Francisco do Rosário Monsanto Ludovino Reis

FDUNL i 2018

Teoria da Lei penal

Índice

[Índice 1](#_Toc535243873)

[Conceitos fundamentais do Direito Penal – a definição de crime 3](#_Toc535243874)

[Definição de direito penal 3](#_Toc535243875)

[Constituição da normal penal 5](#_Toc535243876)

[A parte geral e especial do direito penal 5](#_Toc535243877)

[Localização do Direito Penal no Ordenamento Jurídico 5](#_Toc535243878)

[A pena em Direito Penal 6](#_Toc535243879)

[O princípio da legalidade (breve remissão e introdução) 7](#_Toc535243880)

[Direito Penal Nuclear e Direito Penal Secundário 8](#_Toc535243881)

[O caráter subsidiário do Direito Penal 8](#_Toc535243882)

[Breve referência à Teoria do Crime 8](#_Toc535243883)

[A finalidade da pena (breve remissão) 10](#_Toc535243884)

[Direito Penal e Direito das Contraordenações 10](#_Toc535243885)

[Conceções do conceito de crime 16](#_Toc535243886)

[A perspetiva positivista-legalista 17](#_Toc535243887)

[A perspetiva positivista-sociológica (Garofalo, 1885) 17](#_Toc535243888)

[Perspetiva moral (ético)-social (Welzel, 1947) 18](#_Toc535243889)

[Conceção funcional-racional 18](#_Toc535243890)

[Uma definição correta e concreta de bem jurídico? 21](#_Toc535243891)

[Um breve resumo 22](#_Toc535243892)

[A necessidade da tutela penal como o outro elemento da conceção funcional-racional 22](#_Toc535243893)

[Críticas à conceção adotada sobre conceito material de crime 23](#_Toc535243894)

[Comportamentos que devem ser considerados como crime segundo o seu conceito material 24](#_Toc535243895)

[A eutanásia 24](#_Toc535243896)

[A Bigamia (artigo 247 do CP) 25](#_Toc535243897)

[O Aborto 26](#_Toc535243898)

[O lenocínio 26](#_Toc535243899)

[O consumo de droga e a ação de fumar 27](#_Toc535243900)

[Fins das penas 27](#_Toc535243901)

[O que é que legitima o Estado a aplicar uma pena? Quais as suas finalidades ao aplicar uma pena? 27](#_Toc535243902)

[Através das penas o Direito Penal visa alcançar algo? Quais as finalidades que as penas devem ter para que o Direito Penal possa operar? 27](#_Toc535243903)

[Teorias absolutas (ou retributivas) 28](#_Toc535243904)

[Teorias relativas preventivas (prevenção geral e especial) 30](#_Toc535243905)

[Teorias mistas ou unificadoras 34](#_Toc535243906)

[A opinião doutrinária de Roxin sobre a prevenção integral 34](#_Toc535243907)

[A experiência Portuguesa – legislação e doutrina 35](#_Toc535243908)

[Cálculo da medida da pena 38](#_Toc535243909)

[Medidas de segurança vs. penas 40](#_Toc535243910)

[Noção, finalidade e âmbito de aplicação 40](#_Toc535243911)

[A legitimidade da medida de segurança 42](#_Toc535243912)

[O regime em vigor 42](#_Toc535243913)

[Sistema de vicariato na execução 42](#_Toc535243914)

[Princípios fundamentais do Direito Penal 44](#_Toc535243915)

[Princípio da culpa 45](#_Toc535243916)

[Princípio da necessidade da pena ou da máxima restrição das penas (artigo 2º e 18º da CRP) 46](#_Toc535243917)

[Princípio da igualdade (artigo 13 da CRP) 46](#_Toc535243918)

[Princípio da jurisdicionalidade 47](#_Toc535243919)

[Princípio da humanidade das penas 47](#_Toc535243920)

[Do princípio da legalidade em especial 47](#_Toc535243921)

[Uma abordagem histórica 47](#_Toc535243922)

[Noção básica 48](#_Toc535243923)

[Os fundamentos do princípio da legalidade 49](#_Toc535243924)

[Âmbito de aplicação do princípio da legalidade (a que normas penais é que este princípio poderá ser aplicado?) 50](#_Toc535243925)

[Princípio relativo às fontes do Direito Penal 52](#_Toc535243926)

[Princípio da tipicidade ou determinação das normais penais incriminadoras 54](#_Toc535243927)

[Princípio da proibição de analogia 56](#_Toc535243928)

[Casos práticos – Princípio da legalidade 61](#_Toc535243929)

[Aplicação da lei penal no tempo – princípio da irretroatividade da lei penal 63](#_Toc535243930)

[Princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável 66](#_Toc535243931)

[Noção geral e pressupostos 66](#_Toc535243932)

[Leis temporárias ou leis de emergência 69](#_Toc535243933)

[Lei penal intermédia 70](#_Toc535243934)

[A declaração de inconstitucionalidade da lei penal 70](#_Toc535243935)

[Casos práticos – aplicação da lei penal no tempo 70](#_Toc535243936)

[Aplicação da lei penal no espaço 79](#_Toc535243937)

[Breve introdução 79](#_Toc535243938)

[Princípio da territorialidade 80](#_Toc535243939)

[Lugar da prática do facto 81](#_Toc535243940)

[A tentativa 83](#_Toc535243941)

[O território nacional 83](#_Toc535243942)

[Princípios complementares ou subsidiários 84](#_Toc535243943)

[Artigo 6º do CP 89](#_Toc535243944)

[Casos práticos – aplicação da lei penal no espaço 90](#_Toc535243945)

[Aplicação da lei penal quanto às pessoas 98](#_Toc535243946)

[O Presidente da República 98](#_Toc535243947)

[Os deputados 99](#_Toc535243948)

[Deputados ao parlamento europeu 100](#_Toc535243949)

[Imunidades diplomáticas 100](#_Toc535243950)

[Porque é que doutrina sentiu necessidade de criar uma teoria do crime? 101](#_Toc535243951)

[A ação 102](#_Toc535243952)

[A tipicidade 102](#_Toc535243953)

[A ilicitude 104](#_Toc535243954)

[Culpa 104](#_Toc535243955)

[Punibilidade 104](#_Toc535243956)

[Concurso de crimes e normas 105](#_Toc535243957)

[O concurso verdadeiro e efetivo – o olhar da doutrina 106](#_Toc535243958)

[As modalidades de concurso efetivo e aparente 109](#_Toc535243959)

[A posição de Figueiredo Dias 112](#_Toc535243960)

[Casos práticos – concurso efetivo e aparente 113](#_Toc535243961)

[Acórdão da Relação de Lisboa 1152/2015 116](#_Toc535243962)

[Acórdão do TC nº 303/05 – pontos 1, 2, 9 e seguintes. 117](#_Toc535243963)

[Correção do teste 118](#_Toc535243964)

Conceitos fundamentais do Direito Penal – a definição de crime

Definição de direito penal

O conjunto de normas do Direito Penal tem como função fazer corresponder a uma certa situação de facto descrita pormenorizadamente, a que se chama **crime**, uma certa sanção gravosa a que se chama **pena**, no seu sentido mais rigoroso e característico; a pena pressupõe a existência de **culpa**. Quando não existe culpa, o Direito Penal prevê outro tipo de consequências jurídicas: as **medidas de segurança[[1]](#footnote-1)**.

* Vejamos o artigo 131 do CP que diz “quem matar outrem será punido com prisão de oito a dezasseis anos”. Neste artigo, é particularmente óbvia a estrutura acima referida: “quem matar outrem” descreve uma certa situação de facto (crime) e “será punido com prisão de oito a dezasseis anos” é a estatuição, ou seja, define a consequência jurídica do agente que praticou o crime.

Porém, existem normas presentes na parte geral do código, que carecem deste regime.

A noção de Direito Penal pode ter diversas finalidades: podemos identificar Direito Penal como um ramo de direito ao lado de tantos outros e, nesse caso, pode ser definido como conjunto de normas jurídicas que regulam o comportamento humano; por outro lado, a expressão Direito Penal pode também fazer referência à ciência que estuda esse ramo do direito.

Mas quando é que uma norma jurídica pode ser considerada direito penal?

* As normas que cabem indubitavelmente neste conceito são aquelas que prescrevem uma certa consequência (pena ou medida de segurança), sempre que se realize determinado comportamento ilícito (exemplos: artigos 131 e 203 do CP).

Porém, a Professora Maria Fernanda Palma defende que não poderemos considerar uma norma como Direito Penal apenas porque o legislador definiu a sua previsão como crime e a sua estatuição como pena ou medida de segurança. Por exemplo, se o legislador vier a considerar como crime a conduta de “falar mal do governo” e estabelecer, por exemplo, pena de 1 a 5 anos, não está a criar uma norma penal, apesar de essa ter sido a sua intenção. O crime e a pena têm um conteúdo pré-legislativo indisponível; assim, o direito não pode criar o seu objeto, mas antes legislar sobre realidades baseadas na ação da sociedade.

* Só é criminoso o comportamento que mereça uma pena;
* A partir do momento em que a norma é considerada direito penal, a mesma vai estar sujeita a um regime próprio, havendo determinadas regras que se aplicam a ela.

Em última análise para percebermos o direito penal temos que captar a sua essência como um problema filosófico que vai além do direito positivo. Há conceitos prévios a essa norma a ter em conta.

Para avaliar se aquela norma é uma norma penal não interessa apenas a sua existência enquanto norma penal; é preciso averiguar se aquele comportamento merece ser punido com aquela consequência (conceito pré-jurídico). Assim, há que perceber qual o conceito material, ou seja, o porquê de o legislador a considerar como uma norma penal.

**O direito penal em sentido amplo**

Muito frequentemente refere-se a existência de um Direito Penal em sentido amplo que pode conter:

* **Direito Penal Substantivo** – define os pressupostos de crime e estabelece consequências ou efeitos para a verificação de determinados pressupostos;
* **Direito Processual Penal** – regulamenta os modos de realização prática do poder punitivo do Estado;
* **Direito Penal Executivo** – estatui sobre a efetiva execução da penas e/ou medidas de segurança.

Porém, quando no mundo jurídico se fala em “direito penal”, é em regra, tão só o direito penal substantivo que se quer abranger.

Constituição da normal penal

Na norma penal temos sempre:

* um agente (quem?);
* uma ação ou uma omissão (crime);
* um ofendido (outrem);
* uma pena;
* sujeito incumbido de punir – Estado.

Assim, existem sempre duas ações (o crime e o ato de punir), dois sujeitos (o agente, dado que haver crime sem alguém que o pratique e o Estado que vai aplicar a pena). Nota: uma das formas de realização do crime é a tentativa, pelo que o ofendido não é um sujeito obrigatório.

A parte geral e especial do direito penal

O direito penal compõe-se de uma **parte geral** (artigos 1 a 130 do CP) e de uma **parte especial** (artigos 131 e ss. do CP), sendo esta a própria divisão do Código Penal. Assim, na parte geral são definidos os pressupostos de aplicação da lei penal, os elementos constitutivos do conceito de crime e as consequências gerais da prática de um crime. Na parte especial estabelecem-se os crimes singulares e as consequências para a prática de cada um desses crimes.

Localização do Direito Penal no Ordenamento Jurídico

As normas de DP são normas de **Direito Público**, de acordo com o critério do sujeito, em que o Estado atua revestido pelo poder público. Tendo em conta o critério dos interesses, como o objetivo central das normas penais é a proteção de bens jurídicos fundamentais para assegurar a paz e segurança pública, podemos dizer que este fim é **um interesse público**. Neste sentido, só podia ser público, o direito que atribui as sanções mais gravosas do ordenamento jurídico.

Existe uma estreita relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional na medida em que os instrumentos sancionatórios de DP representam negações fortíssimas ou limitações dos direitos fundamentais das pessoas. Assim, estes dois ramos terão de apresentar uma conexão quase perfeita, com o DP a depender analogamente ao DC.

Importa também referir que este Direito é essencialmente intraestadual, isto é, a fonte formal do Direito Penal é o Estado, embora seja possível assistir a um **incremento da relevância do direito Internacional em matéria penal.** Por exemplo, a DUDH, ou a CEDH são algumas normas de direito internacional de conteúdo jurídico-penal e de relevo indiscutíveis para a aplicação do direito penal.

No Estado atual da integração europeia não existe ainda um direito penal comunitário. Mas será que a Comunidade Europeia possui uma competência Penal?

* Dado o estado atual da integração europeia, tal não parece ser possível, pois o DP é marcadamente estadual. Porém, tal não significa que as normas europeias não tenham influência no Direito penal português.
* Depois do Tratado de Amesterdão, tentou-se harmonizar o DP dos EM, havendo uma cooperação europeia na legislação.
* Porém, dada a prevalência do Direito da União Europeia sobre o direito nacional, o legislador nacional não poderá qualificar como penalmente ilícitas condutas autorizadas ou exigidas pelo direito comunitário.

A pena em Direito Penal

A norma penal, ao estabelecer uma **pena[[2]](#footnote-2)**, está a descrever uma das relações possíveis entre o individuo e o Estado, que é provocada pela **prática de um crime**. Para ser possível compreender o conceito de norma penal ou a essência do direito penal, temos que ter em conta as várias teorias do Estado e quando é que o Estado sente necessidade de atuar perante o agente. Assim, a pena é o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e um certo espaço.

A pena característica do direito penal é a pena de prisão. Porém, existem outras, presentes nos artigos 40 e ss. Hoje em dia, tende-se cada vez mais a substituir a pena de prisão, sobretudo a curta, pela pena de multa; porém, a pedido do agente, continua a ser possível a conversão da pena de multa em prisão, o que faz evidencia que a **possibilidade de privação da liberdade** está sempre presente.

Com a entrada em vigor da CRP e do seu artigo 27/2, pôs-se o problema de saber se as pessoas, por exemplo, que fossem condenadas a uma multa, podiam ser presas no caso de não pagarem essa multa. Porém, o DL nº 371/77, veio resolver a questão e estatuir que sempre que uma pessoa seja condenada a uma pena de multa é condenada, logo em alternativa, na pena de prisão que lhe corresponde. Assim, é conferido ao autor da conduta considerada como crime, duas hipóteses (artigo 45 do CP):

* Pagamento de multa;
* Submissão a prisão.

O princípio da legalidade (breve remissão e introdução)

Não havendo crime sem pena, o princípio da legalidade estabelece que não poderá ser aplicada qualquer pena que não esteja prevista na lei. Mesmo no caso das omissões, o legislador necessita de criar uma norma geral que estabeleça certa conduta como crime e quais as penas aplicáveis.

* Proíbe-se assim o preenchimento de lacunas por via analógica, ao contrário do que sucede nos outros ramos de direito.

Também a proibição de aplicação retroativa da lei penal foi uma importante evolução constitucional, na medida em que é conferida uma maior segurança jurídica ao réu. Mas, e no caso de a lei nova beneficiar o réu, considera-se que a mesma pode ser passível de aplicação retroativa.

Por outro lado, Maria Fernanda Palma complementa este princípio com a ideia de que não poderá aplicar-se uma sanção penal sem que se verifique um caso para o qual está previamente determinada na lei a aplicação dessa sanção.

Direito Penal Nuclear e Direito Penal Secundário

O **Direito Penal Nuclear** corresponde ao direito penal que se encontra na parte especial do Código Penal em que estão postos em causa os bens jurídicos essenciais como a vida, a honra, etc. Por sua vez, o **Direito Penal Secundário** ou Acessório, não vem no Código Penal, encontrando-se em legislação avulsa, que tem como finalidade salvaguardar os bens relacionados com a atividade financeira e económica do Estado (por exemplo, o regime das infrações contra a economia nacional ou contra a saúde pública).

O caráter subsidiário do Direito Penal

Em Portugal, o Direito Penal só deverá interferir ou tomar conta de um certo tipo de condutas, quando isso for por um lado **eficaz** e por outro **necessário**. Só tem sentido considerar certos atos como crime quando não forem suficientes outro tipo de medidas (que podem ser, por exemplo, medidas civis ou administrativas). Por outro lado, é necessário também que a incriminação seja eficaz.

* Por exemplo, relativamente ao adultério, parece não ser necessário criminalizar essa ação, na medida em que o instituto civilista do divórcio servirá como consequência bastante do adultério.
* Por exemplo, relativamente a um furto **mínimo**, também não se vê motivos para a intervenção do Direito Penal, na medida em que o instituto da “responsabilidade civil” resolverá o problema. Será exequível que o tribunal gaste horas e horas a discutir penalmente, a condenação de alguém que furtou 10 euros de uma carteira?
* Relativamente à sua eficácia, seria eficaz, antigamente, punir o aborto? Parece que não pois a incriminação, potencia mortes e problemas de saúde, com mulheres a recorrerem muitas vezes a clínicas clandestinas.

Em suma, o Direito Penal só deverá punir certo comportamento como crime, quando isso se torne essencial à subsistência da própria comunidade (“o DP só deve intervir quando não há outro remédio e na medida em que seja eficaz”).

* O artigo 18/2 da CRP está na origem desta ideia, na medida em que o DP significa uma importante redução do conteúdo dos direitos individuais.

Breve referência à Teoria do Crime

Outra forma de definir crime, materialmente, é através da descrição dos seus elementos essenciais. Desta forma, encontrar uma definição material de crime é responder de forma direta às seguintes questões:

* Que atos devem então ser considerados como crime?
* Será legitimo que o CP pegue num certo ato e o classifique como crime?
* Quais as qualidades que certo comportamento ou conduta deve revestir para ser considerado como crime?

Descobrir o conceito material de crime é indicar ao legislador as condutas que ele deve ou não criminalizar, segundo determinados pressupostos que serão estudados em teoria do crime:

Em primeiro lugar, importa averiguar se a ação cabe num tipo de crime, **tipificado** na letra da lei. Posteriormente teremos de avaliar a sua **ilicitude** (por exemplo, se A dispara sobre B em legítima defesa, apesar de estarmos perante uma ação típica, não é ilícita pois a legitima defesa é uma causa de exclusão de ilicitude).

Em seguida, teremos de verificar se a ação foi **culposa**; a culpa é um juízo de valor que resulta da relação do individuo com o Direito, havendo uma censura feita ao mesmo pois tendo tido a oportunidade de agir consoante o Direito, não o fez. Para haver culpa, tem de haver capacidade de culpa: um menor, por exemplo, não a tem e por isso mesmo é considerado inimputável (art. 20º).

Quando alguém que é inimputável lesa outrem, não se pode aplicar a pena de prisão porque esta pressupõe culpa; nesse caso, vai ser aplicada uma medida de segurança.

* Porém, nestes casos coloca-se a dúvida estarmos ou não perante uma norma penal? Consoante a maioria da doutrina sim, pois a função da medida de segurança é similar à medida de prisão, pois visamos proteger bens essenciais à vida social.

Há quem defenda que o Estado se deve abster de se meter com o direito penal, em zonas que no fundo dizem respeito à moral privada das pessoas e de que são tradicionalmente exemplos: a homossexualidade, a prostituição, adultério, etc.

* Neste campo, existiu um avanço histórico, na medida em que muitos destes crimes eram punidos, inclusivamente, com pena de morte.

Assim, o direito penal deverá deixar de lado, atos que têm que ver com a moral privada das pessoas, atos que podem eventualmente causar prejuízo, mas cujo problema pode ser resolvido pelo Direito Civil ou ainda atos cuja incriminação se torne inútil.

Em suma, o DP deverá apenas proteger bens jurídicos fundamentais da própria sociedade, que variam de Estado para Estado; o quadro **constitucional de valores é sempre o ponto de partida**. Podemos apontar a seguinte definição para o conceito material de crime, dada pela Professora:

* O conceito material de crime é o que vai dizer ao legislador o que ele deve considerar como crime, respondendo à questão de saber quais as qualidades que o comportamento humano deve revestir para que o legislador se torne legitimado a considerá-lo como tal. Por isso, é possível afirmar que o conceito material de crime é o guia, considerado o direito a constituir e será o padrão crítico do direito vigente.

A finalidade da pena (breve remissão)

Entre as várias finalidades da pena, a prevenção geral do crime adquire particular relevância, na medida em que, quando se aplica uma coima, pretende-se evitar a prática de futuros ilícitos. Mas, para além de prevenir, existe também a finalidade de difusão da mensagem de que o infrator não irá beneficiar de vantagens económicas e patrimoniais pelo seu comportamento.

Direito Penal e Direito das Contraordenações

**Os limites materiais do Direito Penal**

O direito penal é um direito sancionatório, tal como o direito administrativo ou o direito civil; porém, a base nesses direitos é um ilícito civil e não um crime estabelecendo-se penas não criminais. Neste sentido, o Direito em que é mais difícil definir a fronteira com o direito penal é o direito da mera ordenação social ou direito das contraordenações.

Antes de passarmos à análise da dicotomia entre direito da mera ordenação social e direito penal, importa ressalvar o facto, hoje em dia aceite de forma unânime, de que o direito penal é um ramo do direito público sem mais.

**O Direito Penal e o Direito das Contraordenações**

Depois das duas grandes guerras mundiais, o legislador foi **seduzido** pela ideia de colocar o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. Deu-se assim início a um fenómeno de hipercriminalização de condutas.

À luz de uma **sociedade atual** que se move numa lógica de descriminalização, tal pensamento legislativo não seria admissível. Assim, como defende Figueiredo Dias, várias condutas foram “atiradas para fora do direito penal” e consideradas constitutivas apenas de um ilícito administrativo; surgiram então as contraordenações que passavam a formar o direito de mera ordenação social, alcançando os seguintes objetivos:

* Atender à exigência de retirar do âmbito do direito penal um conjunto vasto de infrações de nula ou duvidosa relevância ético-social (por exemplo, multa de estacionamento);
* A necessidade de que essas infrações não fossem ameaçadas por penas criminais, mas antes advertências sociais;
* A conveniência de revestir o processamento dessas infrações de especificidades que permitissem a aplicação das sanções pelos agentes administrativos encarregados de fiscalização e controlo das respetivas atividades (por exemplo, uma coima aplicada pela ASAE ao fiscalizar um restaurante do Pesadelo na Cozinha).
* A libertação dos tribunais judiciais criminais que antes perdiam muito tempo a tratar de questões como uma simples multa de estacionamento.

Nota: foram feitos esforços recentes no sentido de **converter em contraordenações** todas as contravenções e transgressões subsistentes no ordenamento jurídico português que não tinham sido classificadas nem como crime, nem como matéria contraordenacional.

No direito das contraordenações, a conduta ilícita é sancionada com coima. A **coima** é uma sanção exclusivamente patrimonial que coloca em questão apenas finalidades preventivas (negativas); é aplicada por autoridades administrativas (com a possibilidade de recurso para o tribunal) e não pelo tribunal. A coima, ao contrário da pena, não se liga à personalidade do agente, mas antes constitui uma mera admonição como advertência ou reprimenda relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas. Por outro lado, a coima nunca pode culminar em prisão subsidiária como acontece na pena de multa criminal[[3]](#footnote-3). Então o que fazer quando o agente não paga a coima?

