa prevenir a prática dos crimes pelo próprio, a prevenção especial é, aqui, quase nula. Face à prevenção especial, podemos considerar que a medida da pena pode ser abaixo do limite mínimo da culpa – porque não há perigo de repetição. A prevenção especial levaria ao cálculo do *moins*. O que vai acontecer? A prevenção geral vai impedir que a pena possa descer abaixo do limite mínimo da culpa. A mulher vai ter de ir para a prisão por, pelo menos, dois anos.

É desta forma que limitamos a pena, só tendo em conta os fins das penas. Veja-se que o juiz tem de dizer como os fins das penas o influenciaram na medida concreta da pena - daí o 71º, 3. do CP (v. atrás), sob pena de a sentença não ter efeito.

---

*Jorge Figueiredo Dias* - ao contrário do que diz J. Sousa Brito, a finalidade primordial da pena é a prevenção geral positiva. O fim principal da pena, para o prof. Figueiredo Dias, é confirmar a eficácia do direito e dessa forma proteger os bens jurídicos. Para JFD, a intimidação só surge como efeito secundário/lateral. A outra finalidade da pena é a prevenção especial. Quais são os critérios a ter em conta para a determinação da medida concreta da pena?

1) Prevenção geral positiva - para o prof. Figueiredo Dias, a medida da pena começa por se determinar tendo em conta o que for necessário para evitar a prática dos crimes pela confirmação da eficácia do direito. Essa prevenção geral positiva vai determinar um quadro de medida.

A moldura penal da mulher vítima de violência doméstica que matou o marido é de 1 a 5 anos. Vamos imaginar que a moldura que resulta da prevenção geral positiva é entre 2 e 4 anos.

Na prevenção geral positiva, o limite mínimo corresponde ao necessário para proteger os bens jurídicos de acordo com a reafirmação da eficácia do direito. Para Figueiredo Dias, o limite máximo corresponde à medida ótima de proteção dos bens jurídicos.

2) Prevenção especial - é ela que determina, “*em última instância, a medida da pena*”. JFD considera que, quando se fala de prevenção especial, isso abarca quer a prevenção especial negativa, quer a prevenção especial positiva. Como prevenção especial negativa, Figueiredo Dias pensa na intimidação; como prevenção especial positiva, JFD pensa na prevenção de futuros crimes pelo delinquentes através da sua re-socialização.

Se tivermos um Estado que não leva a sério a re-socialização, corremos o risco de arranjar uma lotação das cadeias existentes (como acontece nos EUA e no Brasil). No Brasil, as prisões estão cheias.

3) Culpa – por último, a medida da pena, para JFD, que está delimitada quer pela prevenção geral, quer pela prevenção especial, vai estar determinada pela culpa. Para JFD, a culpa vai fornecer o limite inultrapassável da pena. A culpa estabelece o máximo da pena compatível com o respeito pela dignidade da pessoa humana.

---

Qual é a crítica que ABB faz a Figueiredo Dias? JFD acha que a culpa pode dar uma medida exata da pena. Face à nossa OJ, a culpa não dá uma medida exata da pena. A culpa dá apenas uma variação da

pena entre um máximo e um mínimo. O mais exato que pode dar é isso.

Segunda crítica que ABB faz a Figueiredo Dias: se o juiz, na determinação da medida concreta da pena, tem como primeiro critério em consideração a prevenção geral positiva (prevenir a prática de futuros crimes por parte da sociedade através da reafirmação da eficácia do direito), corre-se o risco de ter em conta o que a sociedade pensa acerca do crime no momento da sentença. E o juiz pode, assim, ser sujeito a pressões sociais. O legislador está em melhor posição para avaliar a prevenção geral positiva necessária.

---

Augusto Silva Dias - tal como Roxin, ASD distingue:

(1) o momento em que o Estado ameaça com a pena;

(2) o momento em que o Estado aplica a pena;

(3) o momento em que é executada a pena.

Para Silva Dias, uma concepção correta dos fins das penas deve articular a problemática dos fins das penas com a razão ou razões da punição. Normalmente, quando se discutem os fins das penas, confundem-se a finalidade da pena e a razão de ser da pena. Para termos uma teoria completa, temos de perceber a que questão estamos a responder.

Começamos pela (1) ameaça da pena. Para ASD, é preciso perguntarmos qual a razão da ameaça e qual a finalidade. Qual a razão? Ter sido cometido um crime; o próprio legislador considerar que aquele comportamento é merecedor de pena. Entra aqui o conceito material de crime. A razão de ser da ameaça penal está no conceito material de crime; depende de haver ou não uma conduta que atenta contra um bem jurídico fundamental, digno de tutela penal. Qual é o fim? A prevenção. Para JFD, o fim principal da ameaça só poderia ser a prevenção. O fim da ameaça consistiria na prevenção geral. Para ASD, essa prevenção geral tende a ser essencialmente positiva.

Vamos passar à **(2) aplicação da pena**. A razão de ser da aplicação da pena é a prática do crime. Há que retribuir essa prática com uma pena. A culpa, nesta fase da aplicação da pena, vai fornecer o limite da retribuição, mas também o limite dentro do qual as finalidades preventivas podem ser prosseguidas. Para o prof. Silva Dias, nesta fase, a finalidade é a prevenção especial. O juiz, atendendo às condições do meio social e prisional, deve escolher a espécie e a medida da pena adequadas a evitar que o delinquente volte a praticar crimes.

Por último, temos a **(3) execução da pena**. Este é o único momento em que, para Silva Dias, a razão de ser e a finalidade se confundem. Fundamentalmente, podemos falar de prevenção especial – fornecer ao indivíduo os meios e as condições que promovam a sua reintegração social.

Para ABB, as nossas prisões deveriam ser reorganizadas para não misturar primeiros delinquentes e delinquentes já com alguma história, ou que tenham praticado crimes com certa gravidade.

**9 OUT 2018**

**Conceitos-chave:** Determinação da medida da pena no caso concreto; princípio da humanidade das penas.

**Determinação da medida da pena no caso concreto**

**CP | ARTIGO 71º**

(Determinação da medida da pena)

*1 — A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.*

*2 — Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:*

*a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;*

*b) A intensidade do dolo ou da negligência;*

*c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;*

*d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;*

*e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;*

*f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.*

*3 — Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.*

Como se determina a medida da pena para o caso concreto? Desde já, há um trabalho de subsunção por parte do juiz, em que ele vai verificar se aquele caso preenche ou não algum (ou mais do que um) tipo de crime, e determinar se o agente pode ou não ser responsabilizado criminalmente. Vai ter de determinar se há uma ação jurídico-penalmente relevante, ver se essa ação é **(1) típica** e, em caso afirmativo, verificar se a ação é **(2) ilícita** (sendo que, no direito penal, a ilicitude é analisada pela técnica negativa da exclusão – o que tem de se averiguar é se no caso concreto se verifica alguma causa de exclusão da ilicitude) e se houve **(3) culpa** (ao contrário da ilicitude, a culpa é um juízo de censura que se dirige ao agente, e, por isso, pressupõe que o agente seja imputável, *i.e.*, capaz de culpa).

Já referimos que, por vezes, o facto é praticado por uma pessoa incapaz de culpa (inimputável). Aí já não há crime. Só há crime com culpa. O último elemento é a **(4) punibilidade**. Há determinados tipos de crimes que exigem certos elementos extrínsecos à ilicitude que têm de ocorrer para haver crime.

*Exemplo: o nosso legislador achou que só faz sentido punir a tentativa quando ao crime consumado for aplicada uma pena de prisão superior a 3 anos. Esta exigência é uma condição objetiva de punibilidade, que se analisa neste último elemento do crime.*

Depois de feita toda esta análise, o juiz chega a uma moldura penal. O primeiro passo do juiz é dizer qual é a medida legal, e vai ter de levar em conta vários fatores. Na tentativa, já há que ter em conta os arts. 23º e 73º:

### CP | ARTIGO 23º

(Punibilidade da tentativa)

*1 — Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão.*

*2 — A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada.*

*3 — A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime.*

### CP | ARTIGO 73º

(Termos da atenuação especial)

*1 — Sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável:*

- a) O limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço;*
- b) O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a três anos e ao mínimo legal se for inferior;*
- c) O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal;*

*d) Se o limite máximo da pena de prisão não for superior a três anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites gerais.*

*2 — A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais.*

Se o juiz se deparar com uma tentativa, a moldura legal a ter em conta já não é entre 8 e 16, mas sim a moldura determinada pelo 73º, 1. – cuja aplicação, por sua vez, resultou do 23º, 2.

Outras variações legais: o homicídio nem sempre é praticado na forma simples. Há o homicídio qualificado (v. 132º) e o homicídio privilegiado (v. 133º). Se alguém pratica um homicídio por motivos de ódio religioso, em princípio há maior culpa.

### CP | ARTIGO 132º

(Homicídio qualificado)

*1 — Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.*

*2 — É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:*

- a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;*
- b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;*
- c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;*

d) *Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;*

e) *Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;*

f) *Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima;*

g) *Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;*

h) *Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;*

i) *Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;*

j) *Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;*

l) *Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão de governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;*

m) *Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.*

aplicar. Às vezes o juiz tem de ter em conta agravações legais gerais. Imaginemos que se trata de um delinquente habitual / um reincidente – neste caso, pode haver uma agravação legal da pena. Entre os 16 e os 19 há um regime especial, e isso é uma atenuação legal.

Depois de chegar à moldura legal abstrata, o juiz vai ter de determinar a medida concreta. É nessa determinação que ele vai precisar de ter em conta uma série de fatores, que provavelmente o legislador já teve em conta quando fez a medida legal, nomeadamente:

- Grau de ilicitude;
- Bem jurídico posto em causa;
- Grau de culpa.
- (...)

Para já, estudámos os fatores relacionados com os fins das penas. Com base nos fins das penas, o juiz pode chegar a uma medida X ou a uma medida Y.

É também nesta segunda fase que o juiz pode ter de decidir pela aplicação de penas alternativas (aplicar a pena privativa de liberdade ou uma pena alternativa). Só no caso da pena privativa da liberdade é que entramos no tema da pena concreta.

## CP | ARTIGO 133°

(Homicídio privilegiado)

*Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

Em primeiro lugar, para saber qual a medida da pena, o juiz tem de saber qual a moldura legal que vai

## Acórdão 432/09 do STJ

Por norma, uma sentença está dividida em três partes:

(1) Relatório – elementos objetivos do processo: identificação do arguido, do ofendido, descrição do crime, etc.

(2) Fundamentação – parte em que o juiz descreve os factos provados e os factos não provados.

(3) Dispositivo – de forma sucinta, o juiz declara qual a decisão e qual o tipo de crime que o agente preenche – e qual a pena a aplicar ao arguido.

Além de olhar às alíneas, é preciso ver se houve especial censurabilidade por parte do agente (não basta caber nas alíneas).

---

Como é que o juiz chegou à moldura a que chegou, no acórdão 432/09 do STJ (rel. Santos Cabral)?

132º >>> 12 a 25 anos.

23º, 2. + 73º, 1. >>> limite máximo: retiram-se 8 anos e 4 meses aos 25, ficamos com 16 anos e 8 meses de prisão. Limite mínimo:  $1/5 * 12 = 2$  anos, 4 meses e 24 dias.

Como é que, face a esta moldura legal abstrata, conseguimos determinar a moldura concreta? O juiz aplicou 8 anos e seis meses de prisão.

O prof. Figueiredo Dias defende, tal como estes juízes, que a razão principal da pena é a prevenção geral. ABB tem muitas dúvidas. Teme uma instrumentalização da pessoa. Para outra parte da doutrina, o fim da pena é o dano que é causado ao agente.

Ao contrário da prevenção geral, a prevenção especial visa prevenir a prática de futuros crimes não pela sociedade, mas pelo próprio delinquente. Divide-se também em prevenção positiva e negativa: é positiva quando se previne a prática de futuros crimes pelo próprio, ressocializando-o; negativa quando não se consegue ressocializar, mas apenas intimidar. O ideal é a re-socialização; aliás, é a única coisa que interessa.

Veja-se que o limite máximo é determinado de acordo com a culpa; o limite mínimo é determinado de acordo com as exigências de prevenção geral. O juiz foi à moldura legal e olhou para isto.

Quem diz a medida exata é a prevenção especial. O juiz considerou que dava os tais 8 anos e 6 meses de prisão.

Ainda há que fundamentar, sob pena de a sentença não ser válida.

---

Importa agora ver como é que o STJ decidiu na determinação da pena concreta. O STJ começa por

dizer que, dentro da moldura legal, a pena de 8 anos e 6 meses terá de manter-se, pelas prementes e irrenunciáveis exigências de prevenção geral, por se adequar às exigências de prevenção especial de socialização, e, especialmente, de intimidação, por ser suportada pelo elevado grau de culpa do arguido.

O recurso foi julgado improcedente.

---

Para ABB, a única execução da pena que interessa é se se conseguir ressocializar o agente.

---

### Princípio da humanidade das penas

Se o tribunal concluir que a suspensão da execução é mais benéfica, em termos de re-socialização, do que a execução da pena, tem de optar pela suspensão da pena. Mas há outro princípio intimamente relacionado com os fins das penas e que deve ser visto à luz desta matéria: o princípio da humanidade das penas. O princípio da humanidade das penas resulta, desde logo, da dignidade da pessoa humana e do princípio da necessidade – isto é, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, não são possíveis nem defensáveis penas desumanas. E face ao princípio da necessidade da pena, resulta que as penas desumanas não são necessárias – e são, até, prejudiciais do ponto de vista da prevenção geral (ao dizer que, em certas situações, faz sentido desprezar bens jurídicos). O Estado não deve nunca dar a entender que a dignidade da pessoa humana não é defensável.

Há artigos da CRP onde o princípio da humanidade das penas está patente.

#### CRP | ARTIGO 24º

(Direto à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.

A pena de morte poria em causa o valor mais alto da nossa OJ, que é a vida humana. Nós podemos estar, em certo sentido, orgulhosos de sermos dos primeiros Estados da Europa e do mundo a abolir a pena de morte.

## CP | ARTIGO 25°

(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

25°, 2. – ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas cruéis ou desumanas.

---

Com a prisão perpétua só se cumpre a prevenção geral – e mesmo assim talvez não, porque mostra um desprezo por um bem jurídico – para ABB, o Estado não deve mostrar que em certos casos se neguem bens jurídicos.

Em Portugal há uma lei que permite o internamento compulsivo para tentar curar certas pessoas, de modo a que não façam mal à sociedade. Não é legítimo prender as pessoas para toda a vida.

---

Por contraposição a um direito penal humanista (que quer ressocializar o delinquente e tem uma finalidade), estamos a caminhar para um direito penal do inimigo. O terrorismo tem levado a que defendêssemos um direito penal concentrado no inimigo, tratando o arguido como um inimigo e não uma pessoa que o Estado tem de tentar salvar.

Numa situação de guerra, tudo é possível; no direito penal, não deve ser assim. Se o Estado se começa a comportar exatamente como os criminosos quando julga, deixa em certo sentido de ter autoridade. Não faz sentido o Estado aplicar uma pena apenas para praticar o mal.

Fazem sentido as penas privativas da liberdade? ABB acha que faz mais sentido haver cada vez mais penas alternativas.

12 OUT 2018

**Conceitos-chave:** Pena relativamente indeterminada; princípios fundamentais do direito penal.

O sistema português pode ser considerado um sistema dualista, porque as sanções jurídico-criminais são por um lado as penas (para os imputáveis), e por outro as medidas de segurança (para os inimputáveis).

Uma questão diferente é a de saber se o nosso sistema permite a aplicação cumulativa ao mesmo agente, pelo mesmo facto, de uma pena e uma medida de segurança. Se isso fosse possível, o nosso sistema seria um sistema de dupla via ou de duplo binário, que se opõe ao chamado sistema monista. Ora, só é possível aplicar ao mesmo agente, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança (para a maior parte da doutrina) quando se está perante a figura dos chamados delinquentes especialmente perigosos.

Isto está previsto nos arts. 83° a 85° do CP (v. *infra*).

Nos delinquentes especialmente perigosos, temos uma contradição entre as exigências de prevenção da perigosidade do agente e a sua culpa diminuída. De acordo com a nossa legislação, podemos aplicar a estes agentes uma pena que terá como limite mínimo o correspondente a dois terços da pena que concretamente caberia ao crime cometido, sendo

que o limite máximo corresponde ao limite máximo desta pena acrescido de 6 anos.

## CP | ARTIGO 83°

(Pressupostos e efeitos [Pena relativamente indeterminada; Pressupostos e efeitos])

*1 — Quem praticar crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva por mais de dois anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada prisão efectiva também por mais de dois anos, é punido com uma pena relativamente indeterminada, sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista.*

*2 — A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de seis anos, sem exceder vinte e cinco anos no total.*

*3 — Qualquer crime anterior deixa de ser tomado em conta, para efeito do disposto no n.º 1, quando entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de cinco anos; neste prazo não é computado o período durante o qual o agente cumpriu medida processual, pena de prisão ou medida de segurança privativas da liberdade.*

*4 — São tomados em conta, nos termos dos números anteriores, os factos julgados em país estrangeiro que tiverem conduzido à aplicação de prisão efectiva por mais de dois anos, desde que a eles seja aplicável, segundo a lei portuguesa, pena de prisão superior a dois anos.*

Esta pena não é inteiramente pensada à luz de um direito penal baseado na culpa, como o nosso. Mesmo para aqueles autores que divergem quanto aos fins principais das penas, todos estão de acordo relativamente à ideia de que a culpa é o limite. Porém, nestes casos, o legislador admite que a pena possa ir para além da culpa. Nos delinquentes por tendência, para ABB, o que a lei faz é admitir um sistema dualista: aplica-se algo que tem a natureza de pena de prisão, e algo que tem a natureza de

medida de segurança. Aplicam-se cumulativamente a pena de prisão e a medida de segurança – sendo que o acréscimo até 6 anos já não é pena, mas sim medida de segurança. Porém, a execução das duas sanções tem de ser de tal forma que os seus efeitos sejam reciprocamente determinados. Em primeiro lugar, deve ser executada a medida de segurança (segundo o nosso legislador); numa segunda fase, a medida de segurança deve ser descontada na pena de prisão. E a execução no seu todo deve ser efetuada tendo em conta se, na execução, o agente teve ou não uma recuperação. A isto se chama sistema de vicariato na execução.

Nota: falamos aqui de um agente que é imputável, embora seja especial. O agente que é delincente por tendência, já previamente condenado por dois ou mais crimes dolosos, não deixa de ser imputável, embora tenha uma culpa diminuída.

Alguns autores falam na culpa por personalidade. No direito português, contudo, não se pune a culpa por personalidade. O nosso direito penal é um direito penal de facto. Não temos um direito penal do agente, em que se pune a sua personalidade.

## CP | ARTIGO 84°

(Outros casos de aplicação da pena [Pena relativamente indeterminada; Pressupostos e efeitos])

*1 — Quem praticar crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva e tiver cometido anteriormente quatro ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada pena de prisão efectiva, é punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que se verificarem os restantes pressupostos fixados no n.º 1 do artigo anterior.*

*2 — A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime e um máximo correspondente a esta pena acrescida de quatro anos, sem exceder vinte e cinco anos no total.*

*3 — É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo anterior.*

4 — São tomados em conta, nos termos dos números anteriores, os factos julgados em país estrangeiro que tiverem conduzido à aplicação de prisão efectiva, desde que a eles seja aplicável, segundo a lei portuguesa, pena de prisão.

No 84º apenas se exige que o agente haja anteriormente sido punido por quatro ou mais crimes.

### CP | ARTIGO 85º

(Restrições [Pena relativamente indeterminada; Pressupostos e efeitos])

1 — Se os crimes forem praticados antes de o agente ter completado 25 anos de idade, o disposto nos artigos 83.º e 84.º só é aplicável se aquele tiver cumprido prisão no mínimo de um ano.

2 — No caso do número anterior, o limite máximo da pena relativamente indeterminada corresponde a um acréscimo de quatro ou de dois anos à prisão que concretamente caberia ao crime cometido, consoante se verificarem os pressupostos do artigo 83.º ou do artigo 84.º

3 — O prazo referido no n.º 3 do artigo 83.º é, para efeito do disposto neste artigo, de três anos.

Nota 1: por um lado, a culpa diminuída pode significar uma descida para 2/3 do limite normal. Mas, por outro lado, a perigosidade pode provocar um aumento até um máximo de 6 anos.

Nota 2: normalmente, as pessoas pensam que a psicopatia é automaticamente inimputável. Na verdade, alguns psicopatas têm a perfeita noção do que estão a fazer (e outros não têm).

As medidas de segurança, como sabemos, ao contrário das penas, pressupõem que a pessoa tenha praticado um facto ilícito, típico, sem culpa, tendo o agente mostrado uma perigosidade criminal. O fundamento da pena não é a culpa do agente, mas a sua perigosidade. A finalidade da medida de segurança, ao contrário do que acontece na pena (em que se visa uma reparação da culpa), reside na prevenção especial, *i.e.*, em prevenir a prática do crime pelo delinvente (surgindo a segurança da sociedade como algo de secundário). As medidas de segurança são ainda sanções criminais, pois a sua função continua a ser proteger bens jurídicos.

Quando se determina a medida de segurança, há que ter em conta:

- (1) A gravidade do ilícito praticado pelo agente;
- (2) A perigosidade do agente.

A duração da medida de segurança deve ser proporcional à perigosidade do agente (92º, 1.). Mas atenção ao 92º, 2.: não se pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado. E há ainda que olhar ao 93º.

### CP | ARTIGO 92º

(Cessão e prorrogação do internamento)

1 — Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior, o internamento finda quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem.

2 — O internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável.

3 — Se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a oito anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que

desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de dois anos até se verificar a situação prevista no n.º 1.

## CP | ARTIGO 93º

(Revisão da situação do internado)

1 — Se for invocada a existência de causa justificativa da cessação do internamento, o tribunal aprecia a questão a todo o tempo.

2 — A apreciação é obrigatória, independentemente de requerimento, decorridos dois anos sobre o início do internamento ou sobre a decisão que o tiver mantido.

3 — Fica ressalvado, em qualquer caso, o prazo mínimo de internamento fixado no n.º 2 do artigo 91.º

Pode haver, segundo o 92º, 3., prorrogações de dois anos, mas o limite máximo legal são 25 anos – mais do que isso seria inconstitucional, para ABB. Seja como for, pode aplicar-se uma lei de saúde pública (sobre a saúde mental), caso a perigosidade do agente persista.

Nota: no caso dos menores, não há internamento, mas pode haver reclusão em local de educação.

### Princípios fundamentais do direito penal

O princípio é muito mais geral do que a regra. As regras e os princípios orientam comportamentos (são normas), só que as regras orientam o comportamento de forma absoluta. Sempre que o comportamento sai fora daquela forma, é uma exceção à regra, enquanto que, nos princípios, se estabelecem fins muito mais gerais – e, quando há uma restrição ao princípio, ele não deixa de existir. O princípio pode ceder a outro princípio – daí a importância de, em qualquer ramo do direito, saber-

se quais os princípios que estão presentes e vigoram. São eles que estão na base do nosso direito.

Já referimos alguns princípios fundamentais de direito penal. Vamos agora aprofundar os seguintes:

- (1) Princípio da culpa;
- (2) Princípio da necessidade da pena;
- (3) Princípio da igualdade;
- (4) Princípio da jurisdicionalidade.

### 1 - PRINCÍPIO DA CULPA

Desde logo, há que referir o princípio da culpa. Este princípio pode ser sintetizado numa frase: “não há pena sem culpa”. ABB acrescentaria que a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa. Repare-se que isso não significa que toda a culpa tenha de ser punida; a medida da pena pode estar abaixo da medida da culpa, só não podendo estar acima.

Quando se diz “culpa” em direito penal, está a pensar-se fundamentalmente na característica do crime que se realiza após a ilicitude. Para alguém ser criminalmente responsabilizado, tem de ter praticado uma ação típica, ilícita e culposa. Não há pena sem culpa. Neste sentido (analisada após a ilicitude, como momento do crime), a culpa é, para a maior parte da doutrina, um juízo de censura que se dirige ao agente. Faz-se-lhe esse juízo de censura pelo facto de, tendo ele tido liberdade e capacidade para se determinar pelo direito, não o ter feito. Por isso é que aos incapazes de culpa não se aplicam penas de prisão.

Importa referir, porém, outro sentido da palavra “culpa”. A culpa muitas vezes surge já não como elemento característico para se designar o momento característico do crime, mas para se referir à ligação subjetiva entre sujeito e facto. Esta é já uma culpa em sentido amplo; não importa aí apenas a relação do agente com o direito. Veja-se que no direito criminal, ao contrário do que se passa no direito civil, não há responsabilidade objetiva. Não se pune pela violação de um dever objetivo. Só é possível punir

havendo uma ligação subjetiva entre o sujeito e o facto.

A ação jurídico-penalmente relevante é o primeiro momento do crime; e só há ação quando temos algo controlado ou controlável pelo sujeito. Se alguém ferir outra pessoa num ataque de sonambulismo, não será responsabilizada criminalmente, pois não teve um comportamento controlado ou controlável pela vontade. É neste sentido que surge também a palavra “culpa”. A culpa necessária para se aplicar uma pena é a possibilidade que o sujeito tem de controlar ou poder controlar a ação.

Qual é a base legal do princípio da culpa? Se procurarmos na CRP, não encontraremos qualquer artigo que consagre expressamente o princípio da culpa. Porém, ele pode ser retirado de pelo menos dois artigos da nossa Constituição. Por um lado, deduz-se do **(i) princípio da dignidade da pessoa humana**.

## CRP | ARTIGO 1º

(República Portuguesa)

*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

Só é respeitada a dignidade da pessoa se esta for responsabilizada apenas pelos atos que praticou no âmbito da sua liberdade, *i.e.*, no âmbito da sua autonomia. Como vamos aprender, só atua no âmbito da sua liberdade quem tiver uma ligação subjetiva com o facto. Além disso, a culpa que constitui limite à pena é uma culpa em sentido estrito: é a culpa que se exige após a ilicitude, ou seja, a que surge por contraposição a quem não tem culpa. Só há respeito pela dignidade se se julgar a pessoa segundo essa culpa, e não segundo a sua utilidade para os outros.

Um outro artigo da CRP de onde se retira o princípio da culpa de forma implícita é o 27º, que consagra o **(ii) direito à liberdade**.

## CRP | ARTIGO 27º

(Direito à liberdade e à segurança)

1. *Todos têm direito à liberdade e à segurança.*
2. *Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.*
3. *Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:*
  - a) *Detenção em flagrante delito;*
  - b) *Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;*
  - c) *Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;*
  - d) *Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;*
  - e) *Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;*
  - f) *Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;*
  - g) *Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;*
  - h) *Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.*
4. *Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.*

5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

Por que é que deste direito à liberdade se pode retirar o princípio da culpa? Porque a culpa pressupõe a liberdade. Não só pressupõe a liberdade de atuar, mas também a liberdade de se determinar pelo direito. Só se atua com culpa porque se é livre. Seja como for, a própria dignidade da pessoa humana resulta da liberdade (uma pessoa só é digna se for livre).

### Culpa em sentido estrito vs. culpa em sentido amplo

>>> Culpa em sentido estrito - quando falamos de culpa como uma característica do crime, falamos de culpa em sentido estrito. O que nos interessa é saber se o agente tem capacidade de compreender o direito e capacidade de se determinar pelo direito. Esta é a culpa que existe logo a seguir ao elemento da ilicitude, e que existe como elemento do crime. É culpa porque o agente tinha a liberdade de se motivar pelo direito e não o fez. É por isso que o inimputável não tem culpa nestes casos. Aqui observamos apenas a relação do sujeito com a norma jurídica / o direito.

>>> Culpa em sentido amplo – aqui pensamos no facto de não poder haver pena se o sujeito não teve sequer a possibilidade de evitar a ação (“não há pena sem culpa”). Esta é uma característica que se analisa antes. Para haver crime é preciso que haja uma ação jurídico-penalmente relevante; ora, isso só existe se o sujeito tinha a possibilidade de controlar a ação. No exemplo que vimos, o sonâmbulo não é considerado inimputável; é considerado incapaz de ação. Nem sequer se pode dizer que praticou uma ação. Se a pessoa circula num automóvel a uma velocidade legalmente admissível e lhe aparece repentinamente uma criança à frente, não podendo o motorista evitar o atropelamento, então não há sequer a possibilidade de evitar a ação. Os atos automáticos não são ações jurídico-penalmente relevantes, para ABB (embora alguns autores considerem que sim). Se entrou uma abelha no carro da pessoa, e a pessoa foi picada no olho, guinando o volante e atropelando alguém, o motorista não podia evitar a sua ação. Não tem culpa sequer em sentido amplo. Mas se um jovem de 13 anos pega numa pistola e a dispara, é praticada uma

ação, controlada por ele – simplesmente não há culpa em sentido estrito. Um inimputável é mais do que capaz de atuar; só não tem culpa em sentido estrito. Repare-se que pode haver culpa em sentido amplo sem haver culpa em sentido estrito, mas não pode haver culpa em sentido estrito sem culpa em sentido amplo.

## 2 – PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PENA

O princípio da necessidade da pena (ou da medida de segurança), também chamado princípio da intervenção mínima do direito penal ou princípio da subsidiariedade do direito penal, está consagrado no 18º, 2. da CRP.

### CRP | ARTIGO 18º

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
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 ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

De acordo com o princípio da necessidade da pena, o Estado só pode sacrificar direitos fundamentais quando tal for indispensável para a defesa de bens jurídicos fundamentais – e, dessa forma, contribuir para a segurança e a paz social.

A apreciação da necessidade da pena, por um lado, é feita por exclusão de partes. Significa isto que, se se provar que outros meios de controlo social bastam para garantir a proteção dos bens em causa, não se deve utilizar a sanção penal. Mas a

necessidade da pena não se vê só por exclusão de partes. Como já vimos a propósito do conceito material de crime, também se afere aqui a necessidade determinando se a sanção penal é eficaz, e, nesse sentido, necessária. No caso do consumo de drogas, demonstrou-se que a pena tinha mais consequências negativas do que positivas – como tal, a pena de prisão não tinha qualquer eficácia, pelo que não era necessária. Sempre que uma eventual intervenção penal tenha mais consequências negativas do que positivas e não seja assim necessária para prevenir o crime, não deve haver intervenção do direito penal.

### 3 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está consagrado no artigo 13º da CRP.

#### CRP | ARTIGO 13º

(Princípio da igualdade)

*1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

*2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*

A igualdade manifesta-se pelo facto de não haver discriminação das pessoas sujeitas ao direito penal; não pode haver uma diferenciação com base na raça, no sexo, etc., mas também por ter de haver igualdade na aplicação da pena. Foi com base neste princípio da igualdade que, em 2003, desapareceram do Código de Justiça Militar normas que estabeleciam penas diferentes para crimes comuns do nosso Código Penal. Existem ainda crimes específicos militares, mas isso não afeta o princípio da igualdade, para ABB.

### 4 – PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

De acordo com o princípio da jurisdicionalidade, o direito penal só se pode aplicar através do processo penal. A única forma de aplicar o direito penal é através do processo penal, respeitando todos os princípios constitucionais daquele – o princípio da presunção da inocência, o princípio da procura da verdade material, etc. O princípio da legalidade tem aqui uma especial importância; é através dele que desenvolveremos toda a teoria da lei penal.

16 OUT 2018

**Conceitos-chave:** Princípio da legalidade; subprincípios do princípio da legalidade.

#### Princípio da legalidade

O princípio da legalidade tem uma importância fundamental na Teoria da Lei Penal. Debruça-se sobre as particularidades da lei penal relativamente à teoria geral das fontes de direito. Como tal, está relacionado com a matéria das espécies de fontes do direito penal, com a forma como se processam a interpretação e integração da lei penal e com a aplicação da lei penal no tempo. A propósito da lei penal, veremos a aplicação da lei penal no espaço, que já não tem a ver com o princípio da legalidade, mas surge no âmbito das especificidades da lei penal face à lei civil (geral).

Como veremos, o princípio da legalidade comporta vários subprincípios.

Normalmente, é apresentado na seguinte forma: *nullum crimen, nulla poena sine lege* – “não há crime nem pena sem lei”.

Na verdade, não há crime nem pena sem lei escrita, certa, estrita e prévia. Isto está consagrado no 29º,

n.ºs 1., 3. e 4. da CRP, bem como nos arts. 1.º e 2.º, 1. do CP.

## CRP | ARTIGO 29º

(Aplicação da lei criminal)

1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.

3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.

5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.

2 — A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento.

3 — Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde.

## CP | ARTIGO 2º

(Aplicação no tempo)

1 — As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem.

2 — O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.

3 — Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.

4 — Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.

## CP | ARTIGO 1º

(Princípio da legalidade)

1 — Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.

A questão que se levanta quanto ao princípio da legalidade é: qual a sua função? Qual é o fim do princípio da legalidade? Esta é uma questão central; dela resulta o âmbito de aplicação do princípio da legalidade, assim como o seu conteúdo. Veja-se que o fim do princípio da legalidade é proteger os direitos individuais face às penas, garantindo os direitos dos cidadãos face ao Estado e impedindo uma

intervenção penal estadual arbitrária ou excessiva. Parece que uma forma de defender os DLG do cidadão é não permitir que o cidadão seja surpreendido com a criminalização de condutas com as quais não podia contar. Isto é dirigido não só ao tribunal, como também ao legislador.

Para percebermos melhor como se chegou a este fim do princípio da legalidade, há que entender a origem do princípio da legalidade e a sua ligação com o Estado de direito.

O princípio da legalidade é uma decorrência do Estado de direito e integra-se nos DLG fundamentais.

Há dois sentidos de Estado de direito:

>>> Estado de direito em sentido formal - ligado à transição democrática de Montesquieu;

>>> Estado de direito em sentido material - ligado à tradição liberal de Locke.

Fala-se de Estado de direito em sentido formal para exprimir a subordinação do Estado ao direito que ele próprio cria; e fala-se em Estado de direito em sentido material para exprimir a subordinação do Estado ao direito entendido como ideia de justiça / conjunto de direitos fundamentais.

Por isso mesmo, do Estado de direito em sentido formal retira-se que a lei, como expressão da vontade geral, é soberana e se impõe ao Estado; e, em segundo lugar, que toda a atividade do Estado é regulada pela lei. O Estado de direito em sentido formal é uma ideia relacionada com a divisão de poderes (executivo, judicial, legislativo) e a subordinação do executivo e do judicial ao legislativo. O princípio da legalidade resulta do princípio da divisão de poderes, porque este último princípio reserva a formulação do direito penal ao poder legislativo. Não é possível ao poder judicial criar direito penal; só o poder legislativo pode fazê-lo.

Da ideia de Estado de direito em sentido material, que exprime subordinação do Estado ao direito entendido como justiça, também decorre o princípio da legalidade. Isto porque a lógica aqui é proteger os direitos dos cidadãos face ao poder do Estado –

não permitir que o Estado possa exercer o seu poder arbitrariamente. É por isso que, com base nesta ideia de proteção dos direitos individuais face ao poder do Estado (permitindo a segurança jurídica), se criou o princípio da legalidade em direito penal.

---

O prof. Figueiredo Dias vem lembrar que o princípio da legalidade, além de vir do princípio do Estado de direito, está ligado a ideias de (i) prevenção e (ii) culpa. Para o prof. Figueiredo Dias, a prevenção e a culpa são fundamentos internos do princípio da legalidade.

A finalidade das penas é prevenir a prática dos crimes; mas, para prevenir, preciso em primeiro lugar de estabelecer o que é crime (princípio da legalidade).

Um dos elementos do crime (ação típica, ilícita, culposa e punível) é a culpa. Veja-se que a culpa é um juízo de censura que recai sobre o agente.

---

Percebendo a função e o fim do princípio da legalidade, conseguimos perceber o âmbito de aplicação do princípio da legalidade. Quando se aplica e a que normas?

Para a maior parte da doutrina, o princípio da legalidade aplicar-se-á somente a normas penais positivas, não se aplicando a normas penais negativas.

Qual a diferença entre normas penais positivas e negativas?

>>> as normas penais positivas são aquelas que fundamentam a aplicação de penas ou medidas de segurança, ou agravam a responsabilidade penal do agente (ex.: crime de homicídio – todas as normas

que tipificam crimes contêm responsabilidade penal);

>>> as normas penais negativas são as que afastam ou diminuem a responsabilidade penal do agente.

Todas as normas que excluem ou atenuam a responsabilidade jurídico-penal são normas penais negativas (ex.: a legítima defesa). Normas que prevejam circunstâncias atenuantes (caso do homicídio privilegiado) são normas penais negativas.

### CP | ARTIGO 31º

(Exclusão da ilicitude)

1 — O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 — Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

- a) Em legítima defesa;
- b) No exercício de um direito;
- c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou
- d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

A enumeração do 31º é taxativa ou exemplificativa? Exemplificativa. Este artigo recai sobre as causas de exclusão da ilicitude, e faz uma enumeração exemplificativa dessas causas. O princípio da legalidade não se aplica às normas penais negativas, porque todas as normas que têm a ver com causas de exclusão de ilicitude são normas penais que excluem a responsabilidade criminal.

Por que é que faz sentido que não se aplique aqui o princípio da legalidade? Ao excluírem a responsabilidade, as normas penais negativas já estão a proteger os direitos individuais, pelo que não se deve aplicar o princípio da legalidade. Para a

maior parte da doutrina, é possível criar causas de exclusão supralegais, ou seja, que não estão expressamente previstas na lei mas que se devem admitir tendo em conta os princípios fundadores da exclusão da ilicitude.

### CP | ARTIGO 32º

(Legítima defesa)

*Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.*

Na legítima defesa (32º), por exemplo, a pessoa reage a uma atuação (i) atual e (ii) ilícita contra si, que (iii) ameaça interesses juridicamente protegidos (próprios ou alheios – há a legítima defesa alheia). Se alguém nos aponta uma pistola, o legislador diz que podemos disparar contra essa pessoa.

Há uma discussão sobre se a conduta da legítima defesa tem de ser necessária para afastar o perigo, e se tem de haver proporcionalidade. De qualquer forma, um pressuposto essencial é uma agressão atual (i.e., iminente). Ora, para uma grande parte da doutrina, há a possibilidade de uma outra figura, não prevista na lei mas que deve existir face aos princípios por detrás da legítima defesa: a legítima defesa preventiva.

A legítima defesa preventiva é um exemplo de uma causa de justificação supralegal. O que caracteriza a legítima defesa preventiva? A agressão não é atual, mas a única forma que o agente tem de se defender seria atuar naquele momento.

*Exemplo académico comumente dado: imagine-se que uma pessoa está presa a uma cadeira, virada para a janela com vista para a rua. A pessoa vê um homem a atravessar, que sabe que irá disparar sobre si. Como a pessoa está presa de costas para a porta e de frente para a janela, a única hipótese de se defender é disparar naquele momento, quando o assassino está a atravessar a rua. Se formos ao 32º,*

*não podemos dizer que atuou ao abrigo da legítima defesa, porque não há atualidade. Mas sabe-se que a única forma de se defender e evitar a própria morte seria disparar naquele momento. Esta é uma causa de exclusão da ilicitude suprallegal: é de admitir, tendo em conta os princípios que vimos.*

Se eu atuar em legítima defesa, a outra pessoa pode atuar também em legítima defesa, em resposta? Não. Repare-se que não há legítima defesa contra legítima defesa. O facto de eu considerar que há uma figura chamada legítima defesa preventiva faz com que o homem que está a atravessar a passadeira não possa atuar ao abrigo da legítima defesa.

E se o homem que atravessava a passadeira se apercebe da pessoa à janela e dispara? Se seguirmos exatamente a doutrina maioritária (não aplicar o princípio da legalidade às normas penais negativas), a consequência seria qual? Não poderia haver atuação em legítima defesa, pois não haveria agressão atual e ilícita pelo homem da cadeira. Mas ao fazer isto, estou a agravar a responsabilidade do homem que está na passadeira. A solução, para ABB, parece ser considerar legítima defesa preventiva o comportamento do homem que está na cadeira (desaplicando o princípio da legalidade); e, em relação ao homem que está a atravessar, aplica-se o princípio da legalidade. Devemos olhar à consequência da aplicação ou não aplicação do princípio da legalidade.

Como considerámos que o princípio da legalidade só se aplica às normas penais positivas, neste caso não teríamos qualquer problema em justificar a figura da legítima defesa preventiva, pois o que estão em causa são normas penais negativas.

Mas a consequência de não aplicarmos o princípio da legalidade ao homem que está na cadeira, considerando que a sua ação foi ao abrigo da legítima defesa preventiva (excluindo a ilicitude e a responsabilidade), é interferir com os direitos do homem que está a atravessar. A partir do momento em que se considere que a atuação do homem da cadeira é lícita, a ação do homem que está a atravessar não é lícita.

No fundo, ao alargar a figura da legítima defesa para agressões não atuais mas em que há certeza de que

se não atuasse no momento não teria forma de salvaguardar o bem jurídico, promovemos indiretamente a restrição do direito do outro agente. Ora, isto é problemático. O homem da janela poderia assim até disparar primeiro e o homem da passadeira não poderia reagir (se o fizesse, haveria ilicitude).

O princípio da legalidade tem de ser aplicado sempre que, ao não ter em consideração esse princípio, agravo ou fundamento a responsabilidade do agente – e isto pode acontecer mesmo com normas penais negativas.

Devemos olhar para o resultado da não aplicação do princípio da legalidade. Sempre que o resultado de não se ter em conta o princípio da legalidade for agravar a responsabilidade do agente, aplicamos o princípio da legalidade. No princípio da legalidade, por regra, não é possível recorrer à analogia. Se há um caso não previsto na lei, não posso aplicar uma norma por analogia. No caso do homicídio qualificado, não posso integrar casos que não estejam previstos nessa norma – isto porque integrar significa fundamentar a responsabilidade do agente. Ora, é preciso aplicar o princípio da legalidade na sua consequência de não permitir a aplicação analógica.

Mais do que saber se a norma penal em causa é positiva ou negativa, há que olhar às consequências da não aplicação do princípio da legalidade. Se a não aplicação for fundamental para agravar, há que aplicar o princípio da legalidade; se a consequência for afastar ou diminuir a responsabilidade, não se aplica. Se tivéssemos de defender o homem da janela, aplicaríamos o princípio da legalidade ao homem da janela que disparou sobre o homem que atravessava? Poderíamos não ter em conta o princípio da legalidade e criar uma causa de justificação não prevista na lei, pois isso significa afastar ou diminuir a responsabilidade. Se o nosso cliente fosse o homem da rua, não quereríamos a criação da legítima defesa preventiva, e por isso pretenderíamos aplicar o princípio da legalidade. Repare-se que a figura da legítima defesa preventiva só existe se não aplicarmos o princípio da legalidade.

---

Em suma, mais importante do que saber se a norma penal é positiva ou negativa é a consequência de ter ou não em conta o princípio da legalidade. Se a

consequência for o agravamento, tenho de ter em conta o princípio da legalidade.

estabelece a reserva relativa de competência legislativa da AR em matérias penais.

### CP | ARTIGO 133°

(Homicídio privilegiado)

*Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

133° - há ou não que ter em conta o princípio da legalidade? O artigo pode ser aplicado analogicamente a uma situação? Não podemos aplicar a analogia para aumentar ou agravar a responsabilidade – mas se for para excluir ou atenuar, sim.

### Subprincípios do princípio da legalidade

São subprincípios do princípio da legalidade:

- (1) Princípio relativo às fontes;
- (2) Princípio da tipicidade;
- (3) “Não há crime nem pena sem lei estrita”.

### 1 – PRINCÍPIO RELATIVO ÀS FONTES

O primeiro subprincípio é o relativo às fontes. De acordo com este subprincípio, não há crime nem pena sem lei formal. Face à nossa Constituição, essa lei formal é ou uma lei da AR, ou um DL autorizado pela AR. Estas fontes formais do direito penal retiram-se do 165°, 1., c) da CRP, que

### CRP | ARTIGO 165°

(Reserva relativa de competência legislativa)

*1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:*

(...)

*c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal;*

(...)

*2. As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada.*

*3. As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada.*

*4. As autorizações caducam com a demissão do Governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República.*

*5. As autorizações concedidas ao Governo na lei do Orçamento observam o disposto no presente artigo e, quando incidam sobre matéria fiscal, só caducam no termo do ano económico a que respeitam.*

E uma lei do Governo sem autorização da AR pode constituir causa de exclusão da ilicitude? O 165° fala em “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos”. Uma norma que prevê uma causa de exclusão de ilicitude não define crimes, pelo que não cai na reserva relativa.

As únicas formas que podem alterar o direito penal são:

- Lei da AR;
- DL do Governo autorizado pela AR.

Apesar da formulação inicial de “não há crime nem pena sem lei formal”, face ao 165º, 1., c., também não há medidas de segurança sem lei formal.

---

A outra grande questão que se coloca a propósito deste subprincípio é se pode ser ou não fonte do direito penal o costume.

A resposta é que o direito português recebe automaticamente o direito comum internacional. O costume internacional – convicção generalizada da sociedade internacional sobre o caráter criminoso de uma dada conduta – pode ser fonte suficiente para o direito português, face ao 29º, 2. da CRP (v. *supra*).

Porquê esta exceção? Deve-se em muito à experiência histórica do século XX. Com a II Guerra Mundial, surgiram crimes lesivos de valores fundamentais não previstos na lei, como o genocídio. A segurança, como valor formal, foi superada pela segurança fundamentada pelo respeito dos valores fundamentais. Atualmente, os crimes de genocídio e terrorismo são crimes que estão previstos, não sendo necessário recorrer ao costume internacional. Mas considerar o costume internacional fonte de direito penal tem as suas dificuldades. Mesmo quando estabeleça uma conduta considerada crime, não nos indica a pena. A pena deve ser calculada de acordo com a lei interna. No passado histórico da Europa, foi, portanto, preciso admitir a aplicação do costume internacional.

O costume nacional pode ou não ser fonte de direito penal? Se o costume nacional for fonte no sentido de criar responsabilidade criminal ou agravá-la, não pode ser fonte de direito penal; se o costume nacional limitar o âmbito de aplicação de normas incriminadoras ou excluir a responsabilidade criminal, aí já pode. O que nos interessa é o porquê do princípio da legalidade.

*Exemplo da profª Conceição Valdágua: imagine-se que um pai, para acalmar uma criança com uma crise de má educação, lhe dá um pequeno abanão no rabo. No nosso direito penal, parece ser uma causa de exclusão de ilicitude: o direito dos pais de salvaguardar o próprio menor, e de o educar e corrigir. Mas na Suíça já houve uma condenação por isto.*

ABB defende o direito penal interdisciplinar. Uma prova de que o costume nacional pode ser fonte é a jurisprudência: os nossos tribunais consideram-no como tal.

Importa ainda referir, em relação às fontes do direito penal, a importância crescente nas últimas décadas do direito internacional penal.

Como vimos, o costume internacional é fonte de DIPenal, mas atualmente há disposições em convenções e tratados internacionais, com aplicação por tribunais internacionais. Portugal faz parte do Tribunal Penal Internacional.

O TPI aplica normas penais internacionais, sendo que este direito internacional penal está sujeito a dois princípios:

(i) princípio da vinculação voluntária - de acordo com o qual a jurisdição do TPI só vincula os Estados que se tornem partes no estatuto de Roma (e, se não se vincularem, não estão sujeitos à jurisdição do TPI);

(ii) princípio da subsidiariedade – significa que o TPI só poderá exercer a sua jurisdição se os Estados com competência para conhecer do facto não o conhecerem ou o não poderem fazer.

Imagine-se que um facto ocorreu em território português e está regulado em convenções internacionais; o TPI só pode atuar se o Estado português não julgar aquele caso. Se o Estado português puder julgar o caso, ele não cabe na jurisdição do TPI. Assim, o nosso direito é intraestadual – a sua fonte, por excelência, é o direito estadual. Tendo em conta o estado atual da UE, não se pode dizer ainda que exista um direito

penal comunitário. Existem, sim, normas comunitárias que interferem no direito penal português. E há certos crimes que, pela sua natureza, necessitariam de um direito penal comunitário, principalmente os crimes de uma complexidade transnacional.

## 2 – PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

O segundo subprincípio do princípio da legalidade é o princípio da tipicidade, que já não tem diretamente a ver com as fontes formais, mas está relacionado com o grau de definição do crime, das penas e da sua conexão. Este princípio exige que sejam determinadas com suficiente precisão as circunstâncias que compõem o crime, que compõem a pena e que estabelecem a conexão entre o crime e a pena. É por isso que vamos aprender que, para haver crime, é necessária uma ação típica. Para um comportamento ser criminoso, ele tem de poder ser subsumido na previsão de uma norma incriminadora que prevê um tipo legal, ou seja, que prevê um comportamento com suficiente precisão.

Nota: quando ABB fala em “suficiente precisão”, não significa que a lei penal não recorra a conceitos indeterminados. As normas penais incluem muitos conceitos imprecisos. O homicídio qualificado pode ser qualificado se se demonstrar que foi devido a motivo fútil – ora, o conceito de motivo fútil é um exemplo de conceito indeterminado. Mas o essencial está no princípio da tipicidade; o que caracteriza a conduta encontra-se nele.

21 OUT 2018

**Conceitos-chave:** Princípio da legalidade (continuação)

## Princípio da legalidade (continuação)

O princípio da legalidade, segundo a maior parte da doutrina, aplica-se às normas penais positivas (que fundamentam ou agravam a responsabilidade jurídica penal), mas já não às normas penais negativas.

Dentro das normas penais negativas encontramos dois tipos:

>>> Normas que excluem a responsabilidade (ex.: normas que preveem causas de exclusão da ilicitude);

>>> Normas que preveem circunstâncias atenuantes (circunstâncias que diminuem a medida da pena).

Não há dúvida de que às normas que preveem circunstâncias atenuantes não se aplica o princípio da legalidade.

Já quanto às normas penais que excluem a ilicitude, tem-se que, por vezes, ao alargar-se o âmbito destas normas, restringem-se indiretamente os direitos e as liberdades dos outros – podendo chegar a haver interferência com as expectativas do outro. A dúvida que se coloca é: aplica-se ou não o princípio da legalidade?

A resposta tem de ser aferida caso a caso. ABB acredita na aplicação da figura da legítima defesa preventiva. Há uma questão de relacionamento com os outros; retomando o exemplo que vimos antes, há uma interferência com a capacidade e a liberdade de ação da pessoa que está a atravessar a rua. A esse cidadão aplica-se ou não o princípio da legalidade? ABB tende a responder que não, mas para chegarmos a essa solução precisamos de ter em conta as causas de fundamentação e os seus princípios (que abordaremos em Teoria do Crime). Esta não é uma solução óbvia e clara.

---

Não há crime nem pena sem lei. Face à nossa Constituição, a lei formal é lei da AR ou DL. A este

propósito, já referimos várias questões e concluímos que o costume internacional pode surgir como fonte do direito penal; e concluímos que, pelo contrário, o costume nacional só pode excluir ou limitar responsabilidade, não agravar.

Também já referimos o princípio da tipicidade: não há crime nem pena sem lei certa. Já referimos que é necessário estarem determinadas com suficiente precisão as circunstâncias que compõem o crime, mas também as circunstâncias que compõem a pena ou medida de segurança, e também as circunstâncias relativas à conexão entre crime, pena, pressupostos da medida de segurança e medida de segurança. Há quem designe este princípio como princípio da determinação das normas penais incriminadoras. Quando se diz que o comportamento tem de estar suficientemente bem descrito na norma incriminadora, não significa que o legislador penal não se sirva de conceitos indeterminados; aliás, por vezes, só pode recorrer a conceitos indeterminados. Tal não significa que a conduta não esteja determinada.

## CP | ARTIGO 132º

(Homicídio qualificado)

1 — Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

2 — É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

- a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;
- b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;
- c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;
- d) Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;

e) Ser determinado por afeição, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;

f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima;

g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;

h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;

i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;

j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;

l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão de governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;

m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.

132º, 2., e) – o homicídio pode vir a ser considerado qualificado se o motivo for fútil.

Ainda a propósito da tipicidade, fala-se da figura das leis penais em branco. Estas são normas cujo pressuposto de facto se configura por remissão a normas de carácter não penal. Olhemos ao 278º do CP:

## CP | ARTIGO 278°

(Danos contra a natureza)

1 — Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:

a) Eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção;

b) Destruir habitat natural protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas ou em número significativo;

c) Afectar gravemente recursos do subsolo; é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 — Quem comercializar ou detiver para comercialização exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 120 dias.

3 — Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

278º, 1., c) – lei penal em branco. O pressuposto de facto configura-se por remissão a normas de carácter não penal. A explicitação técnica dos conceitos está noutras leis: “disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente”. A dúvida (que já se colocou ao TC) é: esta norma viola o princípio da legalidade?

O essencial do conteúdo do ilícito parece estar plasmado no 278º. Além disso, há contacto com outras áreas. O CP não pode conter todas as normas relativas ao direito do ambiente.

Mas há, também, as normas absolutamente em branco. Estas seriam puramente remissivas; não conseguiríamos, ao ler a lei penal, determinar qual a

ação ilícita. E aí sim, haveria, para ABB, uma violação do princípio da legalidade. Desde que o conteúdo essencial do ilícito continue a estar na norma penal – e, por isso, as normas para as quais se remete sejam apenas caracterizadoras da conduta a que se refere a norma penal – a lei penal é relativamente em branco e é possível face ao princípio da legalidade.

Já se a lei for totalmente remissiva / absolutamente em branco, haverá uma clara violação do princípio da tipicidade.

### 3 – “NÃO HÁ CRIME NEM PENA SEM LEI ESTRITA”

Devemos recordar que “não há crime nem pena sem lei estrita”. A propósito disto discute-se uma matéria tão importante como a interpretação e integração da lei penal.

A primeira questão que se levanta a propósito deste subprincípio é se é ou não permitida a integração em direito penal – ou seja, se é ou não possível a analogia em direito penal. Qual é a resposta? Se for para excluir ou diminuir a responsabilidade, admite-se; se for para fundamentar a responsabilidade, não se admite.

É errado dizer que no direito penal não há analogia; na verdade, depende. Se o fim do princípio da legalidade é proteger o cidadão do poder do Estado, nomeadamente proteger o cidadão de condutas com as quais não podia contar, é possível haver analogia no direito penal.

Isto não significa que não seja possível a utilização de raciocínios analógicos na operação de decidir in malam partem. O facto de haver a proibição da analogia não significa que seja proibido usar raciocínios analógicos. Muitas vezes, nas normas penais, temos conceitos indeterminados. Para interpretar a palavra “motivo fútil”, no caso concreto, posso ter de usar a analogia como meio de interpretar esse conceito; mas isso não significa estar a fazer analogia. Para saber se no caso concreto há motivo fútil, é preciso ver que

semelhanças o caso concreto tem com um caso nuclear / evidente.

São, então, possíveis raciocínios analógicos para aplicar a lei penal. Pode até não ser possível aplicar a lei penal sem esses raciocínios analógicos. A aplicação da lei penal utiliza muitas vezes raciocínios analógicos – o que não significa que não seja proibida a analogia. Não se deve confundir raciocínios analógicos com a analogia, porque a analogia já pressupõe que o caso não seja previsto de todo na lei em causa.

---

Ainda a propósito do princípio da legalidade e da proibição da analogia: há a questão da compatibilidade do 132º, 2. (v. *supra*) com o princípio da legalidade.

O 132º prevê a figura do homicídio qualificado. Há violação do princípio da legalidade ao dizer “entre outras”? O “entre outras” permite evitar os homicídios atípicos, *i.e.*, não previstos em qualquer das alíneas, mas que, por revelarem especial censurabilidade ou perversidade, devam considerar-se homicídio qualificado (o que acarreta uma grande consequência na pena). Se o “entre outras” for interpretado no sentido de incluir no 132º casos que não cabem em qualquer das alíneas deste artigo, há violação do princípio da legalidade. Se interpretarmos o nº 2 de uma outra forma, já poderá considerar-se que não viola o princípio da legalidade. Argumenta Silva Dias (e ABB concorda) que as alíneas do nº 2 funcionam como exemplos-padrão. Significa isto que, verificando-se um caso correspondente à estrutura de sentido e ao conteúdo de desvalor daquele exemplo-padrão – *i.e.*, se o caso tem elementos que permitam considerá-lo teleologicamente análogo ao caso previsto numa das alíneas - não há violação do princípio da legalidade.

Imagine-se que alguém educa uma pessoa desde os 2 anos, sem nunca a ter adotado, e aos 17 anos a criança comete o crime de homicídio contra a pessoa que a educou. Esta situação cabe ou não na estrutura valorativa da alínea a)? A resposta é sim. A estrutura valorativa deste caso é exatamente igual à da alínea a).

E há um outro argumento forte: o 132º, a) nunca se aplica sozinho. Para além de se provar que o caso cabe nas alíneas do 132º, a), é preciso provar-se

ainda que a circunstância revela especial censurabilidade e/ou perversidade.

**23 OUT 2018**

**Conceitos-chave:** Princípio da legalidade (continuação); aplicação da lei penal no tempo.

### Princípio da legalidade (continuação)

A última figura que abordámos a propósito do princípio da legalidade foi a das leis penais em branco. Vimos que não há crime nem pena sem lei estrita, e que a analogia significa a aplicação de uma norma a um caso análogo, não previsto na lei. O facto de em direito penal não ser permitida a analogia para fundamentar ou agravar a responsabilidade não significa que não possa haver conceitos indeterminados em normas penais ou que não possa haver raciocínios analógicos em direito penal (ex.: conceito indeterminado “motivo fútil”, que exige uma operação de traçar semelhanças e diferenças entre o caso concreto e o caso nuclear).

---

Há uma parte da doutrina que considera que o 132º, 2. não viola o princípio da legalidade – isto porque, se apenas existisse o nº 1 e não o nº 2, o nº 1 seria suficientemente determinado para não violar o princípio da legalidade. O nº 2 limitar-se-ia, então, a exemplificar com casos que cabem no nº 1.

**CP | ARTIGO 132º**

(Homicídio qualificado)

1 — Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

2 — É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;

b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;

c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;

d) Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;

e) Ser determinado por afeição, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;

f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima;

g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;

h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;

i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;

j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;

l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão de governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;

m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.

Já uma outra parte da doutrina afirma que o nº 2 só não constitui uma violação ao princípio da legalidade se interpretarmos as alíneas do nº 2 como exemplos-padrão. Esta figura dos exemplos-padrão tem uma certa estrutura valorativa. Se o caso em concreto tiver uma estrutura valorativa semelhante à da alínea – e, além disso, revelar especial censurabilidade ou perversidade – podemos considerar que há homicídio qualificado.

Nunca basta conseguirmos subsumir numa das alíneas do 132º, 2. Para além de demonstrar que a conduta cai na mesma estrutura valorativa que a alínea, há que mostrar que a conduta revela especial censurabilidade ou perversidade.

Além disso, há um outro autor – o prof. Curado Neves. Para Curado Neves, o nº 2 contém uma enumeração taxativa dos comportamentos que cabem no homicídio qualificado. Para o prof. Curado Neves, o fundamento da agravação é haver uma ilicitude agravada. Por isso mesmo, o nº 1 seria apenas um elemento negativo (se não houvesse especial censurabilidade ou perversidade, a conduta não caberia no tipo). Mas isto, para ABB, vai contra a letra da lei: o legislador diz “entre outros”. A maior parte da doutrina considera que “especial censurabilidade ou perversidade” é algo que tem a ver com a culpa.

Há quem diga que o 132º, 2. não viola o princípio da legalidade porque, como só tem a ver com a culpa (maior ou menor), nada teria ver com o princípio da tipicidade. Isto também não é verdade. Obviamente, para ABB, o tipo de culpa está sujeito ao princípio da tipicidade.

Outra grande questão que se levanta a propósito do subprincípio da tipicidade é se é ou não permitida a interpretação extensiva em direito penal.

De acordo com o critério tradicional, uma interpretação extensiva dá-se quando o sentido atribuído ainda cabe no pensamento do legislador, mas não está na letra da lei. Por isso se diz que esse

sentido tem um mínimo de correspondência verbal na letra da lei.

Há um tipo de interpretação que não se pode confundir com a interpretação extensiva: a interpretação declarativa lata. Tem-se que a interpretação declarativa lata ocorre quando há uma determinada expressão com um sentido lato e um sentido estrito, optando-se pelo sentido lato.

*Exemplo: a palavra homem, em sentido lato, inclui homem e mulher. Se interpretarmos dessa forma, estamos a fazer uma interpretação declarativa lata. Caso contrário, fazemos uma interpretação restritiva.*

A interpretação extensiva é diferente da interpretação declarativa lata; isto porque, na interpretação extensiva, o sentido atribuído à norma não cabe no sentido amplo das palavras (mas tem um mínimo de correspondência verbal).

É ou não possível a interpretação extensiva em direito penal? A maior parte da doutrina – nomeadamente Roxin e, entre nós, José de Sousa Brito – partindo do conceito tradicional de interpretação extensiva, considera que não é possível se for para fundamentar ou agravar responsabilidade do agente. Há uma base legal para isto no nosso Código Penal (e no CP alemão): olhe-se ao 29º, 3. da CRP.