* Executar judicialmente o pagamento devido.

Por outro lado, a proteção direta de bens jurídicos apenas ocorre com a incriminação de condutas; com as contraordenações, apenas se pretende uma proteção indireta, longínqua e mediata dos bens jurídicos. Por exemplo, a incriminação do homicídio visa proteger diretamente o bem jurídico vida; por outro lado, na contraordenação de excesso de velocidade, só de uma maneira muito geral, muito mediata e muito longínqua é que se está a proteger o bem jurídico vida que poderiam ser atropeladas por aquela pessoa.

A gravidade da culpa desempenha um papel maior na pena do que na coima, na medida em que a gravidade da culpa do agente é um fator importante na determinação da multa ou pena final; na coima, já não existe tanto essa noção.

* Por exemplo, se eu for a conduzir a 60km/h dentro de uma cidade e alegar que foi a primeira vez, não há alteração da coima. Porém, se for apanhado com uma taxa de 1,3 g/l de álcool no sangue, o facto de alegar que foi a primeira vez, constitui uma atenuante da pena.

**A contribuição doutrinária**

A doutrina tem defendido do **ponto de vista formal** a seguinte distinção: a **contraordenação** distingue-se do **crime** porque a natureza das consequências jurídicas é diferente – enquanto que no **crime** aplica-se uma **pena ou medidas de segurança**, na **contraordenação** aplica-se uma **coima** (não deveremos confundir coima com multa; a multa, se não for cumprida, converte-se em prisão – art. 49º do CP; já a coima nunca se pode converter em prisão).

Porém, em **termos materiais**, a diferença existe nas sanções. Assim, o que deve acontecer para que determinado comportamento seja considerado uma contraordenação e não crime?

Sobre esta matéria, existem **três posições doutrinárias relevantes**:

* Critério quantitativo, em que a diferença entre crime e contraordenação está na gravidade;
* Critério qualitativo (natureza material);
* Há ainda outra parte da doutrina que adota o critério misto em que a diferença será quantitativa ou qualitativa consoante o termo de comparação, isto é, se estivermos perante direito penal **nuclear**, a diferença deve ser qualitativa; já se estivermos perante direito penal secundário, a diferença será quantitativa;

A doutrina maioritária defende uma diferença **qualitativa**, como Figueiredo Dias ou Frederico da Costa Pinto, ainda que nem todos adotem o mesmo critério diferenciador.

* O Prof. Figueiredo Dias considera que o crime se distingue da contraordenação de acordo com um critério *qualitativo* de acordo com o qual **não deve ser abrangido pelo Direito Penal condutas cuja relevância ética-social é consequência das normas que as proíbem** ou seja, aquela conduta não vai atingir bens jurídicos que já existam anteriormente à existência da norma; se ela já era previamente considerada negativa antes da existência da norma então é Direito Penal. Mas se a conduta só tem um desvalor negativo porque existe uma norma a dizê-lo, já estamos no âmbito do Direito de mera organização social (exemplo: art. 81º Código da Estrada – coima; mas no art. 292º do C. Penal).

Com esta comparação, o Prof. conclui que até à taxa de alcoolemia de 1,2 a conduta não é socialmente relevante.

* Já Américo Taipa de Carvalho, defende que, nas contraordenações, existem comportamentos que já são em si socialmente desvaliosos, previamente à existência da norma. Mas o que permite distinguir estes dois Direitos, são os bens jurídicos protegidos por um e por outro Direito.

Assim, o DP vai proteger o que se chama de bens jurídicos pertencentes à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária, fundamentais à vida em comunidade; já ao direito de mera ordenação social protege bens jurídicos, mas que não pertencem a essa estrutura axiológica fundamental.

Assim, Américo Taipa de Carvalho considera que as contraordenações não são condutas sem relevância social; o que acontece é que não pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal (não atingindo a chamada dignidade penal).

* Para o Prof. Frederico Costa Pinto, ao contrário do acima referido, o ilícito de mera ordenação social, ao contrário do ilícito penal, não é socialmente reconhecível e **só passa ser reconhecível se for visto na perspetiva do dever do agente a que está adstrito e que violou**; o que caracteriza o direito de mera organização social é assim facto de o ilícito derivar de uma obrigação que o individuo está adstrito e que viola.
* Neste seguimento, Fernanda Palma enumera uma série de qualidades que a conduta possa ter para que seja considerada contraordenação, entre as quais a mais importante é: conduta com **desvalor ético prévio menor**; tem de haver um menor desvalor da ação que fundamenta o lícito ou seja, uma menor importância na ordem constitucional do objeto direto da ação.
* Para a Professora Conceição Valdágua, a distinção deve ser feita com base no princípio fundamental de Direito Penal, que é o princípio da subsidiariedade do Direito Penal (art. 18º CRP). O DP só deve atuar para a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais, sendo que o Estado só deve de recorrer ao DP como último recurso; **em função da gravidade do ilícito é que se decide se é necessária a intervenção do DP – critério quantitativo**.
* Teresa Pizarro Beleza defende um critério qualitativo na medida em que uma das diferenças entre crime e contraordenação é a censura social; geralmente, as contraordenações têm uma reduzida censura social (a quase ninguém importa se A deixou o carro estacionado em cima do passeio) em comparação com as condutas consideradas como crime (será censurado por todos o crime de homicídio de C a B).

Nota: na doutrina alemã, autores como Stratenwerth e Schmiphauser defendem o critério quantitativo.

Relativamente ao critério misto:

* Na doutrina alemã (Roxin Jakobs), é dada maior relevância ao facto de o bem jurídico protegido ser ou não fundamental – critério qualitativo; mas noutros casos, apesar do bem jurídico ser fundamental, o que vai decidir é a gravidade, e nesses casos está em causa o critério quantitativo.
* O Prof. Silva Dias vem dizer que, se confrontarmos o crime de homicídio com a contraordenação de estacionamento proibido, previsto no art. 50º CE, a diferença é qualitativa. No homicídio esta e causa um bem jurídico fundamental – a vida – e na outra está em causa uma mera organização social. O problema agrava-se com a condução do veículo com taxa de alcoolemia, o critério que passa a estar em destaque é o critério quantitativo.

Nota: há que distinguir as contraordenações tradicionais ou menores das contraordenações modernas ou grandes – para as primeiras temos um regime mais próximo das contraordenações; para as contraordenações graves teremos um regime mais próximo do DP.

**Outros limites do Direito Penal**

* Direito Penal e Direito disciplinar: o ilícito disciplinar é um ilícito interno (exclusivamente virado para o serviço a fim de garantir o bom e eficaz funcionamento dos serviços públicos) enquanto o ilícito penal é próprio dos crimes cometidos no exercício de funções públicas. Neste âmbito, os princípios da necessidade e subsidiariedade têm de ser analisados quando queremos incluir determinada conduta no âmbito do direito penal.
* Direito Penal e Direito Processual: o direito processual visa sancionar comportamentos que violem a ordenação legal-formal de um processo ou representem um abuso intolerável de poderes ou de situações processuais.
* Direito Penal e Direito Privado: este problema revolve-se com o princípio da subsidiariedade; se o direito privado se mostrar suficiente para condenar e sancionar determinada conduta, deverá ser aplicado sem mais. Porém, quando o direito privado se demostre insuficiente, deveremos aplicar, à luz do princípio acima referido, o direito penal.

Também relativamente aos bens jurídicos dignos de proteção, no direito penal, falamos em bens jurídicos de suporte de toda a comunidade; já os bens jurídicos civis são assumidos como particulares, isto é, como interesses do respetivo titular individual. Por outro lado, no Direito Civil as sanções adquirem uma natureza puramente reparadora enquanto no Direito Penal têm uma finalidade meramente preventiva.

Por fim, relativamente a indemnizações a vítimas de crimes penais, existe uma remissão do CP (artigo 129) para a lei civil.

Conceções do conceito de crime

De acordo com o conceito formal, é crime tudo aquilo que o legislador legitimamente considere como tal.

O conceito material, por outro lado, visa ir mais além, dizendo quais as características que o comportamento deve ter para ser considerado como crime, estabelecendo a função e limites do Direito Penal[[4]](#footnote-4).

* Através do conceito material, **descobre-se as características do comportamento** para que o legislador se sinta legitimado a considerar tal comportamento como crime.

A propósito do conceito material de crime, este conceito identifica-se como sendo pré-jurídico ou prévio ao direito penal legislado. Ao contrário do conceito formal, o conceito material está acima do direito penal legislado[[5]](#footnote-5).

Vejamos as principais conceções do conceito material de crime, de forma pedagógica e direta.

A perspetiva positivista-legalista

**Definição material de crime**: segundo esta perspetiva, crime é tudo e só aquilo que o **legislador considerar como tal**, numa coincidência plena com o conceito formal de crime.

**Críticas**: (1) ausência de respostas, na medida em que se remete para o conceito formal de crime sem valorizar o seu conceito material que exige identificar as qualidades que um comportamento deve ter para ser considerado como crime pelo legislador; (2) esta conceção remete-nos para o direito penal legislado sem estabelecer uma noção prévia de crime.

A perspetiva positivista-sociológica (Garofalo, 1885)

Posteriormente surge a conceção positivista sociológica.

**Definição material de crime**: numa conceção positivista social, é crime tudo aquilo que existe e é **considerado na sociedade como tal, causando dano social**. Esse entendimento/consideração da sociedade deve ser criminalizado posteriormente pelo legislador (recorrendo ao conceito formal de crime). Esta conceção apresenta a **vantagem** de ter um conceito pré-legal, padrão, crítico e de guia ao direito vigente.

**Críticas**: (1) a **imprecisão** da definição daquilo que a sociedade considera como crime; (2) é ainda um **conceito demasiado extenso** porque nem tudo o que causa dano social deve ser considerado crime; por exemplo, se A é mal-educado ou mente a B, tal não significa que o seu comportamento deva ser considerado crime apesar de causar algum dano social; (3) a criminalização de condutas visa a **proteção de bens jurídicos** e não a proteção perante uma qualquer ofensividade ou danosidade social.

Perspetiva moral (ético)-social (Welzel, 1947)

Uma outra conceção é a **moral social**.

**Definição material de crime**:crime é um comportamento violador de deveres **morais**, **sociais** e **elementares**, no sentido de regras éticas reconhecidas por todos. Welzel definia crime como todo o comportamento que atenta **contra valores ético-sociais** da ação; assim, o direito penal, mais do que tutelar bens jurídicos, tem como função a **proteção de valores elementares da ação e da atitude**, contribuído para a **formação ética e cívica dos cidadãos[[6]](#footnote-6)** (por exemplo, até 1995, qualquer pornografia era punida, visto constituir uma imoralidade).

**Críticas**: (1) os valores que o direito penal tutela não são valores de ação ou deveres ético-sociais, mas sim valores de resultado (por exemplo, a norma do furto tem como finalidade a proteção do bem jurídico propriedade e não a punição da regra moral de não furtar objetos aos outros); (2) nem mesmo os valores morais dominantes deverão ser tutelados pelo direito penal, uma vez que a CRP permite e obriga o direito penal a respeitar liberdade de consciência de cada um (artigo 41 da CRP); (3) a pena e a medida de segurança não são de todo os instrumentos mais adequados para punir imoralidades; (4) os tribunais não serão as autoridades competentes e legitimadas para julgar a moral mas sim “a divindade e a consciência de cada um” (nas palavras do Professor Figueiredo Dias); (5) uma conceção deste género é puramente desadequada com as sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias.

Nota: as descriminalizações que existiram no nosso direito (por exemplo, o aborto) devem-se, em grande medida, à libertação do direito penal da moral.

Conceção funcional-racional

Posteriormente, surgiu a conceção **funcional racional** que tem um vasto apoio doutrinário, sendo a mais defendida nos dias de hoje.

**Conceito material de crime**: o conceito de crime deve ser encontrado na função que ele desempenha e na função última do direito penal – a proteção subsidiária de bens jurídicos que cuja lesão se revela digna e necessitada de pena.

De acordo com esta conceção, só pode haver criminalização de uma conduta se, com essa criminalização, exista uma tutela de bens jurídicos fundamentais[[7]](#footnote-7) que se revele necessária e eficaz à intervenção social.

**Assim, chegou-se a uma espécie de núcleo essencial sobre o que é um bem jurídico. Mas como se chegou aqui?**

A definição de bem jurídico é uma **definição aberta** na medida em que ainda não foi possível (e dificilmente o será) encontrar uma noção que seja capaz de traçar uma fronteira entre os bens que podem ser criminalizados e aqueles que não o podem ser.

É possível desde já anteciparmos uma definição não perfeita, mas genericamente consensual:

Vejamos a evolução do conceito de bem jurídico:

* Birnbaum definiu bem jurídico como um bem de conteúdo individualista que representa **interesses primordiais do individuo** na sociedade ligado a elementos objetivos e pré positivos de direito natural. Ex: vida, corpo, liberdade e património.
* Já Honig criou o **conceito metodológico** de bem jurídico de raiz normativista. Assim, bem jurídico era uma **forma abreviada de exprimir o sentido e finalidade de um preceito legal**; era uma versão sintética do espírito da lei (de acordo com este conceito, deve-se ir buscar o conceito de bem jurídico ao espírito da lei). Este conceito não serve porque o conceito de bem jurídico terá de ser transcendente ao direito penal legislado; além disso, nem sempre o fim da norma coincide com o bem jurídico (crime da burla: protege o bem jurídico propriedade e a sua finalidade é a proibição do enriquecimento ilícito).
* Jakobs e Stratenwerth defende que devemos de ir buscar o conceito de bem jurídico ao sistema social de uma dada comunidade.
* Já Roxin também defende que é no sistema social que devemos procurar os bens jurídicos, embora esses bens tenham de se transformar e concretizar em bens jurídicos dignos de tutela. Dessa forma vai-se buscar a uma ordem jurídica que está antes do direito legislado – o **direito constitucional**.
* Hassemer defende que o conceito que bem jurídico está relacionado com a Constituição, na medida em que é a mesma que fornece o conjunto de direitos, liberdades e garantias.

Por fim, importa recorrer à tese de Roxin que define **bem jurídico** como entes individualizáveis no plano ôntico 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 manifestação ou ao funcionamento do próprio sistema (e por isso reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica constitucional).

Uma definição correta e concreta de bem jurídico?

Do caminho acima percorrido retiramos que a noção de bem jurídico penalmente relevante **tem de ser dedutível da Constituição**; é a única limitação imposta ao legislador. Todo o bem jurídico tem de encontrar referência na ordem jurídica constitucional, mas nem todo o valor constitucional é um bem jurídico penalmente relevante, tendo em conta:

* O princípio da **necessidade**;
* O princípio da **subsidiariedade**.

Nota: tendo em conta a noção de bem jurídico, faz-se uma distinção entre **direito penal primário ou clássico e direito penal secundário ou extravagante**; no direito penal primário, incluem-se crimes que colidem com bens jurídicos constitucionais relacionados com direitos, liberdades e garantias constitucionais. Por outro lado, no direito penal secundário, os crimes relacionam-se com direitos sociais ligados à organização económica e ao ambiente.

Por um lado, o Estado tem de proteger a **chamada esfera pessoal do homem**, da qual decorrem bens jurídicos pessoais. Para além disso, o Estado também tem de **tutelar a esfera de atuação social do Homem**, como membro da comunidade (direitos de caráter social, económico, ambiental, etc.).

* Fala-se então de uma visão dualista dos bens jurídicos.

Dentro da visão dualista dos bens jurídicos existe uma vertente que se pode designar de pessoal **dualista**, que entende que na nossa ordem jurídica constitucional, o Estado tem como função criar as condições para a autorrealização da pessoa. Para que isto ocorra, é necessária a proteção da esfera de atuação da pessoa como ser dotado de autonomia ética e também a tarefa de proteger a esfera de atuação da pessoa como ser social.

Opõem-se a estas teorias, as teorias monistas (podem ser monistas pessoais ou monistas sociais) em que os bens jurídicos individuais são atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado.

Um breve resumo

Fazendo um resumo de tudo o que foi analisado acima, podemos concluir que:

* As puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime. Por exemplo, a homossexualidade não atinge qualquer bem indispensável à preservação da sociedade.
* Não se conforma autênticos bens jurídicos proposições ou imposições meramente ideológicas. Por exemplo, propagar doutrinas contrárias a uma certa religião não pode constituir a violação de um bem jurídico uma vez existir a necessidade de proteção do bem jurídico liberdade de expressão (dentro dos limites da ilicitude).
* Não são objeto de criminalização as meras violações de valores de mera ordenação.

Em suma, retiramos que toda e qualquer norma penal incriminatória que não vise a proteção de um bem jurídico é nula, por **inconstitucionalidade material** (artigo 18/2 da CRP); tem de haver uma relação evidente com o Estado democrático.

A necessidade da tutela penal como o outro elemento da conceção funcional-racional

Para haver crime, para além da conduta lesiva de dado bem jurídico, é necessário que se mostre que a intervenção penal é não só necessária como também é eficaz. Assim, todo a pena tem o propósito de proteção de bens jurídicos penalmente relevantes (artigo 40 do CP), mas nem sempre que exista um bem jurídico digno de proteção penal, deve haver lugar à intervenção correspondente[[8]](#footnote-8).

A intervenção penal é necessária quando se revela indispensável para criar as condições mínimas essenciais para a vida em sociedade e livre desenvolvimento da personalidade humana.

* Esta ideia está consagrada no artigo 18/2 da CRP, que consagra princípios fundamentais do direito penal – princípio da necessidade da pena e o princípio da subsidiariedade ou princípio da intervenção mínima do direito penal (princípios interligados).
* Só podemos restringir direitos fundamentais da pessoa quando tal se mostre indispensável para salvaguardar outros bens jurídicos.

A apreciação da necessidade da pena é feita por exclusão de partes:

1. Averiguar se outros meios de controlo social jurídicos não penais bastam para garantir a prevenção daquele comportamento de forma adequada; se outro ramo do direito conseguir prevenir aquele comportamento, não atua o direito penal.
2. Posteriormente, o princípio da necessidade remete para o princípio da proibição de excesso. Para além de termos de demostrar que a intervenção penal é necessária, é preciso ainda demostrar que a intervenção penal é eficaz; se se provar que a intervenção penal traz mais consequências positivas do que negativas para o agente ou se for demostrado que a intervenção penal não tem qualquer eficácia, o direito penal não deve atuar. Por exemplo, penalizar o consumo de drogas faria com que muito mais pessoas consumissem droga de forma oculta.

Em suma, o Estado e o seu aparelho de controlo do crime devem intervir o menos possível.

Críticas à conceção adotada sobre conceito material de crime

Por último, quanto ao conceito material de crime, existem algumas críticas a que este conceito está sujeito pela doutrina:

* Uma das críticas habituais 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), faz-se com que o Direito Penal tenha uma função proporcional da realização da política do Estado. Critica à critica: a Professora não considera esta crítica como relevante pois a ideia de caracterizar a sociedade contemporânea como uma sociedade de risco, como contraposição a uma sociedade anterior de segurança, é muito contestada; a sociedade sempre foi uma sociedade de risco. Além disso, há uma figura no direito penal que ajuda a antecipar a lesão dos bens jurídicos; o legislador não pune só quando há lesão, mas sim quando há perigo de lesão (crime de perigo abstrato: conduzir com mais de 1,2 de álcool no sangue).

Da noção de bem jurídico, podemos concluir que o legislador está vinculado a punir comportamentos que acarretem a lesão ou o perigo de lesão. No Direito Penal tem de estar sempre em causa um bem terceiro.

Comportamentos que devem ser considerados como crime segundo o seu conceito material

A eutanásia

Um dos comportamentos que se tem discutido atualmente é a eutanásia. Não existe a figura penal da Eutanásia. Porém, existem dois tipos de direito penal que entram no campo da eutanásia:

* Artigo 134 do CP – homicídio a pedido da vítima;
* Artigo 135 do CP - auxílio ao suicídio.

Nota: o suicídio não é crime porque se trata de um bem jurídico próprio e não um bem jurídico alheio.

Uma das dificuldades está em distinguir o homicídio a pedido do auxílio ao suicídio. O homicídio a pedido começa quando, em vez de uma mera ajuda, temos um comportamento típico por parte do agente (“entregar uma arma é diferente de disparar uma arma”); o que importa reparar é quem foi o agente da última ação antes da morte.

* Por exemplo, A e B decidem suicidar-se dentro de um carro. Porém A morre e B sobrevive; a jurisprudência decidiu a condenação de B por **homicídio a pedido**. Porém, apesar de haver o consenso na forma que permite distinguir o homicídio a pedido do auxílio ao suicídio, na prática torna-se muito difícil distinguir a moldura penal.
* Por outro lado, Roxin defendeu que seria um auxílio ao suicídio dado a última ação (poder sair do carro), poder-lhe pertencer.

Quando se fala em ajuda à morte, está-se a falar de uma conduta por terceiro, divergindo da figura do auxílio ao suicídio. Dentro desta figura, existem diferentes tipos de ajuda:

* Ajuda à morte indireta: quando se aplica um tratamento medicamente requerido (pelo sujeito) e esse tratamento visa afastar e aliviar a dor mas ao mesmo tempo esse tratamento encurta a vida – não é punível em Portugal.
* Ajuda à morte passiva: casos em que existe uma omissão ou interrupção de um tratamento a uma pessoa que se encontre doente e que já iniciou o processo morte, dado sofrer de uma doença incurável. A maior parte da jurisprudência e doutrina considera que isto já não cabe no homicídio a pedido.
* Ajuda à morte ativa: em Portugal, esta é a típica discussão da Eutanásia. Tem de existir uma doença incurável, a pessoa tem de estar em sofrimento e a única solução para terminar o sofrimento. Tem de ser um pedido sério e esclarecido.

Nota: a legislação tem sido bastante atualizada, embora ainda não se tenha despenalizado a ajuda à morte ativa. O testamento vital é uma dessas opções.

Um pouco por toda a Europa, tem-se assistido a uma evolução no sentido de despenalizar o homicídio a pedido.

A Bigamia (artigo 247 do CP)

Existem muitas dúvidas se, ao penalizar a Bigamia, existe um bem jurídico a proteger.

* A professora considera que este artigo ainda segue a ótica de que o Direito Penal deve proteger direitos morais.
* Caso haja bigamia, o **divórcio** deve ser a solução.

O Aborto

Até 1984, o aborto era proibido em Portugal, em todas as situações. Com a Lei 6/1984, veio permitir-se o aborto nos casos de período de vida para a mulher, período de lesão grade e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, quando existe má formação fetal ou quando a gravidez resultou de uma violação.

Em 1997, alargou-se o prazo nas situações de má formação fetal. Atualmente, são 24 semanas.

Há bem pouco tempo, houve uma discussão sobre se deve ou não criminalizar a interrupção voluntária da gravidez até à 10ª semana – 142/1/e).

* Criminaliza-se a ação depois das 10 semanas, protegendo o bem jurídico, vida intrauterina.

Os últimos dados estatísticos dizem-nos que existiu uma diminuição do aborto em Portugal. Porém, quando o aborto seria proibido, existiam riscos graves para a saúde, pois os mesmos eram feitos em clínicas clandestinas, sem o mínimo cuidado.

O lenocínio

O artigo 169/1 estabelece a criminalização do lenocínio; porém, há quem ponha em causa a criminalização desta prática. Como estes casos estão associados a pessoas em situações de inferioridade, não se torna necessário demostrar que houve uma tentativa de colocação da pessoa em situação de inferioridade. Assim, deve penalizar-se este tipo de relação, para evitar situações de inferioridade.

Nota: a prostituição já não é punida em Portugal; porém, em certos países, existe uma tendência de punir o consumidor, dado poder considerar-se que existe uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ver acórdão nº 144/2004 do TC

* O Artigo 169 protege apenas valores morais? Não. Está espelhado nesse artigo uma lógica de evolução social.
* Para a Professora Fernanda Palma, o 169/1 protege uma situação de carência. É uma espécie de proteção antecipada de um bem jurídico
* Por outro lado, Figueiredo Dias, diz que a função do artigo 169 é penalizar um crime sem vítima estando em causa uma opção do legislador que visa proteger valores moralistas por via do Direito Penal.
* A Professora Maria João Antunes considera que o artigo 169/1 é inconstitucional por violação do artigo 18/2 da CRP[[9]](#footnote-9).

O consumo de droga e a ação de fumar

O consumo de droga, embora possa afetar bens necessários à preservação da sociedade, não carece de cominação penal porque tais bens são protegidos mais eficazmente, por exemplo pela Lei 30/2001 de 29 de novembro.

Também no caso da ação de fumar não carece de qualquer incriminação na medida em que não existe qualquer conexão com um prejuízo mais amplo com repercussões défices de controlar de ordem pública, como acontecerá, por outro lado, nos casos em que se fuma num avião.

Fins das penas

O que é que legitima o Estado a aplicar uma pena? Quais as suas finalidades ao aplicar uma pena?

Através das penas o Direito Penal visa alcançar algo? Quais as finalidades que as penas devem ter para que o Direito Penal possa operar?

Com o conceito material crime, visava-se saber quais as características que um comportamento deveria ter para que o legislador se legitimasse a criminalizá-lo. Aqui, tentaremos saber quais **os fins que o Estado pode e deve atingir ao aplicar uma pena**, que se encontra dissociável do crime, e procuraremos responder a questões de legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estadual.

Sobre esta temática, surgiram assim diversas teorias:

Sobre esta temática, ficou célebre a frase de Beccaria, “pai fundador” do direito penal na época do iluminismo:

*“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.” (Casere Beccaria).*

Teorias absolutas (ou retributivas)[[10]](#footnote-10)

*“Qualquer mal imerecido que causas a um outro no povo causa-lo a ti próprio; se o injurias é a ti próprio que injurias; se o roubas é a ti próprio que roubas; se o agrides é a ti próprio que agrides; se o matas é a ti próprio que matas. Assim,* ***só a lei da retribuição****, (...) entendida na barra de um tribunal, pode indicar de maneira precisa a qualidade e quantidade da pena”.*

*Kant*

Para as teorias absolutistas, a pena é **uma compensação do mal do crime**, sendo o “justo equivalente” do dano do facto e da culpa do agente, associado a uma ideia de **castigo**. A medida concreta da pena é encontrada mediante a correspondência entre a pena e o facto.

* “Pune-se porque se pecou”.
* Tem de ser encontrada uma igualação normativa entre o mal do crime e o mal da pena.

As teorias absolutistas consideram que a pena se esgota numa ideia de **pura retribuição, tendo como finalidade a reação punitiva**, ou seja, responder ao mal constitutivo do facto criminoso com outro mal que se impõe ao autor do delito, esgotando aí o seu sentido.

Porém, defende-se que esta teoria deve ser afastada na medida em que ela considera a **pena como entidade independente dos fins**. Por outro lado, o Estado democrático não pode transformar-se em entidade sancionadora do pecado e do vício, mas sim limitar-se a proteger bens jurídicos. Nem tudo o que é pecado é punido, à luz de um Estado laico.

Fernanda Palma considera ainda que **não cabe ao Estado**, enquanto entidade democrática, **promover a ética e a moral em si mesmas**; o Estado não pode sancionar automaticamente a culpa ética. Acrescenta ainda que tal conceção violaria o artigo 18/2 da CRP que estabelece que só pode ser possível aplicar uma pena quando a mesma for necessária para a preservação da sociedade.

Em suma, uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime. Mediante análise do Direito Penal Português, poderemos perceber que esta teoria foi afastada, por via do artigo 74 do CP que estabelece casos de dispensa de pena para certos crimes menos graves.

Figueiredo Dias afirma que, pese embora as consequências negativas da aplicação desta teoria, a ela devemos a ligação do princípio da culpa com a ideia de pena; assim, só é possível punir se existir culpa.

**Modalidades**

**Críticas das teorias retributivas superficiais**

* O mal em si, não é um fim possível da vontade do Estado; **não é racional que o Estado possa ter como fim um mal**.
* A pena não se baseia no tipo de culpa do agente, mas apenas no facto praticado pelo agente; corremos o risco de tratar a situação de uma pessoa que rouba para comer e a que rouba por puro prazer, como iguais;

**Críticas das teorias retributivas de reparação**

* O crime é causa de dano (diminuição do valor de um bem jurídico); mas o crime, desde logo causa dano à vítima, lesando o seu bem jurídico. Para além da vítima, o crime também causa dano à sociedade, uma vez que se coloca em causa a ordem e paz social.
* Por outro lado, o crime também causa dano ao próprio delinquente, havendo uma diminuição do valor da sua personalidade. Vejamos o exemplo: estão duas pessoas em cima de uma tábua em alto mal; a tabua não aguenta com as duas, sendo que a mais forte empurra a mais fraca. Ou morrem as duas, ou morre só uma. À luz do direito penal, apesar de o homem mais forte ter praticado um ato ilícito (de matar uma pessoa), não é possível atribuir esse desvalor ao agente, dado não ser razoável exigir do agente outro tipo de comportamento – tábua carneades.

Atualmente, a maioria das ordens jurídicas defendem teorias unificadoras, combinando diversos fins – teorias unificadoras retributivas e preventivas.

Teorias relativas preventivas (prevenção geral e especial)

Tal como o próprio nome indica, nesta teoria a aplicação da pena justifica-se tendo em conta a **necessidade de prevenção de futuros crimes**, visando a pena evitar isso mesmo. Assim, a pena traduz-se num mal (tal como as teorias absolutistas defendiam) que é utilizado para alcançar a **finalidade de prevenção de crimes**.

As teorias preventivas podem ser classificadas de teorias **relativas**, dado serem relativas a um fim, ao contrário das teorias absolutas que se justificam pela prática de um crime.

Neste sentido, Fernanda Palma considera que o interesse público não pode justificar que se inflija ao agente qualquer pena.

É possível adiantar, desde já, que uma das críticas mais frequentes a esta teoria é a **de que o ser humano é utilizado como um meio para alcançar um fim** – a prevenção de crimes – violando-se desta forma o princípio da dignidade da pessoa humana. Kant defendia, inclusivamente, que o Homem “nunca poderia ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro”.

**Porém**, Figueiredo Dias defende que se assim fosse, teria de se concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar as finalidades socialmente úteis.

**Teorias da prevenção geral – Feuerbach**

De acordo com estas teorias, a pena só será racional se for para realizar um bem. Esse bem, traduz-se em **dissuadir as pessoas, em geral, da prática de crime** mediante ameaças penais estatuídas pela lei, pela realidade da sua aplicação e efetividade da sua execução; dessa forma, é possível contribuir para a paz e ordem social. O fim em causa pode ser alcançado de duas formas:

1. Há quem defenda uma **prevenção geral positiva** ou integradora em que o fim da prevenção será efetuado mediante reafirmação da eficácia do Direito e a sua consistência da ordem jurídica – ao aplicar uma pena, estamos a reafirmar que o direito é aplicado e tem eficácia.
2. Posteriormente, e numa lógica temporal, há quem defenda uma **prevenção geral negativa**, em que a prevenção dos futuros crimes é alcançada **intimidando** as pessoas através do sofrimento que a pena inflige ao agente;

As teorias preventivas foram também sujeitas a várias críticas; elas são criticáveis se defendermos que estes fins são os únicos fins da pena:

* Como referido acima, Kant criticou estas teorias, considerando que esta teoria reduzia o homem, **que é um fim em** **si,** à condição de simples meio (aplica-se uma pena a X, para que as outras pessoas não pratiquem crimes). Assim, a teoria colocava em causa a dignidade da pessoa humana, uma vez que não se pode justificar a ação do poder do Estado, tendo em conta apenas as suas consequências;
* Outra crítica considera que esta teoria leva a um **direito criminal objetivo**; passamos a ter um direito criminal em que a pena está determinada em função do seu resultado. O direito penal é baseado na culpa do agente, devendo a pena orientar-se segundo essa culpa.

Por outro lado, não é possível calcular o efeito intimidatório de uma pena; ver esta teoria a ser aplicada sem mais, teria como efeito a aplicação de penas indeterminadas.

* O Professor Figueiredo Dias considera que nas teorias da prevenção geral, e em especial da prevenção geral negativa, é possível correr o risco de se usarem para o **efeito de intimidação penas cada vez mais severas e desumanas**, e consequentemente o ser humano funcionará como mero **instrumento** que sofrerá essas penas. É preferível uma prevenção geral positiva, na medida em que estabelecerão penas **adequadas** com a culpa e todos os outros pressupostos uma vez não ser já necessário criar um sentimento de intimidação no indivíduo, mas apenas uma ideia de que o sistema punitivo funciona.

**Teorias de prevenção especial – Liszt**

A doutrina da prevenção especial está dirigida ao agente em concreto castigado com uma pena. Essa pena, visa evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio delinquente a que se irá aplicar; neste sentido, deve falar-se numa **prevenção de reincidência**. Diferencia-se, basicamente, da prevenção geral, em virtude de que o facto não se dirige à coletividade[[11]](#footnote-11), mas sim a um indivíduo determinado – aquele que praticou o crime.

A prevenção especial pode subdividir-se, também, em duas grandes possibilidades: **prevenção positiva** e **prevenção negativa.** A prevenção positiva sustenta a ideia de ressocialização do agente através da sua correção, incidindo na sua personalidade, e com efeito, evitar a sua reincidência. Por outro lado, a prevenção negativa tem como finalidade neutralizar a possível ação criminosa do agente que já tem antecedentes criminais através da sua intimidação através de técnicas muito discutíveis: a pena de morte ou o isolamento.

Os principais defensores da teoria de prevenção especial asseguram que poderá ocorrer de três formas:

1. Corrigindo o agente mediante ressocialização - melhoramento;
2. Por vezes, o agente não carece de socialização ou tal não se afigura possível. Dessa forma, alcança-se esse fim através da intimidação - intimidação;
3. Tornando inofensivo o delinquente – eliminação do criminoso.

As críticas a estas teorias são:

* Esta teoria não consegue justificar a aplicação de penas aos chamados crimes ocasionais; há crimes que pela sua natureza e pelas circunstâncias em que ocorrem, são crimes ocasionais (alguém, no âmbito da emoção violenta, ofende a integridade física de outrem); se o crime for ocasional, como se justifica a aplicação da pena?
* Mais uma vez, esta teoria aplicada em exclusivo, pode levar a penas indeterminadas. Maria Fernanda Palma considera que crimes muito graves poderiam ficar impunes se não existisse perigo de reincidência e crimes menos graves poderiam justificar prisão perpétua.
* Com dados seguros, não é possível fazer uma prognose sobre a delinquência futura.
* Figueiredo Dias afirma que muitas vezes a socialização do individuo demostra-se desnecessária. Assim, a prevenção especial positiva não pode valer por si só.

Teorias mistas ou unificadoras

Figueiredo Dias recusa de todo uma combinação entre teorias retributivas e preventivas, afirmando que as mesmas nunca são admissíveis.

Já relativamente às teorias que combinam a prevenção geral e especial, o autor em causa parece concordar com elas – podemos então falar em **prevenção integral**.

A opinião doutrinária de Roxin sobre a prevenção integral

**Roxin defende uma teoria unificadora preventiva (de prevenção geral e especial) ou dialética**. Segundo o autor, ao defender-se uma unificação das teorias da prevenção geral e especial, abandonando as teorias retributivas, tal não significa que que abandone ou minimize o pensamento ou o princípio da culpa. A culpa terá de ser sempre pressuposto e limite inultrapassável da medida da pena.

Roxin defende que o direito penal enfrenta o individuo de três maneiras: (1) através da ameaça com penas, (2) impondo penas através das sentenças e (3) por fim, executa a pena. Teremos de justificar então estes três momentos.

O que justifica que o Estado, através de normas jurídicas, **possa ameaçar os indivíduos com penas?** É a necessidade de proteção de bens jurídicos fundamentais; Roxin considera que o Estado só pode ameaçar com uma pena se for para garantir bens jurídicos fundamentais que garantam uma vida comum livre e sem perigo, não esquecendo que o direito penal tem natureza subsidiária e a sua impossibilidade de punição de condutas meramente imorais.

* A proteção dos bens jurídicos só pode ser feita de forma preventiva.

Roxin tenta então justificar a segunda forma do Estado atuar face ao individuo, com a aplicação da pena. **O que justifica aplicar a pena?** É, em primeiro lugar, demostrar que a ameaça penal se concretiza e só com a aplicação da pena é que é possível demostrar que o DP tem eficácia; porém, acrescenta que nesta fase, não basta ter esse fim, mas sim existe necessidade de respeitar a dignidade e autonomia do agente. Mas como? Tendo de ser uma pena na medida da culpa e não apenas segundo a utilidade para os outros.

* A pena aplicada ao agente nunca pode ultrapassar a medida da culpa.

Para Roxin, a culpa é a culpa que os outros pensam que o agente tenha – conceito social de culpa. Porém, como será explicado, a culpa não deverá ter traços sociais, mas sim deverá ser a culpa do agente.

Com a aplicação da pena, visa-se evitar a prática de crimes porque parte do próprio delinquente.

Sobre a **execução da pena**, a mesma está justificada se visar a proteção dos bens jurídicos; ao mesmo tempo, tem de visar a ressocialização do agente. A única execução que interessa é a execução socializadora – essa execução tem como limite a culpa.

* Por vezes, existe a ideia da castração como uma pena ideal; porém, o Estado não pode comportar-se como essa pessoa. A única ação que interessa é a ressocialização.
* Atualmente, Roxin vem acrescentar que a grande conquista do DP Alemão foi introduzir no sistema sancionatório a ideia de ressarcimento da vítima, tentando reparar o dano que determinada conduta causou ao ofendido.

A experiência Portuguesa – legislação e doutrina

O artigo 40 do CP reflete algumas teorias mencionada acima:

* “A aplicação de penas e de medidas de segurança, visa a proteção de bens jurídicos”. A proteção que o direito penal dá aos bens jurídicos só pode ser preventiva; previne-se a prática de crimes de forma geral e especial – **teorias preventivas gerais e especiais**
* “A aplicação de penas visa a reintegração do agente na sociedade” – **teoria retributiva da reparação e a ideia de prevenção especial**.
* “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa” – teoria da reparação.

Quanto aos fins das penas, a doutrina portuguesa tem dito o seguinte:

* **José de Sousa Brito** em *“A medida da pena no novo código Penal”* afirma que o fim da pena será não só a reparação, mas também a **prevenção geral**; se assim o é, existe a necessidade de retirar que o fundamento da pena são não só a culpa como a necessidade de prevenção geral. Só desta forma, podemos respeitar a necessidade da pessoa humana. Já a prevenção geral está consagrada no artigo 18/2 da CRP, dado só poder aplicar uma pena se for indispensável para a proteção de bens jurídicos fundamentais.

Uma teoria completa dos fins das penas, tem de estabelecer os critérios gerais que influem na determinação da medida concreta da pena. A culpa, para além de pressuposto, é também critério na determinação da pena; a culpa determina a pena entre um máximo e um mínimo.

Na prevenção especial, a medida da pena será determinada de acordo com o que for necessário para prevenir certo crime. Por outro lado, a medida da pena também é determinada segundo uma prevenção geral, determinado um limite mínimo para a defesa dos bens jurídicos. O artigo 133 tem em causa todas estas questões.

* Figueiredo Dias considera, ao contrário de Sousa Brito, que a finalidade primordial da pena é a **prevenção geral positiva e nunca a retribuição**; prevenir a prática de crimes faz-se através da provação da eficácia do Direito. Porém, outra finalidade da pena, não tão central, é a **prevenção especial**.

Os critérios para definir a medida da pena são (1) a confirmação da eficácia do direito, determinando um mínimo (corresponde ao mínimo necessário para proteger os bens jurídicos através da reafirmação da eficácia do Direito) e um máximo (que corresponde à medida ótima da tutela dos bens jurídicos. Dentro desta medida, existe um segundo critério que é a prevenção especial que fornece também um máximo (através da sua ressocialização) e um mínimo (intimidação); porém, este critério só será levado em consideração se o agente carecer de socialização. Em caso negativo, apenas se poderá conferir à pena uma função de suficiente advertência.

Por último, a medida da pena está limitada pela culpa, isto é, a culpa fornece um limite inultrapassável da pena, mas não serve como seu fundamento; a culpa estabelece o máximo da pena compatível com o respeito pela dignidade da pessoa.

Porém, pode ser criticável que a culpa dê uma medida exata da pena. Se o juiz, na determinação da medida concreta da pena, tem como primeiro critério a prevenção geral positiva, ele corre o risco de ser influenciado na determinação da medida da pena pelo que a sociedade pensa acerca daquele crime.

* Augusto Silva Dias, tal como Roxin, distingue o momento em que o Estado ameaça com a pena, o momento em que o Estado aplica a pena e o momento em que é executada a pena. Assim, para o Prof., uma concessão correta dos fins das penas deve articular a problemática dos fins das penas com a razão ou razões da punição. A razão de ser da ameaça penal está no conceito material de crime; depende de haver ou não uma conduta que atenta ou não contra um bem jurídico fundamental. A ameaça tem como finalidade a prevenção.

Relativamente à aplicação, a sua razão de ser é a prática do crime, sendo que a razão da pena é retribuir esta prática de um crime; nesta fase, a culpa fornece o limite da retribuição, mas também o limite dentro do qual as finalidades preventivas podem ser possíveis. O juiz, atendendo às condições do meio social, deve escolher a medida da pena adequada para evitar que o delinquente volte a praticar crimes.

Por último, a execução da pena é o único momento em que a sua razão de ser a sua finalidade se confundem – são fundamentalmente a previsão especial.

* Maria Fernanda Palma considera que a substituição psicológica da vingança privada que a pena assegura enquanto retribuição consagra-se mediante dois princípios: o princípio da culpa e o princípio da necessidade da pena. Assim, a pena retributiva só é legitima se for necessária preventivamente. Por outro lado, quer a prevenção geral, quer a prevenção especial apenas se legitimam, como fins das penas, através da pena da culpa.

Assim, a Professora defende que quer a **retribuição**, quer as teorias da **prevenção** têm de se articular obrigatoriamente com os princípios constitucionais da culpa e da necessidade da pena.

Cálculo da medida da pena

**O procedimento**

Para o caso concreto, teremos de descobrir qual a medida da pena.

1. Em primeiro lugar, há um trabalho de subsunção em que se verifica se aquele caso preenche algum **tipo** de crime. Existirá alguma ação jurídico-penal relevante?
2. Em segundo lugar, há que verificar se a ação é **típica**;
3. Posteriormente, se a ação for típica, importa avaliar se a mesma é **licita**; teremos de verificar se existe alguma causa de exclusão da ilicitude;
4. A **culpa** tem também de ser avaliada; ao contrário da ilicitude, é o juízo de censura que se dirige ao agente – pressupõe-se que o agente seja imputável. Se a ação tiver sido praticada por inimputável, não há crime. Só há crime se existir culpa;
5. Posteriormente, avaliam-se alguns elementos exteriores à ilicitude e culpa: por exemplo, a tentativa (o legislador considera que só faz sentido punir a tentativa quando ao crime consumado por aplicada uma pena superior a três anos). O artigo 23 estabelece que a tentativa carece de uma atenuação especial da pena.
   1. Neste caso, o artigo 73/1 estabelece um limite máximo da pena de prisão é reduzido a 1/3 e o limite mínimo é reduzido a 1/5 se o mesmo for igual ou superior a três anos.
   2. Existem também atenuações legais gerais (por exemplo: entre os 16 e 19 anos existe uma atenuação da pena)
6. Assim, chegamos à medida legal, tendo em conta diversos fatores como a tentativa, o grau de ilicitude, o bem jurídico posto em causa, o grau de culpa, etc.

Face aos fins das penas, o juiz pode chegar a uma ou outra sanção. Podem ser também aplicadas penas alternativas em vez da pena privativa da liberdade.

**A sentença**

Uma sentença está dividida em três partes:

1. O relatório em que se introduzem todos os elementos objetivos como o nome do ofendido, a descrição do crime, etc.

2. Na parte da fundamentação, o juiz descreve a matéria de facto provada e não provada; posteriormente, identificam-se os motivos de facto e de direito que levam a tomar tal decisão.

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

**Um exemplo de acórdão**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5635799c157399948025795000384784?OpenDocument&Highlight=0,6%2F7%2F2011>.

Como se calcula a pena no acórdão em causa, referente a uma tentativa?

* O limite mínimo da pena, nos termos do artigo 132 do CP, é de 12 anos e o máximo de 25.
* Posteriormente, teremos de ir ao artigo 23. Desta forma, remetemos para o artigo 73.
* Limite máximo (reduzir de 1/3): 1/3 de 25 anos = 8 anos e 4 meses

25 - 8 anos e 4 meses = **16 anos e 8 meses**.

* Limite mínimo: 1/5 de 12 = **2 anos, 4 meses e 24 dias.**

Como é que, face à moldura legal abstrata, conseguimos determinar a medida concreta?

O recorrente, pediu para mudar a classificação do crime; em caso negativo, pediu a redução da medida da pena e assim torná-la como pena suspensa.

* O juiz recorreu a critérios de prevenção geral e critérios de prevenção especial (visa prevenir a prática dos crimes pelo próprio delinquente; positiva quando se ressocializa o individuo ou negativa quando não se conseguindo ressocializar, intimida-se).
* O limite máximo da pena é fixado de acordo com a **culpa do agente;** fixamos o limite mínimo de acordo com as exigências de prevenção geral.
* Não há qualquer vantagem em não ressocializar o agente.

Quando a pena não é superior a 5 anos, o tribunal pondera a suspensão da pena, a fim de existir uma maior eficácia na ressocialização do agente. Se o tribunal considera a suspensão mais benéfica, terá de optar por essa opção.