### CRP | ARTIGO 29º

(Aplicação da lei penal)

*1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*

*2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.*

*3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.*

*4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.*

*5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.*

*6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.*

De resto, o direito penal procura proteger os direitos do cidadão, e não surpreendê-lo com penas.

Mas é possível a interpretação declarativa lata. Se a interpretação dada à norma ainda cabe no sentido amplo das palavras, não se viola o princípio da legalidade, pelo que a interpretação será permitida.

Outra parte da doutrina - nomeadamente Figueiredo Dias e a escola de Coimbra – diz que a interpretação extensiva é possível, mas só até ao sentido possível das palavras. Mas, para ABB, aquilo a que Figueiredo Dias e a escola de Coimbra chamam interpretação extensiva é aquilo que tradicionalmente se chama interpretação declarativa lata. Na verdade, Figueiredo Dias está a dizer o mesmo – apenas o faz por outras palavras.

Uma terceira posição é defendida por Teresa Beleza e Conceição Valdágua. Segundo estas autoras, não há um espaço a percorrer entre o sentido das palavras e o ter “mínimo de correspondência verbal”. A conclusão que tiram desta premissa é que, no caso de o sentido a atribuir à lei ter o mínimo de correspondência verbal e couber no espírito da lei, pode falar-se em interpretação extensiva – e esta é permitida. Já no caso de o sentido só caber no sentido da lei, mas não ter o mínimo de correspondência, já entramos no campo da analogia, que, como vimos, não é permitida (se for para fundamentar ou agravar responsabilidade).

O sentido possível das palavras e o mínimo de correspondência serão conceitos iguais? Talvez haja um caminho a percorrer entre o sentido possível e o “ter um mínimo de correspondência”. ABB acha que há. Assim sendo, não é possível a interpretação extensiva em direito penal.

Como exemplo, olhe-se ao 208º:

### CP | ARTIGO 208º

(Furto de uso de veículo)

*1 — Quem utilizar automóvel ou outro veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta, sem autorização de quem de direito, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

*2 — A tentativa é punível.*

*3 — O procedimento criminal depende de queixa ou, nos casos previstos no artigo 207.º, de acusação particular.*

Imagine-se que alguém rouba uma trotinete sem a autorização de quem de direito. O juiz deve aplicar o 208º ou não?

Diz Fernanda Palma que o sentido possível interessa o sentido comunicacional, *i.e.*, o sentido que normalmente é dado às palavras na sociedade; mas diz Teresa Beleza que o sentido possível resulta também do texto. Não é fácil sabermos o que é o sentido possível. Mas ABB acha que há uma diferença entre sentido possível e mínimo de correspondência (estar no espírito da lei / pensamento do legislador, mas não no sentido das palavras).

Para ABB, há que distinguir interpretação extensiva e interpretação declarativa lata.

Um outro exemplo é que, durante muito tempo, não existiam normas específicas sobre o furto de eletricidade. Chegavam casos ao tribunal em que alguém havia furtado eletricidade. A grande dúvida foi: a palavra “eletricidade” cabe ou não no sentido possível da palavra “coisa” do 204º?

### CP | ARTIGO 204º

(Furto qualificado)

*1 — Quem furtar coisa móvel alheia:*

*a) De valor elevado;*

*b) Colocada ou transportada em veículo ou colocada em lugar destinado ao depósito de objectos ou transportada*

*por passageiros utentes de transporte colectivo, mesmo que a subtracção tenha lugar na estação, gare ou cais;*

*c) Afecta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério;*

*d) Explorando situação de especial debilidade da vítima, de desastre, acidente, calamidade pública ou perigo comum;*

*e) Fechada em gaveta, cofre ou outro receptáculo equipados com fechadura ou outro dispositivo especialmente destinado à sua segurança;*

*f) Introduzindo-se ilegitimamente em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou espaço fechado, ou aí permanecendo escondido com intenção de furtar;*

*g) Com usurpação de título, uniforme ou insígnia de empregado público, civil ou militar, ou alegando falsa ordem de autoridade pública;*

*h) Fazendo da prática de furtos modo de vida; ou*

*i) Deixando a vítima em difícil situação económica;*

*é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.*

2 — *Quem furtar coisa móvel alheia:*

- a) *De valor consideravelmente elevado;*
- b) *Que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico;*
- c) *Que por sua natureza seja altamente perigosa;*
- d) *Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público;*
- e) *Penetrando em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado, por arrombamento, escalamento ou chaves falsas;*
- f) *Trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta;*  
ou
- g) *Como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando; é punido com pena de prisão de dois a oito anos.*

3 — *Se na mesma conduta concorrerem mais do que um dos requisitos referidos nos números anteriores, só é considerado para efeito de determinação da pena aplicável o que tiver efeito agravante mais forte, sendo o outro ou outros valorados na medida da pena.*

4 — *Não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor.*

Será que electricidade cabe no sentido possível de coisa móvel? ABB pensa que não, mas não a espanta que caiba no pensamento do legislador. Parece ser necessária uma materialidade que a electricidade não tem.

Qual é a visão do prof. Castanheira Neves? O prof. Castanheira Neves defende que se deve superar a distinção entre interpretação extensiva e analogia para determinar o que é ou não proibido fazer em direito penal.

Para Castanheira Neves, a divisão que devemos fazer é entre interpretação permitida e interpretação proibida. De uma forma resumida, ACN conclui que, sempre que não haja uma imprevisibilidade – e, por isso, haja segurança e certeza jurídica – temos uma interpretação permitida. Para este autor, esta interpretação dá-se sempre que ela ainda caiba no âmbito de proteção da norma – e cai, por sua vez,

no âmbito de proteção da norma quando caiba no sentido logicamente possível das palavras da lei, revele os valores jurídicos que a lei pretende salvaguardar e seja compatível outros valores do sistema e com a unidade do direito definida pelos tribunais. Para o prof. Castanheira Neves, haverá casos de interpretação extensiva permitidos, desde que se verifiquem estes pressupostos – ou seja, desde que não haja imprevisibilidade e haja segurança e certeza jurídica.

Um dos argumentos invocados por Castanheira Neves é o seguinte: no Código Penal de 1886, era proibida expressamente a interpretação extensiva, o que não acontece no CP atual.

As críticas feitas a Castanheira Neves são: por um lado, apesar de não haver uma norma que expressamente proíba a interpretação extensiva no atual, há o 29º, 3. da CRP (v. *supra*); por outro lado, o critério central, para Castanheira Neves, é o da imprevisibilidade – Castanheira Neves quase que faz “tábua rasa” do texto da lei. Além do mais, o sentido tem de ser compatível com a unidade do direito dada pelos tribunais. Ora, isto vai contra um princípio que já estudámos. Se vamos fazer depender isto do que dizem os tribunais, parece que estamos a ameaçar a reserva de lei.

A profª Fernanda Palma, na mesma linha de ACN, considera que a distinção que se deve fazer é entre interpretação permitida e interpretação proibida. Deve procurar-se o critério da distinção entre a interpretação permitida e a não permitida na racionalidade da proibição da analogia. Para MFP, a interpretação será permitida se não ofender as expectativas do cidadão (e não puser em causa a segurança jurídica); mas, para MFP, ao contrário do que diz ACN, a interpretação não poderá prescindir do “sentido possível das palavras do texto”. Corresponde ao sentido comunicacional perceptível e não a qualquer sentido lógico não sustentável na linguagem social.

Qual é a diferença entre Fernanda Palma e Castanheira Neves? Para Fernanda Palma, o texto jurídico tem um papel central – e o significado a dar a esse texto é determinável pela linguagem comum. Fora isso, MFP e ACN estão de acordo quanto ao facto de a interpretação não poder ofender as expectativas dos cidadãos e a segurança jurídica.

Mais uma vez, MFP considera que o sentido possível das palavras (sentido comunicacional)

pode abarcar as situações a que a doutrina tradicional chama interpretação extensiva – um sentido que vai para além do sentido amplo das palavras, mas tem um mínimo de correspondência na letra da lei.

Note-se que esta distinção entre a interpretação permitida e não permitida tem de ser vista à luz da proibição da analogia no direito penal. Quase que parece que ACN defende a analogia nalgumas situações, desde que não haja imprevisibilidade.

---

## HIPÓTESE 1

*Imagine-se que a AR, face à necessidade de proteger o lobo ibérico, espécie animal em vias de extinção, aprovou em 1 de janeiro de 2014 uma lei com o seguinte teor:*

*“Quem capturar, mantiver aprisionado ou comercializar o lobo ibérico é punido com pena de prisão até 3 anos.”*

*É possível, à luz desta lei, sancionar - sem ultrapassar os limites da interpretação permitida em direito penal - o comportamento de A, que, certo dia, abateu a tiro um belíssimo exemplar daquela espécie?*

### Resolução:

Veja-se que capturar abarca, dentro do sentido amplo da palavra, o capturar vivo ou morto.

Nota: não é possível usar o argumento de maioria de razão, pois isso seria fazer analogia em direito penal, o que é proibido.

## HIPÓTESE 2

*Imagine-se que, certa noite, António se colocou num viaduto de uma autoestrada e daí, utilizando um potente foco de luz, o apontou a vários veículos em movimento, provocando o encandeamento de alguns condutores e, conseqüentemente, o despiste de um deles.*

*Imagine-se, ainda, que por esse facto foi acusado, entre o mais, por ter cometido o crime previsto no art.º 293º do CP.*

*Deve concordar-se, nesta parte, com a acusação do Ministério Público?*

### Resolução:

A luz não é um projétil. Isto pode caber no espírito da lei, mas não cabe no sentido possível.

Atenção: é impossível usar o argumento de maioria de razão em direito penal. Isso seria analogia.

Quanto à interpretação extensiva, dependerá do nosso conceito de interpretação extensiva (há uma parte da doutrina que diz que, quando entendida como mínimo de correspondência, é possível desde que não surpreenda o cidadão).

### CP | ARTIGO 293º

(Lançamento de projétil contra veículo)

*Quem arremessar projétil contra veículo em movimento, de transporte por ar, água ou terra, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

**26 OUT 2018**

**Conceitos-chave:** Aplicação da lei no tempo; leis temporárias ou de emergência; leis intermédias; leis penais inconstitucionais de conteúdo mais favorável ao arguido.

## Aplicação da lei no tempo

O princípio da legalidade está relacionado com a aplicação da lei no tempo. Aqui há dois subprincípios:

- (1) Princípio da irretroatividade da lei penal;
- (2) Princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao agente.

### 1 - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Diz-se que *não há crime nem pena sem lei prévia*. Isto exprime o princípio da irretroatividade da lei penal.

É proibida a aplicação retroativa da lei penal. Há que acrescentar, quando se diz que é proibida a aplicação retroativa da lei penal, que é proibida essa aplicação quando desfavorável ao agente. Não se pode aplicar uma lei penal mais desfavorável a factos anteriores à entrada em vigor dessa lei.

Face ao art.º 3º do CP, o facto considera-se praticado no momento da conduta, e não no momento do resultado. Não importa, por exemplo, a data em que a vítima de um tiro morreu, mas sim o momento em que o tiro foi disparado.

### CP | ARTIGO 3º

(Momento da prática do facto)

*O facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.*

Vejam-se os nºs 1, 3. e 4., última parte, do art.º 29º da CRP:

### CRP | ARTIGO 29º

(Aplicação da lei criminal)

*1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*

*2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.*

*3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.*

*4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.*

*5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.*

*6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.*

À partida, como acontece com todos os subprincípios do princípio da legalidade, isto

estende-se às medidas de segurança e seus pressupostos. A prova é o 29º, 3. da CRP (v. *supra*).

Quando se discute a aplicação da lei penal no tempo, é importante o momento da prática do facto. Olha-se ao momento da conduta, e não ao resultado. Nem todos os crimes são crimes de resultado (nem todos têm resultado), mas todos pressupõem uma conduta, e é ela que nos interessa. Naturalmente, fixar o momento da prática do facto levanta dificuldades. Surge a questão complementar de saber como se fixa o momento da prática do facto nos chamados **(i) crimes continuados** e também nos **(ii) crimes duradouros**.

O **(i) crime continuado** está previsto no 30º, 2. do CP. Acontece quando há a repetição do mesmo crime durante um período de tempo.

## CP | ARTIGO 30º

(Concurso de crimes e crime continuado)

1 — O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2 — Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

3 — O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais.

Têm de se verificar todas as circunstâncias do nº 2.

O exemplo comumente dado é o do funcionário bancário que, todos os dias, furta € 5 da caixa. Este

funcionário praticou o mesmo tipo de crime durante vários dias, mas, tendo em conta as circunstâncias desta repetição, o legislador achou por bem isto corresponder a apenas um crime.

O que é um **(ii) crime duradouro**? É um crime cuja execução se prolonga ininterruptamente no tempo.

*Exemplo: o sequestro é um crime que, por natureza, se prolonga no tempo.*

Em ambas as figuras, temos a distribuição pelo tempo de condutas consideradas criminalmente relevantes. Como se fixa o momento da prática do facto? Face ao art.º 3º do CP (v. *supra*), o momento da prática é o momento da execução do crime.

No **(i) crime continuado**, o momento da prática vai desde o primeiro ato até ao último. O agente está sempre a executar, e todo o tempo que decorre desde a prática do primeiro ato integrado na continuação até ao último é considerado momento da prática do facto.

Já no **(ii) crime duradouro**, qual é o momento da prática? Imagine-se que um sequestro começa em agosto, e o agente é apanhado em outubro. O momento da prática vai de agosto a outubro; é todo o tempo que decorre entre o primeiro ato de sequestro até ao último ato de sequestro.

Apesar de estas figuras serem totalmente diferentes, o momento da prática é fixado de forma idêntica (daí estudarem-se em conjunto). O momento decisivo para aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais desfavorável ao agente é aquele em que cessa a conduta. O que significa é que, se enquanto persiste a prática do facto for modificada a lei de forma desfavorável ao agente, essa lei pode ser aplicada. A lei aplicar-se-á sem violar o princípio da irretroatividade da lei penal.

## 2 - PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL AO AGENTE

O outro princípio é o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao agente. Se sair uma lei penal mais favorável ao agente, é essa lei que se

aplica, mesmo tendo surgido após a prática do facto. Este princípio já não resulta do princípio da legalidade, pois já nada tem a ver com as expectativas do agente (que é surpreendido, mas pela positiva). Está ligado ao princípio da necessidade da pena – se o Estado, através de uma alteração legislativa, resolveu estabelecer um regime mais favorável para aquele facto, é porque deixou de achar necessária a lei anterior. E há o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Isto resulta do 29º, 4., última parte, da CRP (v. *supra*); e do art.º 2º, nº 2 e nº 4 do CP.

## CP | ARTIGO 2º

(Aplicação no tempo)

*1 — As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem.*

*2 — O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.*

*3 — Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.*

*4 — Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.*

A questão que se coloca é: quando é que a lei posterior à prática do facto é mais favorável ao arguido?

Há dois casos possíveis:

**(i) a lei posterior à prática do crime consente numa punição mais leve** - esta situação, mais óbvia, está prevista no 2º, 4;

**(ii) a nova lei elimina o facto como crime**, i.e., aquele facto que era considerado crime deixa de o ser, podendo falar-se em descriminalização em sentido técnico – esta situação em que a nova lei elimina o facto como crime está prevista no art.º 2º, 2. do CP e no art.º 29º, 4., 2ª parte da CRP.

- Este segundo caso pode acontecer de duas formas. Quando é que o facto é eliminado? Pode acontecer porque:
  - Ou é eliminada a norma incriminadora sem ser substituída por qualquer outra;
  - Ou (menos óbvio), sem haver eliminação da norma incriminadora, à luz da lei posterior, o facto que era punível deixa de o ser.

*Exemplo: em Portugal, o aborto era punido até à 10ª semana até 2007. A partir de 2007, o aborto até à 10ª semana deixou de ser considerado crime, embora o aborto não tenha deixado de ser considerado crime. A norma incriminadora não desapareceu, mas aquele facto em concreto deixou de ser considerado como crime. É como que uma exclusão de ilicitude. Há quem fale em despenalização, mas isso não é o mais correto, para ABB.*

Nestas duas últimas situações, em que a lei posterior é mais favorável porque o facto é eliminado do número das infracções [caso **(ii)**], importa saber que leis o juiz terá em consideração.

Quais as leis que estarão em confronto? Até quando o legislador manda o aplicador da lei ter em conta a lei posterior?

Na situação em que a lei posterior elimina o facto do número de infrações, as leis que entram em confronto são as que estão em vigor entre o momento da prática do crime até ao termo da execução da pena.

Veja-se o art.º 2º, nº 2, 2ª parte.

O momento da prática do facto, face ao art.º 3º (v. *supra*), é o momento da execução do crime. As leis que nos interessam são, portanto, aquelas que estão em vigor entre a execução e o termo de execução da pena.

Assim, se surgir uma nova lei que elimina o facto do âmbito das infrações (deixando o facto de ser punível), mesmo que haja uma condenação transitada em julgado, ter-se-á em conta a nova lei, que descriminaliza. Cessa, então, a execução da pena.

Quando saiu, em 2007, a nova lei que descriminalizou o aborto até à 10ª semana, todas as mulheres presas teriam de ser libertadas.

E se a lei posterior à prática do crime consente numa punição mais leve [caso (i)]? Estas são situações em que a lei posterior favorece o agente, permitindo uma punição mais leve. Quais as leis em confronto? Aquelas que entram em vigor entre o momento da prática do crime até ao termo da execução (até 2007, não era até ao termo da execução, mas sim até ao trânsito em julgado). Se a lei surgir até ao termo da execução, será tida em conta.

Base legal: art.º 2º, 4., 2ª parte do CP e art.º 371º-A do Código de Processo Penal.

### CPP | ARTIGO 371º-A

(Abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável)

*Se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime.*

Há que distinguir entre duas situações, quanto ao regime mais favorável ao agente:

>>> Se, face à nova lei, o *limite máximo a aplicar ao crime for menor do que a pena aplicada* ao agente, a pena é reduzida automaticamente ao limite máximo da nova lei, e o agente, se quiser, pode ainda recorrer ao tribunal para recalculá-la à luz da nova lei. É aqui que entra o 371º-A do CPP.

>>> Em todas as outras situações de lei mais favorável, em que o *limite máximo da nova lei não é menor do que a pena aplicada* (mas o regime é mais favorável), face ao 371º-A do CPP, o arguido terá de interpor um recurso extraordinário para avaliar a pena à luz da nova lei.

### HIPÓTESE 3

Imagine que a lei X previa, para certo facto, pena de prisão de 1 a 3 anos, e pena acessória de suspensão do exercício de certa profissão até 1 ano. Imagine ainda que essa lei é substituída pela lei Y, que passa a punir o mesmo facto apenas com a pena de prisão até 5 anos.

-Qual a lei que deveria ser aplicada a A, que praticou o facto na vigência da lei X, mas vai ser julgado na vigência da lei Y?

#### Resolução:

Quando há uma pena e ainda uma pena acessória, a pergunta que se faz é: vamos fazer a ponderação mais favorável tendo em conta a pena principal e a acessória e, quanto à segunda lei, apenas a pena de prisão, ou vamos fazer a ponderação em separado, i.e., fazer uma ponderação relativamente à pena de

prisão e outra relativamente à pena acessória de proibição do exercício?

Uma parte da doutrina, com a qual ABB tende a concordar, defende uma ponderação diferenciada. Primeiro comparamos as penas de prisão – a lei X pune de 1 a 3, e a lei Y pune até 5. De qual lei resulta uma aplicação mais favorável? Em princípio, a primeira lei é mais favorável – daí deveria resultar uma pena concreta mais leve. Olhando ao princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao agente, aplicar-se-ia a lei X.

Quanto à pena acessória, que foi eliminada na lei Y, a consequência é deixar de existir.

Veja-se que a pena principal e a pena acessória têm fundamentos e fins diferentes, pelo que devem ser ponderadas separadamente, para ABB (mas há também quem, em sentido contrário, defenda uma ponderação unitária).

*-Quid juris se, diferentemente, a lei Y passasse a punir o facto como contraordenação?*

E se aparece uma nova lei que passa a punir o facto como contraordenação? Há uma descriminalização do comportamento. Foi o que aconteceu com o consumo de droga em Portugal.

Desde logo, o facto não pode ser considerado como crime (princípio da aplicação da lei penal mais favorável – neste caso, a lei que descriminaliza). Mas será que se vai punir o facto como contraordenação?

### DL 433/82 | ARTIGO 3º

(Aplicação no tempo)

*1 - A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.*

*2 - Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.*

*3 - Quando a lei vale para um determinado período de tempo, continua a ser punida a contra-ordenação praticada durante esse período.*

Face ao art.º 3º, 1. do DL 433/82, os factos não podem ser tratados e punidos como contraordenação se forem praticados antes da entrada em vigor da lei. De acordo com o direito contraordenacional, parece não ser possível punir como contraordenação.

Para evitar que os agentes sejam sancionados contraordenacionalmente, não violando então a norma do DL 433/82, há que exigir que a nova lei que qualifica o facto como contraordenação contenha uma norma transitória que estabeleça a punição como contraordenação dos factos praticados na vigência da lei penal antiga como crime (não faria sentido o agente não ser punido de maneira alguma).

Nesta situação, não se pode dizer que o sujeito seja surpreendido – quando muito, é surpreendido pela positiva. A razão de ser do art.º 3º, 1. do DL deixa de se aplicar nestes casos.

O 3º, 1. só deve valer para casos em que não havia sancionamento, ou em que havia sancionamento mas com pena menos grave.

## HIPÓTESE 4

Suponha que, entre 1 de janeiro e 1 de abril de 2016, sempre de madrugada, A telefonava para a casa de B com intenção de lhe perturbar o sono.

Admitindo, por um lado, que a situação descrita configura uma hipótese de crime continuado de violação de domicílio (190º, 2. do CP); e, por outro, que, em março de 2016, foi alterado o disposto nesse preceito, passando a punir-se o facto aí descrito com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Diga à luz de que lei deve ser julgado o comportamento de A.

Resolução:

### CP | ARTIGO 190°

(Violação de domicílio ou perturbação da vida privada)

1 — Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 — Na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação ou para o seu telemóvel.

3 — Se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Nestes casos de crime continuado, o momento da prática do facto vai desde o primeiro ato até ao último. O momento decisivo para a aplicação do princípio da proibição da aplicação retroativa da lei mais desfavorável é aquele em que cessa a conduta – o que aqui acontece em abril, sendo que a lei já tinha surgido em março. A lei nova (que agrava a pena) pode ser aplicada sem que isso constitua uma violação do princípio da proibição da aplicação retroativa da lei penal mais desfavorável.

### Leis temporárias (ou leis de emergência)

Falaremos agora das leis temporárias ou leis de emergência.

Uma lei temporária ou lei de emergência é uma lei com um período de vigência determinado face a situações excepcionais, sendo que esse prazo de vigência ou consta expressamente da lei, ou resulta implicitamente da verificação de circunstâncias excepcionais.

Imagine-se que, esperando-se um verão particularmente quente, a AR aprovava uma lei punindo com pena de prisão de 1 a 3 anos quem acendesse fogueiras em florestas durante o verão de 2017. *Quid juris* se A acendeu uma fogueira na floresta em agosto e só foi apanhado em outubro, estando agora em frente do juiz?

O princípio da aplicação da lei penal mais favorável daria a entender que não podemos agora punir esta pessoa. Mas a verdade é que a lei foi criada para situações excepcionais / que não duram muito tempo. Se só houvesse julgamento mais tarde, frustrar-se-ia completamente a própria ideia da situação excepcional. Não há um verdadeiro problema de sucessão de leis no tempo; para tal, a lei teria de se debruçar sobre o mesmo facto. Ora, a nova lei não se debruça sobre o mesmo facto, porque as circunstâncias excepcionais deixaram de existir.

Este regime está consagrado expressamente no art.º 2º, 3. do CP:

### CP | ARTIGO 2°

(Aplicação no tempo)

1 — As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem.

2 — O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.

3 — Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.

4 — Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.

No nº 3, encontramos claramente a definição de lei temporária ou de emergência. Mas há um autor na nossa doutrina – Silva Dias - que considera este nº 3 inconstitucional, por violação da proibição da aplicação retroativa da lei penal mais desfavorável. Para ASD, só pode haver aplicação se a pessoa for julgada durante o período de emergência. A maior parte da doutrina discorda de ASD.

Concluindo, as leis de emergência têm aplicação ultra-ativa – para a maior parte da doutrina, aplicam-se a factos julgados depois de a lei deixar de estar em vigor, mas que foram praticados no âmbito dessa lei.

### Lei penal intermédia

Outro problema, que não devemos confundir com o problema das leis de emergência, é o da lei penal intermédia. O que caracteriza esta figura?

A lei penal intermédia é uma lei cujo início de vigência é posterior ao momento da prática do facto, e cujo termo de vigência ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. Esta lei não está em vigor nem no momento da prática do facto, nem no momento do trânsito em julgado. A questão que se levanta é: no caso de esta lei intermédia ser mais favorável do que as outras duas leis, pode ou não ter-se em conta a lei intermédia?

A maior parte da doutrina diz que, quando o legislador fala em leis posteriores no art.º 2º, 4. (v. *supra*), também está a pensar nas leis intermédias. Além do mais, temos o princípio da intervenção mínima do direito penal e o princípio da igualdade no tratamento de casos idênticos.

### Leis penais inconstitucionais de conteúdo mais favorável ao arguido

E ainda há uma outra questão interessante: qual é a relevância de uma lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido? A declaração de inconstitucionalidade de uma lei mais favorável tem ou não eficácia retroativa?

Mais uma vez, a doutrina divide-se. Entende-se que, nesta situação, entram em confronto dois princípios: por um lado, o princípio que impede a produção de efeitos por uma norma inconstitucional (sempre que o TC decide que uma lei é inconstitucional, faz cessar a vigência dessa lei e repristina a lei anterior); por outro, o princípio da não retroatividade da lei penal menos favorável ao agente.

Uma parte da doutrina considera que prevalece o princípio da não retroatividade; já outra parte da doutrina considera que uma lei inconstitucional nunca pode ser aplicada, e que a não retroatividade só se aplica a leis válidas.

### CRP | ARTIGO 282º

(Efeito da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.

## HIPÓTESE 5

Imagine-se que, devido à previsão de inúmeros atentados contra exemplares de fauna para o ano de 2012, a 14 de dezembro de 2011, entrou em vigor a lei K, que agrava a moldura penal do 278º, 1. do CP para 10 a 15 anos de prisão, fixando o seu período de vigência até 31/12/2012.

Criticada a moldura excessiva desta lei, a lei K é revogada por uma nova lei – a lei W – que fixa a moldura para 2 a 8 anos, iniciando a sua vigência a 27/02/2012, e que, tal como a lei K revogada, fixa um período de vigência até 31/12/2012.

António, a 11 de janeiro de 2012, matou vários lobos no parque florestal do Gerês, contribuindo decisivamente para fazer desaparecer aquela espécie naquela região.

Sendo julgado hoje, deve sê-lo à luz de que lei?

Qual a natureza desta lei? É uma lei de emergência. Neste caso, a lei temporária agrava a responsabilidade do agente. Pode aplicar-se o 278º? O sr. António praticou o facto no período de vigência de uma lei temporária, pelo que se não pode aplicar a lei geral. Mas há um problema: a lei K foi revogada por uma nova, que iniciou a sua vigência a 27 de fevereiro e reduziu a pena para 2 a 8 anos.

## CP | ARTIGO 278º

(Danos contra a natureza)

*1 — Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:*

- a) Eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção;*
- b) Destruir habitat natural protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas ou em número significativo;*
- c) Afectar gravemente recursos do subsolo; é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.*

*2 — Quem comercializar ou detiver para comercialização exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 120 dias.*

*3 — Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.*

À luz de que lei é julgado o sr. António? Temos duas leis temporárias, sendo que a lei temporária que sai posteriormente é mais favorável. Logo, é essa que será considerada. Quando há um problema de sucessão de leis temporárias, temos de aplicar o princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável – mas isto acontece apenas porque há duas leis temporárias.

**2 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Resolução de hipóteses.

## HIPÓTESE 6

No dia 1 de janeiro de 2015, Ana é apanhada pela polícia a conduzir com 1,3 g/l d álcool no sangue. Imagine-se que, a 1 de fevereiro de 2015, a AR faz publicar uma lei modificando o disposto no 292º do CP, alterando o limite aí previsto para 1,5 g/l de álcool no sangue, passando a punir como contraordenação a condução com uma taxa de álcool no sangue até esse valor.

Devido aos protestos sociais que a medida causou, a 1 de maio de 2015, este diploma é revogado, repondo então o legislador, no art.º 292º, o limite de 1,2 g/l. Sendo julgada hoje, à luz de que lei deve ser sancionado o comportamento de Ana?

## CP | ARTIGO 292°

(Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas)

*1 — Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

*2 — Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.*

Estamos claramente numa hipótese de lei penal intermédia. O início de vigência da lei é posterior ao momento da prática do facto, mas o termo da vigência ocorre antes do trânsito em julgado da sentença.

A lei não esteve em vigor nem no momento do comportamento, nem no momento do julgamento, mas é mais favorável.

A maioria da doutrina entende que, havendo esta lei intermédia mais favorável, face ao princípio da intervenção mínima do direito penal e ao princípio da necessidade da pena, aplica-se a lei intermédia – ainda que não seja penal (e sim contraordenacional, tendo havido descriminalização em sentido amplo / despenalização).

## HIPÓTESE 7

Imagine-se que, face ao aumento do número de acidentes de viação provocados pelo excesso de álcool, o legislador decidia alterar o disposto no 292°, passando a punir como crime quem conduzir com mais de 0,8 g/l de álcool no sangue.

Em que termos deveria ser punido A, que foi apanhado com 1,1 g/l de álcool no sangue antes daquela alteração, mas que vai ser julgado já depois de a mesma ter entrado em vigor.

Face ao princípio constitucional da proibição da aplicação retroativa da lei criminalizadora (29°, 1. e 3. e art.º 1º, 1. e 2º, 1. do CP), olhamos para os factos só depois da sua entrada em vigor.

Mas há ainda uma questão – devem ser punidos como contraordenação os factos anteriores à entrada em vigor? Surge a dúvida de podermos ou não considerar a conduta como contraordenação, porque a lei nova, face à lei contraordenacional, deixou de considerar a conduta como contraordenação. E aí é preciso ter em conta o direito contraordenacional, em particular o DL 433/82. É uma pergunta que parece ter de ser respondida pelo direito contraordenacional.

## DL 433/82 | ARTIGO 3°

(Aplicação no tempo)

*1 - A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.*

*2 - Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.*

*3 - Quando a lei vale para um determinado período de tempo, continua a ser punida a contra-ordenação praticada durante esse período.*

Face ao 3º, 2. do DL 433/82, não se pode condenar o agente por contraordenação porque a lei penal, face à lei anterior, é descontraordenacional, i.e., deixa de considerar o comportamento como consideração. E deixar de considerar como

contraordenação é mais favorável do que considerar como contraordenação.