O princípio da humanidade das penas deve também ser considerado. Este princípio resulta do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da necessidade do DP. Face ao princípio da dignidade, não é possível penas desumanas; face ao princípio da necessidade da pena, também resulta que as penas desumanas não são necessárias, sendo até prejudiciais; se o próprio Estado aplica penas desumanas, tal é contraproducente para a prevenção geral.

* O artigo 24/2 da CRP proíbe a pena de morte; a pena de morte é claramente uma pena desumana, colocando em causa o valor da vida humana.
* Por outro lado, o artigo 25/2 estabelece que ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas desumanas.

Medidas de segurança vs. penas

Noção, finalidade e âmbito de aplicação

A aplicação de medidas de segurança pressupõe que o agente tenha praticado um facto **ilícito**, **típico**, **sem culpa[[12]](#footnote-12)** e que o agente demostre uma **perigosidade** **de cometimento** de crimes futuros da mesma espécie. Neste sentido, é essencial que o agente tenha praticado um facto considerado como ilícito e típico, não bastando apenas o seu grau de perigosidade.

Porém, a aplicação de uma medida de segurança não deverá ser feita a qualquer facto ilícito e típico, mas sim a um facto ilícito, típico e **grave**, em nome do abalo social que tal facto provocou na comunidade.

O fundamento da medida da segurança não é a culpa do agente, mas sim a sua perigosidade. Assim, as finalidades da medida de segurança, ao contrário da pena, serão as de **prevenção especial** – prevenir a prática dos crimes por parte do próprio delinquente e não a declaração de mera culpa. Pretende-se **ressocializar o agente** (elemento mais importante) e **garantir os bens jurídicos da sociedade**.

Assim, devemos considerar as medidas de segurança como **sanções criminais**, uma vez que a sua principal função é a proteção de bens jurídicos.

Sobre esta temática, a generalidade da doutrina tende a considerar que a **prevenção geral** não apresenta relevância no âmbito das medidas de segurança, uma vez que o estado de inimputabilidade do agente (devido, por exemplo, a anomalia psíquica grave) não é o estado da generalidade das pessoas.

* Porém, o artigo 91/2 do CP estabelece que, em virtude de a libertação do individuo se revelar e demostrar compatível com a ideia de defesa da ordem jurídica e paz social, pode o prazo mínimo de três anos de internamento ser reduzido. Este pretexto legal demostra que existiu uma preocupação do legislador em considerar a medida de segurança com a finalidade de prevenção geral positiva na medida em que existe uma associação entre medida de segurança e os seus efeitos para a generalidade da sociedade.

A legitimidade da medida de segurança

Não partindo a medida de segurança da ideia de culpa por parte do agente, o que legitima então o Estado a aplicá-la?

É então que, partindo do pressuposto que a medida de segurança adquire fins de prevenção geral e fins de prevenção especial, importa acentuar a sua legitimidade. Com a medida de segurança, visa-se alcançar a defesa de bens jurídicos, pelo que se considera absolutamente legitimada e necessitada à luz dos princípios constitucionais e penais em vigor no ordenamento jurídico português.

O regime em vigor

A duração da medida de segurança deve ser proporcional à perigosidade do agente – artigo 92/1. Porém, o artigo 92/2 estabelece que as medidas de segurança nunca devem exceder o limite máximo da pena do crime que foi cometido pelo inimputável. Há ainda que atender ao artigo 92/3 na medida em que, se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 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 2 anos pelo tribunal até se verificar a cessação da perigosidade criminal. Estabelece-se que este artigo tem como limite os 25 de pena máxima previstos constitucionalmente; assim, teremos de ir para uma medida de internamento compulsivo (medida administrativa e não penal). Porém, alguma doutrina interpreta esta norma no sentido de poder ser prorrogada eternamente.

Sistema de vicariato na execução

O nosso sistema português é um **sistema dualista** (em sentido amplo) na medida em que concebe **penas** para os imputáveis e **medidas corretivas** para os inimputáveis (incapazes de culpa) que têm como base a perigosidade do agente. Estes sistemas contrastam com os sistemas monistas (em sentido amplo) em que apenas se preveem penas como medida sancionatória.

**Mas será que o nosso sistema permite a aplicação cumulativa ao mesmo agente, pelo mesmo facto, de uma pena e de uma medida de segurança? Será que estamos perante um sistema dualista em sentido estrito ou um sistema de dupla via?**

Como ponto de partida importa relembrar que a finalidade que adquire mais relevância é:

* Pena: finalidade de prevenção geral positiva;
* Medida de segurança: finalidade de prevenção especial.

Por outro lado, cabe ainda salientar que a **medida de segurança** é determinada na sua gravidade e duração pela **existência de perigosidade** enquanto a **pena** obedece à observância do rigoroso **princípio da culpa**.

Até aqui, retirar-se-ia que o sistema português seria um sistema monista em sentido estrito de aplicação de sanções na medida em que as duas espécies de sanções existentes serão estabelecidas segundo as suas finalidades num sentido único.

* Vejamos o exemplo de A que procede ao crime de violação de B e seguidamente rouba os pertences a B. Nada impede que B possa ser considerado inimputável relativamente à violação e imputável relativamente ao roubo. Então, aplicar-se-á uma medida de segurança relativamente ao primeiro crime e uma pena relativamente ao segundo, não havendo qualquer discussão uma vez que se tratavam de crimes e condutas diferentes. O monismo do sistema português não será então afetado.

Porém ao estabelecer que um agente poderia, sobre o mesmo facto, ser sancionado com uma pena e uma medida de segurança, estaríamos a falar de um sistema de dupla via que se opõe ao chamado sistema monista.

A generalidade da doutrina tende a considerar que, ao ser permitido um sistema de dupla via, coloca-se em causa o princípio da culpa, na medida em que ele não será suficiente para sancionar um sujeito imputável. Porém, é notado por muitos que, (**apenas**) relativamente aos chamados **delinquentes perigosos** (artigos 83 a 85 do CP), é possível aplicar cumulativamente uma pena e uma medida de segurança sem violar os princípios basilares do sistema.

* Por exemplo, Figueiredo Dias considera que a aplicação simultânea de uma pena e de uma medida de segurança configura uma consagração do princípio de uma política criminal eficiente e racional e também do princípio da necessidade e subsidiariedade.

Mas como conjugar a aplicação de uma pena e uma medida de segurança?

Este equilibro é alcançado através do sistema de vicariato na execução de penas que garante a unidade de efeitos que a pena e a medida de segurança visam produzir. Vejamos algumas características deste regime:

* De acordo com a legislação Portuguesa, podemos aplicar ao agente uma **pena relativamente indeterminada** que terá como limite mínimo o correspondente a 2/3 da pena que concretamente caberia ao crime cometido e o limite máximo corresponde ao limite máximo desta pena, acrescido de 6, 4 ou 2 anos (conforme os artigos 83 a 90 do CP). Por exemplo, aplicando-se o artigo 83 do CP depois de verificados os seus pressupostos, o sujeito A que deveria ser condenado a uma pena de 21 anos, segundo o sistema de vicariato, terá uma pena cujo limite mínimo é 14 anos e o limite máximo 25 anos.
* É durante a execução que se determina quanto tempo mais o agente está sujeito a penas ou medidas de segurança.
* Com o regime dos artigos 83 a 90, há um caso em que é possível cumulativamente medidas de segurança e penas.

Nota: existe uma zona de fronteira muito difícil de traçar entre um agente inimputável e um agente com capacidade diminuída.

Princípios fundamentais do Direito Penal

A regra, tal como o princípio orientam comportamentos, funcionando como normas. Porém, as regras orientam o comportamento de forma absoluta; sempre que o comportamento sai fora daquela previsão, falamos em exceção à regra.

Os princípios, por outro lado, estabelecem regras muito mais gerais; um princípio pode ceder sobre outro princípio. Assim, os princípios revelam os valores fundamentais que estão na base daquele direito.

Princípio da culpa

O princípio mais importante do Direito Penal é o **princípio da culpa**. De acordo com este princípio, não há pena sem culpa; por outro lado, a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa. Porém, nem toda a culpa precisa de ser punida.

* A palavra culpa pode ter várias acessões. Quando se diz culpa em Direito Penal, pensa-se fundamentalmente na característica do crime que se analisa após a ilicitude. Para além da culpa, a ação tem de ser típica e ilícita.
* A culpa é um juízo de censura que se faz ao agente pelo facto de, tendo ele capacidade de se determinar pelo direito, não o fez.
* É devido ao princípio da culpa que, aos incapazes de culpa não se aplica pena de prisão, mas sim medidas de segurança.
* Porém, a culpa pode também surgir para se referir à ligação subjetiva entre o sujeito e o facto. É um sentido de culpa em sentido amplo, uma vez não importar a relação do sujeito com o Direito, mas sim tem de existir uma relação subjetiva entre o sujeito e o facto.
* Só é possível punir se existir uma ligação subjetiva entre o sujeito e o facto. Só existe um facto/ação se houver um comportamento controlado ou controlável pela vontade.

Qual é a base legal do princípio da culpa?

* Na CRP, não existe nenhum artigo específico que o enuncie expressamente este princípio.
* Porém, podemos retirar este pensamento, de forma indireta, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1 da CRP), uma vez que só é possível respeitar a pessoa se a responsabilizarmos apenas pelos atos que ela praticou no âmbito da sua autonomia; só haverá respeito pela dignidade da pessoa humana quando se julga a pessoa segundo o pressuposto da culpa.
* Por outro lado, podemos também analisar que o artigo 27 da CRP consagra o princípio da culpa de forma indireta. A culpa pressupõe a liberdade de atuar e de se determinar no direito; desta forma, só podemos atuar com culpa porque somos livres.

Por exemplo, a ação do sonâmbulo não pressupõe a culpa e não pode ser considerada como crime.

Princípio da necessidade da pena ou da máxima restrição das penas (artigo 2º e 18º da CRP)

O princípio da necessidade da pena tem diversas terminologias; de acordo com este princípio 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 paz social. A apreciação da necessidade da pena é feita por exclusão de partes; se se provar que outros meios de controlo social bastam para prevenir e garantir a proteção daqueles bens, não se deve utilizar a sanção penal; mas, a necessidade da pena, não se afere apenas de exclusão de partes mas sim determinando se a sanção penal é eficaz e nesse sentido, necessária.

* Nos termos do artigo 2º da CRP, o respeito pela pessoa humana é um dos fins fundamentais do Estado português democrático e um dos fundamentos dentre princípio. Por outro lado, o artigo 18 da CRP estabelece que só devemos restringir direitos, liberdades e garantias ao cidadão nos casos estritamente necessários.

Princípio da igualdade (artigo 13 da CRP)

Não pode haver discriminação e diferenciação do Direito Penal consoante sexo, ascendência, condição política, etc. Assim, tem de haver igualdade na determinação da pena[[13]](#footnote-13).

* Daqui se retira que as normas penais deverão assumir um caráter geral e abstrato.

Foi devido a este princípio que se extinguiu a desigualdade existente entre aplicação de penas a militares e a civis.

Princípio da jurisdicionalidade[[14]](#footnote-14)

De acordo com este princípio, o Direito Penal só se pode aplicar através do processo penal, respeitando todos os princípios constitucionais.

Princípio da humanidade das penas

O princípio da humanidade das penas rejeita sanções atentatórias do respeito pela pessoa humana como a pena de morte, a prisão perpétua, a tortura e as penas cruéis ou degradantes[[15]](#footnote-15). Este princípio encontra fundamento na ideia de responsabilidade social pela delinquência e disposição de respeitar e recuperar a pessoa do delinquente.

Do princípio da legalidade em especial

Uma abordagem histórica

Em **períodos monárquicos** (absolutos), o direito penal é caracterizado como uma verdadeira sujeição do individuo ao poder absoluto do Estado. Assim, aos indivíduos não eram reconhecidos quaisquer direitos e liberdades naturais fundamentais, sendo que a lei penal era tida como um instrumento de efetivação do poder absoluto do rei.

Posteriormente, com as **revoluções liberais** e com a Constituição Francesa, o direito penal adquiriu uma importância acrescida e radical colocando-se fim às arbitrariedades do poder político.

* Desta forma, nasceu o princípio da legalidade que foi amplificada pela instituição e solidificação do **princípio da separação de poderes.**

Noção básica

Este princípio debruça-se sobre as particularidades da lei penal, relativamente à teoria geral das fontes de Direito. Como tal, está relacionado com (1) as e**spécies de fontes do direito penal**, (2) como se processa a **interpretação e integração da lei penal** e, por fim, a (3) **aplicação da lei penal no tempo**.

Nota: a aplicação da lei no espaço já não diz respeito a este princípio, embora seja estudada mais adiante.

Como analisado acima, numa ótica de proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias, foram levantados **limites** estritos à intervenção estadual no âmbito do direito penal, a fim de ser evitada uma intervenção do Estado arbitrária ou excessiva. Para dar respostas a estas necessidades, foi apresentado o princípio da legalidade da seguinte forma[[16]](#footnote-16): **“não há crime nem pena sem lei”**. Porém, acrescenta-se atualmente “sem lei escrita, certa, estrita e prévia”.

* Este princípio está consagrado no artigo 1º e 2º do CP e 3º e 4º da CRP.

Por mais socialmente nocivo e reprovável que um comportamento possa ser e parecer, existe **sempre** a necessidade de o legislador o considerar como crime para que tal possa ser punido: não há crime sem lei.

* Desta forma, como veremos adiante, lacunas, esquecimentos, deficiências de regulamentação ou de redação funcionaram sempre a favor da liberdade e contra o legislador.
* Vejamos um exemplo de um caso real nas Filipinas: um cidadão A que difundiu por todo o mundo o vírus informático “I love you” ficou impune uma vez que inexistia qualquer preceito legal de crime na ordem jurídica do seu país que previsse e punisse tal conduta.

Porém, não poderemos pensar que o princípio da legalidade é o tudo ou nada. Não basta apenas existir uma lei escrita, certa, estrita e prévia para que a pessoa que praticou determinada ação seja sancionada criminalmente: um “criminoso” só o é, para todos os efeitos, depois de sentença transitada em julgado.

Nota: também no caso das medidas de segurança exige-se o Princípio da legalidade (29/3 CRP).

Os fundamentos do princípio da legalidade

O fim do princípio da legalidade é proteger os direitos dos cidadãos, face ao Estado, impedindo uma intervenção penal do Estado arbitrária ou excessiva. Uma das formas de proteger o cidadão é não permitir que o mesmo seja surpreendido com a criminalização de condutas com as quais não podia contar.

* O princípio da legalidade é dirigido quer ao tribunal, quer ao legislador.

Este princípio é uma decorrência do **Estado de Direito** e integra-se nos DLG. Assim, quando falamos em Estado de Direito, importa fazer uma distinção. Existe:

* O **Estado de Direito em sentido formal**, ligado à tradição democrática de Montesquieu;
* O **Estado de Direito em sentido Material** que exprime a subordinação do Estado ao direito que ele própria cria; a lei é soberana e toda a atividade do Estado é regulada pela mesma. Assim, o princípio da legalidade é uma **aplicação do princípio da separação de poderes**, uma vez que este princípio reserva a formação do direito penal ao poder legislativo (artigo 165/1/c)); não é possível ao poder judicial criar direito penal.

Desta ideia acima enunciada, retira-se que a lógica deste Estado é proteger os direitos dos cidadãos, não se permitindo que o Estado exerça o seu poder arbitrariamente.

O Professor Figueiredo Dias relembra ainda que o princípio da legalidade está também ligado a duas ideias que funcionam como fundamentos internos do mesmo:

* **A ideia de prevenção** – para prevenir os crimes teremos de criar uma lei para estabelecer que condutas são consideradas como tal; só é possível motivar o comportamento dos cidadãos se existir uma lei, quer numa ótica de prevenção positiva ou negativa;
* **A ideia de culpa** – a culpa é fundamental para que haja crime sendo que, para fazer um juízo de culpa, temos de saber se existe lei; não é possível fazer um juízo de censura a alguém se o direito não lhe for dado a conhecer previamente. **Sem lei o princípio da culpa não faz qualquer sentido**.

Âmbito de aplicação do princípio da legalidade (a que normas penais é que este princípio poderá ser aplicado?)

Para a maior parte da doutrina, o princípio da legalidade só se irá aplicar a normas penais positivas e não se aplica a normas penais negativas.

* As normas penais **positivas** são as normas que (1) **fundamentam** a aplicação de penas ou medidas de segurança e (2) normas que **agravam** a responsabilidade penal do agente.

Por exemplo, a norma que tipifica o crime de homicídio.

* As normas penais **negativas** são as normas que **afastam** (normas que preveem causas de exclusão da ilicitude) ou **diminuem** (preveem circunstâncias atenuantes) a responsabilidade penal do agente.

Por exemplo, a legitima defesa (artigo 31 do CP) e o estado de necessidade: ao excluírem a licitude, já se protegem os direitos fundamentais, pelo que não carecem de tipificação em lei.

O artigo 31 do CP não estabelece expressamente quais as medidas que excluam a responsabilidade penal. Este é um dos argumentos mais fortes para considerar que o princípio da legalidade só se irá aplicar a normas penais positivas e não se aplica a normas penais negativas.

Na legitima defesa, a pessoa reage contra uma ação **atual** e **ilícita**. Assim, o legislador afirma que a ação não será considerada ilícita porque o agente está apenas a tentar proteger os seus direitos.

Porém, há a possibilidade de assumir uma figura que não se encontra prevista legalmente – **legitima defesa preventiva**. Esta figura é uma causa de prevenção supralegal. A agressão não é **atual**, embora a única forma que o agente tem de se defender é a atuação imediata.

* Por exemplo, uma pessoa, A, está presa a uma cadeira e virada para a janela com vista para a rua, tendo acesso a uma arma. A vê que está a chegar um homem (B) que tem intenção de disparar sobre ele. Nesta altura, A decide disparar sobre B. Nesta instância, sabendo que A seria morto por B, exclui-se a ilicitude.

Considerando que o princípio da legalidade só se aplica às normais penais positivas, no caso de legitima defesa preventiva, não haveria qualquer problema em justificar a criação desta figura, na medida em que **não poderia ser aplicado o princípio da legalidade**. **Quais as implicações desta solução?**

* Esta solução terá **interferência** no homem B que está a atravessar a estrada.
* Se se tornar esta conduta lícita, é possível, como efeito indireto, restringir os direitos da contraparte. Ao dar relevância a esta causa de justificação supralegal, não se aplicando o princípio da legalidade, faz-se com que o direito do outro de se defender contra uma agressão deixe de existir, porque esta agressão é agora legítima defesa e não há legítima defesa de legítima defesa.
* A doutrina diz que nestas situações pode exigir-se a aplicação do princípio da legalidade para a contraparte, não considerando a legitima defesa preventiva lícita, que é a única forma de não restringir um direito de legítima defesa da contraparte; existe necessidade de prever uma ação ilícita.
* Apenas se considerarmos que a ação do A é ilícita é que podemos aplicar o regime da legitima defesa a B.

Tendo em conta o princípio da legalidade, não é possível ao Direito Penal recorrer à **analogia**. Sempre que há um caso não previsto na lei, tendo em conta o P. da legalidade, não há interpretação por analogia. Recorrer à analogia significa fundamentar legalmente o comportamento em causa.

* Porém, recorrer à analogia para atenuar a pena, é uma situação possível.
* Se não aplicar o princípio da igualdade significar agravar o comportamento do agente, teremos de aplicar o princípio da legalidade.

Relativamente às **normas penais negativas atenuantes**, não há aplicação do princípio da legalidade porque elas próprias já defendem os direitos dos cidadãos. Quanto às normas penais negativas o que fazer quando uma norma que exclui a ilicitude ou restringe os direito e liberdades do outro, interferindo com as suas expectativas? Quando se analisa o comportamento do cidadão que está na rua, afastaremos o princípio da legalidade?

* A professora defende uma análise casuística.

Princípio relativo às fontes do Direito Penal

**A lei**

Desde as origens do Estado de Direito, tanto a doutrina constitucional como a penal entenderam que a separação de poderes de soberania era um meio de garantir os direitos, liberdades e garantias do individuo. Esteve também (e está) presente a ideia de que a definição de crimes e estatuição de penas deviam ser da competência exclusiva do parlamento, como órgão com maior legitimidade democrática. Assim o entende a nossa Constituição e de acordo com este subprincípio **não há crime nem pena sem lei formal escrita**. Face à CRP, essa lei formal é:

* Ou uma lei da AR;
* Ou um DL do governo autorizado pela Assembleia da República;

As fontes formais do Direito Penal estão no artigo 165/1/c) da CRP – a definição dos crimes, das penas, medidas de segurança e respetivos procedimentos só podem ser feitos desta forma. Assim, é **causa de exclusão da ilicitude** de determinado comportamento do agente, a existência de uma lei sem autorização da AR que penaliza o individuo em determinada conduta.

Nota: o significado desta exigência de lei escrita da AR é, principalmente, o de afastar o costume como fonte de direito penal.

Por outro lado, uma norma que funciona como causa de exclusão de ilicitude **pode não ser aprovada pela AR ou por ela autorizada**? Estaremos no âmbito do domínio concorrencial?

* O Acórdão 173/85 do TC defende que não. A previsão do artigo 165/1/c) da CRP deve ser interpretada, segundo o Tribunal, no sentido de abranger tanto a função de criminalização e descriminalização.
* As exigências de garantia e segurança jurídica obrigam a que tal não faça sentido. Por outro lado, ao permitir que o Governo, através de DL, despenalizasse determinada conduta, violaríamos o princípio da separação de poderes que é a razão principal de ser desta exigência formal.

Posto isto, estaremos então a fugir ao princípio da legalidade?

* Não. Esta matéria já não será do âmbito do Direito Penal, mas sim do âmbito do Direito Constitucional.

Nota: face ao artigo 165/c), também não existem medidas de segurança sem lei formal.

**O costume**

Será que o **costume internacional** pode ser fonte de Direito Penal?

O direito português recebe automaticamente o **direito comum internacional**; sempre que estivermos perante um costume internacional que incida sobre o caráter criminoso de determinada conduta, isso poderá ser considerado como fonte de direito – artigo 29/2.

* Isto deveu-se aos motivos histórico-culturais do século XX. Nas duas grandes guerras foram praticados crimes que não estavam tipificados em lei; porém, houve uma convicção generalizada da sociedade de que tal conduta deveria ser considerada como crime.
* A segurança, como valor formal, foi superada pela segurança a respeito dos valores fundamentais.

Porém, tal costume internacional não reflete o alcance da pena; assim, deveremos recorrer ao espírito do sistema nacional penal – existe aqui uma exceção de proibição de interpretação analógica.

Importa referir ainda a importância do **direito internacional penal**. Existem dois princípios fundamentais:

* **Princípio da vinculação voluntária**, de acordo com o qual a jurisdição do TIP só vincula os Estados que se tornem partes no Estatuto do mesmo (estatuto de Roma);
* **Princípio da subsidiariedade**, em que o TIP só poderá exercer a sua jurisdição se os Estados com competência para conhecer do facto, não o conhecerem ou não o poderem fazer. Se o facto ocorre em território português, o TIP só pode atuar se o Estado Português não julgar aquele caso e se estiver previsto como crime nos estatutos internacionais;

Nota: hoje em dia esta questão não cria problemas de maior na medida em que a generalidade dos países adota na sua legislação nacional as normas de direito costumeiro internacional.

Por outro lado, pode o **costume nacional** ser fonte de direito penal?

Se o costume nacional criar responsabilidade criminal, não poderá ser fonte de direito penal; porém, se o costume nacional **limitar** o âmbito de aplicação de normas incriminadoras ou excluir a responsabilidade criminal, poderá ser fonte de Direito.

* Por exemplo se um pai der uma “palmadinha no rabo” do filho, existe claramente uma exclusão de ilicitude concedida pelo costume nacional.

Em suma, do exposto acima podemos retirar que o Direito Penal português é de predominância nacional, não existindo ainda um direito penal comunitário uma vez que os atos normativos da Comunidade Europeia não são fonte do DP. A relevância dada ao costume internacional tem uma escassa aplicação prática.

Princípio da tipicidade ou determinação das normais penais incriminadoras

Este princípio tem que ver com o grau de definição do crime, das penas e da sua conexão. Normalmente, apresenta-se pela seguinte expressão “**não há crime nem pena sem lei certa**”.

De acordo com este princípio, tem de estar determinado ou ser determinável pelos diversos agentes, com suficiente precisão, as circunstâncias que compõem o crime, a pena ou medida de segurança e que estabelecem a sua conexão.

* Assim, para haver crime, tem de haver uma ação típica.

Desta feita, a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição deve ser **objetivamente determinada ou determinável**.

Por exemplo, consistiria em uma violação ao princípio da legalidade uma lei X que estabelecesse como crime uma conduta que violasse o “sentimento do povo” ou praticasse uma atitude “lesiva da economia nacional”.

Assim, nenhum comportamento humano pode ser considerado criminoso se não corresponder a um tipo legal de crime, descrito com precisão por um preceito legal.

**Os conceitos indeterminados**

Tal não significa que a lei penal **não recorra a conceitos indeterminados**, uma vez ser impossível conceber um regime desta forma. Se utilizarmos conceitos imprecisos, mas ainda assim conseguirmos determinar a conduta criminosa, não se irá contra o princípio da tipicidade.

* Por exemplo, o conceito de “motivo fútil”, é puramente indeterminado. O que compõe a conduta típica está presente na lei. Também o artigo 204/1/a), o artigo 153/3/a) e o artigo 132 são exemplos de conceitos indeterminados.
* Por outro lado, quando a lei refere “veneno”, nos termos do artigo 132/i), estamos perante um conceito indeterminado que poderá ser densificado nos termos de ser possível considerar que, por exemplo, se A administrar 500 comprimidos Brufen a B, preenche claramente o tipo da norma em causa.

**As normas penais em branco**

A extensão do direito penal a **novas e tecnicamente complexas áreas**, como o ambiente, o urbanismo, entre outras, obrigou o legislador penal a recorrer à técnica das leis penais em branco (neste sentido, sendo algo positivo, parece-nos que a terminologia está desadequada).

Estas normas são normas cujo pressuposto de facto se configura por remissão a normas de caráter não penal, estando presente a sanção penal.

* Por exemplo, artigo 278 do CP, uma vez que o pressuposto de facto se configura por remissão a normas de caráter não penal; a explicitação técnica dos seus conceitos está noutras leis. A dúvida que se coloca é se esta norma viola o princípio da legalidade.

Quando a matéria é muito técnica e o conteúdo essencial da conduta penal esteja presente, a norma é admissível à luz do princípio da tipicidade.

Desde que o conteúdo essencial do ilícito continue a estar na norma penal e por isso, as normas para as quais remete são apenas concretizadoras da conduta[[17]](#footnote-17), a lei penal é relativamente em branco e possível face ao princípio da legalidade[[18]](#footnote-18).

* Já se for uma lei puramente remissiva, em que a definição dos pressupostos encontra-se noutra norma, existe claramente uma violação do princípio da tipicidade.

Estas normas são inclusivamente desejáveis (quando a matéria o exige) na medida em que, quando se priva a liberdade dos sujeitos, teremos de elaborar uma legislação perfeitamente técnica e sem erros. O direito penal não se deve fechar em si mesmo.

* Por exemplo, se existisse uma norma que criminalizasse certos comportamentos dos agentes de mercados financeiros, seria bom que a lei penal remetesse para a legislação em vigor sobre essa matéria, nos pontos não essencial da criminalização da conduta e não inventar ou tentar criar matéria que não fosse tecnicamente perfeita. Quando se mexe com a liberdade dos outros, teremos de ter muito cuidado com construção legal em causa.

São exemplos de normas penais em branco, o artigo 35 do DL nº 28/74. Porém, tal facto também não é unanime na medida em que se discute se esta norma é de facto em branco ou que apenas se socorre de uma norma extrapenal para determinação conceitual.

Princípio da proibição de analogia

O texto da lei penal, como o de qualquer lei, é constituído por um conjunto de palavras. E cada uma destas palavras não tem um significado único, mas sim uma pluralidade de significados. E, sendo cada palavra polissémica, saber qual o significado que lhe deve ser atribuído depende do próprio contexto literal em que se insere. Assim, interpretar uma norma de Direito Penal é determinar qual a finalidade e quais as condutas que são abrangidas pela norma.

* Neste sentido, o Direito Penal socorre-se dos instrumentos presentes no artigo 9º do CC.

Não obstante a interpretação seguir aquelas regras, teremos de ver o que acontecerá no caso de existir uma lacuna.

* De acordo com o princípio em estudo, não há crime nem pena **sem lei estrita**. A propósito, discute-se uma matéria muito importante de integração e interpretação da lei penal: **será ou não permitida a integração analógica em Direito Penal**?

Em primeiro lugar, importa definir **analogia** como a **aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto** não regulado pela lei através de um argumento de semelhança substancial com os casos regulados. Por outro lado, na interpretação, a decisão jurídica é ainda uma concretização de um sentido normativo que o teor literário comporta.

Importa estabelecer dois critérios:

* Se for para **fundamentar ou agravar a responsabilidade penal** (malam partem), o princípio da analogia não poderá ser aplicado (artigo 29/1 da CRP). O próprio CP entendeu e bem definir expressamente esta proibição no artigo 1º, nº 3.

Se o fim do princípio da legalidade é proteger os direitos dos cidadãos face ao poder punitivo do estado sem surpreender o cidadão, a analogia não é possível nestes casos.

Figueiredo Dias defende que a doutrina de considerar que, relativamente às medidas de segurança, não vale o princípio da proibição de analogia é inútil.

* Já se for para excluir ou diminuir a ilicitude de determinado comportamento, poderá ser feita uma interpretação analógica (bonam partem).

Nota: relativamente aos conceitos “extrapenais” presentes na lei penal, Figueiredo Dias defende que é possível fazer-se uma interpretação analógica de acordo com o raciocínio prático em que esses conceitos são introduzidos.

**Porém, tal não implica que não sejam possíveis raciocínios analógicos contra o réu, agravando ou fundamentando a responsabilidade penal.**

Os conceitos indeterminados necessitam de ser interpretados sem chegar à analogia?

* Para aplicar a lei penal ao caso concreto é necessário utilizar a analogia como meio de interpretar esse conceito; porém, tal não significa estar a fazer analogia, mas sim um **exercício argumentativo analógico**, uma vez que aquele caso já está na lei, devendo argumentar-se num ou noutro sentido das palavras.
* Já na analogia, o caso em estudo não está presente naquela lei de todo, sendo apenas semelhante.

Assim, é possível utilizar raciocínios analógicos para aplicar a lei penal[[19]](#footnote-19), devido à própria natureza dos conceitos indeterminados que a norma penal contém desde que o texto legal constitua um limite às conclusões interpretativas.

Um exemplo típico muito discutido é o de saber se a energia elétrica pode ser integrada no conceito de coisa móvel, presente no artigo 203/1 do CP, para efeito de crime de furto.

* A jurisprudência portuguesa acabou por decidir em caso afirmativo. Ora, tendo em conta a definição de coisa móvel presente no CC, claramente percebemos que foi uma decisão errada, na medida em que a eletricidade não é algo corpóreo ou material.

**Por outro lado, será ou não permitida interpretação extensiva em direito penal?**

De acordo com o critério tradicional, a interpretação extensiva dá-se quando o sentido a atribuir ainda cabe no pensamento do legislador, mas não está na letra da lei; assim, diz-se que aquele sentido tem o mínimo de correspondência verbal na lei.

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

* Por exemplo, a palavra Homem inclui a mulher e homem; ao escolher o sentido “mulher” faz-se uma interpretação declarativa lata. Porém, se optarmos apenas pelo homem do sexo masculino, falamos em interpretação restritiva.

Na interpretação extensiva o sentido que se vai atribuir à norma não cabe no sentido amplo das palavras, **mas tem o mínimo de correspondência lata**.

* A maior parte da doutrina (Roxin e José de Sousa e Brito) afirma que, partindo deste conceito tradicional, não é possível fazer interpretação extensiva em direito penal se for para fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. O artigo 29/3 da CRP estabelece que o sentido das normas tem de estar “expresso na lei”, não podendo ter apenas um sentido nas palavras.

Por outro lado, se fosse possível uma interpretação extensiva, iriamos surpreender o cidadão com penas e medidas com as quais ele não podia contar.

Já a interpretação declarativa lata é permitida.

* Outra parte da doutrina (prof. Figueiredo Dias) afirma que a interpretação extensiva é possível, mas só até ao sentido possível das palavras; o que o Professor quer dizer é que estaremos a fazer uma interpretação declarativa lata.
* A Professora Teresa Beleza e a Professora Conceição Vale D’água defendem que não há um espaço a percorrer entre o sentido das palavras o ter o mínimo de correspondência verbal. Daqui se retira a conclusão de que, no caso do sentido a atribuir à lei ter o mínimo de correspondência verbal e couber no espirito da lei, **podemos falar em interpretação extensiva**, sendo permitida. Se o sentido apenas couber no espírito da lei, mas não ter o mínimo de correspondência, já entramos no campo da analogia.
* Também o professor Castanheira Neves defende que se deve superar a distinção entre interpretação extensiva e analogia para determinar o que é permitido ou não fazer em direito penal. Para o professor Castanheira Neves devemos fazer uma interpretação permitida ou não permitida: sempre que não haja uma imprevisibilidade, e por isso haja segurança e certeza jurídica, temos uma interpretação permitida; para este autor, essa interpretação dá-se sempre que ela ainda caiba no âmbito de proteção da norma. Por sua vez, a interpretação cabe no âmbito de proteção da norma quando cabe no sentido logicamente possível das palavras da lei, revele os valores jurídicos que a lei pretende salvaguardar e que seja compatível com outros valores do sistema e com a unidade do direito defendida pelos tribunais. Assim, **há casos de interpretação extensiva que são permitidos**, desde que não haja imprevisibilidade e por isso haja segurança e certeza jurídica.

**Em suma**

Como conclusão será possível desenvolver o seguinte quadro, segundo o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | Sentido das palavras | Pensamento do legislador | Permitida? |
| Interpretação declarativa lata | Visto | Visto | Sim |
| Interpretação extensiva | Fechar | Visto | Não |
| Analogia | Fechar | Fechar | Não |

Há uma outra questão que se coloca na doutrina: a compatibilidade do 132/2 do CP com o princípio da legalidade.

* A expressão “entre outras”, presentes no artigo 132 do CP é muito perigosa; há quem diga que a expressão permite punir homicídios atípicos (não presente na lei).
* Se a expressão “entre outras” permitir incluir casos que não estão previstas no artigo 132/2 do CP, **existe violação do princípio da legalidade**.
* Porém, se se interpretar o artigo 132/2 de forma a que os exemplos e alíneas no nº 2 funcionem como **exemplos padrão** (se se verificar um caso que corresponda à estrutura de sentido e ao conteúdo de desvalor daquele exemplo padrão, existe) não há violação do princípio da legalidade – professor Silva Dias. Por exemplo, uma pessoa educa outra desde os 2 anos sem nunca a ter adotado. Se aos 17 anos a pessoa educada cometer o homicídio, parece poder aplicar-se o artigo 132/2/a).
* Mais ainda, a expressão “entre outras” não poderá ser aplicada sozinha. Teremos ainda de recorrer à prova de censurabilidade ou perversidade.
* Há um outro autor, o Professor Curado Neves, que afirma que o nº 2 contém uma exemplificação taxativa dos comportamentos que cabem no homicídio qualificado; o fundamento de agravação é haver uma ilicitude agravada.
* Há quem diga ainda que este artigo não viola o princípio da tipicidade porque este artigo tem apenas em conta a culpa; tal argumento não é bom uma vez o grau de culpa tem de estar claramente definido.

Casos práticos – Princípio da legalidade

1. **Imagine 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.” Parece-lhe possível sancionar, à luz desta lei, 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?**

A primeira questão a fazer é a de saber se cabe dentro do sentido possível da palavra “capturar”, matar?

Vamos ter de apurar o cabe dentro do sentido da palavra “capturar”. O sentido amplo de capturar inclui saber se se está a capturar um animal vivo ou morto. Não se pode utilizar o argumento por maioria de razão. Isso é que é proibido por direito penal, porque será fazer analogias.

Assim, A não será sancionado por tal norma.

1. **Imagine 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 encadeamento de alguns condutores e consequentemente o despiste de um deles. Imagine, ainda, que por esse facto, foi acusado, entre o mais, por ter cometido o crime previsto no artigo 293º do CP. Concorda nesta parte com a acusação do MP?**

A luz não é um projétil. Assim, isto pode caber no espírito da lei, mas não cabe no sentido possível das palavras.

1. **Imagine que no dia 31 de dezembro de 2013, pelas 22h30, Berta e Carlos, precisando de abastecer o veículo, mas não querendo pagar o preço da gasolina dirigem-se a uma estação de abastecimento pretendendo atestar o depósito do veículo e fugir do local sem proceder ao pagamento. Contudo, uma vez que todas as bombas se encontravam em modo de pré́ pagamento, combinaram que Berta iria para a fila de pagamento e, como estavam ainda algumas pessoas em fila, tentaria convencer o funcionário a autorizar o abastecimento. Berta pediu ao funcionário para autorizar o abastecimento, explicando que, visto que estava frio e que estavam com pressa para celebrar o fim de ano, assim poderiam poupar tempo, assegurando que ficaria na fila para efetuar o pagamento. Logo após atestar o veículo no valor de 80€, Carlos fez sinal a Berta que saiu da fila e correu para o veículo, fugindo ambos do local por volta das 22h40.**
   1. **Poderiam Berta e Carlos ser condenados pela prática do crime previsto no artigo 220 do CP à luz do princípio da legalidade?**

Não, pois o artigo apresenta um elenco fechado de situações. Assim, "gasolineira" não pode ser extraída do sentido possível destas palavras (sentido semântico).

Face aos critérios de interpretação não é enquadrável no artigo 220 a situação da hipótese.

Em suma, não é possível o recurso à analogia quando está serve para fundamentar a responsabilização do agente (1/3 do CP).

* 1. **Poderiam Berta e Carlos ser condenados pela prática do crime previsto no artigo 217 CP à luz do princípio da legalidade?**

Caberá a situação descrita na previsão do artigo 217 do CP? O art. 217 exige “erro ou engano com a intenção de obter para si um enriquecimento ilegítimo **astuciosamente**". Caberá o comportamento de Berta na palavra "astuciosamente"?

* Há́ quem defenda que para haver astúcia é necessário que haja mais do que este comportamento concludente. Porém, outra parte da doutrina entende que este problema é suficiente.
* Para interpretar "astúcia" é necessário recorrer aos casos nucleares e deles subsumir casos periféricos. Estaremos assim perante raciocínios analógicos que são claramente permitidos no âmbito do Direito Penal.

Aplicação da lei penal no tempo – princípio da irretroatividade da lei penal[[20]](#footnote-20)

O princípio em estudo é um dos princípios centrais no âmbito do direito penal – não é possível aplicar uma lei penal desfavorável a factos praticados antes da entrada em vigor dessa lei (artigo 29 da CRP). A **exigência de garantia do cidadão** face ao poder punitivo do Estado e a função de prevenção geral da pena estão na génese deste princípio.

Assim, após a prática de um facto, que ao tempo não constituía crime, se uma lei nova vier a criminalizá-lo, existe violação do princípio da legalidade. Também se, dado um facto que ao tempo constituía um crime surgir uma lei nova que agrave a sua pena, existe violação do presente princípio, no caso de essa lei nova ser aplicada.

* No fundo existe também uma fundamentação no princípio da segurança jurídica.

**Determinação do momento da prática do facto**

O princípio em estudo está dependente da determinação do momento da prática do facto considerado como crime. Assim, face ao artigo 3º do CP, o facto considera-se praticado no momento da conduta e não no momento do resultado. O que interessa é, por exemplo, o dia em que a pessoa disparou sobre outra e não o dia em que essa pessoa veio a falecer.

* Se tal não fosse, permitiríamos uma atuação punitiva em excesso por parte do Estado.
* Desta forma, se surgir uma lei penal mais incriminatória entre a prática da conduta e a morte do individuo, não há aplicação da lei penal mais incriminatória.

Nota: este preceito legal vale, quer para o autor do crime, quer também dos cúmplices.

Dos crimes de continuados em especial

Porém, nem todos os crimes são crimes de resultado, embora todos pressuponham uma conduta. Então o que decidir quando um crime se prolonga no tempo, de tal modo que uma parte ocorre no domínio da lei antiga e outra parte no domínio da lei nova?

* Neste sentido, o que interessa é esse **momento da conduta**.

Fixar o momento da prática do facto levanta a questão de saber como é que esse momento é encontrado nos crimes continuados. Assim, em primeiro lugar importa estabelecer uma diferença entre crime continuado e crime duradouro:

* O **crime continuado** está presente no artigo 30/2 do CC; no crime continuado há a repetição do mesmo crime, durante um período de tempo em que se verificam as circunstâncias do artigo 30/2.

Tem de haver a repetição do mesmo crime várias vezes; por exemplo, um funcionário de um supermercado que todos os dias tira 5 euros da caixa registadora.

* O **crime duradouro** é um crime cuja execução se prolonga ininterruptamente no tempo (por exemplo, crime de sequestro).

Em ambos os tempos existe continuação e prolongamento no tempo. Como se fixa então o momento da prática do crime?

* Num **crime continuado**, o momento da prática prolonga-se no tempo. O momento da prática é desde o primeiro ato até ao último; assim, todo o tempo que decorre entre o momento da prática do primeiro ato até ao último, é considerado o momento da prática do facto.
* Nos **crimes duradouros**, o momento da prática é todo o tempo que ocorre entre o primeiro e último ato de sequestro.

**O momento decisivo vai ser aquele em que cessa a conduta**. Assim, enquanto subsiste o crime, poder-se-á aplicar a nova lei sem se violar o princípio da irretroatividade da lei penal, uma vez que o agente já terá conhecimento da lei nova, criminalizadora para o próprio e ainda assim continua a praticar a conduta em causa.

* Assim, se o crime for praticado de 1 de agosto a 1 de outubro e existir uma lei mais gravosa a 1 de setembro, aplicamos a lei que incrimina de forma mais gravosa o crime de sequestro.

Por outro lado, quando existe uma lei nova mais benéfica para o agente durante a prática do crime continuado/duradouro, não existe quaisquer dúvidas em considerar que se aplicará a lei mais favorável ao mesmo.

O problema poderá subsistir quando existe uma lei nova que consista numa agravação da pena. Que lei aplicar?

* A generalidade da doutrina tem entendido que deve aplicar-se a lei nova, mas apenas quando a totalidade dos pressupostos típicos da lei nova se tenham verificado na vigência desta.
* Por exemplo, no caso do furto continuado, o tribunal não poderá aplicar a lei nova mais grave, se, na continuação criminosa de furtos simples e de furtos qualificados, nenhum furto qualificado tiver sido cometido durante a vigência da lei nova, que agravou a pena do furto qualificado. Se após a entrada em vigor dessa lei apenas se praticarem furtos simples, não existe lugar à aplicação da nova lei.

Princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável[[21]](#footnote-21)

Noção geral e pressupostos

A **proibição de aplicação retroativa** da lei penal apenas visa operar sobre a **lei nova mais incriminadora**. Assim, se uma lei nova surgir após a prática do crime e for **mais favorável ao agente**, aplicar-se-á essa lei (bonam partem).

Este princípio já não decorre do princípio da legalidade, mas sim do **princípio da necessidade da pena** (se o Estado resolveu estabelecer um regime mais favorável para aquele facto, considerou desnecessária uma condenação mais grave) e da **função preventiva geral e especial da lei penal**. Visa-se garantir também a **restrição mínima dos direitos fundamentais da pessoa** (artigo 18/2 da CRP), nomeadamente a liberdade, na medida em que a pena e o seu *quantum* apenas se justificam na medida do indispensável à proteção dos direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

* Artigo 2/2 e 2/4 do CP e 18 e 29/4 da CRP.

Em suma, se o legislador considera que, para determinado facto, é apenas necessária uma pena menos grave, é porque entende que aquela sanção basta para garantir e realizar as funções de **prevenção geral** (integração e dissuasão) e de **prevenção especial** (reintegração social e dissuasão do delinquente). Assim, essa lei terá de ser aplicada retroativamente; o contrário, seria aplicar uma pena desnecessária, o que é manifestamente **inconstitucional**.

Quando é que uma lei é mais favorável ao arguido?

* Quando a nova lei elimina o facto como crime; aquele **facto**, que era considerado crime, **deixa de o ser** – falamos em discriminação em sentido técnico (2/2 do CP e 29/4 (segunda parte da CRP)). Por exemplo, deve entender-se que uma pena de multa (mesmo que muito elevada) é em princípio mais favorável do que uma pena de prisão (mesmo que leve).
* Quando a lei posterior à prática do crime consente uma **punição mais leve** (2/4 do CP);

Neste âmbito, Taipa de Carvalho e maior parte da doutrina defendem que deveremos fazer uma ponderação concreta de qual a lei mais favorável ao agente. Assim, é relativamente ao *caso sub judice* que se deve determinar qual das leis mais favorável ao infrator. Vejamos alguns **exemplos**:

* Lei antiga: pena de 8 a 16 anos. Lei nova: pena de 5 a 12 anos. Aplicação clara da lei nova, por via do artigo 2/2 do CP.
* Lei antiga: pena de 1 a 10 anos. Lei nova: pena de 3 a 8 anos. Determinação concreta da pena aquando do julgamento do caso concreto.

Mas quando é que um facto é eliminado como crime?

* Quando é **eliminada a norma incriminadora** que previa o facto, sem ser substituída por qualquer outra;
* Sem haver eliminação da norma incriminadora, à luz da lei posterior, **aquele facto que era punível deixa de o ser**. Por exemplo, o caso do aborto, em que foram estalecidas causas de exclusão da ilicitude.