Assim, comportamento era considerado contraordenação e passou a ser considerado crime. Como é que a pessoa vai ser punida? O comportamento não pode ser punido com crime (isto vem da própria CRP); mas permanece a dúvida sobre se o comportamento não deve ser punido como contraordenação. Ao considerar o comportamento como crime, a lei deixou de o considerar como contraordenação, o que, de acordo com o princípio da aplicação retroativa da lei contraordenacional mais favorável, significa que também não poderia ser punida como contraordenação. Não tendo o legislador criado uma norma transitória, temos este problema e uma solução eventualmente injusta, mas é o que existe. A forma de resolver isto seria o legislador ter criado uma norma transitória.

## HIPÓTESE 8

António decidiu matar o pai utilizando um veneno que o mataria ao fim de 4 doses, e que foram por si ministradas sucessivamente em agosto, setembro, outubro e novembro de 2007.

Imagine que, com a entrada em vigor em 15/09/2007 da lei 59/2007, era alterado o disposto no 132º do CP, passando a punir-se o homicídio qualificado com uma pena entre 15 e 30 anos.

À luz de que versão do CP - a anterior ou a posterior à entrada em vigor da lei 59/2007 - deve ser julgado o crime cometido por António?

### CP | ARTIGO 132º

(Homicídio qualificado)

*1 — Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.*

*2 — É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:*

- a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;*
- b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;*
- c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;*
- d) Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;*
- e) Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;*
- f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima;*
- g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;*
- h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;*
- i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;*
- j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;*
- l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão de governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;*
- m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.*

O crime aqui cometido – homicídio - não é continuado, mas sim instantâneo. A tentativa é que é continuada, mas o próprio crime de homicídio só se dá na última ação. E como foi praticada depois de a nova lei estar em vigor, não há dúvidas de que se pode aplicar a lei nova. Desta forma, não se viola o princípio da irretroatividade da lei penal mais desfavorável porque não está em causa esse princípio.

E se a nova lei passasse a punir o homicídio qualificado com pena de 10 a 20 anos, mas estabelecesse que só entraria em vigor a 1/1/2008, e só valeria para os factos praticados depois da sua entrada em vigor?

A parte da norma que diz que só valeria para os factos praticados depois da sua entrada em vigor seria inconstitucional, por violação do princípio da aplicação da lei penal mais favorável.

Tendo descoberto que estava grávida, Antónia decidiu deslocar-se a Londres para abortar, o que realmente fez a 10/01/2006, quando decorria a 10ª semana de gravidez. Com a lei nº 16/2007, a interrupção da gravidez a pedido da mulher durante as primeiras 10 semanas foi despenalizada. Vamos supor que, ainda em 2007, o TC viria a declarar inconstitucional, com força obrigatória geral, a referida norma.

A 7/01/2008, Antónia será submetida a julgamento. Admitindo que a lei penal portuguesa é efetivamente aplicável, pode ou não ser punida Antónia?

Aqui haveria, em termos de DIPrivado, fraude à lei, mas não é isso que vamos discutir.

Existe na nossa doutrina e na nossa jurisprudência uma discussão sobre o que se deve fazer quando a lei mais favorável é declarada inconstitucional. Qual a relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido? Por um lado, há o princípio da aplicação da lei penal mais favorável; por outro, quando uma lei é declarada inconstitucional, não se pode aplicar desde a data da sua criação, sendo por isso reprimada a lei anterior. Estes dois princípios estão claramente em princípio nesta hipótese. Ora, uma parte da doutrina – nomeadamente Jorge Miranda, Taipa de Carvalho, José de Sousa Brito e a própria jurisprudência do STJ – têm entendido que prevalece o princípio da aplicação da lei penal mais favorável sobre o regime

da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

O principal argumento apresentado é: se o comportamento foi praticado naquela altura, para a agente, o comportamento não é crime, tendo em conta a norma penal. O facto de mais tarde o TC vir considerar a norma inconstitucional não deve, então, prevalecer.

O segundo argumento passa pelo princípio da necessidade da pena inerente ao princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável, que seria mais forte do que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Há um outro argumento: veja-se o 282º da CRP. Quem defende o princípio da aplicação da lei penal mais favorável fundamenta-se na ressalva dos casos julgados (282º, 3.), a não ser que o tribunal reabra o caso, podendo fazê-lo se a lei declarada inconstitucional for menos favorável ao agente.

## CRP | ARTIGO 282º

(Efeito da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.

Uma parte da doutrina retira daqui que o nosso legislador atribui mais relevância ao princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável do que à ressalva do caso julgado.

Já os defensores da eficácia *ex tunc* entendem que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia desde a entrada em vigor da lei; já tendo sido aplicada a lei mais favorável, face ao 282º, 1., haveria que reabrir o caso julgado e julgar de acordo com a nova lei.

## HIPÓTESE 9

A cometeu um crime à luz da lei X, que o punia com pena de prisão até 5 anos. Entretanto, essa lei foi revogada pelo decreto-lei Z, que passou a punir o mesmo crime com pena de prisão até 3 anos.

- a) Se fosse juiz, e ao apreciar o caso verificasse que o decreto-lei Z não tinha sido autorizado pela AR, à luz de que diploma julgaria A?
- b) Seria a mesma a sua resposta se o facto tivesse sido praticado já na vigência do decreto-lei Z?
- c) Imagine agora que o decreto-lei Z tinha sido autorizado, mas entrou em vigor um mês após o trânsito em julgado da decisão que condenou A a 4 anos de prisão. Poderia A beneficiar da entrada em vigor daquele DL? Em que termos?

### Resolução:

- a) O DL, como não foi autorizado pela AR, é inconstitucional, por violar um subprincípio do princípio da legalidade: não há crime nem pena sem lei formal. Para o Governo emitir um DL em matéria penal, precisa de autorização da AR (veja-se o 165º da CRP). É violado o princípio da legalidade quanto às fontes. Por outro lado, a lei declarada inconstitucional prevê um regime mais favorável. O juiz deve considerar o decreto-lei Z inconstitucional (204º CRP), e deve aplicar a lei X.

b) Aqui há uma diferença. Há que tutelar uma expectativa. Aplica-se a lei X, mas a medida da pena não pode ultrapassar o disposto no decreto-lei Z. Podemos, também, defender a posição segundo a qual prevalece a aplicação da lei penal mais favorável.

c) Teria de haver redução automática dos 4 anos para 3, ao abrigo do art.º 2º, 4. do CP. E há ainda a ter em conta o 371º-A do CPP.

**6 NOV 2018**

(Aula com professores convidados)

**Conceitos-chave:** Death penalty in the US.

How does the death penalty work in the US? These days, only murder can carry the death penalty in the US. Furthermore, you cannot be sentenced to death without a jury, unless the defendant decides not to have a jury.

If someone is charged with a capital murder, they are eligible for a death sentence. There are two parts of the trial. In the first part, the court must prove beyond reasonable doubt that there was a capital murder. Many first-degree murders are eligible for death penalty in the US. Note that someone who opposes the death penalty is not allowed to be part of the jury.

### **Problems with the death penalty:**

- Cruel and unusual (8<sup>th</sup> Amendment);
- Availability of lethal injection drugs;
- Unacceptable risk of executing the innocent;
- Does not deter;

- Expensive.

There are only two kinds of premeditated murders where you can't possibly get the death penalty in Virginia: a domestic case or a premeditated murder for absolutely no reason at all (which seems arbitrary).

Note: execution is more expensive than life in prison.

---

A massive increase in opioid prescription has caused an opioid crisis in the United States.

From 2010, the prescriptions levelled off because of legislation, but suddenly there are many addicts who have no access to pills. *Fentanyl* flooded the American markets – people started using both that and heroin as substitutes.

There is medication assisted treatment (MAT) – use of medications in combination with counseling and behavioral therapies for the treatment of substance use disorders.

Most people in the justice system have used drugs, but fewer than 1/3 receive treatment while detained. Fewer than 1% receive MAT; involuntary cessation of MAT during incarceration may lead to later aversion to MAT treatment. There is a 129x risk of dying in a drug overdose during re-entry; agonist MAT during incarceration cuts mortality by 75% and increases treatment engagement. Justice-referred patients are 1/10 as likely to receive agonist MAT as other patients; many drug courts prohibit agonist MAT or express strong preference against it.

Note: jail is a local facility where someone can serve up to 12 months; prison is for someone who is serving a sentence of a year or longer.

The annual societal cost of drug use in the US is \$ 193 billion.

There are drug courts. If you go through a drug court, you are less likely to commit crimes over time.

**9 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Aplicação da lei penal no espaço.

Falámos no princípio da aplicação da lei retroativa da lei penal mais desfavorável ao agente, que resulta do princípio da legalidade, e não só.

### Aplicação do direito penal no espaço

As disposições que regulam a aplicação da lei penal no espaço, muitas vezes, debruçam-se sobre a cooperação judiciária internacional penal das autoridades portuguesas e estrangeiras. Todas estas disposições, que têm a ver com a aplicação da lei penal no espaço, chamam-se normas de direito penal internacional português.

Elas determinam o âmbito da validade espacial do direito penal português fora do território nacional; até se costuma dizer que estas normas estão para o direito penal como o DIPrivado está para o direito civil.

São distintos o direito penal internacional português e o direito internacional penal. Há uma diferença face ao conjunto das disposições jurídico-penais que constam de tratados e convenções internacionais a que o Estado português tenha aderido.

A pergunta central a que as normas penais que visam a aplicação da lei penal do espaço visam responder é: a que infrações se aplica a lei penal portuguesa?

## Princípios na aplicação da lei penal no espaço

Quais os princípios no âmbito da aplicação da lei penal no espaço?

- (i) Princípio da territorialidade;
- (ii) Princípio da proteção dos interesses nacionais;
- (iii) Princípio da nacionalidade (ativa e passiva);
- (iv) Princípio da aplicação universal ou da universalidade;
- (v) Princípio da universalidade da proteção de menores;
- (vi) Princípio da aplicação supletiva da lei penal portuguesa a crimes cometidos por estrangeiros contra estrangeiros

### 1 – PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

De acordo com o princípio da territorialidade, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do infrator, salvo tratado ou convenção em contrário.

Quais as razões por detrás deste princípio?

- Razões de ordem prática - é mais fácil realizar a investigação no território do crime;
- Finalidades das penas - é no território do Estado em que o crime foi praticado que mais importa exercer as finalidades das penas, nomeadamente a prevenção geral.

Se a lei penal portuguesa se aplica a todos os factos praticados em território português, releva em que lugar foi praticado o facto. Para determinar o lugar da prática do facto, temos de ter em conta o art.º 7º do CP:

#### (Lugar da prática do facto)

1 — O facto considera-se praticado tanto no lugar em que, total ou parcialmente, e sob qualquer forma de comparticipação, o agente actuou, ou, no caso de omissão, devia ter actuado, como naquele em que o resultado típico ou o resultado não compreendido no tipo de crime se tiver produzido.

2 — No caso de tentativa, o facto considera-se igualmente praticado no lugar em que, de acordo com a representação do agente, o resultado se deveria ter produzido.

De acordo com o art.º 7º, o facto considera-se praticado tanto no lugar em que o agente atuou como no lugar em que devia ter atuado. Em que crimes está a pensar o legislador aqui?

Lugar em que atuou >> crimes por ação

Lugar em que devia ter atuado >> crimes por omissão

O que caracteriza um crime omissivo? O comportamento, em vez de consistir numa atividade, traduz-se numa inatividade. Para um agente ser punido por um crime por omissão, precisa de ter especial dever de agir. O que significa isso? Só se pode punir alguém por homicídio por omissão se tivesse em relação à vítima um especial dever de agir. Se uma pessoa está a afogar-se na praia, só se pode punir, em princípio, o nadador-salvador ou o pai, que têm um especial dever de agir.

O sítio onde ocorre o crime por omissão é o lugar onde o agente devia ter atuado.

Por que é que o legislador diz “total ou parcialmente”? Não está só a pensar nos crimes que se prolongam no tempo. Basta um ato do crime duradouro praticar-se em Portugal. Se A é sequestrado em França e depois trazido para Portugal, se continua a haver sequestro, basta um dos atos de sequestro acontecer em Portugal para o crime se considerar praticado cá.

E o legislador acrescenta “sob qualquer forma de comparticipação”. No nosso CP, os crimes estão todos previstos na forma da autoria singular e direta. Quando o 131º (v. *infra*) diz “quem matar outrem, é punido com...”, está a pensar num só autor singular que realizou o ato de matar. O legislador pensa

numa pessoa, que é o autor material e direto do facto. Mas há outras formas de participar no crime; pode não se ser autor direto. Se A paga a B para matar C, claro que A pode ser punido. Mas face ao princípio da legalidade, se só existisse o 131º, não poderia ser punido. A única forma de conseguirmos punir quem paga é uma norma na parte geral do CP – o art.º 26º - que determina que quem determinar outrem a praticar o facto é punido como autor. O CP tem normas que se consideram extensíveis da tipicidade; porque vão permitir estender a tipicidade a outras formas de participação no crime. Imagine-se que A instiga outra pessoa a praticar um crime de furto em França. Basta a instigação ter acontecido em Portugal para o facto se considerar praticado em território português.

Além disso, o 7º também diz que o facto se considera praticado no lugar em que o resultado típico se tenha produzido. É por isso que se diz que o 7º consagra a chamada teoria da ubiquidade, segundo a qual basta que um dos elementos essenciais do tipo se verifique em território português para se aplicar a lei penal portuguesa.

Mas o nosso legislador ainda diz mais: o facto considera-se praticado no lugar em que resultado típico se estiver produzido, mas também diz que o facto se considera praticado no lugar em que o resultado não compreendido no tipo se tiver produzido. Ora, ficamos a saber que se pode falar em dois resultados: o **a) resultado compreendido no tipo** e o **b) resultado não compreendido no tipo**.

## CP | ARTIGO 131º

(Homicídio)

*Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.*

No 131º, o resultado típico (compreendido no tipo) é a morte. Os resultados não compreendidos no tipo são os chamados crimes de perigo concreto. O que caracteriza um crime de perigo concreto? Como o próprio nome indica, nos crimes de perigo concreto, para o tipo ficar preenchido basta que haja perigo para o bem jurídico. Não é necessário que haja lesão para o bem jurídico.

## CP | ARTIGO 138º

(Exposição ou abandono)

*1 — Quem colocar em perigo a vida de outra pessoa:*

- a) Expondo-a em lugar que a sujeite a uma situação de que ela, só por si, não possa defender -se; ou*
- b) Abandonando-a sem defesa, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

*2 — Se o facto for praticado por ascendente ou descendente, adoptante ou adoptado da vítima, o agente é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.*

*3 — Se do facto resultar:*

- a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;*
- b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.*

138º - trata do crime de exposição ou abandono. O exemplo académico de exposição ou abandono é a mãe que abandona a criança à porta de um convento. Se essa mãe abandonar a criança à porta de um convento durante a noite e se for embora, em princípio, preenche o crime de exposição ou abandono – porque, para este tipo estar preenchido, basta que seja colocada em perigo a vida da criança. Não é preciso que a criança morra. É isso que caracteriza um crime de perigo concreto. Já se a mãe esteve todo o tempo a acompanhar a criança e a verificar que nada lhe acontecia, então já não há crime de perigo.

Nota: também se está a pensar na tentativa neste caso, no entender de ABB, apesar de a tentativa estar claramente prevista no art.º 7º, 2.

*Exemplo: a mãe abandona a criança à porta do convento em Badajoz. A criança é trazida em ambulância para Portugal e morre num hospital português. Isso será suficiente para se aplicar a lei penal portuguesa? Sim. Mas a criação de perigo para a vida da criança, em princípio, só se deu em Espanha.*

O legislador também está a pensar nas chamadas omissões puras. O crime de omissão de auxílio está previsto no 200º; é considerado uma omissão pura ou própria, porque basta haver a omissão para o tipo ficar preenchido. Não é necessário verificar-se qualquer resultado para o tipo ficar preenchido, como acontece já nas omissões impuras.

## CP | ARTIGO 200º

(Omissão de auxílio)

1 — Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 — Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

3 — A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.

Nas omissões puras, basta a existência da omissão para o tipo ficar preenchido. No caso da omissão de auxílio, temos o 200º. Se virmos alguém numa situação de perigo durante a noite e nada fizermos, em princípio, teremos praticados este crime de omissão de auxílio. Imagine-se que a pessoa que não ajudamos morre. Podemos ser punidos por homicídio por omissão? Neste caso, teríamos de estar investidos de um dever legar de agir no homicídio por omissão, o que dificilmente terá

acontecido. Mas podemos ser punidos por omissão de auxílio (menos grave). Até onde faz sentido o direito penal restringir a liberdade de uma pessoa? É a pergunta que se coloca aqui.

Quando é que há dever especial de auxílio? Pai em relação ao filho, casais, *babysitter* em relação à criança, bombeiro, pessoa que atropela outra pessoa (mas não quem assistiu). Mas se se vier a provar que a única pessoa que ali estava era ela (e só o que fugiu), então essa pessoa tem dever especial de auxílio.

Caso: basta o resultado não compreendido no tipo dar-se em Portugal para o facto se considerar praticado em Portugal. Se fosse apanhada cá poderia ser julgada cá. O resultado não compreendido no tipo deu-se em Portugal.

O que ABB está a tentar demonstrar é que há crimes em que basta uma ação ou omissão para o tipo estar preenchido, sem necessidade de resultado. Na omissão de auxílio basta o não auxiliar, e nada mais. Isto pode dar origem a resultados não compreendidos no tipo. O legislador diz: se o resultado não compreendido no tipo se dá em Portugal, isso é suficiente para considerar o facto praticado em território português.

A propósito do 7º, temos o 7º, 2., que diz: no caso de tentativa, o facto considera-se igualmente praticado no lugar em que, de acordo com a representação do agente, o resultado se deveria ter produzido. Não é preciso a ação nem o resultado se verificarem em território português – basta provar que o resultado se deveria ter realizado em território nacional para o facto se considerar praticado em território nacional.

*Exemplo: imagine-se que A envia uma bomba para explodir em Portugal numa carta. Mas a bomba explode em Espanha. Pode ou não considerar-se o resultado praticado em Portugal? Sim, porque o resultado representado pelo agente iria ser em Portugal. Isso é suficiente para o facto se considerar praticado em Portugal.*

Isto poder dar origem a conflitos, mas quando há conflitos positivos está tudo bem. O problema seriam conflitos negativos, em que ninguém se considera competente. Como a maioria dos Estados adota o critério da ubiquidade, pode haver conflitos positivos, mas “é tudo na paz”.

Não podemos aplicar a lei penal no espaço sem perceber o art.º 7º. O 7º é sempre o primeiro artigo

a aplicar numa hipótese de aplicação da lei penal no espaço, porque é o artigo que permite determinar o lugar da prática do facto – e sem saber o lugar da prática, não podemos saber quais os princípios da aplicação ad lei penal no espaço. Fomos para o 7º porque o princípio fundamental de aplicação da lei penal no espaço é o princípio da territorialidade, segundo o qual a lei penal portuguesa se aplica a todos os factos praticados em Portugal. Mas interessa-nos saber o que é o território nacional. O território português é definido pela nossa Constituição e pela lei, nomeadamente no art.º 5º, 2. da CRP. Face a este artigo, o território nacional compreende não só o espaço terrestre sujeito à jurisdição do Estado, correspondente subsolo e o espaço aéreo e as águas territoriais portuguesas face ao DIP.

#### CP | ARTIGO 4º

(Aplicação no espaço — Princípio geral)

*Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados:*

- a) *Em território português, seja qual for a nacionalidade do agente; ou*
- b) *A bordo de navios ou aeronaves portuguesas.*

Também se consideram território nacional os navios portugueses e as aeronaves portuguesas. Na questão de saber se o navio ou aeronave é português, interessa saber onde estão registados. O 4º, b) do CP consagra o chamado princípio do pavilhão ou da bandeira, de acordo com o qual os navios portugueses e as aeronaves portuguesas se consideram território nacional.

O 4º, b) diz que a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, al ei noa distingue comerciais ou militares - diz apenas navios ou aeronaves. A conclusão que se pode retirar é que abrange as duas categorias – quer os comerciais, quer os militares. Não se distingue se se encontram ou águas ou espaços aéreos internacionais. Se for cometido um crime numa aeronave portuguesa a sobrevoar espaço aéreo francês, considera-se praticado o crime em território português.

Também face ao DIP, os navios e aeronaves de guerra são considerados territórios do Estado. Se

estiver em Portugal um navio dos EUA e for cometido um crime dentro desse navio, onde é que o facto se considera praticado? Nos EUA. E ainda face ao DL 254/2003, a lei penal portuguesa é aplicável a factos criminais referidos no art.º 4º desse DL, cometidos a bordo da aeronave alugada a um operador com sede em território português, ou a bordo de uma aeronave registada noutra Estado em voo comercial fora do espaço aéreo nacional, se o local de aterragem seguinte for o território nacional e o comandante da aeronave entregar o presumível infrator às autoridades portuguesas.

#### DL 254/2003 | ARTIGO 4º

(Crimes)

*1 - É punido com a pena aplicável ao respectivo crime quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, praticar:*

- a) *Crimes contra a vida;*
- b) *Crimes contra a integridade física;*
- c) *Crimes contra a liberdade pessoal;*
- d) *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual;*
- e) *Crimes contra a honra;*
- f) *Crimes contra a propriedade.*

*2 - Se a prática de qualquer crime compreendido no número anterior criar um perigo para a segurança da aeronave, o agente é punido com a pena que ao caso caberia agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, não podendo ultrapassar 25 anos, tratando-se de pena de prisão, e 900 dias, tratando-se de pena de multa.*

*3 - Quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, desobedecer a ordem ou instrução legítima destinada a garantir a segurança, a boa ordem e a disciplina a bordo, dada pelo comandante da aeronave ou por qualquer membro da tripulação em seu nome, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*

*4 - Quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, difundir informações falsas sobre o voo, causando alarme ou inquietação entre os passageiros, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.*

---

O princípio central quanto à aplicação da lei penal no espaço é o princípio da territorialidade. Para além do princípio da territorialidade, há uma série de princípios complementares quanto à aplicação da lei penal no espaço, que visam também determinar quando é que a lei penal portuguesa pode ser aplicável a factos praticados fora do território nacional. Por que é que se lhes chama princípios complementares? Porque vêm acrescentar mais situações em que é possível aplicar a lei penal portuguesa. Mas também podem ser considerados princípios subsidiários, porque só se aplicam a situações em que não se aplica o princípio da territorialidade. Os princípios complementares aplicam-se apenas àquelas situações que não tiverem ocorrido em Portugal, e em que faça, portanto, sentido recorrer aos princípios complementares e ao princípio da subsidiariedade. E são complementares por outra coisa: só se aplicam se não houver tratado ou convenção internacional em contrário. Estes princípios complementares estão todos consagrados no art.º 5º do C Penal. Vamos começar pelo primeiro de todos, que está na alínea a).

---

## 2 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES NACIONAIS

No 5º, 1., a) está contido o princípio da proteção dos interesses nacionais.

Se, aplicando o 7º, concluirmos que o facto se praticou fora do território nacional, só podemos trabalhar com o 5º, que consagra todas as situações em que é possível aplicar a lei penal portuguesa a factos praticados fora do território nacional.

### CP | ARTIGO 5º

(Factos praticados fora do território português)

*1 — Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional:*

*a) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 221.º, 262.º a 271.º, 308.º a 321.º e 325.º a 345.º;*

*b) Contra portugueses, por portugueses que viverem habitualmente em Portugal ao tempo da sua prática e aqui forem encontrados;*

*c) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 159.º a 161.º, 171.º, 172.º, 175.º, 176.º e 278.º a 280.º, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;*

*d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º, 163.º e 164.º, sendo a vítima menor, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;*

*e) Por portugueses, ou por estrangeiros contra portugueses, sempre que:*

*i) Os agentes forem encontrados em Portugal;*

*ii) Forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo; e*

*iii) Constituírem crime que admita extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;*

*f) Por estrangeiros que forem encontrados em Portugal e cuja extradição haja sido requerida, quando constituírem crimes que admitam a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;*

*g) Por pessoa colectiva ou contra pessoa colectiva que tenha sede em território português.*

*2 — A lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional que o Estado Português se tenha obrigado a julgar por tratado ou convenção internacional.*

Começamos pelo 5º, 1., a) – diz que, salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional quando constituírem os crimes previstos nos arts. 221º, 262º a 271º, 308º, 331º e 325º a 345º. Esta alínea consagra o que a doutrina designa por princípio realista ou princípio da proteção dos interesses nacionais. A esta alínea temos uma enumeração taxativa de crimes cometidos no estrangeiro por portugueses ou estrangeiros que põem em causa interesses fundamentais ou bens jurídicos fundamentais nacionais, como a segurança do Estado ou o respeito pelo Estado de direito.

Podemos resumir esses bens jurídicos em quatro categorias (a enumeração é taxativa):

- Bens jurídicos que têm a ver com os alicerces e o funcionamento do Estado de direito democrático (325º a 345º);
- Bens jurídicos em que estão em causa interesses do Estado na confiança da circulação fiduciária (262º a 271º) – *exemplo: crime de contrafação de moeda;*
- Bens jurídicos relacionados com a independência e a integridade nacionais (308º a 321º) – *exemplo: crime de traição à pátria.*
- Bens jurídicos relacionados com a segurança das comunicações – *exemplo: burla informática* (221º).

Como se pode depreender daqui, para se determinar se está ou não em causa um bem jurídico nacional, mais do que a titularidade, interessa a relevância nacional dos bens jurídicos em causa.

Quando aplicamos o art.º 5º, também temos de ter em conta o 6º, que consagra uma série de restrições à aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos fora do território nacional:

## CP | ARTIGO 6º

(Restrições à aplicação da lei portuguesa)

1 — *A aplicação da lei portuguesa a factos praticados fora do território nacional só tem lugar quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.*

2 — *Embora seja aplicável a lei portuguesa, nos termos do número anterior, o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente. A pena aplicável é convertida naquela que lhe corresponder no sistema português, ou, não havendo correspondência directa, naquela que a lei portuguesa previr para o facto.*

3 — *O regime do número anterior não se aplica aos crimes previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo anterior.*

Sempre que funcionar o 5º, a), nunca funcionam as restrições à aplicação da lei portuguesa. Aplica-se sempre a lei penal portuguesa, a não ser que haja lei estrangeira mais favorável.

Art.º 6º, 3. - este artigo, numa versão anterior, fazia referência a crimes relacionados com terrorismo. Mas os artigos que no nosso CP falavam de terrorismo foram revogados por uma lei de combate ao terrorismo – lei 52/2003, de 22/08 – que descreve como se punem os crimes relacionados com o terrorismo.

Face ao seu art.º 8, esta lei estabelece a aplicabilidade da lei penal portuguesa quer ao crime de terrorismo, quer ao crime de organizações terroristas, mesmo que os crimes sejam cometidos no estrangeiro, e face a esta lei está excluída a possibilidade de aplicar a lei onde o crime for cometido mesmo que seja mais favorável.

Quer isto dizer que o regime que se aplica a estes crimes é exatamente o que se aplica na alínea a) do nº 1. Mas agora está na lei de combate ao terrorismo.

## 3 – PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE ATIVA E PASSIVA

Vamos passar ao segundo princípio suplementar ao princípio da territorialidade. Este segundo princípio está consagrado na alínea b), e denomina-se

princípio da nacionalidade ativa e passiva. De acordo com este princípio, a lei portuguesa será aplicável a factos cometidos fora do território nacional contra portugueses, por portugueses que vivam habitualmente em Portugal ao tempo da prática do crime. O que interessa é saber se a residência habitual do infrator é Portugal. Isto contra portugueses e desde que os portugueses agentes do crime sejam encontrados em Portugal. O mais importante desta alínea é o que lá não está. Nós podemos aplicar a lei penal portuguesa a estes crimes sem ser necessário que o facto seja considerado crime no país em que foi cometido. Não é necessário verificar-se a exigência da dupla incriminação para que se possa aplicar a lei penal portuguesa.

Esta alínea surgiu, para uma parte da doutrina, para abarcar os chamados casos de fraude à lei – i.e., esta alínea visa impedir que o cidadão português se desloque ao estrangeiro para aí praticar um facto contra outro português que, apesar de ser crime à luz da lei portuguesa, não o é à luz da lei estrangeira. A isto se chama fraude à lei.

Nota: o bem jurídico vida intrauterina, quando atacado, permite-nos falar de prática de um crime contra outro português?

*Exemplo: aborto, bigamia. Se o português for apanhado cá por bigamia, pode aplicar-se a lei penal portuguesa.*

ABB acrescenta que, após a revisão de 2007, face ao 6º, 3. do nosso CP, considera-se que esta alínea abarca também aquelas hipóteses em que o facto, apesar de ser considerado crime na lei estrangeira, é punido com uma pena inferior à estabelecida pela lei portuguesa. Significa isto que, se o português for ao estrangeiro para aí praticar um crime contra um português e esse crime é punido mais levemente à luz da lei estrangeira, ele não vai beneficiar dessa pena mais favorável face ao art.º 6º, 3. do nosso CP.

Há uma importante condição de procedibilidade: para o processo penal decorrer em território português, o agente tem de se encontrar em território português.

Esta alínea foi especialmente pensada para dados casos de fraude à lei (v. manual do prof. Taipa de Carvalho).

Como estes casos foram pensados para a fraude à lei, caso o agente vá ao estrangeiro passar férias e pratica porque está a passar férias ou a fazer negócio com um facto que é considerado crime cá e

não lá, ele acha que não se verificam os requisitos do legislador, porque tem de haver a tal fraude à lei. Mas ABB acha muito difícil isto.

O Prof. Taipa de Carvalho ainda exige como pressuposto, para além de tudo, que se prove que há fraude à lei – ou seja, se não foi ao estrangeiro só com o propósito de praticar o crime, não se aplica esta alínea. Ele retira esta interpretação da circunstância de o nosso legislador falar em portugueses que vivem habitualmente em Portugal.

#### 4 - PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO UNIVERSAL OU DA UNIVERSALIDADE

Na alínea c) do nº 1 do art.º 5º está presente o princípio da universalidade.

De acordo com esta alínea, a lei penal portuguesa aplica-se aos crimes que estão enumerados taxativamente na alínea c), desde que o agente ou agentes desse crime, praticado fora do território nacional (por português ou estrangeiro), seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado (ou porque as condições necessárias à extradição não se encontram cumpridas, ou porque não houve sequer requerimento da sua extradição, mas também quando ele não possa ser entregue a outro título).

Nota: há um instituto relacionado chamado mandado de detenção europeu.