O juiz terá em consideração as leis que estão em vigor entre o momento da prática do crime até ao termo da execução da pena (artigo 2/2 (2ª parte) do CP); o momento da prática do facto é o momento da execução do crime.

Assim, se surgir uma nova lei que elimina o facto do âmbito das infrações, mesmo que haja uma condenação transitada em julgado, **vai-se ter em conta a nova lei que descriminaliza – assim, cessa a execução da pena** (mulheres que praticaram aborto antes da lei de 2007 que permite o aborto). Isto terá de ser requerido ao tribunal de execução de penas[[22]](#footnote-22).

Nota: para a Professora Bárbara Sousa Brito, o conceito amplo de descriminalização abarca o conceito de despenalização. Dizer que determinado comportamento foi despenalizado implica sempre uma passagem de uma pena para uma sanção menos gravosa[[23]](#footnote-23).

Quando é que a lei permite uma punição mais leve ao caso em concreto depois de transitado em julgado?

As leis em confronto são aquelas que entram em vigor entre o momento da prática do crime até ao termo da execução.

* Artigo 2/4 (2ª parte) e do artigo 371-A do CPP.

Há que distinguir duas situações:

* Se, face à nova lei, **o limite máximo a aplicar ao crime for menor que a pena aplicada ao agente** a pena é reduzida ao limite máximo da nova lei e o agente, se quiser, pode ainda recorrer ao tribunal para recalcular a pena à luz da nova moldura penal – 371-A do CPP. Por exemplo, A foi condenado a 20 anos de prisão numa moldura penal de 25 a 12 anos; imaginando que o limite máximo da pena foi alterado para 15, ficando a moldura penal entre 15 e 12 anos, a pena do sujeito A é reduzida até 15 anos.
* Em todas as outras situações, em que **o limite máximo da nova pena não é menor do que a pena que foi aplicada ao agente**, existe necessidade de recalcular a pena de acordo com a nova lei. Por exemplo, num crime punido de 1 a 5 anos, A foi condenado a 2 anos. Se a nova lei estabelece que o crime é punido de 1 a 4, terá de existir recalculo da pena.

Leis temporárias ou leis de emergência[[24]](#footnote-24)

Uma **lei temporária ou lei de emergência** é uma lei que tem um **período de vigência** **determinado** face a situações excecionais, sendo que esse prazo de vigência consta expressamente na lei ou resulta implicitamente da verificação das circunstâncias excecionais. Estas leis têm os seguintes pressupostos:

* Situação efetiva de emergência;
* A própria lei tem de estabelecer o seu prazo de vigência ou, em caso de impossibilidade, que seja perfeitamente subsumível o seu termo de vigência.

Nota: se após cessação de vigência da lei temporária por caducidade do seu prazo, perdurar ainda a situação de anormalidade, o legislador deverá aprovar nova lei, sendo impossível julgar o agente face a uma lei que não está em vigor – violação do princípio da legalidade.

Por exemplo, por se esperar um verão muito quente para o ano, a AR prever uma lei temporária que estabelecia pena de prisão de 1 a 3 anos para quem acendesse uma fogueira na floresta. Imaginando que só em Outubro o agente foi apanhado, *quid iuris*?

* Se aplicarmos o princípio da aplicação da lei penal mais favorável, não poderíamos continuar a julgar o agente que acendeu a fogueira.
* Porém, aqui **não há verdadeiramente uma sucessão de leis no tempo,** não devendo ser aplicado o princípio acima.

Em suma, as leis de emergência têm **aplicação ultra-ativa**, aplicando-se a factos julgados depois da lei já não estar em vigor, mas que foram praticados no âmbito dessa lei. A razão de ser é a de que não está em causa uma conceção legislativa, mas unicamente uma alteração de circunstâncias de facto; não existem expectativas a serem tuteladas.

Lei penal intermédia

Esta lei é uma lei cujo **início da vigência** é **posterior ao momento da prática do facto** e cujo termo de vigência ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. A lei não está em vigor nem no momento da prática do facto nem no momento do transito em julgado; pode ter sido alterada, por exemplo, por se ter considerado que estabelecia uma punição demasiado leve. Este problema só se coloca quando a lei penal intermédia é de conteúdo mais favorável ao agente. Vejamos o exemplo:

Assim, no caso dessa lei ser mais favorável que as outras duas leis anterior e posterior, é ou não aplicável?

* O artigo 29/4 da CRP, segunda parte, e o artigo 2º, nº 4 do CP, respondem a esta questão.
* Assim, deve ser aplicada ao agente a lei penal intermédia na medida em que, com esta lei, o agente ganhou uma **posição jurídica** que deve ficar a coberto da proibição de retroatividade da lei mais grave. Mais uma vez, está em causa o princípio da segurança jurídica e da máxima restrição da pena.
* Se tal não fosse assim, poderiam existir casos em que a sua não aplicação seria devida à lentidão da justiça.

A declaração de inconstitucionalidade da lei penal

Uma lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao agente tem aplicação?

* Há uma parte da doutrina que defende que nesta situação entram em confronto 2 princípios: por um lado, o princípio que impede a produção de efeitos de uma norma inconstitucional e por outro o princípio que diz que deve prevalecer o regime da não retroatividade da lei penal menos favorável ao agente.

Casos práticos – aplicação da lei penal no tempo

1. **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 era substituída pela lei Y que passava a punir o mesmo facto apenas com a pena de prisão até 5 anos.** 
   1. **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?**

Aplica-se a lei mais favorável ao agente. Mas qual será a lei mais favorável ao agente? É possível fazer uma **ponderação unitária** das penas na lei X e na lei Y ou uma **ponderação em separado** (quanto à pena de prisão, fazemos uma ponderação e à pena acessória, fazemos outra ponderação). A professora defende uma **ponderação em separado em que se procede ao confronto de cada uma das disposições das leis em causa, devendo aplicar-se as disposições contidas, nas duas leis, que sejam mais favoráveis[[25]](#footnote-25)**. No caso da pena de prisão, aplicar-se-ia a lei X, sem mais. A pena acessória, deixaria de existir. Tendo em conta a intervenção mínima do DP e tendo em conta os pressupostos diferentes da pena acessória e da pena de prisão, as penas devem ser analisadas separadamente.

As razões desta escolha são a intervenção mínima do direito penal e as diferentes fundamentações das penas principais e acessórias.

* 1. **Quid iuris se, diferentemente, a lei Y passasse a punir o facto como contraordenação?**

Há uma discriminação da conduta, sendo que se aplica essa norma. Porém, pode ser aplicada uma contraordenação? (DL 433/82, nº 3/1)

É evidente que esta hipótese não configura uma verdadeira sucessão de leis penais no tempo, pois as leis são de natureza distinta. Logo, não poderá funcionar neste caso o princípio de aplicação da lei penal mais favorável.

Assim, de acordo com o direito contraordenacional, não se pode aplicar a lei que considera um facto que antes seria contraordenação a este caso.

Para evitar que os agentes deixem de ser sancionados contraordenacionalmente, tem de se exigir que a nova lei contenha uma norma transitória que estabeleça a punição como contraordenação dos factos praticados na vigência da lei penal antiga como crime. Taipa de Carvalho defende que o Regime Geral das contraordenações deveria ter previsto expressamente esta situação.

* 1. **Quid iuris se, diferentemente a lei X classificasse o facto como contraordenação e a lei Y como crime punido com pena de prisão até 5 anos?**

Pensando no caso contrário, é importante perceber o que pode acontecer quando uma lei que qualificava determinado facto como contraordenação é eliminada, surgindo uma nova que qualifica o mesmo facto como crime.

Os artigos 2 e 3/2 do DL 433/82 estabelecem que havendo uma lei X que é revogada por uma lei Y, será aplicada esta última lei na parte mais favorável ao agente, ou seja, na eliminação do facto como contraordenação. Já na parte da criminalização da conduta, a mesma já não será aplicada retroativamente por via do artigo 1/1 e 2/2 do CP. Assim, neste caso, também se colocaria a necessidade de uma norma transitória.

Taipa de Carvalho defende que o Regime Geral das contraordenações deveria ter previsto expressamente esta situação.

Em suma, quer com a questão anterior, quer com a presente, podemos concluir que os factos anteriores à nova lei perderam, com a sua entrada em vigor, relevância penal e relevância contraordenacional.

1. **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 (190/2) e por outro que, em março de 2016 era alterado o disposto nesse preceito, passando a punir-se o facto aí descrito de 1 a 5 anos, diga à luz de que lei deve ser julgado o comportamento de A.**

O agente atuou desde 1 de janeiro a 1 de abril; se a lei nova for mais incriminadora (como é o caso), aplica-se na mesma, uma vez que o crime se prolongou no tempo. O momento decisivo para a aplicação do princípio da proibição retroativa é o da prática do crime que é de 1 de janeiro a 1 de abril. Têm de estar previstos os pressupostos de facto da lei antiga para ser aplicada a lei nova.

1. **Imagine 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 agravava a moldura penal do artigo 278/1 do CP para 10 a 15 anos de prisão. Mas a lei K fixa o seu período de vigência até 31 de dezembro de 2012. Criticada a moldura excessiva dessa lei, a lei K é revogada por uma nova lei, a lei W que inicia a sua vigência a 27 de fevereiro de 2012 e que tal como a lei K revogada, fixa um período de vigência até 31 de dezembro de 2012. A lei W reduz a pena de prisão para 2 a 8 anos. 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?**

* Lei de emergência temporária. Não pode ser aplicada a lei geral.
* A lei K foi revogada por uma nova lei.
* A lei temporária que sai posteriormente é mais favorável. Num **problema de** **sucessão de leis temporárias**, aplicamos o princípio de aplicação da lei mais favorável.
* Assim, será aplicada a lei W.

1. **Imagine que a AR, face à previsão de um ano muito quente, seco e com temperaturas atípicas, decide agravar, com a lei Y, a norma do artigo 274 do CP, que incrimina a criação de incêndios florestais, para pena máxima de 25 anos, aprovando uma lei que vigorará apenas no ano de 2018. Posteriormente, a medida é duramente criticada, o que leva os deputados a revogar a lei Y (no dia 23 de fevereiro de 2018) e restabelecer a vigência do artigo 274 como tal. Carlos comete o crime de incêndio florestal no dia 2 de janeiro de 2018. À luz de que lei será julgado, já em 2019?**

Neste caso, segue-se a regra geral e não a que diz respeito às leis temporárias. Assim, tendo a lei sido revogada antes do prazo, por claro erro político da AR, será aplicado a Carlos o regime mais favorável. Desta forma, aplicar-se-á o disposto no atual artigo 274.

1. **No dia 1 de Janeiro de 2015, Ana foi apanhada pela polícia a conduzir com 1,3 g/l de álcool no sangue. Imagine que em 1 de fevereiro de 2015 a AR tinha feito publicar uma lei que modificava o disposto no artigo 292 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. Imagine ainda que, devido aos protestos sociais que a medida causou, em 1 de maio de 2015 este diploma era revogado, repondo então o legislador, no artigo 292 o limite de 1,2 gramas por litro de álcool no sangue. Sendo julgada hoje, à luz de que lei deve ser sancionado o comportamento de Ana.**

* O comportamento de Ana deverá ser sancionado à luz da lei penal menos gravosa para o agente. Desta forma, constatamos facilmente que a lei penal menos gravosa para o agente seria a lei aprovada a 1 de fevereiro de 2015.
* O facto que pode traduzir um maior problema é a questão de a lei penal mais favorável para o agente não estar em vigor no momento da prática do crime e no momento em que a ação vai ser julgada (por exemplo, 29 de outubro de 2018).
* Porém, a lei estabelece no artigo 2º, nº 4 do CP que se existir uma lei posterior mais benéfica para o sujeito após a prática do crime, será essa lei que será aplicada. A vigência da lei penal mais favorável (lei intermédia) originou uma posição jurídica que se deve enquadrar neste mesmo artigo. Assim, Ana não deverá ser sancionada pela prática de um crime na medida em que aplicará a lei intermédia que estabelecia como limite a condução até 1,5 gramas de álcool no sangue.

1. **Imagine que, face ao aumento de acidentes de viação provocados pelo excesso de álcool, o legislador decidia alterar o disposto no art. 292º passando a punir como crime quem conduzir com mais de 0,8 gramas de álcool no sangue. Em que termos deveria ser punido A que foi apanhado com 1,1 gramas/litro de álcool no sangue antes daquela alteração, mas que vai ser julgado já depois da mesma ter entrado em vigor.**

A nova lei passou a qualificar aquele facto que era antes uma contraordenação como crime. Assim, face ao princípio constitucional da proibição da retroatividade da lei penal, (art. 29º da CRP e art. 2º do CP), esta lei só pode ser aplicada aos factos praticados despois da vigência desta mesma lei.

Mas será que poderemos considerar esta conduta como contraordenação, uma vez que a lei nova, face à lei contraordenacional, deixou de a considerar como tal?

Temos claramente a hipótese em que um comportamento que antes era uma contraordenação, que passou a ser considerado crime.

Se a pessoa praticou a conduta antes dessa alteração, e essa alteração não lhe é favorável, não pode ser punida pelo crime. Acontece que a lei, ao dizer que aquele comportamento passa a ser crime, deixou de o considerar uma contraordenação. Ora o facto de “deixar de ser contraordenação” é mais favorável ao arguido do que ser punido como contraordenação

* Logo, apesar da lei ser posterior, vai ser aplicada e ele não vai ser punido. A única forma de evitar isto é existir uma **norma transitória**.

Em suma, é devido facto de a lei posterior passar a ser crime, que não podemos condenar como crime o comportamento de A, uma vez que isso ser-lhe-ia desfavorável.

1. **António decidiu matar o pai utilizando um veneno que o mataria ao fim de quatro doses que foram por si ministradas sucessivamente em agosto, setembro, outubro e novembro de 2007. Imagine que com a entrada em vigor em 15 de setembro de 2007 da lei nº 59/2007 era alterado o disposto no art. 132º passando a punir-se o homicídio qualificado com a pena entre 15 e 30 anos.**

**6.1 À luz de que versão do CP anterior ou posterior à lei nº 59/2007 lhe parece que devia ser punido?**

Poder-se-ia pensar que se trata de um crime continuado, mas não é, pois a morte dá-se num único momento; a tentativa é que é continuada. O crime de homicídio só se dá na última ação logo como foi em novembro não se viola o princípio da proibição da retroatividade da lei penal porque a ação foi posterior à entrada em vigor da lei nova, aplicando-se a mesma.

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

Quanto à 2ª pergunta, não poderia essa lei estabelecer tal coisa, tratar-se-ia de uma lei inconstitucional, porque viola o princípio da retroatividade da lei penal favorável, que neste caso seria a nova lei entre 10 e 20 anos.

1. **Tendo descoberta que estava grávida, Antónia decidiu deslocar-se a Londres para abortar, o que realmente fez em 10 de janeiro de 2006 quando decorria a 10ª semana de gravidez. Com a lei nº16/2007 a interrupção da gravidez, a pedido da mulher, durante as primeiras 10 semanas, foi despenalizada. Vamos supor ainda que, em 2007, o TC viria a declarar inconstitucional com força obrigatória geral a referida norma. Em 7 de janeiro de 2008, Antónia será submetida a julgamento. Admitindo que a lei penal portuguesa é efetivamente aplicável, pode ou não ser punida Antónia?**

Como se deve fazer quando a lei mais favorável é declarada inconstitucional? Qual a relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável? Há dois princípios constitucionais que se opõem:

* De um lado o princípio de aplicação da lei penal mais favorável;
* E por outro, o princípio que estabelece que, quando uma lei é declarada inconstitucional, não poderá ser aplicada desde a data da sua criação, repristinando-se a lei anterior (eficácia ex tunc).

Ora, **uma parte da doutrina**, como Taipa de Carvalho, José de Sousa Brito, Jorge Miranda e o próprio STJ têm atendido que prevalece o **princípio da aplicação da lei penal mais favorável**, sendo que o principal argumento é o de que a norma penal que exclui a ilicitude do comportamento foi a norma que orientou o seu cumprimento. Desta forma, o facto de mais tarde o TC vir dizer que é inconstitucional, deve ser irrelevante no caso concreto[[26]](#footnote-26).

A **outra parte da doutrina**, nomeadamente Rui Pereira, afirma que a lei considerada inconstitucional **não cria efeitos desde que é criada**, afirmando que prevalece, portanto, a eficácia ex tunc.

* O argumento principal é que o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável **só deve prevalecer entre leis válidas** – deve prevalecer o princípio da necessidade da pena. Esta parte da doutrina, vai buscar a figura do erro sobre a ilicitude que exclui a culpa. Não havendo culpa, não há responsabilidade penal.
* Argumento meu: não há qualquer espectativa do agente a proteger pois ele deveria de ter obrigatoriedade de conhecer a CRP, por via do princípio de que a ignorância da lei não releva a ninguém.

O art. 282º é alvo de polémica, já que é usada por ambas as correntes.

De acordo com este artigo, a regra é que quando uma regra é considerada inconstitucional, essa declaração produz efeitos desde a entrada em vigor da lei, a não ser que o TC declare a abertura dos casos se a lei declarada inconstitucional.

Uma parte da doutrina, retira daqui que o legislador atribui mais relevância ao **princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável** do que a ressalva ao caso julgado (282/3). No caso da lei penal seja mais favorável e for declarada inconstitucional, o TC não pode admitir a reabertura de casos; se for menos favorável pode reabrir os casos julgados.

Outra parte da doutrina, defende a **prevalência da eficácia ex-tunc** da declaração de inconstitucionalidade, face ao art. 282/1.

1. **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 DL Z, que passou a punir o mesmo crime com pena de prisão até 3 anos.**

**9.1 Se fosse juiz, e ao apreciar o caso verificasse que o DL Z não tinha sido autorizado pela AR, à luz de que diploma julgaria A?**

Como o DL não foi autorizado, é inconstitucional, viola um dos subprincípios do princípio da legalidade, no plano das fontes, não há lei nem pena sem lei formal. Fiscalização da constitucionalidade difusa – art. 204º, prevê que o tribunal declare inconstitucional essa norma**,** não a aplicando. Porém, pode colocar-se novamente a questão suscitada no caso prático anterior, caso o TC declarasse a mesma norma inconstitucional com força obrigatória geral.

**9.2 Seria a mesma a sua resposta se o facto tivesse sido praticado já na vigência do DL Z?**

Há que tutelar a expectativa do agente. Assim, para maior parte da doutrina, a medida da pena não pode ultrapassar a medida do DL Z, embora se aplique a lei X; a maneira de tutelar as expectativas do agente é não aplicar uma lei que ultrapasse os 3 anos.

**9.3 Imagine agora que o DL Z tinha sido autorizado, mas entrou em vigor um mês após o transito em julgado da decisão que condenou A a 4 anos de prisão. Poderia A beneficiar da entrada em vigor daquele DL, em que termos?**

Sim, por força do art. 2º/4, podendo beneficiar da lei mais favorável, teria a redução automática da pena para 3 anos, teria ainda direito a pedir o recurso extraordinário para reapreciação do caso à luz da nova lei – art. 371-A do CPP.

1. **A 1 de janeiro de 2010, A durante a noite, furtou a B um objeto no valor de 6000 euros. Imagine que nessa data, o furto simples era punido com pena de prisão até 5 anos e o furto qualificado era punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.**

**Sabendo que o furto realizado durante a noite era considerado qualificado, suponha ainda que em 1 de janeiro de 2011, eram alteradas as penas previstas para os crimes de furto simples e qualificado passando o primeiro, a ser punível com pena de 1 a 3 anos e o segundo, a ser punível com pena de prisão de 3 a 7 anos.**

**Era também eliminada a referência ao facto de o furto ter sido praticado de noite como fator de qualificação, mas por outro lado, inclui-se um novo fator de qualificação traduzido na circunstância de a quantia furtada exceder os 5 000 euros.**

**10.1 Sendo julgado hoje, A deveria sê-lo por um furto simples ou qualificado?**

**10.2 Em qualquer caso, à luz de que lei penal devia ser julgado A?**

A lei concretamente mais favorável tem de ser avaliada no **caso concreto**. Há uma parte da doutrina que considera que se deve aplicar a teoria do facto concreto e, à luz quer da lei antiga, quer da atual, o legislador nunca teve a intenção de deixar o facto qualificado. Sendo assim, o agente deve continuar a ser punido por furto qualificado, independentemente das alterações do tipo.

Taipa de Carvalho defende que quando a lei nova vem acrescentar novas exigências, como seja a circunstância de a quantia furtada exceder os 5000 euros, a sua entrada em vigor determina a despenalização das condutas praticadas na vigência da lei antiga. Aceitar a retroatividade seria estar a dar como típica uma circunstância que, na altura em que o facto foi praticado, não era.

1. **Imagine que a lei X estabelece como crime que os funcionários do INEM conduzam com mais 0,7 g/l de álcool no sangue. A, funcionário do INEM, conduziu com 0,9 g/l de álcool no sangue no dia 9 de novembro de 2018. No dia 12 de novembro de 2018, entra em vigor a lei Y que modifica o estatuto de A, não o considerando como funcionário do INEM, mas sim do Ministério da Saúde. Quid iuris quando à aplicação da norma Y?**

Neste caso em discussão, a lei Y retirou a qualidade de funcionário do INEM ao agente, estabelecendo um regime aparentemente mais vantajoso para A. Porém, os factos que A cometeu na qualidade de funcionário do INEM antes da entrada da lei Y, ao abrigo da lei X, devem ser punidos pelo crime de funcionário. A lei nova apenas estabelece novos pressupostos legais para o estatuto do funcionário, mas não descriminaliza o facto cometido pelos agentes que reuniam os pressupostos da lei antiga.

Aplicação da lei penal no espaço

Breve introdução

Nem sempre um crime viola os interesses de um Estado apenas. Pode acontecer que dois ou mais Estados se arroguem o direito de puni-lo. Desta forma, todos os códigos penais contêm disposições sobre o âmbito de validade espacial das suas normas – **normas de direito penal internacional**.

As disposições que regulam esta temática, fazem-no relativamente à aplicabilidade da lei penal portuguesa e a **aplicabilidade**, nos tribunais portugueses, **da lei penal estrangeira**. Assim, as leis que em seguida serão explicadas debruçar-se-ão também sobre a **cooperação judicial[[27]](#footnote-27)** entre as autoridades policiais estrangeiras e portuguesas.

Em suma, costuma dizer-se que estas normas estão para o direito penal como o direito internacional privado está para o direito civil.

Nota: o **direito internacional penal[[28]](#footnote-28)**, por outro lado, é conjunto das disposições jurídico-penais que resultam de tratados ou convenções a que o Estado Português tenha aderido. Opõe-se ao direito penal internacional, na medida em que este tem fonte interna.

Assim:

Em suma, segundo a Professora Teresa Beleza, estas normas tratam de saber a que infrações se vai aplicar a lei penal portuguesa, com ressalva do artigo 6/2 do CP.