Quais são os crimes enumerados na alínea c)? Estão enumerados taxativamente e são normalmente crimes ofensivos de interesses que ultrapassam as fronteiras de qualquer país. São crimes que ofendem a humanidade em geral, e por isso carecem de proteção internacional. Falamos do crime de escravidão (159º), ou do cada vez mais comum crime de tráfico de pessoas (160º).

Quanto à extradição, note-se que a mesma e as suas condições estão reguladas na CRP (art.º 33º) e no DL 144/99. Falamos em extradição passiva para nos referirmos à extradição que é solicitada ao Estado português. Já a extradição ativa são as situações em que é o Estado português a solicitar a extradição. Por norma, todos os tipos praticados por estrangeiros em território português são suscetíveis de fundamentar a extradição, desde que se trate de crimes com pena de prisão superior a 1 ano, que

pela lei portuguesa, quer pela lei do Estado requisitante. Por norma, sempre que um estrangeiro pratica um crime em território nacional pode haver a sua extradição, exceto quando essa extradição for pedida com motivação política, ou no caso de ao crime em causa corresponder uma pena de morte ou uma pena da qual resulte uma lesão irreversível da integridade física, segundo o direito do Estado requisitante. Ou ainda no caso de país estrangeiro prever pena de prisão perpétua ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

Se um americano cometer um crime de homicídio em Portugal e se o estado americano prever a pena de morte (ex.: Virgínia), é inconcebível a extradição. Face ao acórdão 1/2001 do TC, isto não permite qualquer flexibilidade e não basta que o Estado diga que não vai aplicar.

Estas exceções estão no art.º 33º da CRP, nomeadamente no art.º 33, 6. e 4. da nossa CRP.

## CRP | ARTIGO 33º

(Expulsão, extradição e direito de asilo)

1. Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional.

2. A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência, ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão.

3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

4. Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia.

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

7. A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.

8. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

9. A lei define o estatuto do refugiado político.

Acrescentamos que, no caso de crimes contra a paz e humanidade, na alínea c), antes de 2004, vinham aí referidos certos crimes contra a paz e a humanidade, como o genocídio ou outros crimes de guerra. Por que é que deixaram de vir na c)? Porque foi criada a lei 31/2004, que é uma lei relativa às violações do direito internacional humanitário, que passou a regular esses crimes. Esta lei consagra o princípio universalista quanto à prática destes crimes.

## Lei 31/2004 | ARTIGO 5º

(Aplicação no espaço: factos praticados fora do território português)

1 - As disposições da presente lei são também aplicáveis a factos praticados fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou seja decidida a sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional.

2 - Não é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 6.º do Código Penal.

Face ao art.º 5º deste DL, se houver um crime contra a humanidade praticado fora do território nacional, desde que o agente seja condenado em Portugal e não possa ser extraditado, aplicar-se-á a lei penal portuguesa. A única situação que esta lei acrescenta é o não ser decidida a entrega ao Tribunal Penal Internacional. Nós aceitámos a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o Estatuto de Roma. Se, face ao estatuto do Tribunal Penal Internacional, o crime admitir extradição, mas ela não possa ser concedida, aí vai aplicar-se a lei penal portuguesa, mas terá de ocorrer como condição ser decidida a não entrega do agente do TPI.

Em que situações não entregamos o agente ao TPI? Naquelas situações em que o TPI pedir a Portugal a extradição e esse pedido possa ser recusado por Portugal porque é aplicável a esse crime prisão perpétua. Face ao estatuto de Roma, há crimes contra a humanidade em que é possível aplicar prisão perpétua. Neste caso, se a pessoa / cidadão estrangeiro encontrar em território português e houver um pedido do TPI, esse pedido pode ser recusado por a esse crime poder ser aplicada prisão perpétua – o que, em Portugal, só pode acontecer se não se aplicar pena de morte nem prisão perpétua. Neste caso, não seria admitida a extradição, pelo que se poderia recusar o pedido do TPI.

## 5 – PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA PROTEÇÃO DE MENORES

Outro princípio suplementar quanto à aplicação da lei penal no espaço é o princípio da universalidade da proteção de menores. Está referido no art.º 5º, 1., d). Está alínea só foi introduzida em 2007 em Portugal, tendo em conta a política internacional destinada a dar proteção aos menores em fase da criminalidade internacional. Aplica-se esta alínea sempre que sejam praticados os crimes referidos taxativamente nessa alínea, nomeadamente os crimes de ofensa a integridade física grave, coação sexual e violação contra menores.

Nestas situações, aplica-se a lei portuguesa, desde que o agente seja encontrado em PT e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de qualquer instrumento equiparado à extradição.

A propósito desta alínea, há uma discussão, que ABB considera mais teórica do que importante na prática, que tem a ver com o crime da mutilação genital feminina. Há etnias africanas em que existe esta prática. Há quem diga que esta alínea também foi criada para abarcar estes crimes.

### CP | ARTIGO 144º

(Ofensa à integridade física grave)

*Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:*

- a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;*
- b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;*
- c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou*
- d) Provocar-lhe perigo para a vida; é punido com pena de prisão de dois a dez anos.*

A MGF está prevista no 144º, a). Aplica-se o princípio da universalidade; todos os crimes enumerados taxativamente na alínea seguem o regime da alínea. E dentro desses crimes está o 144º, a). Aplica-se a lei penal portuguesa face à alínea c); mas veja-se o art.º 6º, 2. Embora seja aplicável a lei portuguesa, o facto é julgado segundo a lei do país em que foi praticado desde que esta seja concretamente mais favorável ao agente.

Isto parece dar a entender que, se aplicarmos o nº 2, o que aplicaríamos seria a não punição. Se a lei do outro país é mais favorável, temos de a ter em conta, e a conclusão a que teríamos de chegar face ao nº 2 é que não se aplicaria a lei, ponto final. Por isso, uma parte da doutrina veio dizer, para não haver esta possibilidade, que os crimes de MGF também estão previstos no 5º, 1., d), porque, face a ele, basta haver crime contra menor e que o agente

seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado (independentemente da nacionalidade da vítima).

### 3 – PRINCÍPIOS DA NACIONALIDADE ATIVA E NACIONALIDADE PASSIVA - continuação

O quinto princípio suplementar – princípio da nacionalidade - está na alínea e).

Vamos dividir a alínea e) em duas partes.

A primeira parte consagra o chamado **(a) princípio da nacionalidade ativa**. Segundo este princípio, a lei penal portuguesa é aplicável a qualquer crime cometido fora do território nacional por um português, desde que:

- O agente seja encontrado em Portugal;
- O facto esteja previsto na legislação penal do país em que foi cometido;
- O crime admita extradição e esta não possa ser concedida ou não tenha sequer havido pedido de extradição;
- O crime ser também punível na legislação em que tiver sido praticado, salvo se nesse lugar não se exercer o poder político.

Nota: o mesmo se aplica ao mandado de detenção europeu.

Em que lugar é que não se exerce o poder político? ABB não consegue pensar num exemplo.

Quanto à extradição, veja-se que ela está regulada, fundamentalmente, no suprarreferido DL. De acordo com o princípio da humanidade, até há bem pouco tempo, não havia situações em que se pudesse extraditar cidadão português. Por norma, o Estado, nomeadamente o Estado português, nunca extradita os seus cidadãos. Só será possível extradição do cidadão português para país estrangeiro havendo

alguma convenção internacional a obrigar-nos a essa extradição, nomeadamente nos casos de terrorismo e criminalidade internacional organizada.

Há uma outra discussão interpretativa: o legislador diz “forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados” – isto é em concreto ou face à ordem jurídica? O 5º, 1., ponto 2 exige que o crime seja punível em concreto ou só à luz da legislação do país? A maior parte da doutrina diz que nos referimos ao crime punível em concreto.

Falemos agora do outro princípio suplementar, o **(b) princípio da nacionalidade passiva**, que vem consagrado no “estrangeiros contra portugueses” (segunda parte do ponto ii) da alínea e) do art.º 5º do CP). Este princípio aplica-se quando a vítima não é portuguesa. Quando temos um crime cometido por estrangeiro contra português fora do território nacional, a lei penal portuguesa poderá ser aplicada, desde que o facto seja previsto pela legislação do país onde foi o facto foi praticado, e o crime admita extradição, e ela possa ser concedida.

### 6 – PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEI PENAL PORTUGUESA A CRIMES COMETIDOS POR ESTRANGEIROS CONTRA ESTRANGEIROS

Aqui, a única coisa que acontece em Portugal é o agente estar em Portugal. O princípio da aplicação supletiva da lei penal portuguesa está consagrado no 5º, 1., f).

Por que é que existe esta alínea? Para JFD, ela visa evitar que Portugal se torne no “valhacoito” de criminosos estrangeiros, *i.e.*, no paraíso de criminosos estrangeiros. Este princípio serve para evitar que pessoas que cometem crimes lá fora venham para Portugal e, como o crime não admite extradição, não serem julgados. A lei penal portuguesa é, então, aplicável; e é-o desde que: **a)** o agente se encontre em Portugal e **b)** a extradição não possa ser concedida porque não se verificam as condições da extradição – daí falar-se em administração supletiva da justiça.

Outro aspeto relevante: o art.º 5º consagra vários princípios complementares ao princípio da territorialidade, o que permite a aplicação da lei penal portuguesa a factos praticados fora do território nacional. Mas a enumeração feita não é aleatória. Por alguma razão o legislador começou pela alínea a), depois as alíneas b) e c). Ele quer que sigamos a ordem das alíneas do art.º 5º do CP. Se algo não couber na a), passamos à b); se não couber na b), passamos à c); e assim sucessivamente.

Ainda há mais duas situações de aplicação da lei portuguesa a factos praticados fora do território nacional.: a primeira está prevista na alínea g), que diz respeito às peças coletivas. Segundo a alínea g), a lei penal portuguesa aplica-se a crimes cometidos por pessoa coletiva ou contra pessoa coletiva com sede em território nacional.

O nº 2 diz que, quando o Estado português se obrigou internacionalmente por meio de tratado ou convenção internacional a aplicar a lei penal a factos cometidos no estrangeiro, pode aplicar-se a lei penal portuguesa.

Quando funcionamos com o art.º 5º, que regula todas as situações em que é possível aplicar a lei penal portuguesa quando o facto foi praticado fora do território nacional, o art.º 6º tem de ser levado em conta. Por regra, o 6º só se aplica quando funcionamos com o artigo 5º e chegamos a conclusão, pelo 5º, que se pode aplicar a lei penal portuguesa. Se, face ao 5º, chegamos à conclusão de que se pode aplicar a lei penal portuguesa a um facto praticado fora do território nacional, temos de averiguar se existem ou não restrições à aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos fora do território nacional. A primeira restrição está no nº 1 do art.º 6º. De acordo com o nº 1, não haverá aplicação da lei penal portuguesa se o agente já tiver sido julgado no país em que cometeu o crime e se não se subtraiu ao cumprimento total da pena.

Isto faz todo o sentido. Vigora o *ne bis in idem* – ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo facto. Se o agente foi julgado e se subtraiu (imaginemos que fugiu da prisão) ao cumprimento total ou parcial, então já pode ser julgado cá, mas tem de se descontar à pena o tempo que anteriormente cumpriu.

A importação é uma espécie de corolário do *ne bis in idem*. Está consagrada no 82º do CP:

## CP | ARTIGO 82º

(Medida processual ou pena sofridas no estrangeiro)

*É descontada, nos termos dos artigos anteriores, qualquer medida processual ou pena que o agente tenha sofrido, pelo mesmo ou pelos mesmos factos, no estrangeiro.*

Se a lei estrangeira for concretamente mais favorável ao agente, então a pena a ser aplicada ao agente é a pena que resultaria da aplicação da lei estrangeira. Assim, se chegarmos à conclusão, face ao 5º, que se aplica a lei penal portuguesa e não se verificam os requisitos do nº 1, já podemos realmente aplicar a lei penal portuguesa.

Contudo, se concluirmos que a lei estrangeira é mais favorável ao agente do que a lei portuguesa, há que calcular a pena à luz da lei portuguesa. Discute-se, ainda, se se tem de calcular a pena a luz da lei penal estrangeira ou portuguesa. Há quem diga que aplicamos a portuguesa, mas à luz da lei estrangeira.

Veja, olhando ao 6º, 3., se concluirmos que a lei penal estrangeira é mais favorável ao agente, podemos, mesmo assim, aplicar a lei penal portuguesa. O 6º, 3. diz que não se tem em conta a lei estrangeira, mesmo sendo mais favorável, caso se conclua pela aplicabilidade da lei penal portuguesa à luz das alíneas a) e b) do 5º, 1.

13 NOV 2018

**Conceitos-chave:** Resolução de hipóteses.

## HIPÓTESE 10

A 1 de janeiro de 2010, A, durante a noite, furtou a B um objeto no valor de € 6 000. Imagine que, nessa data, i) o furto simples era punido com pena de prisão até 5 anos, ii) o furto qualificado era punido com pena de prisão de 2 a 8 anos e iii) o furto realizado durante a noite era considerado qualificado. Suponha ainda que, a 1 de janeiro de 2011, i) eram alteradas as penas previstas para os crimes de furto simples e qualificado, passando o primeiro a ser punível com pena de prisão de 1 a 3 anos e o segundo a ser punível com pena de 3 a 7 anos.

E a 1 de janeiro de 2011, era também eliminada a referência ao facto de o furto ter sido praticado de noite como fator de qualificação. Mas, por outro lado, era introduzido um novo fator de qualificação, traduzido na circunstância de a quantia furtada exceder os € 5 000.

Sendo julgado hoje, A deveria sê-lo por um furto simples ou qualificado?

Em qualquer caso, à luz de que lei penal devia ser julgado A?

Resolução: Seria necessário ver qual a lei concretamente mais favorável no caso *sub judice*. Esta forma de resolução é adotada por uma parte da doutrina, com a qual ABB concorda, e que está de acordo com a intervenção mínima do direito penal.

Contudo, uma parte da doutrina defende a teoria do facto concreto: quer à luz da lei antiga, quer à luz da lei atual, o legislador nunca teve a intenção de deixar de considerar o facto qualificado (antes seria qualificado por ser durante a noite, à noite por a quantia exceder os € 5 000). Isto seria independente das alterações do tipo; e a única coisa a ponderar seriam as penas. À luz da lei antiga, seriam 2 a 8; agora, de 3 a 7. Depende se, no caso em concreto, a pena em concreto é mais favorável à luz da lei antiga ou à luz da lei nova.

## HIPÓTESE 11

A e B, portugueses, assaltaram em setembro uma loja em Madrid, fugindo seguidamente para Portugal. Depois de passarem a fronteira, A dispara sobre C, guarda civil espanhol, que tem morte imediata. C ainda estava do lado espanhol da fronteira. O roubo, em Espanha, é punido com pena de prisão de 1 a 10 anos, e o homicídio é punido com pena de prisão de 10 a 20 anos. Qual a lei a aplicar ao crime de roubo e ao crime de homicídio?

Resolução: quanto ao assalto a uma loja em Madrid: sempre que temos um problema de aplicação da lei penal no espaço, começamos pelo art.º 7º. Face ao 7º, o local da prática do facto foi Espanha, visto que quer a ação, quer o resultado se deram em Espanha. O facto foi praticado fora do território nacional. Por isso, vamos agora ao art.º 5º. No art.º 5º, 1., e), verificam-se as três condições (dos números i), ii) e iii)); e aplicamos também o 3º, 3. da CRP (não se extraditam portugueses, salvo raras exceções). Veja-se, também, o DL 144/99. Tudo indica que podemos aplicar o princípio da nacionalidade ativa: o facto foi praticado por um português, os agentes foram encontrados em Portugal, o facto está previsto na legislação penal do país em que foi cometido e o crime admite extradição que, contudo, não pode ser concedida. À luz 5º, 1., e), aplicar-se a lei portuguesa. Mas há ainda que olhar ao 6º, que contém restrições à aplicação da lei portuguesa. No nº 1 não se verificava qualquer das restrições; e no nº2? Se o juiz chegar a conclusão de que, à luz da lei espanhola, a pena concreta é mais favorável ao arguido, então a pena terá de ser calculada à luz dessa lei. Embora seja aplicável a lei portuguesa, o facto é julgado segundo a lei do país em que foi praticado, se for concretamente mais favorável ao agente (6º, 2). Face à lei portuguesa, o roubo é punido de 1 a 8 anos e a espanhola de 1 a 10, mas não sabemos a resposta concreta; isso dependerá do caso *sub judice*. Tudo o que temos é a moldura penal abstrata.

Quanto ao crime de homicídio: depois de passarem a fronteira, A dispara sobre C. Não individualizámos quem cometeu o crime; aqui foram quer A, quer B, em coautoria. Teriam exatamente a mesma pena e seriam julgados à luz da lei portuguesa face ao 5º, 1., e). Qual a lei a aplicar ao crime de homicídio?

O princípio-base é o princípio da territorialidade. À luz do 7º, o facto considera-se praticado em território nacional; basta a ação ser em Portugal para o facto se considerar praticado em território nacional. A partir daí, não funcionamos com qualquer dos princípios complementares: vamos ao princípio da territorialidade, plasmado no 4º.

A dúvida é saber se é possível aplicar o 6º, 2. quando funciona o princípio da territorialidade. A doutrina maioritária entende que, se houver

elementos de conexão suficientemente fortes com a lei estrangeira, podemos aplicar o 6º, 2 por analogia, quando funciona o princípio da territorialidade. Aqui o único fator de conexão é o resultado ter surgido em Espanha; para ABB, isso não é suficientemente forte para aplicar o 6º, 2. por analogia. Se o autor fosse espanhol já teríamos, provavelmente, um elemento de conexão suficientemente forte.

## HIPÓTESE 12

Ana, emigrante portuguesa em França, escreveu a Berta, portuguesa que vive em Portugal, pedindo-lhe € 10 000 destinados à realização de um investimento conjunto num estabelecimento comercial em França. Berta enviou o dinheiro. Ana nunca teve a intenção de realizar o referido investimento. Quando Berta se apercebeu, enviou a Ana uma carta armadilhada, que acabou por explodir numa estação de correios em França. Qual a lei a aplicar a estes dois crimes?

Ana praticou o crime de burla (217º). Qual é o lugar da prática do crime? Portugal. Qual é o resultado? Prejuízo patrimonial (o enriquecimento é apenas um elemento subjetivo especial). Quem sofreu o prejuízo patrimonial foi Berta. Sendo assim, uma vez que o resultado se deu em Portugal, face ao 7º, o facto considera-se praticado em território nacional. O princípio a aplicar é, então, o princípio da territorialidade, de acordo com o qual a lei nacional é aplicada a factos praticados no território português, independentemente da nacionalidade do infrator.

Nota: o 202º, a) explica o que é “valor elevado”.

Nota 2: apesar de o 6º funcionar quando funciona o 5º, também se pode colocar a questão de poder funcionar quando funciona o 4º. Como já vimos, a maior parte da doutrina entende que isto pode acontecer se os laços de conexão forem efetivamente fortes. A pena será calculada à luz da lei estrangeira, se for mais favorável. Neste caso, podíamos discutir a aplicação analógica do 6º, 2.

Relativamente ao envio da carta, a ação foi em Portugal, face ao 7º. Basta um ato da ação ser em Portugal para se considerar que o facto foi praticado em Portugal.

Quando estamos a tentar determinar o lugar da prática, qual é a nossa preocupação? Antes de tudo, saber se o lugar da prática é o território nacional. Chegamos à conclusão de que o facto foi praticado em território nacional, porque uma parte da ação ocorreu em Portugal – isso é suficiente para aplicar o 7º. O resultado típico ter-se produzido em França já não nos interessa, porque já vimos que se aplica a lei portuguesa. O facto foi praticado em parte em Portugal, e isso é suficiente. Aplica-se o princípio da territorialidade.

Deparamo-nos, porém, com uma dificuldade: Berta queria que a carta chegasse à porta de Ana, mas, afinal, explodiu na estação. Quando isto acontece, ou seja, quando uma pessoa pretender atingir um objeto, mas, devido a uma execução defeituosa, acerta noutro, fala-se em erro na execução (ou execução defeituosa, ou *aberratio ictus*). Nestes casos, por norma, o agente é punido por concurso de crimes: por tentativa do crime que visou realizar e pelo crime que realizou, este na forma negligente. No caso, Berta será punida por tentativa de homicídio de Ana e por crime de explosão a título de negligência. Veja-se, porém, que o crime de explosão por forma negligente está previsto no 272º, 2. Em relação a estes dois crimes, deve, portanto, aplicar-se o princípio da territorialidade, pois Berta atuou em Portugal.

Nota: se a carta fosse enviada de França para Portugal, e o resultado pretendido pela representação do agente se conseguisse provar, isso seria suficiente para aplicar o art.º 7º.

## HIPÓTESE 13

Álvaro, cidadão português a trabalhar numa agência de um conhecido banco nacional, situado em Madrid, resolveu aproveitar a oportunidade que se lhe deparava. Devido aos extraordinários conhecimentos informáticos que possui, entrou, a partir de um terminal de computador da agência de Madrid, no sistema informático da sede do banco, situada em Lisboa, e transferiu para uma conta sua na Suíça cerca de € 150 000, que aí se encontravam depositados numa conta aberta em nome de Bento.

Imaginando que foi apanhado pelas autoridades portuguesas quando se encontrava a passar férias no Algarve, pergunta-se: pode aplicar-se a lei penal portuguesa para efeitos de responsabilização, pelo disposto no art.º 221º do C. Penal? Em caso de resposta afirmativa, poderá A beneficiar do facto de, em Espanha, a burla informática ser punida mais levemente do que em Portugal?

Resolução: face ao 7º, vemos que o resultado típico (prejuízo patrimonial) se produziu em Portugal. Sendo assim, funciona o art.º 4º, a).

Será que se aplica o 6º, 2.º? É o que já vimos, mas aqui existe um argumento para não ter em conta a legislação estrangeira: se tivéssemos concluído pela aplicação da lei penal da lei portuguesa com base ao 5º, 1., a), como se trata de um crime de burla informática (221º), nunca poderíamos ter em conta o 6º, 2.º – é o que dita o 6º, 3. Assim, se o 6º, 2.º não pode funcionar face à alínea a) no caso de burla informática, então, por maioria de razão, não deve aplicar-se por analogia a uma situação em que se aplica o princípio da territorialidade.

Ao contrário do que a maior parte da doutrina diz (no sentido de o 6º, 2.º poder funcionar, por vezes, por analogia, quando há fortes laços de conexão com a lei estrangeira), o prof. Silva Dias defende que o 6º, 2.º nunca poderia funcionar nesses casos, por uma questão de soberania. ABB não concorda com Silva Dias, pois acha que esta visão vai contra a intenção da lei de aplicar o regime mais favorável.

## HIPÓTESE 14

(v. *infra*)

## HIPÓTESE 15

A, portuguesa grávida de 12 semanas, vai fazer o aborto à Suécia, porque sabe que a lei sueca não incrimina aquela conduta até às 18 semanas. Pode ou não A ser julgada à luz da lei portuguesa?

Resolução: olhando ao 5º, 1., b): para Galvão Telles, a interpretação que cabe ainda no sentido das

palavras é considerada uma interpretação declarativa lata; e, para a maior parte da doutrina, a interpretação declarativa lata em direito penal é admitida. Se considerarmos que considerar-se um crime contra o bem jurídico “vida intrauterina” se pode considerar um crime “contra portugueses” uma interpretação extensiva, poderemos seguir em frente desde que isso não lese as expectativas do agente. Além disso, quando se trata de leis penais que regulam a aplicação da lei penal no tempo e no espaço – *i.e.*, as normas que regulam a aplicação da lei penal no tempo e no espaço – não se deve aplicar a essas normas, com o mesmo rigor, o princípio da legalidade (nomeadamente, a proibição da analogia, e, para alguns, a proibição da interpretação extensiva).

Veja-se que esta alínea b) foi pensada para evitar os casos de fraude à lei, ao ponto de, para o prof. Taipa de Carvalho, ter de se provar a intenção de fraude à lei para se poder aplicar a alínea.

Concluindo que se aplica a lei portuguesa com base no 5º, 1., b), teríamos ainda de olhar ao art.º 6º. Acontece que, neste caso, o 6º, 2.º nunca se aplica, por força do nos diz o 6º, 3.

**16 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Âmbito da validade da lei penal quanto às pessoas.

O teste faz média com o exame, mas nunca dá mais de 2 valores do que o exame. Terá parte teórica e 1 ou 2 casos práticos. O exame terá 3h, o teste será mais curto (1h30).

## Âmbito da validade da lei penal quanto às pessoas

Em relação a certas pessoas, há regras especiais quanto ao funcionamento da lei penal. Essas regras resultam, fundamentalmente, da Constituição, traduzindo-se em imunidades. Desde logo, temos o

130º da CRP, que consagra especialidades quanto à aplicação penal ao Presidente da República.

### CRP | ARTIGO 130º

(Responsabilidade criminal)

*1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.*

*2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.*

*3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.*

*4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.*

Face a este artigo, exclui-se totalmente da prossecução penal os crimes estranhos ao exercício de funções durante o mandato. Durante todo este período, suspende-se toda a efectivação da responsabilidade penal. Mas note-se que estamos a falar de crimes estranhos ao exercício de funções. Já no que se refere a crimes praticados no exercício de funções, não existe qualquer espécie de imunidade, e o julgamento do PR estará a cargo do STJ. Naturalmente, a condenação implica a destituição do cargo e o impedimento à reeleição.

Importa perceber quando é que se considera que um crime foi praticado no exercício das funções. Para a maior parte da doutrina, consideram-se crimes praticados no exercício das funções todos os crimes de responsabilidade política que vêm referidos na Lei nº 34/87, de 16 de julho, mas também outros crimes que constituam o abuso ou o desvio de poderes por parte do Presidente da República; os que sejam considerados crimes contra o Estado, previstos no 308º e segs. do C. Penal; os crimes contra a humanidade; os crimes praticados pelo PR

que tenham o exercício de funções como causa ou finalidade (por exemplo, o PR pratica um homicídio para ocultar um facto que poria em causa a sua posição de presidente).

Quanto ao Governo e ao PM, é o 196º da CRP que consagra especialidades quanto à aplicação da lei penal. Quer os membros do Governo, quer o PM têm um regime muito similar ao dos deputados da AR (previstos no 157º). Quais são as especialidades quanto a estas pessoas?

- De acordo com a nossa Constituição, nenhum deputado pode ser detido ou preso sem autorização da AR, salvo tratando-se de crime doloso a que corresponda pena de prisão superior a 3 anos e em flagrante delito.
- Os deputados não podem ser ouvidos nem como arguidos, nem como declarantes sem autorização da AR, sendo obrigatória a decisão da autorização da AR, no caso de serem arguidos, e quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos.
- Uma vez movido o procedimento criminal contra um deputado, e acusado, a AR decidirá se o deputado deve ou não ser suspenso para efeitos de seguimento do processo. Essa decisão da AR (de suspensão) é obrigatória quando se trate de um crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos.

### CRP | ARTIGO 196º

(Efectivação da responsabilidade criminal dos membros do Governo)

*1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito.*

*2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da*

*República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior.*

## CRP | ARTIGO 157°

(Imunidades)

*1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.*

*2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.*

*3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito.*

*4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.*

Este regime existe para impedir que o poder judicial possa exercer supremacia contra o poder legislativo. Nesse sentido, tem de haver uma espécie de controlo parlamentar das imunidades dos deputados e dos membros do Governo.

Vejamos ainda o regime quanto aos parlamentares no Parlamento Europeu. Quer o 10° da CEDH, quer a jurisprudência do TEDH reconhecem imunidades parlamentares para uma proteção da representação democrática. Por isso mesmo, só haverá levantamento das imunidades nos casos que nada tenham a ver com a proteção da liberdade de

expressão e de opinião relacionadas funcionalmente com a atividade de membro do Parlamento. Tem de haver, assim, uma relação funcional com a atividade de membro do Parlamento.

Há, também, as imunidades diplomáticas. Estas estão reguladas na Convenção de Viena, de 18/04/1961, aprovada pelo Estado português a 27/03/1968. Nesta convenção estabelece-se a imunidade do agente diplomático, mas também dos membros da família que vivam com ele, e ainda do pessoal técnico e administrativo da missão diplomática – art.º 37°.

## Convenção de Viena | ARTIGO 37°

*Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29.º a 36.º, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador.*

*2. Os membros do pessoal administrativo e técnico da missão, assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29.º a 35.º, com a ressalva de que a imunidade de jurisdição civil e administrativa do Estado acreditador, mencionada no parágrafo 1 do artigo 31.º, não se estendera aos actos por eles praticados fora do exercício de suas funções; gozarão também dos privilégios mencionados no parágrafo 1 do artigo 36.º, no que respeita aos objectos importados para a primeira instalação.*

*3. Os membros do pessoal de serviço da missão que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente gozarão de imunidades quanto aos actos praticados no exercício de suas funções, de isenção de impostos e taxas sobre os salários que perceberem pelos seus serviços e da isenção prevista no artigo 33.º*

*4. Os criados particulares dos membros da missão que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente estarão isentos de impostos e taxas sobre os salários que perceberem pelos seus serviços. Nos demais casos, só gozarão de privilégios e imunidades na medida reconhecida pelo referido Estado. Todavia, o Estado acreditado deverá exercer a sua jurisdição sobre tais pessoas*

de modo a não interferir demasiadamente com o desempenho das funções da missão.

Falamos aqui de imunidade quer relativamente à detenção, quer relativamente à prisão. Esta imunidade não é, porém, absoluta. Se o Estado acreditante renunciar à imunidade, o Estado português já poderá exercer jurisdição sobre o agente diplomático; se não renunciar, a única solução que o Estado português (acreditador) tem será proceder à expulsão do agente e declará-lo *persona non grata*.

No fundo, estas imunidades diplomáticas visam garantir a proteção da soberania do Estado. Mas aqui estamos a falar dos crimes praticados não na embaixada, mas fora. No caso dos filhos do embaixador iraquiano, a solução adotada por Portugal foi a expulsão.

## HIPÓTESE 14

Jean, francês, planeia montar na Tunísia um negócio de prostituição, empregando prostitutas estrangeiras. Em 1 de julho de 2012, Jean desloca-se a Portugal e, com ajuda de Bento, português, contrata cinco mulheres portuguesas, que viviam desafogadamente, e viram naquela proposta um modo rápido de enriquecer. Determine se e como podem os tribunais portugueses punir Jean e Bento, segundo o art.º 169º, 1. do C. Penal, tendo em conta o seguinte:

- a) O lenocínio, com texto idêntico ao do atual 169º, 1., era e é punível na Tunísia com uma pena de 6 meses a 8 anos de prisão;
- b) Jean foi punido na Tunísia por aquele facto em 02/01/2014, com pena de cinco anos de prisão, tendo-se evadido e fugido para Portugal quando havia cumprido apenas dois anos.
- c) Em fevereiro de 2014, o art.º 169º passa a apresentar a seguinte redação: “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição, explorando situações de abandono ou de necessidade económica, é punido com

pena de prisão de seis meses a quatro anos”.

- d) Entre Portugal e a Tunísia não existe tratado de extradição.

### Quid juris?

Começemos por Bento e olhemos, em primeiro lugar, ao 169º do CP. O que temos aqui não é um crime de resultado; para uma pessoa ser punida por este crime, basta provar que alguém fomentou, favoreceu ou facilitou o exercício da prostituição. Ao contratar as mulheres, claramente foi fomentado o exercício da prostituição. Pela descrição do tipo podemos concluir que este é um crime de mera atividade – basta uma conduta para o legislador considerar preenchido o tipo. Se é um crime de mera atividade e basta uma conduta, onde é que a conduta foi praticada? Em Portugal – art.º 7º. Funciona o princípio da territorialidade (art.º 4º., a).

Ficamos por aqui? Concluindo que se aplica a lei portuguesa, o problema seguinte é saber qual é a lei portuguesa a aplicar; é um problema de sucessão de leis no tempo. O crime foi praticado a 1 de julho de 2012 e, em fevereiro de 2014, o art.º 169º passa a ter uma redação diferente. Há que resolver este problema de aplicação da lei no tempo. Tem-se que a lei posterior é mais favorável. A conduta de Bento, que à luz da lei de 2012 era considerada crime, parece deixar de o ser à luz da nova lei, e por isso mesmo deixou de preencher o tipo de crime. O crime continua a existir, mas com um novo elemento – o que significa que a conduta concreta que vimos deixou de ser considerada crime. As situações de despenalização estão previstas no art.º 2º, 2. Quer o 2º, 2., quer o 2º, 4. preveem situações em que a lei posterior é mais favorável, mas no nº 2 a conduta deixou de ser considerada crime, e no nº 4 passou apenas a ser punida mais levemente. E não haveria qualquer problema tendo havido já sentença transitada em julgado – nesse caso, cessariam os efeitos ou a execução da pena. Se o próprio legislador deixou de considerar o comportamento como criminoso, não faz sentido manter a pena de prisão, porque já é uma conceção ultrapassada; seria injusto manter a pena.

Nota: num crime de resultado, para além da conduta, tem de se verificar um evento espaciotemporalmente diverso – o resultado.

Pensando agora no caso de Jean, o crime foi praticado em território português por um estrangeiro. Pelos arts. 7º e 4º, a), funciona o princípio da territorialidade; aplica-se a lei penal portuguesa.

Acontece que Jean já tinha sido condenado por este crime na Tunísia, mas fugiu para Portugal. Como Jean foi apanhado cá e se considera o crime praticado cá, aplica-se a lei penal portuguesa. No nosso OJ, existe o princípio *ne bis in idem*: ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo facto. Não só ninguém pode voltar a ser julgado quando julgado inocente noutro país, mas também quem já cumpriu parte da pena tem direito a que essa parte lhe seja descontada. A dúvida é: será que aplicamos analogicamente o art.º 6º, 2.º? É que, se não funcionarmos com o 6º, 2., já decorre do princípio *ne bis in idem*, presente na nossa Constituição, a necessidade de descontar na pena o tempo já cumprido.

Note-se que o princípio *ne bis in idem* tem duas dimensões:

- Dimensão processual - ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo facto;
- Dimensão material - se a pessoa já foi julgada e já cumpriu uma parte da pena, essa parte terá de ser descontada.

E o 6º, 2., aplica-se? Poderíamos normalmente discuti-lo, mas neste caso temos o 2º, 2.

Aplicamos, portanto, os seguintes artigos: 7º; 4., a); poderíamos aplicar o 6º, 1. por analogia ou aplicar diretamente o princípio *ne bis in idem*; por haver um problema de sucessão de leis no tempo, Jean também beneficiaria dessa sucessão de leis no tempo.

Neste caso, temos uma forma de comparticipação em sentido amplo chamada coautoria.

## HIPÓTESE 16

A, português, deslocou-se ao Brasil com o objetivo de recrutar cidadãos daquele país, a quem, mediante o pagamento de € 1 500, oferecia um contrato de trabalho com uma empresa portuguesa. Vários cidadãos brasileiros entregaram a A os € 1 500, que este imediatamente transferia para a sua conta em Portugal, a troco de um suposto contrato com a dita empresa. Porém, uma vez chegados a Portugal, constataram rapidamente que a empresa em causa nem sequer existia. Regressados ao Brasil, verificaram que A já aí não se encontrava, tendo, entretanto, fugido para Portugal.

Considerando que o comportamento de A se subsume ao disposto no art.º 222º, 2. do C. Penal e que é punido no Brasil com uma pena de prisão de 2 a 4 anos, diga se este pode ser julgado em Portugal pelos factos descritos na hipótese.

*Quid juris se, entre a prática do facto e o julgamento, fosse alterada a lei portuguesa, passando o comportamento descrito no 222º, 2. a ser punido apenas como contraordenação.*

O primeiro passo é ir ao art.º 7º. Note-se, conjugando o 7º com o 222º, que o enriquecimento não é o resultado (esse é um elemento subjetivo). Na burla, o resultado é o prejuízo patrimonial que as pessoas sofrem; e sofreram-no no Brasil. O facto de o dinheiro ter sido transferido para Portugal não interessa, pois a intenção de enriquecer é apenas um elemento subjetivo; e se enriqueceu ou não é também irrelevante. Quer a ação, quer o resultado ocorreram no Brasil. Face ao art.º 7º, conclui-se que o facto foi praticado fora do território nacional.

Isto leva-nos ao art.º 5 (princípios complementares ao princípio da territorialidade). Face ao art.º 5º, podia ou não aplicar-se a lei portuguesa a este crime? O agente é português; foi encontrado em Portugal; o facto está previsto na legislação penal do país em que foi cometido; e só em condições muito excecionais, previstas na CRP (33º, 3.), é que um cidadão português pode ser extraditado. Podemos referir as normas da Lei 144/99, que diz que não é possível haver extradição.

Uma vez que, face ao 5º, seria possível aplicar a lei portuguesa, o próximo passo é ir ao art.º 6º. Não se verificam quaisquer das restrições do nº 1;

atendemos ao nº 2. É importante perceber que se aplica a lei estrangeira se a sua medida concreta for mais favorável, mas nós temos somente os dados da moldura legal. Não conseguimos dizer qual é a lei concretamente mais favorável.

Segunda questão: *quid juris* se, entre a prática do facto e o julgamento, o comportamento tiver passado a ser considerado contraordenação? Isto é uma descriminalização. Há aqui um problema com duas partes. Primeiro, há alguma lei posterior mais favorável? Sim; o facto deixou de ser considerado crime, funcionando o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável (art.º 2º, 2.). Mas isso não basta. Há que ver que se se podia julgar esta pessoa por contraordenação. É que, de acordo com o DL que regula as contraordenações (DL 433/82, art.º 3º), uma contraordenação também não se pode aplicar retroativamente; e este comportamento, à luz da lei anterior, não era antes contraordenação. Para a doutrina dominante, a única hipótese seria uma norma transitória na nova lei a determinar que os comportamentos que antes da lei seriam considerados crimes poderiam agora ser considerados contraordenação. Não havendo esta norma transitória, não seria possível julgar a pessoa nem por crime, nem por contraordenação.

## HIPÓTESE 17

Bernardo foi condenado por decisão transitada em julgado em agosto de 2018 a uma pena de seis anos de prisão efetiva. Imagine que, em janeiro de 2019, era alterado o disposto no art.º 50º do C. Penal, passando a ser possível a suspensão da execução da pena de prisão não superior a oito anos (quando, à luz da redação anterior do C. Penal, e vigente à data da decisão condenatória, só era possível a suspensão da execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos).

1 – Diga, justificadamente, se e em que termos poderia Bernardo beneficiar de aplicação retroativa da nova lei.

2 – Seria a mesma a sua resposta se a lei que procedeu àquela alteração ao C. Penal estabelecesse expressamente que a mesma só valeria para as decisões condenatórias proferidas depois da sua entrada em vigor?

A suspensão da pena pode ou não ser considerada uma lei de direito penal? Há casos evidentes (as normas que têm como previsão um crime e como estatuição uma pena). Neste caso, há uma norma que permite a suspensão da pena. Em princípio, não é estranho considerar esta norma uma norma de natureza criminal, visto que está a ajudar a interpretar a norma que prevê a estatuição – é complementar, vindo esclarecer o âmbito de aplicação da norma que prevê a pena. Isto é importante, porque só no caso de se considerar esta norma uma norma criminal é que podemos aplicar o regime da aplicação da lei penal no tempo. Será que uma norma de exclusão da execução da pena continua a caber no conceito de direito penal? Para ABB sim, pois ajuda a complementar a aplicação das normas penais. No fundo, esta não deixa de ser uma norma que decide pela responsabilidade criminal ou não; neste caso, decide pela execução ou não execução da pena.

Veja-se que a nova lei parece ser mais favorável do que a lei anterior, mas há que ver se há, realmente, um benefício concreto no caso *sub judice*. Se for concretamente mais favorável ao agente aplicar a lei penal nova, então, face ao 29º, 4. da CRP e ao 2º, 4. do C. Penal, a lei nova terá de ser aplicada.

Nota: não temos aqui uma norma penal negativa, porque não exclui nem diminui a medida da pena; apenas limita a sua execução.

**20 NOV 2018**

(Inês)

**Conceitos-chave:** Resolução de hipóteses.

## HIPÓTESE 18

C pretendia suicidar-se e pediu ajuda a D. Para o efeito, C e D compraram um veneno em Portugal, e deslocaram-se à Alemanha, onde o auxílio ao suicídio não é crime, tendo aí D ajudado C a cometer suicídio.

a) tendo posteriormente regressado a Portugal, pode D ser julgado cá pelo facto praticado?

b) pode D beneficiar da circunstância de o auxílio ao suicídio não ser crime na Alemanha?

c) e se, já após a prática do facto, fosse revogado o disposto no artigo 135º do CP, podia D beneficiar dessa revogação?

#### Resolução:

a) Devemos olhar ao artigo 7º, para determinar o lugar da prática do facto. Temos de olhar para o tipo em causa. Nos termos do artigo 7º 1, basta que a ação ou o resultado do facto tenha sido praticado em território nacional para se aplicar a lei penal portuguesa. Podemos, em primeira linha, pôr a hipótese de que a compra do veneno faz parte da ação ao auxílio do suicídio, nos termos do artigo 135º. Ora, para ABB, comprar veneno não é um ato de execução, mas um ato preparatório. A ajuda/o auxílio é realizado na Alemanha, e por isso o facto não pode ser considerado praticado em Portugal. O mais importante era discutirmos onde se praticou a ação. A ação só podia ser a da ajuda, que é punida em Portugal. Só há realmente atos de ajuda na Alemanha, cá só houve um ato preparatório. Só há atos de execução face ao artigo 22º quando temos um ato que fica imediatamente antes, quer temporalmente quer espaciotemporalmente antes de um ato idóneo a produzir o resultado. É um ato de natureza a fazer esperar, ao qual se segue um ato idóneo a produzir o resultado.

Uma vez determinado o lugar da prática do facto, e sendo praticado fora do território nacional, apenas podemos funcionar com o artigo 5º. O legislador pôs uma ordem que não é aleatória. Neste caso, cabia logo na alínea b), porque é um facto praticado por um português contra um português que vivem habitualmente em Portugal.

Nota: apenas para Taipa de Carvalho é que tem de se demonstrar que houve fraude à lei.

b) sempre que funcionamos com o artigo 5º, temos de ver se funciona alguma das restrições à aplicação

da lei portuguesa. De acordo com o nº 2, se a lei estrangeira for mais favorável ao agente devemos tê-la em conta, e desse modo não se aplicará a lei portuguesa. Mas neste caso estamos perante uma restrição a esse mecanismo em si. De acordo com o artigo 6º 3, mesmo que neste caso a lei estrangeira seja mais favorável, irá ser aplicada a lei portuguesa.

c) Ser revogado é ser descriminalizado. Neste sentido, segundo o artigo 2º, 2. do CP e o artigo 29º 4 da CRP, D pode beneficiar do facto de a lei ter sido revogada. Há um princípio muito importante que diz que é sempre aplicada a lei mais favorável ao agente.

#### **HIPÓTESE 19**

Em dezembro de 2016, Augusto e Maria, residentes em Lisboa, encontram-se a passar férias na Holanda. Maria, ao descobrir que a sua paixão por Augusto não é correspondida, decide suicidar-se. Augusto apoia a sua decisão de pôr termo à vida, e empresta-lhe logo ali um revólver para o efeito. Maria suicida-se em janeiro de 2017, quando já havia regressado a Portugal. Na Holanda, o auxílio ao suicídio não é crime. Em Portugal é-o nos termos do artigo 135º.

Pode Augusto ser julgado em Portugal pelo facto que praticou? Em caso afirmativo, pode beneficiar do facto de na Holanda o auxílio ao suicídio não ser crime?

#### Resolução:

A grande discussão a propósito do artigo 135º é se para o tipo estar preenchido é preciso, para além da ajuda ou incitamento, que se produza um resultado. E neste caso produziu-se, porque houve suicídio. Para outra parte da doutrina, para este tipo estar preenchido basta ajuda ou incitar outrem ao suicídio. A parte de ajudar foi feita na Holanda, onde Augusto deu a Maria um revolver. Mas ela usou o revólver em Portugal.

Como já sabemos, o artigo 7º diz que o facto se considera praticado onde o resultado se der. Se concluíssemos que o resultado é o suicídio, e que o suicídio foi em Portugal, funcionaria o princípio da territorialidade e aplicar-se-ia a lei portuguesa.

Todavia, quando temos um resultado não compreendido no tipo, não é preciso o resultado dar-se para o tipo de crime se considerar preenchido. Por exemplo, o facto de uma criança morrer em Portugal não tem a ver com o abandono ocorrido em Espanha.

### Elementos constitutivos do crime

Como já foi dado, há que distinguir o conceito material de crime do conceito formal. De acordo com o conceito formal, é crime tudo aquilo que o legislador legitimamente considere como tal. Já de acordo com o conceito material a questão é quais as qualidades que o comportamento humano deve revestir para que o legislador se encontre legitimado a criminalizá-lo.

Outra forma de definir o conceito formal é através dos seus elementos constitutivos. Pode dizer-se que crime consiste numa:

- (i) Ação;
- (ii) Típica;
- (iii) Ilícita;
- (iv) Culposa;
- (v) Punível.

Esta caracterização do crime foi sendo construída pela doutrina, e continua a sê-lo. É por isso que vamos ter uma disciplina denominada Teoria do Crime. Vamos tentar perceber como é que a doutrina atualmente define o crime. É uma construção dogmática. E porque é que a doutrina sentiu necessidade de criar uma teoria do crime? Porque, em certo sentido, essa teoria do crime vai ajudar na aplicação da lei penal. A teoria do crime vai fornecer ao juiz os critérios de aplicação da lei penal. É por isso que, muitas vezes, a teoria do crime é encarada como uma teoria da decisão penal, porque facilita a tarefa do juiz ao aplicar a lei penal a determinado caso concreto. Facilita porque enumera e põe segundo uma certa ordem todos os elementos constitutivos desse crime. Para além de ser uma teoria da decisão penal, também é uma teoria de definição, ou seja, é uma teoria que vai fornecer o estudo dos elementos constitutivos do crime.

De acordo com a atual dogmática penal, os elementos constitutivos são 5:

- Ação
- Típica
- Ilícita
- Culposa
- Punível

De qualquer forma, para darmos a matéria dos concursos, temos de saber como se aplica a lei penal. Só vamos conseguir perceber os concursos se soubermos como se aplica a lei.

Sempre que estivermos perante um caso concreto, vamos ter de averiguar se naquele caso se verificam todos os elementos constitutivos do crime. Só nesse caso é que podemos aplicar a lei penal.

### 1 - AÇÃO

O primeiro elemento constitutivo é a ação. Para maior parte da doutrina, o primeiro elemento do crime é a ação. Sem haver uma ação jurídico-penalmente relevante, não temos crime. E por isso temos de ter uma ideia de quando é que há uma ação relevante.

Exemplo: imaginemos que alguém, durante um ataque de sonambulismo, dá um murro a outra pessoa. Pode ou não ser punida pelo crime de ofensa à integridade física? Não, porque não tem culpa material. Basta ter a possibilidade de consciência da ação. Para já, interessa perceber que aqui não há uma ação jurídico-penalmente relevante, porque não é controlada, nem sequer controlável pela vontade. A ideia é que um comportamento humano só é jurídico-penalmente relevante se for dominado ou dominável pelo sujeito. Neste caso, ele não tinha sequer a possibilidade de dominar. Já seria diferente se o sujeito soubesse que era agressivo aquando do sonambulismo, e decide adormecer ao pé de uma pessoa com o intuito de a magoar.

### 2 - TÍPICA

Depois de termos uma ação jurídico-penalmente relevante, temos de ver se aquela ação é típica. Há que verificar se aquela ação corresponde à previsão de uma norma incriminadora; há que averiguar se preenche um tipo legal de crime.

*Exemplo: A dispara sobre B. Há uma ação jurídica relevante, e importa subsumir/integrar esta ação na previsão do artigo 131º. Temos que verificar se aquela conduta cabe no tipo legal de crime. Neste caso, o tipo legal em causa é o crime de homicídio. Nisto consiste a tipicidade.*

A tipicidade é a correspondência do facto praticado com a previsão da norma incriminadora. Para se averiguar se uma ação preenche um tipo, temos que fazer uma análise, isto é, temos que, por um lado verificar se naquele caso concreto estão presentes os chamados elementos objetivos do tipo; mas, para além dos elementos objetivos, é preciso também que se verifiquem os elementos subjetivos do tipo.

## Elementos objetivos

- Agente
- Ação típica: por exemplo, ação de disparar e matar
- Objeto da ação: elemento do mundo exterior no qual ou em relação ao qual se realiza a ação. Por exemplo, B é o objeto da ação
- Bem jurídico: neste caso, o bem jurídico é a vida
- Em certos tipos de crime, há ainda mais dois elementos objetivos:
  - o Resultado: este elemento só acontece se estivermos perante um crime de resultado. No nosso caso há resultado: a morte de B.
  - o Imputação objetiva do resultado à conduta do agente: Sempre que há um resultado, temos um dos problemas mais difíceis da teoria do crime, que é o de tentar saber quando é que eu posso atribuir o resultado à conduta do agente. Ou seja, quando é que eu posso imputar

objetivamente aquele resultado à conduta do agente.

□ Exemplo 1: A dispara sobre B e este não morre. B vai para o hospital e no caminho a ambulância sofre um desastre e B morre. Quid juris? Podemos ou não imputar/atribuir o resultado morte à conduta de A? Imagine-se que o condutor da ambulância foi negligente e não obedeceu às regras.

□ Exemplo 2: imaginemos que A dispara sobre B e B vai para o hospital, mas não é atendido a tempo e morre no corredor.

Há alguma diferença entre a primeira hipótese e esta última? Claro. Na primeira hipótese era pouco provável que acontecesse uma coisa daquelas. Era pouco provável que A conseguisse prever aquele processo causal. Há um processo causal iniciado por A, mas o processo causal é interrompido e aparece uma nova ação que aparece no resultado. E por isso se chama imputação objetiva à conduta do agente. Já no segundo exemplo, se se provar que a conduta dos médicos foi negligente, não era de todo previsível a A que os médicos não fossem atuar negligentemente. Todas estas hipóteses são hipóteses em que surge o problema da imputação objetiva.

Há mais de 1000 artigos sobre este assunto. Surgiram várias teorias para o resolver:

- Por um lado, para um resultado ser imputado à conduta do agente é preciso provar que a conduta foi causa do resultado. Para haver essa relação de causalidade, temos a teoria da "conditio sine qua non" (teoria das condições equivalentes). Esta teoria diz que para um resultado ser causado pela ação, temos que fazer o seguinte raciocínio: eliminamos mentalmente a ação e perguntamos se o resultado subsiste. Se o resultado subsiste, não é causal. Se não subsiste, é causal. Para imputarmos objetivamente o resultado à conduta do agente, temos de provar mais do que a relação causal. Se eliminássemos a ação disparar, o resultado de B não subsistiria. Mas isto não basta; é preciso que, face às valorações do direito penal, seja justo atribuir aquele resultado à conduta do agente. E é por isso que temos de aplicar pelo menos mais uma teoria. Esta primeira teoria só consegue responder à pergunta da causalidade.

- Moderna teoria da imputação objetiva ou teoria do risco: posso imputar objetivamente o resultado à conduta do agente se o agente criou, aumentou ou não diminuiu um risco proibido e esse

risco concretizou-se no resultado. Pode dizer-se que esta teoria tem duas partes: por um lado tem de se provar que o agente criou, aumentou ou não diminuiu (omissões) o risco proibido, e, por outro, que essa criação do risco se concretizou num resultado. Há uma conexão entre o risco criado e o resultado produzido. Nas hipóteses da ambulância, o agente criou um risco, mas o risco criado não foi o que se concretizou num resultado, porque houve interrupção do processo causal. Mas isso não significa que o agente não possa ser punido, até porque podemos puni-lo pela tentativa. Afere a imputação objetiva.

- Teoria da adequação: há imputação objetiva do resultado à conduta do agente sempre que, ao colocar um homem médio na posição do agente, esse homem médio conseguiria prever o resultado e aquele processo causal.

### Elementos subjetivos

Há o princípio da culpa, que exige que haja uma ligação subjetiva do sujeito com a prática. Em direito penal, ao contrário do direito civil, não basta a violação do dever objetivo. Em direito penal, temos sempre de demonstrar que há uma ligação subjetiva entre o sujeito e o facto. Essa ligação está em dois elementos:

- A título de dolo: o agente quis realizar o facto.
- A título de negligência: se não quis, mas representou e não se conformou, ou não representou, mas podia ter representado, há negligência.

Para punirmos alguém, para dizermos que alguém preencheu um tipo de crime, para além dos elementos objetivos temos de provar um destes elementos. Segundo o artigo 13º, só se pune um crime a título de negligência se o crime estiver previsto na lei na forma negligente. O crime de homicídio está, por exemplo. Só podemos punir alguém por homicídio negligente porque existe o artigo 137º. Podemos punir alguém por furto negligente? Em termos penais não, porque apenas há furto doloso. O furto está no artigo 203º, mas não há nenhuma epígrafe nos restantes artigos que fale em furto negligente. Assim, apenas há determinados crimes que permitem a punição por negligência.

Só depois de provarmos os elementos subjetivos é que dizemos que a ação é típica. Mas isto também não basta.

**20 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Elementos constitutivos do crime (continuação); concurso de crimes.

Quando se analisa um caso concreto, há que aplicar a técnica da subsunção ou método subsuntivo para determinar se o caso cabe na previsão da norma – se o caso é ou não um caso de certa norma. Essa é, sem dúvida, a principal função da teoria do crime: permitir que seja feita esta subsunção, determinando se o caso concreto é ou não um caso de certa norma.

Essa subsunção é uma operação lógica, em que passamos do caso concreto para a norma e da interpretação da norma para a interpretação do caso. O método subsuntivo implica que se faça uma análise do caso através dos elementos do crime. Para se tentar aplicar a norma a um caso, há que averiguar se, no caso concreto, estão presentes todos os elementos constitutivos do crime. Quem é que nos define os elementos constitutivos do crime? É a teoria do crime. A teoria do crime vai fornecer quais são os elementos que têm de ocorrer para que um determinado comportamento possa ser considerado crime.

A teoria do crime é uma construção dogmática; e não a conseguimos perceber se não tivermos em conta a sua evolução. Como é que, atualmente, a teoria do crime define crime? Quais os comportamentos que considera essenciais para afirmar que dado comportamento é um crime? De acordo com a doutrina, tem de haver uma ação típica, ilícita, culposa e punível.

Já sabemos que nem todo o comportamento humano é uma ação jurídico-penalmente relevante. Para um comportamento humano poder ser considerado uma ação jurídico-penalmente relevante, é preciso demonstrar que aquele comportamento é controlado ou controlável pela vontade. O comportamento que o sonâmbulo tem, por ex., mesmo que lese bens jurídicos, não é uma ação jurídico-penalmente relevante, pois não é um comportamento dominado pelo sujeito.

## 1 – AÇÃO | 2 - TÍPICA

Só chegando à conclusão que há uma ação jurídico-penalmente relevante é que importa passar ao outro elemento constitutivo: a tipicidade. A tipicidade consiste na correspondência do facto praticado com a previsão da norma incriminadora. Importa saber se aquela ação se integra na previsão do tipo legal. Se se integra, ela é típica; preenche o tipo legal de crime. Importa saber se estão verificados os elementos objetivos e os elementos subjetivos do crime. Falamos em imputação objetiva do resultado à conduta do agente; e temos os elementos subjetivos, que são importantíssimos – e, em direito penal, há o princípio da culpa, que é fundamental e exige que, para haver responsabilidade, haja uma ligação subjetiva do sujeito com o facto. Essa ligação subjetiva só se pode fazer através de dois elementos em direito penal:

- Ou através do dolo - que consiste no representar e querer a realização do facto típico;
- Ou através da negligência, que pode ser:

>> Negligência consciente: o agente representa a realização do facto típico, mas não se conforma com a sua realização. Representa, mas afasta da mente que aquilo vai acontecer.

*Exemplo: alguém faz uma manobra perigosa e prevê que possa ir contra o carro do lado, mas confia que é um ótimo condutor (não se está, portanto, “a lixar”), e afasta mentalmente essa possibilidade – mas prevê.*

>> Negligência inconsciente: o agente nem sequer representa a realização do facto típico, mas tinha a possibilidade de representá-lo.

*Exemplo: A vai em alta velocidade e vê um sinal de aproximação de escola e mantém a velocidade, atropelando pouco depois uma criança.*

No direito penal, não há responsabilidade objetiva; não é possível punir quem quer que seja se se provar apenas que a pessoa violou o dever objetivo.

Há determinados tipos de crime em que, para além do dolo, é preciso provar os chamados elementos subjetivos especiais. Um exemplo é o caso do crime de furto.

Veja-se o 203º:

### CP | ARTIGO 203º

(Furto)

1 — Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 — A tentativa é punível.

3 — O procedimento criminal depende de queixa.

O que se retira daqui? O nosso legislador, neste tipo de crime, para além do dolo, exige uma prova de que a pessoa tinha intenção de se apropriar da coisa. Esta intenção é o tal elemento subjetivo especial (não recai sobre os elementos objetivos). Tem de se verificar, caso contrário a pessoa não pode ser punida.

*Exemplo: se uma pessoa pegar no telemóvel de alguém para fazer apenas uma chamada, não há crime de furto.*

### 3 - ILÍCITA

Se a ação é típica, o próximo momento é ver se a ação é ilícita. Como se analisa a ilicitude em direito penal? Analisa-se pela técnica negativa da exclusão. Para sabermos se uma ação é ou não ilícita, temos de verificar se ocorreu ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. Olha-se para o comportamento humano típico e pergunta-se: verificou-se aqui alguma causa de exclusão da ilicitude? Se se verificou, exclui-se; se não se verificou, não se exclui.

As causas de exclusão mais importantes reguladas no nosso CP são:

- Legítima defesa;
- Direito de necessidade;
- Conflito de deveres;
- Consentimento do ofendido.

O juízo de ilicitude pode definir-se como um juízo de desvalor que recai sobre o comportamento.

*Exemplo: A dispara sobre B, e B morre. Que tipo foi preenchido por A? Homicídio. Mas imagine-se que se veio a provar que A disparou sobre B porque B apontara uma arma a A. Neste caso, apesar de A ter preenchido o 131º, não será punido, porque se verifica uma causa de exclusão da ilicitude chamada legítima defesa. Averiguando se estão presentes todos os elementos da legítima defesa, podemos concluir se se verificou ou não a exclusão da ilicitude; verificando-se, o comportamento não é um crime.*

### 4 - CULPOSA

Para além da ilicitude, há outra valoração central em direito penal: a culpa. ABB considera, aliás, o princípio da culpa o princípio central do nosso direito

penal. A culpa pode definir-se como um juízo de censura que se faz ao agente. Recai sobre o agente pelo facto de, tendo tido o agente liberdade e capacidade para se motivar pelo direito, não o ter feito. Na culpa, o que analisamos é a motivação do agente pelo direito.

Como se analisa a culpa em direito penal? É exatamente como na ilicitude – pela chamada técnica negativa da exclusão. Para sabermos se o comportamento é culposos ou não, temos de verificar se no caso concreto ocorre ou não alguma causa de exclusão da culpa. Se se verifica, não é culposos; se não se verifica, é.

### 5 - PUNÍVEL

O que é a punibilidade? Por norma, sempre que um facto é típico, ilícito e culposos, ele também será punível. Excepcionalmente, porém, pode acontecer que ele deixe de ser punível por deixar de ter dignidade penal. Por isso mesmo é que surgem as chamadas condições objetivas de punibilidade, que têm diretamente a ver com a dignidade penal do comportamento e com a necessidade de prevenção geral e especial, que são (dos) fins centrais da pena.

*Exemplo de condição objetiva de punibilidade: no próximo semestre, aprofundaremos a tentativa. Em direito penal, é-se punido não só pelo crime consumado, mas também por tentativa. O nosso legislador considerou que só valeria a pena punir a tentativa se ao crime consumado for aplicável uma pena superior a 3 anos. Achou que só no caso da tentativa de um crime a que seja aplicável uma pena superior a 3 anos é que faria sentido punir a tentativa; é isto que se vê na punibilidade. Sobre isto, v. a tese de doutoramento de Frederico Costa Pinto.*

---

### Concurso de crimes

O concurso de crimes é um tema bastante controverso. Vamos falar do (i) concurso de normas (ou concurso aparente) e do (ii) concurso de crimes (ou concurso verdadeiro / efetivo).

O concurso tem a ver com a aplicação da lei penal. É preciso averiguar o concurso para perceber como se pune o agente. Esta matéria tem a ver com aplicação da lei penal, e tem também uma grande importância na teoria do crime.

Para o prof. Figueiredo Dias, o problema do concurso de crimes existe sempre que um comportamento global imputado a um determinado agente preenche mais do que um tipo legal de crime. Quando isso acontece, importa saber quando é que se pode falar em concurso verdadeiro (ou concurso efetivo) de crimes e quando é que se fala em concurso aparente (ou concurso de leis). Importa, no fundo, determinar quando é que se aplicam as várias normas que o agente preenche (paralelamente), mas acontece também, por vezes, que, apesar de o agente preencher vários tipos de crime, a aplicação de um tipo exclui a aplicação dos demais tipos de crime. Não podemos deixar de perceber isto:

- No concurso aparente, o agente, apesar de preencher mais do que um tipo de crime, será punido apenas por um;
- No concurso verdadeiro, o agente preenche vários tipos de crime e deve ser punido pelos vários tipos.