A conformação do sistema estadual de aplicação da lei penal no espaço baseia-se em diversos princípios. Estes princípios não adquirem todos a mesma importância e hierarquia, existindo antes um **princípio-base** e **diversos princípios acessórios**. O princípio base do nosso sistema é **o princípio da territorialidade**, segundo o qual o Estado aplica o seu direito penal a todos os factos penalmente relevantes que tenham ocorrido no seu território. Todos os outros princípios aplicar-se-ão na ausência da verificação deste.

Princípio da territorialidade

**Princípio geral**

De acordo com este princípio, dispõe o artigo 4º do CP que a lei penal portuguesa é aplicada a factos penalmente relevantes, **praticados em território português**, seja qual for a nacionalidade do infrator, salvo tratado ou convenção em contrário. Os crimes cometidos no Estado português são regidos pelas suas leis, qualquer que seja a nacionalidade do agente ou da vítima[[29]](#footnote-29). As razões de ser deste princípio são:

* Razões de ordem prática (investigação e prova);
* Finalidades das penas, uma vez que a necessidade da punição faz-se sentir mais vivamente na sede do delito[[30]](#footnote-30).
* Harmonia e não ingerência em assuntos de um Estado estrangeiro;

assim, é no território onde o crime é praticado que mais interessa entender aos fins das penas, nomeadamente a prevenção geral.

Lugar da prática do facto

Nos termos do artigo 4/a), a lei portuguesa é aplicável a factos praticados em território português. Levantam-se aqui duas questões:

* O que é o território português? Artigo 5º da CRP
* Em que lugar se considera praticado o facto? Artigo 7 do CP

Para responder à questão “**em que lugar se considera praticado o facto**”, existe necessidade de ter em conta o artigo 7 do CP que estabelece uma **dualidade de critérios**[[31]](#footnote-31):

* Critério da conduta (1ª parte do artigo 7/1 do CP);
* Critério do resultado (2ª parte do artigo 7/1 do CP).

Para o Professor Figueiredo Dias, esta dualidade faz todo o sentido, uma vez que pretende abranger todas as lacunas que pudessem ser criadas face à adoção de um critério unitário: por exemplo, A ofendeu corporalmente B em Portugal, vindo, em consequência, B a falecer em Espanha. Se Portugal adotasse o critério do resultado e Espanha o critério da conduta, não haveria maneira de punir A.

**O local onde o agente atuou ou deveria ter atuado**

De acordo com este artigo, o facto considera-se praticado (1) tanto no lugar em que o agente atuou (crimes por ação) como (2) no lugar em que o agente devia ter atuado (crimes por omissão). No crime omissivo, o comportamento traduz-se numa inatividade por parte do agente em vez de uma atividade. Desta forma, só poderemos punir alguém por omissão se essa pessoa teria o dever de agir:

* Por exemplo, na praia, quem tem o dever de agir é o nadador salvador ou os familiares próximos da vítima.

O crime de omissão de auxílio, presente no artigo 200, é considerada uma omissão pura porque basta haver omissão para o tipo ficar preenchido, não sendo necessário verificar-se qualquer resultado típico.

Nota: o homicídio por omissão necessita de um especial dever de auxílio. Isto coloca o problema de saber até onde é que o direito penal pode punir e reger a ação da pessoa. O dever de agir é determinado pelas fontes materiais do especial dever de agir que será estudada na disciplina da teoria do crime.

A *ratio legis* deste artigo é baseada nos crimes continuados/duradouros e nos crimes momentâneos. Basta, por exemplo, um dos atos de sequestro ter sido praticado em Portugal, para que se aplique a lei portuguesa.

Expressamente coberto pelo artigo em questão está a forma de atuação no crime mediante comparticipação. Importa então explicar melhor este instituto:

* Existem várias formas de participar num crime. A mais comum é a forma direta e singular que está estabelecida para quase todos os artigos do CP.
* Porém, existe também a forma indireta, como por exemplo, A paga a B 50000 euros para matar C. Neste caso, A poderá ser também punido em nome do princípio da territorialidade, presente no artigo 7º do CP.

**O local onde o resultado típico se produziu**

Por outro lado, o facto também se considera praticado no lugar em que o resultado típico se tenha produzido – **teoria da ubiquidade** – segundo a qual basta que um dos elementos essenciais do tipo se verifique em território português para que se aplique o Direito Português.

* O facto também se considera praticado no lugar em que o resultado não compreendido no tipo se tiver produzido. Por exemplo, no artigo 131, o resultado tipo é a morte. Falamos então de um **crime de dano**.
* Porém, temos também os **crimes de perigo** que são caracterizados pela característica de que, para um tipo ficar preenchido, basta que haja perigo para o bem jurídico. Não é necessário que haja lesão para o bem jurídico, mas apenas que a pessoa seja apanhada a praticar tal conduta. Por exemplo, artigo 138, em que uma mãe abandona a criança à porta de um convento; para este tipo estar preenchido basta que seja colocada em perigo.

Vejamos um exemplo:

* **A abandona a criança B à porta de um convento em Badajoz; posteriormente a criança é trazida em Portugal e morre no hospital. Quid iuris?**

Neste sentido, poderia ser aplicada a lei portuguesa apesar de a morte da criança ser um resultado que não está previsto no tipo.

Porém, imaginando que a mãe abandonava a criança numa floresta, à noite, já seria homicídio por negligência, e o seu resultado já estaria compreendido no tipo.

Em suma, há crimes em que basta o agente fazer uma ação ou omissão para o tipo estar preenchido. Não é necessária qualquer produção de resultados, embora essas condutas podem dar origem a resultados não compreendidos no tipo – a morte.

A tentativa

No caso de tentativa, não é necessário que a ação se pratique em Portugal, nos termos do artigo 7/2 do CP.

Por exemplo, A envia uma bomba para explodir em Portugal numa carta. Imaginando que a bomba explode em Espanha, o crime pode ser julgado em Portugal.

Porém, isto poderá originar conflitos positivos em que mais do que um Estado se considera competente[[32]](#footnote-32).

Nota final: o artigo 7 do CP é sempre um artigo obrigatório e primário a aplicar nos casos práticos desta temática.

O território nacional

Para aplicar o artigo 4/a), teremos de perceber o que é o território nacional, por via do artigo 5º da CRP:

* Espaço terreste correspondente à jurisdição do Estado;
* Espaço aéreo;
* Águas territoriais

**O critério do pavilhão**

O critério do artigo 4/a) do CP estabelece um alargamento contido no artigo 4/b) do CP que pacifica como factos ocorridos em território português aqueles cometidos também nos navios e as aeronaves portuguesas. Também as embaixadas são consideradas também como território nacional.

Para saber se o navio e a aeronave são portugueses, interessa consultar o sítio do registo – princípio do pavilhão e da bandeira. Porém, se os mesmos se encontram parados em aeroporto ou porto estrangeiro, em nome do princípio da territorialidade, será aplicável a lei do local[[33]](#footnote-33).

* O legislador não define se neste princípio se abrange apenas os meios militares ou civis; como tal, entende-se que se aplicam a ambos.

Também face ao direito internacional público, os navios e aeronaves de guerra são considerados como sendo do próprio Estado.

Por fim, face ao DL 254/2003, a lei penal portuguesa é aplicável a factos criminais referidos no artigo 4º desse DL, a bordo da aeronave alugada a empresa que tenha sede em território português.

Princípios complementares ou subsidiários

Do princípio da territorialidade decorre que a lei penal portuguesa é aplicada tendo como critério o território português. Porém, existem certos princípios que visam determinar que a lei penal portuguesa pode ser aplicada a factos praticados fora do território nacional.

Assim, tratam-se de **princípios complementares** porque vêm acrescentar mais soluções em que é possível aplicar a lei penal portuguesa. Podem também ser **considerados princípios subsidiários**, uma vez que só se aplicam no caso da não aplicação do princípio da territorialidade[[34]](#footnote-34).

Por outro lado, tais princípios só se aplicam em caso da não existência de acordo ou tratado em contrário.

* Estes princípios estão todos consagrados no artigo 5º do CP, que originará a aplicação do artigo 6º do CP.

Taipa de Carvalho defende que existe uma ordem vinculativa, relativamente ao artigo 5º do CP; assim, se for aplicável mais do que um princípio, a solução correta é escolher aquele que tem precedência na ordenação estabelecida pelo presente artigo.

**Princípio realista ou princípio da proteção dos interesses nacionais (artigo 5/1/a) do CP)**

Esta alínea apresenta uma enumeração taxativa de crimes que **colocam em causa bens jurídicos fundamentais nacionais** como a segurança do Estado ou o respeito pelo Estado de Direito, cometidos por **nacionais ou estrangeiros** fora do território português.

Esta incriminação visa a proteção de bens jurídicos que colocam em causa:

* Os alicerces do sistema constitucional (325 a 345 do CP);
* Interesses do estado na confiança da situação fiduciária[[35]](#footnote-35) (262 a 271 do CP);
* Os interesses na independência e integridade nacionais (308 a 321 do CP);
* E crimes que colocam em causa a segurança das comunicações (221 do CP).

Nestes casos, interessa mais do que a titularidade, a relevância dos bens jurídicos em causa.

Nota: quando se aplica o artigo 5º, nº 1, alínea a), não se aplica o artigo 6º do CP – artigo 6/3 do CP.

Após a revisão do CP de 2007, face ao artigo 6/3 do mesmo, considera-se que esta alínea abarca também aquelas hipóteses em que o facto, apesar de ser considerado crime na lei estrangeira, é punida com uma pena inferir à lei portuguesa.

**Princípio da aplicação universal ou da universalidade (artigo 5/1/c) do CP)**

De acordo com a alínea C) a lei penal portuguesa aplica-se aos crimes que estão enumerados taxativamente na presente alínea, desde que o agente (português ou estrangeiro) desse crime praticado fora do território nacional (1) **seja encontrado em Portugal[[36]](#footnote-36)** e (2) **não possa ser extraditado[[37]](#footnote-37)** ou:

* Porque as condições necessárias à sua extradição não se encontram cumpridas;
* Ou porque não houve sequer requerimento da sua extradição (artigo 33 da CRP e DL 144/99). Pode haver extradição passiva (solicitada ao Estado português) e extradição passiva (é o Estado português que requere). Por norma, **todos os crimes praticados por estrangeiros em territórios portugueses são suscetíveis de fundamentar a extradição** desde que se tratem de crimes com pena de prisão superior a 1 ano, quer pela lei portuguesa, quer pela lei do estado extraditante. Exceção: quando a extradição for pedida com motivação política ou no caso de o crime em causa corresponder uma pena de morte, pena perpétua ou de duração indefinida ou uma pena da qual resulte uma lesão da integridade física segundo o direito do estado requisitante. Esta impossibilidade não admite qualquer flexibilidade (ac. nº 1/2001 do TC).

São normalmente **crimes de interesses que ultrapassam normalmente as fronteiras de qualquer país**: crimes que ofendem a humanidade em geral.

* Por exemplo, o crime de escravidão ou o crime de tráfico de pessoas.

No caso de crimes contra a paz e humanidade, viriam, antes de 2004 referidos crimes de genocídio e de guerra. Estes crimes deixaram de vigorar nesta alínea, passando a vigorar a lei 31/2004.

**Princípio da universalidade da proteção de menores (5/1/d))**

Esta alínea foi acrescentada ao presente artigo na Revisão Penal de 2007 e destina-se a dar proteção aos menores em face da criminalidade internacional. Assim, a mesma tem aplicabilidade sempre que sejam praticados os crimes previstos taxativamente contra menores (sendo a vítima menor), desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue devido a qualquer instrumento equiparado à extradição.

Há quem afirme que esta alínea for criada para abarcar o crime da MGF (144/a)). Face à aliena d), aplica-se a lei portuguesa; porém face ao nº 2 do artigo 6º, não existiria punição, caso o crime não fosse considerado como tal no país onde for cometido.

* Assim, Taipa de Carvalho defende que os objetivos deste artigo saíram frustrados, na medida em que não se incluiu, na no artigo 6/3, esta alínea d), exigindo-se, para aplicação da lei penal portuguesa, uma dupla incriminação[[38]](#footnote-38).

**Princípio da nacionalidade ativa (artigo 5/e) do CP) – por portugueses**

Segundo este princípio, a lei penal portuguesa é aplicável a qualquer crime cometido fora do território nacional por (1) **português**:

* (2) desde que o agente seja **encontrado em Portugal**[[39]](#footnote-39),
* (3) facto esteja previsto na **legislação penal do país** em que foi cometido[[40]](#footnote-40), salvo quando nesse lugar não se exerce o poder punitivo[[41]](#footnote-41) e,
* (4) o **crime admita extradição**[[42]](#footnote-42) e esta não foi concedida ou não foi de todo pedida (o mesmo se aplica ao mandado de detenção europeu).

Nota: por norma, o Estado português nunca extradita os cidadãos portugueses. A extradição apenas se dá nos casos de terrorismo e criminalidade organizada, mediante convenção.

**Princípio da nacionalidade passiva (artigo 5/e) do CP) – por estrangeiros contra portugueses**

Mais uma vez, quando existe este tipo de crimes praticados fora do território nacional, a lei penal portuguesa poderá ser aplicada desde que o estrangeiro seja encontrado em Portugal, o facto seja punível pela legislação do país e o crime admita extradição e esta não foi concedida ou não foi de todo pedida.

* A sua finalidade é a de proteção dos interesses dos cidadãos portugueses relativamente a crimes cometidos, no estrangeiro, por estrangeiro contra português. Foi bastante relevante na questão das emigrações de portugueses para França ou Luxemburgo.

**Extensão do princípio da nacionalidade ativa e passiva (artigo 5/b do CP)**

De acordo com este subprincípio, a lei portuguesa será aplicável a **factos cometidos fora do território nacional** por portugueses que **vivam habitualmente em Portugal** ao tempo da prática do crime (o que interessa saber é se a residência habitual é portuguesa), **contra portugueses**, e desde que os agentes portugueses que praticaram o crime **sejam encontrados em Portugal**[[43]](#footnote-43). De acordo com esta alínea, podemos aplicar este regime sem ser necessário que o facto em questão seja crime no território em que foi praticado.

Esta alínea serviu para prever os chamados casos de fraude à lei, visando 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.

Figueiredo Dias avança os seguintes exemplos:

* A, português, desloca-se à Alemanha, em que o auxílio ao suicídio não é crime, para ajudar B, português a suicidar-se.
* A, portuguesa, desloca-se a uma clínica estrangeira, para aí levar a cabo uma interrupção da gravidez, lícita segundo a lei desse país, mas não segundo a lei portuguesa.
* Se A, português, se deslocasse ao estrangeiro para praticar atos sexuais abusivos com um português, B, de 13 anos, sendo o crime punido com uma pena muito inferior no país X, A, ao abrigo do artigo 6/3 do CP, será punido com a pena portuguesa, que é substancialmente maior.
* Crime de bigamia em que A, casado com B, decide deslocar-se a um país em que tal conduta é permitida, para aí casar com C.

Américo Taipa de Carvalho exige que, caso o agente vá ao estrangeiro passar férias ou tratar de negócios, não se aplique este princípio. Tem de se provar que há fraude à lei uma vez que se o individuo não for ao estrangeiro apenas para praticar o crime, não há aplicabilidade.

**Princípio da aplicação supletiva da lei penal portuguesa a crimes cometidos por estrangeiros contra estrangeiros (artigo 5/1/f) do CP)**

O Prof Figueiredo Dias afirma que esta alínea visa evitar que Portugal se transforme num paraíso criminosos. A, cometeu um crime lá fora, chegava a Portugal e como o crime não admitia extradição, não era julgado.

**Assim, existe uma atuação do juiz nacional em vez do juiz estrangeiro.**

**Princípio das pessoas coletivas** (artigo 5/1/g) do CP)

**A lei penal portuguesa aplica-se a pessoas coletivas ou contra pessoas coletivas que tenham sede em território português.**

**Princípio da obrigatoriedade de julgamento mediante convenção (artigo 5/2)**

Quando o Estado Português se obrigou por meio de tratados ou convenção internacional a aplicar a lei penal portuguesa que não estejam abrangidos pelas alíneas anteriores, poderá a mesma ser aplicada.

Artigo 6º do CP

O caráter meramente complementar ou subsidiário dos princípios de aplicação do artigo 5º do CP revela-se ainda limitado pelo artigo 6º.

Assim, por regra, este artigo 6º só se aplica com o funcionamento do artigo 5º e quando através dele chegámos à conclusão de que se pode aplicar a lei penal portuguesa.

De acordo com artigo 6/1 **não haverá aplicação da lei penal portuguesa** se o agente tiver sido julgado no país onde cometeu o crime e não se subtraiu ao cumprimento total da pena (fugiu da prisão, por exemplo) – princípio da proibição de duplo julgamento pelo mesmo facto, presente no artigo 29/5 da CRP.

Porém, se a **lei estrangeira for concretamente mais favorável ao agente**, nesse caso, a pena a ser aplicada ao agente é a pena que resultaria da aplicação da lei estrageira[[44]](#footnote-44).

Casos práticos – aplicação da lei penal no espaço

1. **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. Sabendo que 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 15 anos, qual a lei a aplicar ao crime de roubo e ao crime de homicídio?**

O crime de roubo considera-se praticado em Espanha – artigo 7 – uma vez que quer a ação, quer o resultado típico ocorreram em Espanha.

Relativamente ao crime de roubo, será possível aplicar o artigo 5/1/e)? Verificam-se os requisitos do presente artigo?

* Os agentes foram encontrados em Portugal? Sim.
* São punidos em Espanha? Sim.
* O crime admite extradição e esta não foi concedida ou não foi de todo pedida? As condições de extradição estão presentes no artigo 33 da CRP: desta forma, nunca é possível extraditar um português.

Assim, tudo indica, que neste caso, poderíamos aplicar o **princípio da nacionalidade ativa** uma vez que a extradição não pode ser de todo pedida.

Assim, aplicava-se a lei penal portuguesa. Porém, ainda teremos de recorrer ao artigo 6º do CP que apresenta algumas restrições à aplicação da lei portuguesa. O número 1 não verifica qualquer das restrições.

Porém, se o juiz chegar à conclusão de que à luz da lei espanhola, é mais favorável ao agente, terá de calcular a pena à luz dessa lei. À partida, a lei portuguesa seria mais favorável uma vez que pune o crime de roubo de 1 a 8 anos. Porém, tem de ser feita uma análise mais detalhada do caso concreto, uma vez que podem ser encontradas atenuantes em Portugal.

Já o crime de homicídio é praticado em Portugal, no local em que o agente atuou. Basta a ação ser em Portugal, para a ação ser praticada nesse país. Sendo que o homicídio foi praticado em Portugal, será aplicada a lei portuguesa – princípio da territorialidade – artigo 4º do CP.

Porém, há uma discussão na doutrina. Será que poderemos aplicar o artigo 6/2 do CP, quando se aplica o princípio da territorialidade? Se houver elementos suficientemente fortes de conexão com a lei estrangeira, poderemos aplicar a lei estrangeira.

1. **Ana, emigrante portuguesa em França, escreveu a Berta, portuguesa, que vive em Portugal, pedindo-lhe 10000 euros, 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?**

O crime de burla (artigo 217), por parte de Ana, tem como resultado o prejuízo de Berta; desta forma, o ato teria mesmo de lhe causar prejuízo patrimonial. Sendo assim, o prejuízo deu-se em Portugal, face ao artigo 7º, o facto considera-se praticado em território português – princípio da territorialidade. Porém, será que poderemos aplicar o artigo 6/2 por analogia? Apesar deste artigo funcionar quando funcionava o artigo 5, coloca-se a questão de saber se também funciona quando se aplica o artigo 4º. Quando os laços de conexão entre o agente e a lei estrangeira forem muito fortes, poderá ser aplicado este artigo.

Basta que ação seja praticada em Portugal para que seja aplicada a lei portuguesa e se considere praticado nesse país. Assim, aplica-se o artigo 7º do CP. Porém, o resultado pretendido foi lá fora; assim, este dado já não interessa porque já concluímos pela prática do facto em Portugal. Porém, ela queria que a carta chegasse à posse de Ana, embora a carta tenha explodido na estação de correios – regime do erro na execução ou execução defeituosa (aberractio ictus) – o agente vai ser punido em concurso de crimes: tentativa do crime que tentou realizar e pelo crime que realizou na forma negligente.

* O crime de explosão por forna negligente, está previsto no artigo 272/2.

Assim, em relação a estes dois crimes, aplicava-se o princípio da territorialidade.

1. **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 um 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 mil euros 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 artigo 221 do CP? Em caso de resposta afirmativa, poderá A beneficiar do facto de em Espanha a burla informática ser punida mais levemente do que em Portugal?**

O resultado típico do crime realizou-se em Portugal uma vez que foi causado para o Bento. Porém, o crime foi praticado, nos termos do artigo 7/1 do CP em Espanha. Desta forma, aplica-se o princípio da territorialidade; desta forma, remete-se o artigo 4º.

Será que se pode aplicar o artigo 6/2 do CP?

* Tem de existir uma grande conexão entre o agente e a lei estrangeira (espanhola).

Outro argumento, face ao artigo 5/a), quando funciona o crime de burla informática, se chegarmos à conclusão de que se aplica a lei portuguesa, o artigo 6/3 não permite o funcionamento deste artigo para os crimes do artigo 5/a) e 5/b). Desta forma, não se faz analogia.

O professor Silva Dias defende que quando funciona o artigo 4º, nunca funciona o artigo 6/2, por uma questão de soberania.

1. **Jean, francês, planeia montar na Tunísia um negócio de prostituição, empregando prostitutas estrangeiras. Em 1 de junho de 2012, Jean, desloca-se a Portugal e com ajuda de Bento, português, contrata 5 mulheres portuguesas que vivam desafogadamente e viram naquela proposta um modo rápido de enriquecer. Determine se e como podem os tribunais portugueses, punir Jean e Bento, segundo o artigo 169/1 do CP, tendo em conta o seguinte: (a) o lenocínio, com texto idêntico ao atual 169/1 do CP, 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 2 de janeiro de 2014 com pena de 5 anos de prisão, tendo-se evadido e fugido para Portugal quando havia cumprido apenas 2 anos; (c) em fevereiro de 2014, o artigo 169 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 6 meses a 4 anos; (d) entre Portugal e a Tunísia, não existe tratado de extradição.**

A ação típica do crime é facilitar o lenocínio; assim, basta provar que alguma favoreceu ou facilitou o exercício desta profissão. Assim, podemos retirar que estamos perante um crime de mera atividade[[45]](#footnote-45) de Bento, bastante uma conduta para o legislador considerar que o crime foi praticado. Assim, o crime do Bento foi praticado em Portugal, nos termos do artigo 7º do CP, aplicando-se a lei portuguesa, nos termos do artigo 4º do CP.

Porém, neste caso existe um problema de aplicação de leis no tempo, na medida em que o artigo 169 passa a ter uma redação diferente. A lei nova é mais favorável ao agente, sendo que será aplicada nos termos da retroatividade da lei penal mais favorável; assim, a sua conduta parece ter sido despenalizada – artigo 2/2 do CP. Em suma, aplicamos a lei mais recente; no caso de já ter existido uma sentença transitada em julgado, cessa a execução da pena uma vez que o legislador estabeleceu que deixou de fazer sentido manter aquela conduta como crime.