Funciona aqui o princípio *ne bis in idem*: ninguém pode ser julgado (ou punido) duas vezes pelo mesmo facto. Se punirmos um concurso aparente como concurso verdadeiro, estaremos a violar o princípio *ne bis in idem*.

*Exemplo: A subtrai um quadro a B e, uma semana depois, resolve queimar o quadro. Quid juris? Que crimes é que podem eventualmente estar aqui em causa?*

Os dois tipos centrais são o furto (203º - v. *supra*) e o dano (212º).

#### (Dano)

1 — Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 — A tentativa é punível.

3 — O procedimento criminal depende de queixa.

4 — É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 206.º e 207.º

Há uma parte da doutrina, nomeadamente JFD, que considera que, nestes casos, o que temos é um concurso aparente. Apesar de haver duas normas que se podem aplicar – neste caso, o 203º e o 212º, a verdade é que, devido a um certo tipo de relação existente entre elas, a aplicação de uma é excluída pela aplicação da outra. Já a profª Teresa Beleza diz que, nestes casos, temos um concurso verdadeiro – isto porque, para a profª Teresa Beleza, as normas que se aplicam à situação não se excluem mutuamente.

O mais interessante é que quer JFD como TPB chegam a estas conclusões aplicando o mesmo critério para averiguar se há concurso verdadeiro ou concurso de normas. O critério proposto é o critério da unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude do comportamento – também designado por critério da unidade de sentido do acontecimento ilícito global final. No concurso aparente, apesar de o comportamento do agente preencher efetivamente mais do que um tipo de crime, pode considerar-se que esse comportamento é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude. Quer isto dizer que há um tipo legal que consegue incorporar o sentido dominante do ilícito. De uma forma mais simples, há um tipo que esgota o conteúdo do ilícito do facto.

No caso que vimos, para JFD, punindo por um tipo abrange-se toda a substância criminosa; para TPB não. Para JFD, basta uma para abarcar tudo; para TPB não (apesar de o critério ser o mesmo).

Por que é que um defende uma coisa e outro defende a outra? Para JFD, é posto em causa o bem jurídico da propriedade. Por isso, ao punir por furto, já se está a punir os bens jurídicos postos em causa (JFD). Qual é a argumentação de TPB? Teresa Belega diz que, com o dano, se viola o bem jurídico propriedade de uma maneira muito mais grave. Se houver só furto, o proprietário pode vir a recuperar a coisa; se houver furto e dano, o proprietário deixou de alguma vez poder a vir exercer o seu direito de propriedade através de uma ação de reivindicação. Para TPB, com o furto, põe-se em causa a propriedade; mas com o dano, põe-se em causa a propriedade de um modo mais grave.

JFD considera que se deve punir pelo crime de furto, por considerar que o dano é um facto posterior não punível – é um facto posterior que nada acrescenta ao que foi efetivamente violado, o direito de propriedade (é uma espécie de continuação da violação que já havia ocorrido).

Veja-se que quer o furto, quer o dano são punidos exatamente pela mesma pena. Se as penas fossem diferentes, punir-se-ia com a pena mais grave.

---

Quer JFD, quer TPB partem do pressuposto da unidade de sentido do comportamento ilícito global. Já vimos o que esse critério significa; o que importa é determinar se a aplicação de uma norma esgota ou não o ilícito; no fundo, se a substância criminosa do comportamento é abarcada ou não por apenas um tipo legal de crime.

Como é que sabemos se há unidade de sentido do ilícito por parte de uma norma, ou se a norma esgota o ilícito criminal praticado pelo agente? Surgem aí várias dúvidas, na doutrina e na jurisprudência. Há algumas certezas. Quando se trata de tipos que protegem bens de carácter eminentemente pessoal, a pluralidade de vítimas deve considerar-se sinal seguro da pluralidade de sentidos de ilícito – e, por isso, deve conduzir à existência de um concurso efetivo.

*Exemplo: se colocar uma bomba e matar com isso três pessoas, sou punido por três crimes de homicídio.*

Sempre que há bens eminentemente pessoais e um conjunto de pessoas, há punição por concurso efetivo. Para a maior parte da doutrina, este raciocínio aplica-se quer no caso de crimes dolosos, quer no caso de crimes negligentes.

O mesmo raciocínio aplica-se quer estejam em causa crimes por ação, quer estejam em causa crimes por omissão. Aconteceu um caso muito conhecido em Bragança, em que o segurança da discoteca deixou a porta fechada. A porta da segurança não abria. Por isso, quando houve um incêndio, morreram 10 pessoas – há punição por 10 crimes.

---

Dentro do concurso de crimes aparente há vários subtipos, mas antes falaremos de dois critérios propostos por parte da doutrina para distinguir o concurso aparente do concurso verdadeiro / efetivo.

>>> Critério da unidade ou pluralidade de resoluções/decisões existentes (Eduardo Correia): havendo uma única decisão, isso é suficiente para se falar em concurso aparente; havendo uma pluralidade de decisões, já temos concurso verdadeiro.

Este critério deve afastar-se, para ABB – não se pode aplicar por si só. Por vezes, apesar de haver uma só decisão, ela pode ofender vários bens jurídicos pessoais. Imagine-se que A, na mesma resolução, resolve ofender B e C: não interessa que tenha havido uma unidade de decisão, porque ofendeu dois bens jurídicos pessoais, que só podem ser protegidos punindo-se com duas ofensas à integridade física. Uma pessoa que decide bater em todas as pessoas que estão do lado esquerdo da loja será punida por X ofensas à integridade física.

>>> Critério da unidade ou pluralidade de ações (Roxin): o critério distintivo é a unidade ou pluralidade de ações, não entendidas só no sentido pluralístico. Sempre que houver uma unidade de ação, há um concurso aparente; se houver uma

pluralidade de ações, temos um concurso verdadeiro. Claro que a pergunta passa a ser: quando é que há unidade de ação? De acordo com a doutrina alemã, há três tipos de unidade de ação:

- Ação em sentido natural – um ato esgota-se na realização de um tipo.

*Exemplo: A dispara sobre B e este morre.*

- Unidade de ação típica - várias ações em sentido natural são agrupadas numa única ação típica, advindo a unidade de ação do próprio tipo legal. Isso pode acontecer, por sua vez, ou porque (a) o próprio tipo exige para a sua realização uma pluralidade de atos (ex.: a diferença entre furto e roubo é que o roubo pressupõe violência, sendo que, havendo violência, se pune a pessoa apenas por roubo), ou porque (b) o tipo abarca numa unidade de valoração uma série de atos.

*Exemplo: o tráfico de estupefacientes abarca uma série de atos, desde a aquisição da droga para fins de venda até à venda, sendo que todos esses atos são vistos numa unidade de ação e num único tipo legal).*

- Unidade de ação determinada pelo tipo que abarca um crime de natureza permanente.

*Exemplo: um crime de sequestro (prolongado) tem vários atos. Aqui, o mesmo tipo de ação é praticado ao longo do tempo.*

A unidade de ação natural ocorre quando distintos atos particulares, em virtude da sua similitude e proximidade espaciotemporal, são reunidos numa unidade de ação pelo juiz aplicador do direito. O que é preciso acontecer para que esta unidade ocorra? É necessário que:

- Exista uma vontade unitária dirigida à prossecução de um resultado;
- Haja uma pluralidade de atos uniformes similares;

- Esses atos, devido à sua conexão espaciotemporal estreita, formem uma só ação segundo o modo de ver natural.

Na doutrina portuguesa, predomina um critério da unidade de sentido de ilícito, que é equiparado à unidade de ação natural dos alemães. O nosso critério é pois, o da unidade de sentido de ilícito.

Por que é que é tão importante a distinção entre concurso aparente e efetivo? Se se punir uma situação de concurso aparente de acordo com as regras de um concurso verdadeiro, há uma clara violação do princípio constitucional *ne bis in idem*. Caso punamos um concurso aparente como concurso verdadeiro, estamos a punir uma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo facto ilícito típico. O *ne bis in idem* está consagrado no 29º, 5. da CRP. Vamos ver como, em concreto, uma pessoa deve ser punida.

>>> No concurso aparente, em regra, a punição prevista pela norma principal exclui a aplicação da outra. Claro que, na determinação da medida concreta, poderá ter-se eventualmente em conta o facto de a coisa ter sido destruída, no exemplo de JFD que vimos, mas uma coisa é certa: a pena concreta não pode ser inferior ao limite mínimo da moldura penal correspondente ao ilícito dominado.

>>> No concurso verdadeiro, há que ter em conta os arts. 77º e 78º, onde se faz uma ponderação entre os vários crimes, *i.e.*, fala-se no sistema da pena conjunta. Como se chega a este sistema? Em primeiro lugar, fixa-se uma pena para cada um dos tipos de crime preenchidos, mas a pena não é bem a soma de todas as penas aplicadas. Porquê? Porque nunca pode ultrapassar a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes; é este o seu limite máximo. Não pode, também, ultrapassar os 25 anos; e o limite mínimo é a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes. A isto se chama um sistema de pena unitária; e à impossibilidade de ultrapassar os 25 anos chama-se cúmulo jurídico mitigado (77º, 2.)

## CP | ARTIGO 77°

(Regras da punição do concurso)

1 — Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.

2 — A pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar 25 anos tratando -se de pena de prisão e 900 dias tratando-se de pena de multa; e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.

3 — Se as penas aplicadas aos crimes em concurso forem umas de prisão e outras de multa, a diferente natureza destas mantém-se na pena única resultante da aplicação dos critérios estabelecidos nos números anteriores.

4 — As penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis.

## CP | ARTIGO 78°

(Conhecimento superveniente do concurso)

1 — Se, depois de uma condenação transitada em julgado, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo anterior, sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes.

2 — O disposto no número anterior só é aplicável relativamente aos crimes cuja condenação transitou em julgado.

3 — As penas acessórias e as medidas de segurança aplicadas na sentença anterior mantêm-se, salvo quando se mostrarem desnecessárias em vista da nova decisão; se forem aplicáveis apenas ao crime que falta apreciar, só são decretadas se ainda forem necessárias em face da decisão anterior.

## CP | ARTIGO 79°

(Punição do crime continuado)

1 — O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação.

2 — Se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior.

## CP | ARTIGO 30°

(Concurso de crimes e crime continuado)

1 — O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2 — Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

3 — O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima.

Se uma pessoa cometer 50 homicídios, não pode ser punida por mais do que 25 anos. Há um caso especial de concurso verdadeiro. A propósito da punição, o crime continuado está previsto no 30°, 2.

Nestes casos, já se aplica o 79º do CP, que, no fundo, diz que o juiz compara as molduras aplicáveis a cada um dos crimes que integram a continuação, e aplica a mais grave (lembramos o exemplo do funcionário bancário que todos os dias furta 5 € - isto, em princípio, é um crime continuado). É uma figura especial de concurso verdadeiro. Apesar de cada ação ser um furto, não haverá punição por todos os dias que o agente praticou o crime de furto. O que se faz é comparar as molduras aplicáveis, e aplicar a mais elevada.

Face à nossa OJ, no crime continuado temos um concurso efetivo de crimes; e é por isso que se diz que o crime continuado é um terceiro género (*tertium genus*) de concurso, face ao concurso efetivo e ao concurso aparente. É que, para se não punirem as situações de crime continuado como concurso efetivo, o legislador pune pelo crime mais gravemente punido. Na realidade, é a nossa OJ que manda encarar o crime continuado como um único crime. Esta é a forma que a nossa legislação encontrou de subtrair o agente ao concurso efetivo. Porquê? Um dos requisitos para haver crime continuado é a culpa estar diminuída. Ao 10º mês, a culpa de furto € 5 está diminuída.

Nota: para que haja crime continuado, porém, nunca podem estar em causa bens jurídicos pessoais.

Nota 2: há quem proponha, *de jure condendo*, que se acabe com a figura do crime continuado – mas isto é apenas *de jure condendo*.

Requisitos do crime continuado:

- Violação plúrima do mesmo bem jurídico, ou de bem jurídico que tenha uma estreita afinidade com os bens jurídicos anteriormente regulados;
- Realização continuada, que deve ser executada de forma homogénea e no quadro de uma mesma situação exterior.
- Domínio do comportamento por uma situação exterior que facilitou a repetição da atividade criminosa, ao ponto de diminuir sensivelmente a culpa do agente.

Há quem critique esta figura do crime continuado (por favorecer o infrator injustificadamente), mas ela é assim. Segundo JFD, se há uma diminuição de culpa sensível do agente no caso concreto, tem de se privilegiar o agente.

No concurso efetivo, distingue-se:

- Concurso efetivo real – quando à pluralidade de crimes cometidos corresponde uma pluralidade de ações.

*Exemplo: primeiro o furto, depois a destruição.*

É um concurso verdadeiro real, porque temos um concurso de crimes e um concurso de ações em sentido naturalístico.

- Concurso efetivo ideal: à pluralidade de crimes cometidos corresponde uma unidade de ação.

*Exemplo: se A dispara sobre B e, por engano, acerta em C, será punido em concurso efetivo por tentativa do crime que visou realizar e pelo crime que realizou na forma negligente. É um concurso efetivo ideal, porque à pluralidade de crimes cometidos corresponde uma única ação, mas há punição por dois crimes, visto que estão em causa dois bens jurídicos.*

Outra distinção que se faz dentro do concurso efetivo:

- Concurso heterogéneo – quando se preenchem diversos tipos de crime diferentes.

*Exemplo: se a pessoa furta o quadro e o destrói, é punida por furto e dano.*

- Concurso homogéneo – há uma pluralidade de violações do mesmo tipo.

*Exemplo: bomba que mata 5 pessoas.*

Vejam-se agora as situações consideradas concurso aparente:

- (i) Relação de subsidiariedade;
- (ii) Relação de especialidade;
- (iii) Relação de consunção;
- (iv) Facto posterior não punível.

Quanto a estas relações, ABB alerta para a ideia de que há uma grande divergência na doutrina quanto à terminologia usada para definir estas situações. O que JFD chama relação de consunção não é o mesmo que Silva Dias chama relação de consunção. Tentaremos seguir a doutrina maioritária, nomeadamente a de JFD.

#### 4 – FACTO POSTERIOR NÃO PUNÍVEL

Para JFD, há um concurso aparente porque o crime de dano é um facto posterior não punível. Quando é que isto acontece? Há esta relação de facto posterior não punível quando a infração subsequente apenas se apropria ou aproveita das utilidades de uma infração penal passada, sem que haja um novo dano que se dirija a um novo bem jurídico.

*Exemplo: imagine-se que, após o crime de homicídio, alguém resolve ocultar o corpo. Como se pune esta pessoa? Para uma parte da doutrina, a ocultação de cadáver não tem autonomia face ao homicídio; para outra parte da doutrina, tem*

*autonomia. Uma coisa é matar uma pessoa, outra é nem sequer se saber onde está o corpo dela.*

Veja-se o 254º, 1., a):

#### CP | ARTIGO 254º

(Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre)

1 — Quem:

a) Sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida;

b) Profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos; ou

c) Profanar lugar onde repousa pessoa falecida ou monumento aí erigido em sua memória, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 — A tentativa é punível.

*Nota: há uma figura chamada dolus generalis. Neste caso, se se provar que a pessoa, ao disparar, já estava a pensar em ocultar o cadáver, este dolo abarca tudo. Não é fácil aplicar isto na prática.*

**27 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Concurso efetivo e concurso aparente (continuação); formas de concurso aparente.

## Concurso efetivo e concurso aparente (continuação)

Há que distinguir o concurso verdadeiro ou efetivo de normas do concurso aparente.

Em matéria de concurso, temos um comportamento que preenche mais do que um tipo legal. Acontece que, por vezes, a relação existente entre as normas preenchidas permite que a aplicação de uma delas esgote o ilícito praticado pelo agente. No concurso verdadeiro, aplicamos todas as normas que o agente preenche, pois só assim abarcamos a substância criminosa do comportamento.

A dificuldade passa a ser: quando é que podemos dizer que uma norma esgota o conteúdo ilícito de determinado comportamento? Há vários critérios. Vamos analisá-los com algum cuidado; mas sem dúvida que uma forma de percebermos quando faz sentido falar em concurso aparente é ver quais os tipos de concurso aparente que existem. Há várias relações entre as normas que cabem nele. Ao analisar essas relações, conseguimos perceber melhor de que se trata. Não há unanimidade na doutrina quanto à terminologia usada e quanto ao conteúdo a dar a cada um dos tipos de concurso aparente. Há uma grande diversidade, o que leva o próprio Figueiredo Dias a dizer que, apesar da discrepância entre conceitos e terminologia, a tarefa mais importante é distinguir o concurso aparente do concurso verdadeiro – independentemente de sabermos com que tipo de concurso aparente é que estamos a lidar. Falar em consunção ou subsidiariedade não é tão relevante; o que realmente importa é não tratar um concurso aparente como concurso verdadeiro, porque, caso isso aconteça, violamos um princípio constitucional fundamental: o *ne bis in idem* (ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo facto) – 29º, 5. CRP.

### CRP | ARTIGO 29º

(Aplicação da lei penal)

(...)

5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

(...)

## Formas de concurso aparente

Dentro do concurso aparente, para a maior parte da doutrina, temos quatro situações:

- (i) Relação de especialidade;
- (ii) Relação de subsidiariedade;
- (iii) Relação de consunção;
- (iv) Facto posterior não punível.

Nas aulas, ABB vai seguir a terminologia e o sentido da doutrina maioritária – nomeadamente, entre nós, a da profª Teresa Beleza (nota: esta não é bem a terminologia de JFD).

## 1 – RELAÇÃO DE ESPECIALIDADE

Há uma relação de especialidade quando uma norma contém na sua previsão todos os elementos essenciais do tipo fundamental, mais os elementos especiais atinentes ao facto ou ao próprio género.

*Exemplo: há uma relação de especialidade entre o 131º e o 136º.*

### CP | ARTIGO 131º

(Homicídio)

*Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.*

## CP | ARTIGO 136°

(Infanticídio)

*A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora é punida com pena de prisão de um a cinco anos.*

O 136° prevê um tipo de crime chamado infanticídio. Esta é uma norma especial em relação à norma que prevê o homicídio. Porquê? Porque todos os elementos que fazem parte do 131° (homicídio) estão incluídos necessariamente no 136° (infanticídio) – só que o 136° acrescenta elementos que, neste caso, atenuam a responsabilidade do agente.

O que caracteriza o infanticídio? Acontece quando uma mãe, logo após o parto e em perturbação física e psicológica, mata o próprio filho. Isto não deixa de ser alguém a matar outra pessoa, por isso contém todos os elementos do homicídio. Mas contém as suas especificidades ou especialidades: tem de ser uma mãe, tem de ser logo após o parto e tem de estar sob uma influência perturbadora.

Outros exemplos: 131° e 132°. O 131° prevê o homicídio simples; o 132° prevê o homicídio qualificado. A diferença é que o 132°, para além de conter todos os elementos do 131°, ocorre quando há determinadas circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade por parte do agente.

Note-se que, se o agente for punido pelo 132°, não o é pelo 131°. A aplicação de uma das normas esgota o ilícito criminal praticado pelo agente; daí esta ser uma das formas de concurso aparente.

## 2 – RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE

A relação de subsidiariedade ocorre quando o legislador, expressa ou implicitamente, pretende que

uma norma só se aplique quando o agente não puder ser responsabilizado por outra norma mais grave. Como diz TPB, duas normas encontram-se em relação de subsidiariedade se uma delas só se aplica quando a outra não tiver a possibilidade de ser aplicada.

Como se percebe pela definição, há dois tipos de subsidiariedade:

- Subsidiariedade implícita – não resulta da lei, mas de uma interpretação das incriminações envolvidas. É através de um raciocínio de interpretação que conseguimos concluir que materialmente a relação entre as normas é de subsidiariedade.

*Exemplo: A pede a B que mate C, em troca de uma certa quantia em dinheiro. Mas, para além disso, A também participa na execução do crime. Neste comportamento, A tem dois papéis: instigador, por um lado; e autor material, por outro. Deve ser punido como instigador e como autor? Como autor. A forma de autoria é a forma mais perfeita de participar num crime. Só se pune por outra forma de participação no crime se não se puder aplicar a forma mais perfeita de participação nesse crime – é a subsidiariedade implícita. A incriminação como instigador só intervém de forma auxiliar/subsidiária a punir como autor. É como que uma forma menos intensa de agressão.*

*Outro exemplo: o 290° exige que a pessoa tenha uma conduta perigosa. Basta a conduta perigosa; é um crime de perigo abstrato. Há uma relação de subsidiariedade implícita.*

## CP | ARTIGO 290°

(Atentado à segurança de transporte rodoviário)

*1 — Quem atentar contra a segurança de transporte rodoviário:*

a) Destruindo, suprimindo, danificando ou tornando não utilizável via de comunicação, material circulante, obra de arte, instalação ou sinalização;

b) Colocando obstáculo ao funcionamento ou à circulação;

c) Dando falso aviso ou sinal; ou

d) Praticando acto do qual possa resultar desastre; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 — Se, através da conduta referida no número anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

3 — Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

4 — Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.

- Subsidiariedade expressa — resulta diretamente da lei. É a própria lei que condiciona a aplicação de uma norma à não aplicação de uma outra norma.

*Exemplo: 152º, 1. — “se pena mais grave lhe não couber”. O próprio legislador condiciona a aplicação desta norma à não aplicação de uma outra norma que pune de forma mais grave. É uma subsidiariedade expressa.*

## CP | ARTIGO 152º

(Violência doméstica)

Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;

b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;

c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou

d) A pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

(...)

## 3 – RELAÇÃO DE CONSUNÇÃO

Na relação de consunção, a realização de um tipo de crime inclui, ao menos por regra, a realização de um outro tipo de crime. Por isso, a norma que pune o crime menos grave deve considerar-se excluída.

No fundo, nos casos de consunção, há uma relação meio-fim. A norma que pune o crime-fim, por regra, consome a norma que prevê o crime-meio. Deve, então, considerar-se que o comportamento é dominado por um único sentido de desvalor económico-social.

*Exemplo: a relação existente entre furto qualificado por introdução em casa alheia (204º, f) – furto qualificado) e a violação de domicílio (190º) é de consunção. Porquê? O furto pode ser cometido ou não através de introdução em casa alheia; mas uma forma típica de considerar o furto é precisamente essa. Nestes casos, o agente só será punido por furto qualificado, porque a norma que prevê o furto qualificado já abarca a circunstância de ter havido introdução em casa alheia.*

## CP | ARTIGO 204º

(Furto qualificado)

1 — Quem furtar coisa móvel alheia:

(...)

f) Introduzindo-se ilegitimamente em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou espaço

fechado, ou aí permanecendo escondido com intenção de furtar;

(...)

## CP | ARTIGO 190°

(Violação de domicílio ou perturbação da vida privada)

1 — Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 — Na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação ou para o seu telemóvel.

3 — Se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Há dois tipos de consunção:

- Consunção pura – há-a quando a realização do tipo de crime punido mais gravemente inclui a realização de um outro tipo de crime punido mais levemente. Assim, a norma que prevê o crime menos grave é excluída.
- Consunção impura – ocorre quando a realização de um tipo de crime punido mais levemente inclui a realização de outro tipo de crime punido mais gravemente. Neste caso, a norma-meio traduz uma punição mais grave; aplicamos a norma que prevê a sanção mais grave.

*Exemplo: há um crime de roubo. Ao contrário do furto, o roubo caracteriza-se por haver violência. Imagine-se que foi praticado de forma de tal maneira grave*

*que ofendeu a integridade física da pessoa. Então, o agente é punido por ofensa corporal grave e não por roubo. É mais gravemente punido. Aplicamos a norma-meio. Mas para JFD, aplica-se a previsão da norma-fim e a estatuição da norma-meio, não violando o princípio da legalidade. Para JFD, não há violação do princípio da legalidade, porque se aplica ao facto - previsto na lei - a que a estatuição deve ser atribuída. É que, para JFD, o conceito de subsunção é muito mais amplo do que para o resto da doutrina.*

Desde logo, Figueiredo Dias só considera situações de concurso aparente nos dois últimos tipos de relação que definimos – só a consunção e os factos posteriores não puníveis são, pois, situações de concurso aparente para JFD. Além disso, considera que a figura do facto posterior não punível se inclui no conceito amplo de consunção. Por que é que JFD pensa desta forma? Porque, para JFD, será mais correto falar, nas duas primeiras situações (especialidade e subsidiariedade), em unidade de lei ou de normas. Para JFD, nos casos de subsidiariedade e especialidade, não existe verdadeiramente qualquer concurso de normas, mas apenas uma norma é aplicada. Devido a considerações lógico-jurídicas, a aplicação de uma norma exclui a aplicação da norma preterida. Assim, para Figueiredo Dias, nos casos de especialidade e subsidiariedade, recorremos a uma operação lógico-conceitual em que o que importa é o verdadeiro trabalho sobre normas. Já nos casos de consunção, para se chegar à conclusão de que há um concurso aparente de normas, há que fazer uma operação de natureza material. Para JFD, só faz sentido falar utilizar a expressão “concurso aparente” naqueles casos em que, apesar de o comportamento global preencher efetivamente uma pluralidade de tipos legais, tem-se que, devido a uma unidade de sentido de ilícito autónomo, o agente deve ser punido apenas por uma norma.

Independentemente de usarmos a terminologia de JFD ou a da doutrina maioritária, o que importa é percebermos quando é que a aplicação de uma norma esgota o conteúdo ilícito do comportamento. É esse o critério relevante para distinguir o concurso aparente do verdadeiro. Se chegamos lá por uma operação lógico-conceitual ou por uma operação de natureza material não é muito importante; o mais importante é saber se uma norma abarca ou não toda a substância criminosa. Às vezes, é a própria lei que nos ajuda a chegar a essa resposta; outras vezes, é a doutrina.

Para JFD, haverá consunção sempre que houver uma pluralidade de normas típicas aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes efetivamente cometidos. Para Figueiredo Dias, os sentidos de ilicitude típica presentes no comportamento global estão de tal forma ligados que, no final, o comportamento é dominado por um sentido de desvalor jurídico-social.

Naturalmente que, se para JFD, todos os concursos aparentes estão na consunção, então é preciso saber quando é que isso acontece, e quais são os critérios que se vão buscar para se falar em relação de consunção.

Elenquemos os critérios para se falar de consunção, *apud* JFD:

- Crime instrumental ou crime-meio - significa que um dos ilícitos surge apenas como meio de realizar o ilícito principal.
- Unidade de desígnio criminoso – se há uma vontade unitária dirigida à prossecução de um resultado no mundo exterior, pode, eventualmente, falar-se em concurso aparente.
- Critério da conexão espaciotemporal das realizações típicas – segundo estes critérios, uma proximidade espaciotemporal entre as condutas dos agentes pode levar a uma leitura unitária do sentido do ilícito do comportamento total. Mas isto é apenas um indício; não é necessariamente assim.

*Exemplo: se alguém pratica uma série de atos sexuais de relevo sobre a mesma vítima, será punida por um só crime.*

- Critério dos diferentes estádios de evolução ou de intensidade da realização global – há a prática de mais do que um crime, mas a aplicação de apenas de um dos tipos esgota a apreciação do ilícito criminal realizado pelo agente.

#### 4 – FACTO POSTERIOR NÃO PUNÍVEL

O facto posterior não punível foi analisado na aula passada.

#### HIPÓTESE 20

Pedro está desconfiado de que Paulo lhe furtou um relógio e que o tem escondido em sua casa. Certo dia, toca à porta da casa de Paulo e intima-o a deixar entrar, para verificar se lá se encontra ou não o dito relógio. Como este se recusa a deixá-lo entrar em sua casa, Pedro agride-o, arromba a porta (que estava fechada) e entra. O relógio não estava lá. O juiz de julgamento hesita em punir Pedro pelo crime de violação de domicílio (190º CP), ou, em concurso efetivo, também pelos crimes de ofensa à integridade física e de dano (212º CP).

Se fosse juiz, como decidiria?

Relativamente à ofensa à integridade física e ao dano / violação do domicílio, há um concurso efetivo.

Mas o que ABB mais queria nesta resposta era, ao aplicar o 190º, ver que, aplicado este artigo, fica esgotado o ilícito praticado pelo agente. No 190º, o legislador prevê violência e prevê dano. Hipoteticamente, a relação que existe entre o 190º e o crime de dano e ofensa à integridade física (193º) seria de consunção. Haveria essa relação aqui se não existisse o 190º, 3.; mas, como existe, aplica-se só o 190º, 3. O legislador já abarca toda a substância criminosa no 190º, 3.

#### HIPÓTESE 21

Alguém comete o crime de furto, e, para ocultar o furto, resolve vender o que furtou a terceira pessoa, que não faz ideia da origem da coisa. *Quid juris?*

Eventualmente, estariam em causa o furto e a burla. Mas a burla implica que se utilize um meio enganoso. Supondo que é um carro, como poderíamos punir o homem? Além de furtar, vende o carro a um terceiro e, ao fazê-lo, utiliza um meio enganoso.

Se aplicássemos apenas um dos tipos legais, o ilícito praticado pelo agente não ficaria todo preenchido – porque, para além de cometer o furto, o agente violou a boa-fé do terceiro. Para conseguirmos esgotar todo ilícito criminal, aplicamos o furto e a burla. Quando se vende uma coisa de que não se é proprietário, a venda é inválida.

**30 NOV 2018**

**Conceitos-chave:** Análise de acórdão; resolução de hipóteses.

#### Acórdão de 13/12/2016 do TR Lisboa

Como é que o tribunal decidiu? A sentença condenou o arguido por violência doméstica em concurso aparente com o crime de violação.

#### TR Lisboa | Acórdão de 13/12/2016

*Entendemos, tal como a decisão recorrida, e seguindo a jurisprudência que apoia a qualificação como concurso aparente – marcado por uma relação de subsidiariedade que o crime de violência doméstica apresenta perante os restantes tipos de crime – que inexistente, no caso sub judice, fundamento para autonomizar os dois crimes em questão, punindo o arguido pela sua prática, em concurso real, devendo o mesmo ser punido, embora pela prática do crime de violência doméstica, p. e p. pelo art. 152º, n.º 1 al. b) e n.º 2 (porquanto tais factos preenchem, outrossim, o conceito de maus-tratos físicos e psicológicos a que alude aquele normativo), com a pena aplicável ao crime de violação, p. e p. pela al. a) do art. 164º, n.º 1. Os factos praticados deixam de ter uma relevância jurídico-penal enquanto eventos separados, sendo sim valorados conjunta e harmoniosamente no crime familiar.*

O murro na cara preenche os tipos de ofensa à integridade física e violência doméstica? Temos uma relação meio-fim de consunção, possivelmente. Quando um crime serve como forma típica de cometer um outro crime, há uma relação de consunção. Podia discutir-se se não seria especialidade, mas o crime teria de ser sempre da mesma maneira, o que não aconteceu aqui. Há aqui um concurso aparente entre a violência doméstica e as ofensas à integridade física porque o legislador, ao punir a violência doméstica, esgota também a substância criminosa do comportamento do agente. O legislador acrescenta mais circunstâncias para se estar no âmbito da violência doméstica. A doutrina discute se temos consunção ou especialidade. ABB inclina-se para a consunção. A relação de consunção mais forte ocorre quando um dos crimes é um meio de realizar outro crime; mas o outro crime não tem sempre de ser realizado daquela forma, podendo sê-lo de outras formas. O crime instrumental não tem de se dar sempre. Mas o importante é percebermos que há crime aparente. Basta aplicar a norma da violência doméstica neste facto para abarcar o ilícito criminal contido no crime de ofensa à integridade física.

No dia 24/08/2015, em casa e perante a filha, o arguido atirou um utensílio de cozinha a B e ameaçou matá-la. A 14/11/2015, o arguido, perante a filha, deu um murro na boca da ofendida, tendo o arguido seguido e agredido a ofendida. Noutro dia, quando a ofendida abriu a porta ao arguido, este deu-lhe um murro na cara.

Entre a violência doméstica e a violação, há concurso aparente ou efetivo? No 152º (violência doméstica), temos um “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Ora, há o 164º (violação). Temos subsidiariedade expressa; isto cabe no concurso aparente.

A violência doméstica pode ser um ato isolado, para o legislador. Mas a palavra “modo reiterado” é usada para aquelas situações em que o agente pratica várias pequenas ofensas à vítima que só em conjunto podem ser consideradas um crime. Aqui há várias situações que fazem com que o homem se irrite e bata na senhora. O facto de haver uma separação temporal entre os factos significa que, tendo apenas o murro e a violação, teríamos punição por violência doméstica mais violação. Mas ABB acha que o homem merece uma pena ainda mais grave. Como estes factos são separados temporalmente e têm sentidos comuns no tempo, não espantaria ABB que se pudesse punir o homem por vários crimes de violência doméstica, mais

violação. Como a violência doméstica é feita de modo reiterado, corre-se o risco da forma semelhante a pessoa que pratica por pouco tempo e por muito tempo. Há uma distância espaciotemporal que faz com que seja possível individualizar as atuações deste homem. Punindo por 4 crimes de violência doméstica + 1 de violação, estar-se-ia a violar-se o *ne bis in idem*? Para ABB, não.

---

Nota: no caso da violência doméstica, seria possível punir como crime continuado? Não se pode aplicar quando estejam bens jurídicos pessoais. O nosso legislador só permite a punição por crime continuado quando não estão em causa bens jurídicos pessoais.

---

Outros casos mais flagrantes há. Numa situação, um homem exerceu violência doméstica sobre uma mulher por um mês, emigrou durante três anos, voltou e exerceu violência doméstica. O tribunal considerou haver apenas um crime de violência doméstica. Para ABB, isso não faz sentido. Mas a jurisprudência tem tendência para achar que o modo reiterado permite qualquer distância espaciotemporal.

Quando o prof. Figueiredo Dias fala no conceito de consunção (que, para ele, é o único caso de concurso aparente), utiliza uma série de critérios para perceber se há um único sentido ilícito e se pode haver uma punição por um único crime. A unidade de desígnio criminoso não existe quando um facto é praticado em 2014 e outro em 2015. Há aqui pelo menos 4 sentidos de desvalor económico-social da conduta de violência doméstica, para ABB.

## HIPÓTESE 22

Ao ver a carteira de F em cima da mesa da esplanada de café, E levantou-se, pegou na mesma e fugiu a correr. Já em segurança, percebeu que estava vazia. Furioso, rasgou-a com toda a força que tinha. Julgado mais tarde, e foi condenado em concurso efetivo por tentativa de furto qualificado (previsto nos arts. 22º, 23º, 1. e 2. e 204º do CP) por

um crime de furto simples consumado (203º do CP) e por um crime de dano (212º CP).

### Concorda com os termos da condenação?

Claro que isto não pode ser assim. Para não haver violação do *ne bis in idem*, o agente deve ser punido por um único crime de furto – no caso, furto simples consumado. Apesar de serem preenchidos dois tipos de crime, há uma relação de concurso aparente. Basta a aplicação de uma norma para abarcar todo o ilícito criminal praticado pelo agente. Aplica-se o critério da unidade de sentido de ilicitude do comportamento.

Posto isto, que relação de concurso aparente é que ocorre aqui? Quando o mesmo comportamento preenche mais do que um tipo legal de crime, punem-se todos os tipos que ele preenche? Ou basta punir por um tipo, conseguindo esse tipo penalizar o agente por tudo? Se o mesmo facto reveste a forma de tentativa de furto + furto consumado, o legislador só quer que atue a tentativa se não for possível punir o agente pelo crime consumado – daí haver uma relação de subsidiariedade.

Se, com uma só conduta, estão preenchidos os dois tipos de crime, para o legislador não violar o *ne bis in idem*, não pode haver punição pelos dois tipos. O legislador só pune por tentativa se não punir por crime consumado. Podemos discutir se há subsidiariedade ou consunção, mas ABB considera haver subsidiariedade. O legislador diz que só se pune por tentativa não se podendo punir por crime consumado, sendo que a forma mais perfeita é o crime consumado.

Outra questão que já discutimos com algum pormenor é o facto de, a seguir, o agente ter rasgado a carteira. O tipo de crime indicado é o dano (212º). Partindo do pressuposto de que há dois atos, o segundo facto preenche o tipo de dano. Para TPB, há um concurso verdadeiro entre furto e dano – no dano, a pessoa põe em causa o bem jurídico propriedade de uma forma muito mais grave, porque o proprietário deixa de ter possibilidade de alguma vez reaver a coisa. Para se abarcar toda a ilicitude criminal e proteger todos os bens jurídicos em causa, para TPB, há que punir em concurso efetivo. Para JFD, a destruição da coisa nada acrescenta ao furto; para este autor, a destruição da coisa simplesmente continua a pôr em causa a propriedade, como o furto já fazia. Assim, faz sentido

punir só por furto. O dano constitui, para JFD, um facto posterior não punível, que nada acrescenta ao facto anteriormente praticados, não devendo, portanto, ser punido isoladamente.

## HIPÓTESE 23

António, por questões de ódio racial, disparou sobre Bento, com intenção de o matar. Bento não morreu, mas, ao ser atingido na coluna, ficou paraplégico para o resto da vida. Pergunta: deve António ser punido por uma tentativa de homicídio qualificado, por um crime de ofensas à integridade física, ou em concurso efetivo por ambos os crimes?

A dúvida é: a tentativa pode ou não abarcar toda a ilicitude penal pelo agente? Para a maior parte da doutrina, a figura da *aberratio ictus* pressupõe que o agente acerte num objeto (no caso, pessoa) diferente do que visava atingir. A *aberratio ictus* é caracterizada por o agente acertar num objeto diferente do que visava – por ex., A queria disparar sobre B, falha a pontaria e acerta em C. Temos então dois objetos envolvidos e a pessoa deve ser punida por tentativa do homicídio de quem pretendia matar e deve ser punida, em concurso efetivo, com ofensa à integridade física na forma negligente. Mas aqui não há *aberratio ictus*.

Aqui, a questão reside em punir por tentativa de homicídio qualificado em concurso com a ofensa à integridade física grave – isso é possível?

>>> Parte da doutrina defende a teoria da incompatibilidade, ou teoria da oposição. De acordo com esta teoria, o dolo de homicídio e o dolo de ofensas corporais excluem-se reciprocamente. O dolo de ofensas corporais não se encontra contido no dolo de homicídio. Além disso, de acordo com esta teoria, os homicídios não absorvem o conteúdo do desvalor das ofensas corporais. Por isso mesmo, a única solução é punir-se António por concurso efetivo entre tentativa de homicídio qualificado e ofensas corporais graves consumadas.

>>> Outra teoria é a teoria da unidade, ou teoria unitária. De acordo com esta outra teoria, o

homicídio é necessariamente realizado pelas ofensas corporais, nem que seja por um segundo lógico. O dolo de ofensas será, então, englobado pelo dolo de homicídio. Por isso mesmo, o agente deve ser punido apenas por tentativa de homicídio qualificado, porque a tentativa esgotará o conteúdo de desvalor do comportamento. Esta solução é defendida por Figueiredo Dias. Para JFD, há um concurso aparente com uma relação de consunção – neste caso, havia tentativa e ofensas corporais realizadas. O que se aplica é a tentativa, porque é mais gravemente punida.

>>> Uma outra teoria é a chamada teoria intermédia. Esta teoria defende duas soluções, consoante o resultado das ofensas corporais.

a) No caso de o resultado ser ofensa corporal simples, o dolo de homicídio consome o dolo de ofensas corporais, e a punição de ofensas será subsidiária em relação à punição por homicídio.

b) No caso de o resultado ser ofensa corporal grave (é o exemplo que temos), o ilícito de todo o comportamento não pode ser razoavelmente exaurido com a punição pelo homicídio tentado.

Que argumentos são aventados para defender esta última questão da ofensa corporal grave? Só assim é que o ilícito de toda o comportamento será abrangido. Entre nós, Silva Dias defende esta posição. O primeiro argumento de ASD é: a ofensa grave não é, na realidade, um estado intermédio em relação à tentativa de homicídio, mas ultrapassa o desvalor do ilícito correspondente a uma tentativa de homicídio. Como o ultrapassa, não se põe em causa o princípio *ne bis in idem* ao punir o agente por tentativa de homicídio e por ofensa corporal grave dolosa. É que, na tentativa, estaríamos a punir o desvalor da ação; no crime de ofensa corporal grave, estaríamos a punir o desvalor de resultado. A doutrina da teoria intermédia diz, portanto, que o agente deve nalguns casos ser punido em concurso efetivo por tentativa de homicídio e ofensa corporal grave, porque, caso não o fizéssemos, poríamos de lado o desvalor de resultado. Só conseguimos abarcar o desvalor de resultado, para ASD, punindo também o agente por ofensa à integridade física grave.

Além disso, há um outro argumento: se puníssemos apenas o agente por tentativa, no caso de ofensa corporal grave, estaríamos a dar um benefício injustificado ao agente, porque teria uma pena muito parecida à da ofensa corporal grave. Isso significaria punir da mesma forma quem tenta e não acerta, e quem tenta e produz ofensas corporais graves.

Uma crítica: mesmo nos casos de ofensa corporal grave, se punirmos o agente em concurso efetivo por tentativa de homicídio e ofensa à integridade física grave, corre-se o risco de punir duas vezes o desvalor da ação. Na opinião de ABB, não é verdade que, ao punir-se pelo crime de ofensas corporais graves, se esteja só a punir o desvalor de resultado. Quando se pune o agente pelo crime de ofensas corporais graves, está a punir-se quer o desvalor de resultado, quer o desvalor de ação. Estar-se-ia a valorar duas vezes o desvalor de ação, violando o princípio *ne bis in idem*. E como temos uma tentativa de homicídio qualificado, é claro que, ao calcular a pena aplicável, haveria que ter em conta as ofensas corporais graves na medida da pena. Quem tenta e não acerta acaba por não ser punido da mesma maneira como quem tenta e acerta. Na medida concreta da pena, ter-se-á em conta este resultado. O que não pode acontecer é correr-se o risco de punir duas vezes a mesma ação.

**4 DEZ 2018**

**Conceitos-chave:** Resolução de hipóteses (continuação).

### HIPÓTESE 23

(continuação)

Quanto à hipótese 23 (sobre o homem que ficou paraplégico), há várias posições doutrinárias:

>>> Há quem defenda a teoria da incompatibilidade, dizendo que o dolo das ofensas é incompatível com o dolo do homicídio, sendo a solução o concurso efetivo entre tentativa de homicídio qualificado e ofensas corporais graves consumadas.

>>> Outra parte da doutrina, que inclui Figueiredo Dias, defende que a única solução possível é o concurso aparente, englobando o dolo das ofensas no dolo da tentativa de homicídio, punindo-se apenas por tentativa de homicídio qualificado, para não violar o *ne bis in idem*.

>>> A posição intermédia é defendida por Silva Dias. Faz uma distinção consoante o resultado: se B sofre ofensa corporal simples e não morre, o dolo do homicídio consome o dolo das ofensas (há concurso aparente). Já no caso de B sofrer ofensa corporal grave, o ilícito praticado pelo agente não pode ser abrangido pelo homicídio. Há que punir pela tentativa de homicídio qualificado, mais ofensas corporais graves. Não há qualquer justificação para beneficiar aquele que tenta e nada consegue e aquele que tenta e ofende a integridade física gravemente.

A crítica que ABB faz a Silva Dias (numa espécie de quarta conceção) vai no sentido de que, mesmo nos casos de ofensa corporal grave, o agente deve ser punido só por tentativa. Há um concurso aparente entre a tentativa de homicídio e as ofensas corporais graves – isto porque, ao contrário do que afirma Silva Dias, na a punição por homicídio qualificado e ofensas corporais físicas graves não se estará apenas a punir o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Estará a punir-se duas vezes o desvalor do resultado.

Veja-se a pena que o legislador aplica a uma ofensa corporal grave:

### CP | ARTIGO 148°

(Ofensa à integridade física por negligência)

1 — Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 — No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:

a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias; ou

b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de três dias.

3 — Se do facto resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

4 — O procedimento criminal depende de queixa.

Na negligência, o principal é o desvalor de resultado (a lesão do bem jurídico). Comparando as penas, é impossível achar que o nosso legislador, com as ofensas corporais graves, esteja apenas a punir o desvalor de resultado. Com a pena de 2 a 10 anos das ofensas corporais graves, o legislador pune quer o desvalor da ação, quer o desvalor do resultado. O legislador avalia duas vezes o mesmo conteúdo ilícito, o que é uma concretização do *ne bis in idem*. Assim, ABB defende aqui o concurso aparente.

Silva Dias também diz que, punindo só por tentativa, se estará a punir exatamente da mesma forma a pessoa que tenta e não acerta e a pessoa que tenta e acerta. Isto não é verdade, para ABB. A pena da tentativa é de tal forma ampla que nessa moldura penal se terá em conta ter havido ou não ofensa corporal grave, na determinação da medida concreta da pena.

Olhemos, primeiro, ao 23º:

## CP | ARTIGO 23º

(Punibilidade da tentativa)

(...)

2 — A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada.

(...)

Admita-se que estamos perante homicídio qualificado; o 23º, 2. remete-nos para o 73º.

## CP | ARTIGO 73º

(Termos da atenuação especial)

1 — Sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável:

a) O limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço;

b) O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a três anos e ao mínimo legal se for inferior;

c) O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal;

d) Se o limite máximo da pena de prisão não for superior a três anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites gerais.

2 — A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais.

No caso da tentativa, há atenuação especial da pena; e quando há atenuação especial da pena, tem-se que, antes de mais, o limite máximo de 25 anos é reduzido de um terço, ou seja, para 16 anos e 8 meses. O limite mínimo, sendo igual ou superior a 3 anos, é reduzido a um quinto; um quinto de 12 anos são 2 anos e 6 meses. A moldura penal passa a ser esta: entre 2 anos e 6 meses, e 16 anos e 8

meses. Entre estas molduras, podemos ter em conta o fator ofensa corporal grave. Assim, não se pune da mesma forma quem nada consegue e quem tenta e acerta.

Nota: no exercício sobre o acórdão da violência doméstica, a difamação é “engolida” pela violência doméstica. Há aí concurso aparente, para ABB. A difamação é um mau trato psíquico. Mas isto é discutível.

Nota 2: nesse exercício qual a relação entre a violência doméstica e a violação? O mais importante é distinguir o concurso aparente do concurso efetivo. “Se fôssemos ver 30 autores, veríamos 30 formas de distinguir as relações no concurso aparente”. Ao punir por uma norma, conseguimos esgotar o ilícito criminal praticado pelo agente? É este o critério determinante. Mas é bom perceber as relações que existem, porque são elas que nos permitem perceber quando se esgota o ilícito criminal. Há relações meio-fim, há certos tipos que só se aplicam quando outros não são aplicáveis, etc. Isto ajuda-nos a perceber quando um ilícito abarca tudo.

Nota 3: a consunção ocorre quando a aplicação de uma norma consome o ilícito de uma outra norma. A relação que existe entre essas duas normas, normalmente, é crime-meio e crime-fim. Por norma, o crime-fim abarca o crime-meio; e, ao punir-se pelo crime-fim, já se pune pelo crime-meio. Mas o que é que acontece é que, às vezes, o crime-meio é punido mais gravemente do que o crime-fim. Aí, para realmente se punir todo o ilícito praticado pelo agente, há que punir pela pena mais grave – que, neste caso, está no crime-meio. Fala-se, assim, de consunção pura e consunção impura.

Nota 4: para JFD, a única relação de concurso aparente é a de consunção. Por se tratar de um concurso aparente, as duas normas são aplicáveis abstratamente; por isso, há que ter em conta a previsão da norma-fim e a estatuição da norma-meio. Não se viola o princípio da legalidade; como as duas normas são abstratamente aplicáveis, o agente podia contar com isto.

## HIPÓTESE 24

António violou Beatriz, tendo para o efeito rasgado por completo a sua roupa e ofendido a sua integridade física. O juiz de julgamento hesita em punir António apenas por um crime de violação (164º) ou em concurso efetivo por um crime de dano (212º) e um crime de ofensas à integridade física (143º). *Quid juris?*

Neste caso, só se puniria pelo crime de violação. Punir por concurso efetivo entre dano e crime de ofensas não é possível; fazendo-o, não estaremos a consumir ou esgotar o ilícito criminal praticado pelo agente.

Qual a relação entre o crime de violação e os crimes de dano e ofensas à integridade física?

A relação entre a violação e ofensas à integridade física e a relação entre a violação e o dano são relações meio-fim (consunção). Quer o crime de ofensas, quer o crime de dano são instrumentais à violação, e estão abarcados no tipo da violação. É por isso que o concurso é aparente: ao punir pelo crime de violação, já conseguimos abarcar o conteúdo ilícito das ofensas e o conteúdo ilícito do dano.

Nota: embora a violação seja em si uma ofensa à integridade física, pode, eventualmente, haver violação sem crime de ofensas à integridade física.

Mas ABB acrescenta um pormenor: e se o homem era sádico e furou o olho à rapariga? Aí a situação já seria diferente. Numa hipótese destas, já teríamos de punir por concurso verdadeiro (entre violação e ofensas à integridade física grave). Quando se excede à tipicamente instrumental, o agente deve ser punido em concurso efetivo (entre o crime-fim e o “crime-meio”).

---

E qual seria a relação existente entre violência doméstica e ofensa à integridade física grave? Sempre que estivermos perante o crime de violência doméstica e outros crimes mais gravemente punidos, o que nos diz o nosso legislador no 152º, 1.º? Há subsidiariedade expressa – “se pena mais

*grave lhe não couber por força de outra disposição legal*". Quando o legislador expressamente diz isto, as hipóteses são uma violência doméstica como ofensa à integridade física grave. A violência doméstica é punida com 1 a 5 anos de prisão; a ofensa corporal grave é punida com 2 a 10 anos. O agente é punido por ofensa corporal grave; o legislador expressamente o diz, porque à ofensa corporal grave cabe uma pena mais gravosa. É uma relação de subsidiariedade expressa – e não consunção, apesar de termos um meio e um fim.

Muito mais importante do que falar em subsidiariedade expressa ou consunção, porém, é perceber que há um concurso aparente e que se pune apenas o crime mais grave: as ofensas corporais graves.

### Acórdão 303/05 TC

*-Exercício: ler pontos 1 e 2, e a partir do ponto 9. Identificar a questão levantada e quais os argumentos apresentados a favor e contra a questão. Não interessa a definição de documento.*

Este acórdão trata da relação entre o crime de burla e o crime de falsificação de documentos. Neste caso, A foi condenado por uma série de crimes. Para o recorrente, a condenação em concurso aparente viola determinados artigos da CRP. Para já, vamos concentrar-nos na violação do 29º, 5. da CRP, que consagra o princípio *ne bis in idem*.

Por que é que o TC defende haver aqui um concurso efetivo? Os bens jurídicos são diferentes. O argumento do TC é o seguinte: como os bens jurídicos tutelados pela burla e pela falsificação de documentos são distintos, há que punir por ambos. *Quid juris?* Tem ou não razão o TC? A decisão por concurso verdadeiro ou aparente deve ser a diferença entre os bens jurídicos tutelados? Não. A violação abrange a propriedade sobre o vestido. A unicidade do sentido do ilícito – saber se uma norma esgota a substância criminosa do comportamento – não inclui apenas o critério do bem jurídico. Por vezes, agarramo-nos nesse critério; mas, na verdade, que nos importa é apenas saber se a punição por uma norma consegue abarcar toda a ilicitude criminal praticada pelo agente. Quando há uma relação meio-fim, mesmo que o crime-meio tutele um bem jurídico diferente do crime-fim, o certo

é que, como a relação entre eles foi instrumental, o crime-fim consegue abarcar toda a ilicitude criminal praticada pelo agente. Assim, na ótica de ABB, se o homem praticou o crime de falsificação de documento apenas com o objetivo de fazer burlar, então o crime de falsificação foi apenas um meio para a burla (fim). Teríamos uma relação de consunção, e um concurso aparente – sob pena de violar o *ne bis in idem*.

Há, porém, algo de muito relevante dito no acórdão: o TC diz que o que está por detrás do *ne bis in idem*, por sua vez, é o princípio da proporcionalidade. Se, ao punir como crime-fim, já estou a abarcar o crime que foi utilizado como instrumento para alcançar esse fim, não faz sentido, à luz do princípio da intervenção mínima do direito penal, punir por concurso efetivo. Nem sempre se aplica o critério utilizado pelo TC (um ou mais bens jurídicos violados); o critério principal é o de esgotar todo o ilícito criminal praticado pelo agente.

Para ABB, tudo depende de saber se o agente efetuou a falsificação apenas para burlar. Se falsificou para fazer mais coisas, então já estamos noutra patamar – e aí, já terá de ser punido pelo crime de falsificação, porque estará autonomamente a pôr em causa a fé pública.

---

### Acórdão 156/2004 TC

Um outro acórdão muito interessante do TC é o 156/2004. Este acórdão já fala na relação entre os crimes de tráfico de estupefacientes (previsto no DL 15/93, artº 21º, 1.) e branqueamento de capitais (previsto no 368º, a) do CP). Ora, o que aqui temos são dois ilícitos criminais totalmente diferentes.



**7 DEZ 2018**

**Conceitos-chave:** Esclarecimento de dúvidas.

Teste: 1h15 – 1h30 (dependendo da inspiração de ABB)

Só é possível levar CP e CRP (não anotados)

O teste ou será um caso prático, ou então um caso prático pequeno e duas questões teóricas pequenas (por ex., “distinga previsão geral positiva e negativa).

O teste conta 50%, só para melhorar, até 2 valores de subida.

#### Dúvidas:

>>> O 6º, 3. diz claramente que as restrições não se aplicam quando funcionaram a alínea a) ou a alínea b) do art.º 5º. Como estão em causa interesses internacionais ou nacionais fundamentais, não há razão para o agente beneficiar da pena estrangeira mais favorável.

>>> E quando funcionamos com o 4º, podemos ter em conta o 6º, 2.? O que a maior parte da doutrina defende é que, se houver elementos de conexão suficientemente fortes entre o agente e a lei estrangeira, poder-se-á ter em conta também o 6º, 2. quando se trabalha com o princípio da territorialidade (mas tem de se provar o elemento de conexão).

>>> Sempre que se chegar à conclusão de que a pena em concreto é mais favorável ao agente à luz da lei estrangeira, devemos calcular a pena à luz dessa lei estrangeira. Vigora o princípio do tratamento mais favorável ao arguido.

>>> Por vezes, torna-se necessário ver, em concreto, qual a moldura legal que é mais favorável. A determinação tem de ser feita *in concreto*.

>>> O princípio da necessidade da pena tanto pode ter por detrás um critério qualitativo com um critério quantitativo. Quando estão em causa bens jurídicos essenciais, vai atuar o direito penal

>>> ABB, ao contrário de vários autores, não acha que o prof. Eduardo Correia tenha adotado o critério da unidade ou pluralidade de resoluções criminosas, mas sim a quantidade de juízos de valor negados por parte do agente.

>>> O *dolus generalis* significa que o agente, ao praticar a primeira conduta, já tinha pensado na segunda, então a primeira solução abrange já a segunda ação. Assim, consideram-se estas duas ações como uma só.

>>> Qual é o fim da ameaça penal? Prevenir a prática de futuros crimes por parte da generalidade da comunidade. Qual a diferença entre prevenção geral positiva e negativa? A prevenção geral positiva diz que isto é feito, ao aplicar a norma, mostrando à sociedade que o direito penal é eficaz e que quem viola a lei é punido. Já a prevenção geral negativa diz “eu consigo evitar que outras pessoas pratiquem crimes porque, ao aplicar a pena, estou a intimidá-los”. Para ABB, sempre que atua a prevenção geral, ela atua das duas formas (mas podendo dar-se mais valor a uma ou a outra).

>>> 132º: 12 a 25 anos. 131º: 8 a 16 anos. O legislador diz: se alguém matar uma pessoa em situações que revelem especial censurabilidade ou perversidade, a pena vai variar entre 12 e 25 anos. Ora, esta censurabilidade tem a ver com a culpa. A culpa, em termos formais, é um juízo de censura que se dirige ao agente pelo facto de, podendo ter-se determinado pelo direito, não o ter feito. Já a ilicitude é um juízo de desvalor que se faz ao comportamento. No homicídio qualificado, há um considerável aumento da pena porque a situação em que o agente atuou revela especial censurabilidade; revela que os motivos pelos quais o agente atuou mostram uma atitude bastante negativa face ao direito; e por isso legislador faz variar a pena entre 12 e 25 anos. Ao fazê-lo, o legislador está a dizer que a culpa varia entre um máximo e um mínimo; não estabelece um limite exato. O prof. Figueiredo Dias diz que a culpa não se pode ultrapassar; ABB concorda, mas acha que, na verdade, há uma moldura com um máximo e um mínimo. A diferença entre o homicídio privilegiado e o qualificado é, que no homicídio privilegiado, o juízo de censura é diminuto, porque a pessoa está numa situação de desespero, e a sua atitude face ao direito não pode ser avaliada da mesma maneira como face ao homicídio qualificado.

>>> Quando se fala em princípio da culpa em direito penal, pensa-se num “não há pena sem culpa”. Mas esta culpa não é só a culpa em que se analisa a ligação do agente com o direito, mas também a culpa em sentido amplo, em que se analisa a ligação entre sujeito e facto. Quando a culpa surge a propósito do princípio da culpa (“não há pena sem culpa”), abrange vários sentidos da culpa: o mais amplo, de que estivemos a falar, mas também se está a dizer que não há possibilidade de pena sem se provar que há uma ligação subjetiva do sujeito com o facto. Em direito penal, ao contrário do que acontece no direito civil, não há responsabilidade objetiva.

>>> Se um sonâmbulo sabe que irá ser agressivo quando se deita ao lado de alguma pessoa, temos a ação livre na causa – estudaremos mais tarde.

>>> A pena não pode estar acima da medida da culpa, mas pode estar abaixo – por razões de prevenção especial, por exemplo. E veja-se no caso de a tentativa não ser punida se o crime consumado não ser punido acima dos três anos de prisão: aí falta a punibilidade.

>>> O princípio *ne bis in idem* tem duas vertentes. Se uma pessoa foi sujeita a um processo penal sobre um determinado facto, não pode sujeita a um outro processo penal sobre o mesmo facto.

>>> A pena de multa pode ser convertida em pena de prisão (se não for cumprida).

>>> O 83º, 1. fala na possibilidade de haver uma pena relativamente indeterminada. A isto chamamos os delinquentes especialmente perigosos. Se interpretarmos esta norma no sentido de a pena poder ir além dos 25 anos, é claramente inconstitucional. Além disso, viola o princípio da culpa. Face ao princípio da culpa, não é possível haver uma pena indeterminada, para ABB. No caso de um delincente tendencialmente perigoso, em que por um lado há culpa e por outro lado ele é perigoso, há que juntar a culpa com a medida de segurança.

O legislador dá a entender que, num segundo internamento, não há limite, e seria uma medida segurança *ad aeternum*. Ora, isto faz discutir a

constitucionalidade dessa possibilidade. O limite máximo de uma pena de prisão é de 25 anos.

>>> 10º CP - a comissão de um resultado por omissão diz respeito às omissões puras. Só pode ser punido por essa omissão quem tem um dever especial de agir; não é qualquer pessoa. A questão que se coloca é: quem tem dever especial de agir? Há dois critérios. O critério formal diz que o especial dever de agir pode advir da lei, de contrato ou por ingerência (*i.e.*, quando a própria pessoa põe a outra em perigo). Mas este critério é insuficiente; há ainda outro – o critério material. Nota: isto é matéria de Teoria do Crime.

A omissão impura está relacionada causalmente com o resultado; aí, só pode ser punido quem tem dever especial de agir.

*Exemplo: imagine-se que somos a única pessoa na praia, e podemos facilmente salvar uma pessoa que está a afogar-se. Se não a salvarmos, podemos ser punidos por homicídio? O dever de solidariedade deve ir a esse ponto? Claro que sim! Exige-se um esforço mínimo.*

>>> Há duas teorias da retribuição. Por um lado, há as teorias retributivas superficiais (“olho por olho, dente por dente”), que dizem que a pena é um mal devido a um mal. A teoria da reparação, defendida por J. Sousa Brito, diz-nos que a pena visa reparar o dano que o crime causa. A pena tem de se justificar face à realização do crime. Quando se diz que a pena visa reparar o dano que o crime causa, está a justificar-se a pena face à própria realização do crime. Ora, um dos danos que o crime causa é o dano da culpa. Quando uma pessoa comete um crime, o seu valor social diminui face à sociedade. Há que reparar esse dano de acordo com a culpa que a pessoa teve. Uma das grandes vantagens das teorias da reparação foi, precisamente, chamar a atenção para a culpa: a pena não pode ir para lá da culpa do próprio. A reparação do dano da culpa tem a ver com o dano que é causado ao agente. Como é que se recupera a diminuição do valor pessoal que a pessoa sofreu ao praticar o crime? É com isto que esta teoria da reparação se preocupa. A principal razão para apoiarmos esta teoria é não sermos sujeitos à crítica de utilizar o delincente só como instrumento ou exemplo. Temos de pensar no próprio delincente. Mas isto não significa, como

alguns interpretam, que se defenda a lei do talião.  
Não é esse o objetivo aqui.