Já relativamente a Jean, o crime foi praticado em território português segundo o **princípio da territorialidade (7/1 do CP)**; assim, se chegamos à conclusão que o facto foi praticado em Portugal, só poderá funcionar este princípio; nada interessa, neste caso, a questão de o crime ter sido praticado noutro país.

Desta forma, Jean já tinha sido condenado na Tunísia. Assim, poderemos aplicar o **princípio constitucional da proibição de julgamento duplo pelo mesmo facto**. Decorre deste princípio que, se uma pessoa já cumpriu parte da pena, essa pena terá de ser descontada imediatamente na condenação em Portugal.

Por fim, como haveria um problema de sucessão de leis no tempo, o Jean também iria beneficiar dessa sucessão de leis no tempo, sendo que a conduta do Jean foi despenalizada.

1. **A, portuguesa grávida de 12 semanas, vai fazer um 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?**

O facto foi praticado na Suécia, assim como o seu resultado; assim, segundo o artigo 7º, não é possível aplicar o princípio da territorialidade. Desta forma, teremos de estudar o âmbito de aplicação do artigo 5º. Aplicamos o artigo 5/e:

* O agente foi encontrado em Portugal? Facto desconhecido, embora se presuma que sim.
* São punidos na Suécia? Não.
* O crime admite extradição e esta não foi concedida ou não foi de todo pedida? As condições de extradição estão presentes no artigo 33 da CRP, sendo muito restritas.

Assim, não é possível aplicar a lei portuguesa por esta via.

Mas e pela alínea 5/b)? Será que é possível considerar a vida intrauterina como “contra portugueses”?

Para a doutrina tradicional, a interpretação que ainda cabe no sentido possível das palavras é considerada uma interpretação declarativa lata. Neste caso, ao aplicarmos este regime ao feto, não haveria surpresa.

Outra parte da doutrina defende que as normas que regulam a aplicação das normas no tempo e no espaço, não carecem de proteção pelo princípio da legalidade, face às exigências de proibição de analogia.

O mais importante é pensar que esta alínea foi pensada para evitar os casos de fraude à lei. O professor Taipa de Carvalho defende ainda que se tem de provar esse facto à lei.

Teríamos ainda de recorrer ao artigo 6º? Não, uma vez que por força do artigo 6/3, este regime não se aplica.

1. **A, português, deslocou-se ao Brasil com o objetivo de recrutar cidadãos daquele país a quem, mediante o pagamento de 1500 euros, oferecia um contrato de trabalho com uma empresa portuguesa. Vários cidadãos brasileiros entregaram a A os 1500 euros a troco de um suposto contrato com a dita empresa, que este, imediatamente, transferia para a sua conta em Portugal. 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.**

**17.1 Considerado que o comportamento de A se subsume ao disposto no artigo 222/2 do CP, 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.**

O agente atuou (burla como prejuízo patrimonial) no Brasil, sendo que o resultado típico do crime, o prejuízo patrimonial, também ocorreu no Brasil. Assim, teremos de aplicar o artigo 5º do CP e verificar se, mesmo assim, é possível aplicar a lei portuguesa. Aplica-se então o artigo 5/1/e):

* O agente encontra-se em Portugal;
* O crime é também punido no Brasil;
* O crime não admite extradição face ao princípio presente na CRP (33/3 da CRP).

Porém, recorrendo ao artigo 6/1 veremos que não é possível aplicar o mesmo. Já o artigo 6/2 estabelece que será aplicada a lei brasileira se a mesma for mais favorável; aqui, teria de se olhar para o caso concreto, embora a lei brasileira pareça mais favorável.

Desta forma, em princípio, aplicava-se a lei brasileira.

**17.2 Quid iuris se, entre a prática do facto e o julgamento, fosse alterada a lei portuguesa, passando o comportamento descrito no artigo 222/2 a ser punido apenas como contraordenação.**

Uma vez que a lei brasileira seria aplicável no caso acima por ser mais favorável, quando existe uma lei portuguesa mais favorável (uma vez que descriminaliza a conduta), aplicamos a lei portuguesa na medida em que existe uma despenalização (2/2 do CP).

Posteriormente, questiona-se se o sujeito será condenado com contraordenação uma vez que a contraordenação não pode ser aplicada retroativamente.

* Assim, seria muito útil a existência de uma norma transitória a determinar que os comportamentos antes da lei eram considerados crimes, poderiam ser condenados como contraordenação. No caso da ausência desta norma, não poderíamos aplicar uma contraordenação ao individuo (433/82, artigo 2º).

1. **Bernardo foi condenado por decisão transitada em julgado em agosto de 2018 a uma pena de 6 anos de prisão efetiva. Imagine que, em janeiro de 2019, era alterado o disposto no artigo 50 do CP, passando a ser possível a suspensão da execução da pena de prisão não superior a 8 anos (quanto à luz da redação anterior do CP e vigente à data da decisão condenatória, só era possível a suspensão da execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 5 anos).**

**18.1 Diga, justificadamente, se e em que termos, poderia Bernardo beneficiar de aplicação retroativa da nova lei.**

Teremos em primeiro lugar de analisar se estamos perante uma norma penal. Esta norma indica as situações em que deve haver suspensão da pena; é uma norma complementar que permite a execução da pena. A professora considera que sim, não deixando de ser uma norma que decide pela aplicação da pena e da consequente responsabilidade criminal.

* Teríamos de analisar o caso concreto.

Poderemos estar perante uma norma penal negativa?

Em que, segundo a generalidade da doutrina, não se aplica o princípio da legalidade, na sua vertente de aplicação da lei penal mais favorável. Desta forma, não poderemos aplicar o artigo 2/2 do CP, sendo que a sentença já transitou em julgado? A professora considera que se nunca se pode aplicar uma norma mais gravosa.

Relativamente às **normas penais negativas atenuantes**, não há aplicação do princípio da legalidade porque elas próprias já defendem os direitos dos cidadãos.

**18.2 Seria à mesma a sua resposta, se a lei que procedeu àquela alteração ao CP, estabelecesse expressamente que a mesma só valia para as decisões condenatórias proferidas depois da sua entrada em vigor?**

Essa estipulação seria inconstitucional por força do artigo 29/4 do CP e como tal não poderá ser aplicada. Desta forma, o juiz teria de ter em conta a nova lei.

1. **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, tento aí D ajudado C a cometer suicídio.**

**18.1 Tendo posteriormente regressado a Portugal, pode D ser julgado cá pelo facto praticado?**

O facto considera-se praticado na Alemanha e o seu resultado típico, a morte, deu-se também na Alemanha. Comprar veneno não é um ato executório, mas apenas um ato preparatório. Desta forma não é possível aplicar o princípio da territorialidade.

Porém, poderá ser aplicado o artigo 5/1/b), uma vez que o crime foi praticado por portugueses contra portugueses que vivem habitualmente em Portugal – são as situações de fraude à lei. Para o Professor Taipa de Carvalho teremos de demostrar que existiu fraude à lei.

Nota: as alíneas do artigo 5º têm de ser analisadas uma a uma.

**19.2 Pode D beneficiar da circunstância do auxílio ao suicídio não ser crime na Alemanha?**

Esta situação está prevista no artigo 6/3 do CP que não permite o funcionamento do artigo 6/2. Desta forma, D não pode beneficiar do facto de aquela conduta não ser considerada como crime na Alemanha.

**19.3 E se, após a prática do facto fosse revogado o disposto no artigo 135 do CP, poderia D beneficiar dessa revogação?**

A revogação da norma é mais favorável. Desta forma, será aplicado sem dúvida a D – artigo 2/2 do CP e artigo 29/4 da CRP.

1. **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; já em Portugal, é, nos termos do artigo 135. 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?**

O crime considera-se praticado na Holanda, embora o seu resultado típico se tenha produzido em Portugal. Desta forma, aplica-se o princípio da territorialidade – artigo 7 e o artigo 4º, sendo que será aplicada a lei Portuguesa. A doutrina discute se existe a possibilidade de aplicação, por analogia, do artigo 6º. Desta forma, podemos arguir pela aplicação do artigo 6/2, em que será aplicada a lei mais favorável, que é a Holandesa, uma vez a conduta não é crime na Holanda, apenas se existir conexão forte com o território.

Para o tipo estar preenchido é essencial que se produza um resultado, o que ocorreu neste caso (esta é a parte que mais concordo). Para outra parte da doutrina, para este tipo estar preenchido, basta ajudar ou incitar outro ao suicídio.

Aplicação da lei penal quanto às pessoas

Em relação a certas pessoas existem regras especiais quanto ao funcionamento da lei penal. Essas regras resultam fundamentalmente da CRP e traduzem-se em imunidades.

Como nota introdutória, importa ressalvar que as imunidades têm uma origem histórica bastante marcada, em que os parlamentares começavam a sentir proteção face ao poder do Rei.

O Presidente da República

No caso do PR, o artigo 130 da CRP estabelece algumas particularidades; assim, exclui-se do âmbito da lei penal os **crimes estranhos à persecução de funções do mandato**, suspendendo-se a efetividade penal.

Já no que se refere a **crimes praticados no exercício de funções**, não existe qualquer espécie de imunidade, sendo que o julgamento do PR estará a cargo do STJ, sendo óbvio que a sua condenação implica a destituição do cargo e impedimento de candidatura.

* Para a maior parte da doutrina, consideram-se crimes praticados no exercício das funções, todos os **crimes de responsabilidade política** (Lei 34/87 de 16 de julho), mas também outros crimes que constituam o abuso ou desvio de poderes por parte do Presidente da República – crimes contra o Estado (308 e seguintes do CP). Também se consideram os crimes contra a humanidade e os crimes praticados pelo PR que tenham o exercício de funções como causa ou finalidade. Por exemplo, imaginando que o PR pratica um homicídio para ocultar um facto que poria em causa a sua função como Presidente.

Os deputados

Quanto aos membros do Governo e Primeiro Ministro, o artigo 196 consagra especialidades quanto à aplicação da lei penal, sendo um regime muito similar aos deputados da AR (157).

Em primeiro lugar, de acordo com a CRP, **nenhum deputado pode ser detido ou preso sem autorização da AR[[46]](#footnote-46)**, salvo tratando-se de crime doloso a que corresponda pena de prisão superior a 3 anos e em flagrante delito.

Em segundo lugar, os deputados não podem ser ouvidos, nem como arguidos, nem como declarantes, **sem autorização da AR**. A decisão da AR é obrigatória, no caso de serem arguidos e quanto houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda penas de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos.

Em terceiro lugar, uma vez movido um procedimento criminal contra um deputado, e acusado, a AR decidirá **se o deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo**. Essa decisão de suspensão é obrigatória quando mais uma vez se trate de um crime doloso, a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos.

Em suma, este regime existe para que o poder judicial não possa exercer um regime de supremacia face ao poder legislativo.

Deputados ao parlamento europeu

Quer o artigo 10 da CEDH, quer a jurisprudência do TEDH, reconhecem imunidades parlamentares para haver uma representação da legitimidade democrática. Assim, só haverá levantamento de imunidade nos casos que não tenham nada que ver com a proteção da liberdade de expressão e opinião relacionadas com a atividade dos membros do parlamento.

* Porém, tem de existir uma relação funcional com a atividade de membro desse parlamento.

Imunidades diplomáticas

As imunidades diplomáticas estão reguladas na Convenção de Viena de 18 abril de 1961, aprovada pelo Estado Português em 27 de março de 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, quer relativamente à detenção, quer relativamente à prisão. Porém, esta imunidade não é 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 terá de proceder à expulsão dos referidos agentes e declará-los pessoas não gratas.

* As imunidades visam proteger a soberania do Estado.

**A Teoria do Crime**

Porque é que doutrina sentiu necessidade de criar uma teoria do crime?

Em certo sentido, essa **teoria do crime** ajudará na aplicação da lei penal fornecendo ao juiz os seus critérios de aplicação da lei penal a um determinado caso concreto. Assim, muitas vezes esta teoria é muitas vezes encarada como a teoria da decisão penal uma vez que enumera e coloca numa certa ordem todos os elementos constitutivos desse crime. Para além disto, esta teoria é uma teoria que fornece o estudo dos elementos constitutivos do crime.

De acordo com a dogmática penal os elementos constitutivos são:

* Ação;
* Típica;
* Ilícita;
* Culposa;
* Punível.

A Professora defende que o direito penal deverá ter em conta a teoria do crime para melhor poder ser aplicável.

Sempre que estivermos perante um caso concreto, teremos de avaliar se naquele caso se verificam todos os elementos constitutivos do crime; só nesse caso poderemos aplicar a lei penal. Assim, para determinar se determinado caso cabe na previsão de certa norma, teremos de fazer uma **subsunção**.

O método subsuntivo implica que seja feita uma análise do caso através dos elementos do crime. Para ser possível aplicar a norma ao caso concreto, teremos então de ver se estão presentes todos os elementos constitutivos do crime.

* Estes elementos são definidos pela teoria do crime, fornecendo os elementos que têm de ocorrer para que determinado comportamento possa ser considerado crime.

A ação

O primeiro elemento constitutivo é a ação. Sem haver uma ação jurídico-penalmente relevante, não existe crime. Mas quando é que existe essa ação?

* Por exemplo, A, durante um ataque de sonambulismo, dá um murro a B.

Poderá ou não ser possível condenar A pela prática de um crime? Para já, importa perceber que não estamos perante uma ação jurídico-penalmente relevante pois não é **uma ação que não é controlada ou controlável pela vontade**; o sonâmbulo não podia controlar o seu comportamento[[47]](#footnote-47).

Assim, um comportamento só é jurídico-penalmente relevante se for dominado ou dominável pela vontade do sujeito.

A tipicidade

Assim, há que verificar se aquela ação corresponde à previsão de uma norma incriminadora, ou seja, há que averiguar se aquela ação preenche um tipo legal de crime.

* Por exemplo, se A dispara sobre B[[48]](#footnote-48), importa integrar esta ação na previsão do artigo 131; teremos de verificar se aquela conduta cabe no tipo legal de crime.

Em suma, estamos perante a correspondência do facto praticado com a previsão da norma incriminadora. Para chegar à conclusão desta correspondência, teremos de verificar se estão presentes os chamados elementos objetivos do tipo e os elementos subjetivos do tipo:

* Os **elementos objetivos** são enumerados: tem de existir um agente, uma ação típica, objeto da ação (elemento do mundo exterior no qual ou em relação ao qual se realiza a ação, (neste caso, o sujeito B)), um bem jurídico e, em certos tipos de crime, o resultado e a imputação objetiva do resultado à conduta do agente[[49]](#footnote-49).
* Nos **elementos subjetivos**, exige-se que haja culpa, havendo uma ligação subjetiva do sujeito ao facto; ao contrário do direito civil, em direito penal não há responsabilidade objetiva, existindo sempre a necessidade de demostrar a relação subjetiva entre o agente e o facto. Essa ligação subjetiva está em dois elementos: ou a título de dolo ou a título da negligência; abaixo da negligência[[50]](#footnote-50), não há responsabilidade penal.

Assim, ou é provado o dolo, ou é provado o crime negligente[[51]](#footnote-51).

Assim, apenas depois de provados os elementos objetivos e subjetivos, podemos concluir que o tipo está preenchido.

A ilicitude

A ilicitude em Direito Penal analisa-se pela **técnica negativa da exclusão**, isto é, para sabermos se uma ação é ou não ilícita, existe a necessidade de verificação se ocorreu ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. Sendo assim, as causas de exclusão da ilicitude são:

* Legitima defesa;
* Direito de necessidade;
* Conflito de deveres;
* Consentimento do ofendido.

O juízo de ilicitude pode ser definido como um juízo de desvalor que recai sobre um comportamento.

* Por exemplo, A dispara sobre B, vindo B a morrer. Se se vier a provar que o A disparou sobre o B, porque o B estava a com uma arma apontada para o A, exclui-se a ilicitude do A.

Culpa

A culpa pode definir-se como um juízo de censura que se faz ao agente pelo facto de ele ter liberdade de se motivar pelo direito e não o ter feito. Assim, analisamos a motivação do agente pelo Direito.

A culpa em direito penal será analisada pela **técnica negativa da exclusão**. Assim, teremos de verificar se naquele caso concreto ocorre ou não alguma causa de exclusão da culpa.

Punibilidade

Sempre que um facto é tido como ilícito e culposo, por norma, será também punível. Porém, excecionalmente, pode acontecer que ele seja não punível e deixe de ter dignidade penal. Existe a necessidade de atender às condições objetivas de punibilidade:

* Por exemplo a tentativa. O legislador considerou que só seria correto punir a tentativa, se ao crime consumado, a pena fosse superior a 3 anos.

Concurso de crimes e normas

Iremos abordar neste contexto, o concurso de crimes e o concurso de normas.

Em certo sentido, o concurso tem que ver com a aplicação da lei penal. Porém, também no próximo semestre, em Teoria do Crime esta matéria será muito relevante.

Para o professor Figueiredo Dias, o concurso existe sempre que o comportamento global imputado a um determinado agente preenche mais do que um tipo legal de crime, havendo uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente. Quando isso acontece, importa saber quando é que se pode falar em concurso verdadeiro ou efetivo de crimes ou quando se fala em concurso aparente ou concurso de leis.

No **concurso verdadeiro de crimes**, o agente preenche vários crimes e deverá ser punido, uma vez que nenhuma das normas atende exclusivamente ao facto complexo. O problema coloca-se no **concurso de normas ou concurso aparente,** uma vez que teremos de salvaguardar o princípio de “ninguém poder ser punido mais do que uma vez pelo mesmo facto”.

* Por exemplo, A subtrai um quadro ao B e passado uma semana, resolve queimar o quadro. Quid iuris? Estão em causa o crime de furto e dano.

Há uma parte da doutrina que considera que nestes casos há um **concurso aparente**, isto é, apesar de haver duas normas que se podem aplicar (213 e 212), devido a um certo tipo de relação existente entre elas, a aplicação de uma delas é excluída pela outra. Já a Professora Teresa Beleza considera que nestes casos existe um **concurso verdadeiro**, uma vez que as normas que se aplicam à situação não se excluam mutuamente.

* Ambas as opiniões são baseadas no mesmo critério: o critério proposto é o critério da unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude de comportamento. Se o agente preencher mais do que um tipo de crime, pode considerar-se que esse comportamento é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude; assim, há um tipo legal que consegue incorporar o sentido dominante do ilícito. Há um tipo que esgota o conteúdo ilícito do facto.

Assim:

* Para este caso, ao punir por furto, já são protegidos os bens jurídicos que são postos em causa – Professor Figueiredo Dias.
* Com o furto, violamos o bem jurídico propriedade, mas com o dano essa violação ocorre de maneira muito mais grave – Professora Tereza Beleza

Mas como saber se uma norma esgota o ilícito penal praticado por um agente?

* Quando se trata de tipos que protegem bens de caráter **iminentemente pessoal**, a pluralidade de vítimas deve considerar-se sinal seguro da pluralidade de sentidos de ilícito, sendo que deve conduzir à existência de um concurso efetivo.

Se A colocar uma bomba e matar três pessoas, terá que ser **punido por três crimes de homicídio**.

Este raciocínio aplica-se quer para crimes dolosos, quer para crimes negligentes, para a maior parte da doutrina; o mesmo raciocínio também se aplica a crimes de ação e crimes de omissão.

O concurso verdadeiro e efetivo – o olhar da doutrina

**Eduardo Correia**

O professor Eduardo Correia defendeu como critério o de pluralidade ou unidade de decisões ou soluções. Se existir apenas uma **decisão**, estamos perante um concurso aparente.

* Este critério deve ser afastado porque, por vezes, apesar de existir apenas uma decisão, essa decisão pode ofender vários bens jurídicos pessoais. Por exemplo, o A que decide na mesma decisão ofender o B e o C.

**Roxin**

Roxin defende o critério distintivo é o da unidade ou pluralidade de ações. Sempre que houver uma unidade de ação, há um concurso aparente; se houver uma pluralidade de ações, existe um concurso verdadeiro. De acordo com a doutrina alemã, há três tipos de unidade de ação:

* Ou quando temos uma ação em sentido natural, isto é, um ato que se esgota na realização de um tipo.
* Quando houver unidade de ação típica, isto é, várias ações em sentido natural são agrupadas numa única ação típica. A unidade da ação advém do próprio tipo legal: ou porque o próprio tipo exige para a sua realização uma pluralidade de atos (por exemplo, o crime de roubo: se existir furto + violência, iremos punir a pessoa apenas pelo furto – unidade de ação típica. Já o tráfico de estupefacientes abarca muitos atos). Por último, quando a unidade de ação seja determinada pelo tipo que abarca um crime de natureza permanente.
* Unidade natural de ação que ocorre quando destintos atos particulares, em virtude da sua similitude e proximidade de tempo e espaço, são reunidos em uma unidade de ação, pelo juiz aplicador de direito.

Se se punir uma situação de concurso aparente de acordo com as regras de um concurso verdadeiro, há uma clara violação do princípio constitucional do artigo 29/5.

* Estaremos a punir uma pessoa, mais do que uma vez pelo mesmo facto ilícito típico.

**Figueiredo Dias**

No concurso aparente, em regra, a punição prevista pela norma principal exclui a aplicação da outra. A pena concreta não pode ser inferior ao limite mínimo da moldura penal correspondente ao ilícito dominado. No concurso verdadeiro, já teremos de ter em conta os artigos 77 e 78 do CP onde se faz uma ponderação entre os vários crimes, isto é, fala-se de um sistema da pena conjunta. Como se chega a este sistema?

* Fixa-se uma pena para cada um dos tipos de crimes preenchidos, mas a pena não é bem a soma de todas as penas aplicadas, uma vez ter como limite máximo 25 anos. Tem como limite mínimo a mais elevada das penas aplicada aos vários crimes – sistema de pena unitária.
* Há um caso especial de um concurso verdadeiro que é o caso do crime continuado e que está previsto no artigo 30/2, em que nesses casos se aplicará o artigo 79 do CC; esse artigo afirma que o juiz compara as molduras aplicadas a cada um dos crimes que integram a continuação, aplicando a mais elevada.

Face à ordem jurídica, no **crime continuado existe um concurso de crimes**; por isso se afirma que estamos perante um terceiro género de concurso. Assim, é a ordem jurídica que manda encarar o crime continuado como um único crime. Porém, para ser aplicado o crime continuado, nunca podem estar em causa crimes continuados:

* Tem de haver uma violação plurima do mesmo bem jurídico ou de bem jurídico que tenha uma estreita afinidade com os bens jurídicos anteriormente violados;
* Tem de haver uma realização continuada que deve ser executada de forma homogénea e no quadro de uma mesma relação exterior;
* Exige-se também que aquele comportamento seja dominado por uma situação exterior que facilitou a repetição da atividade criminosa ao ponto de tornar cada vez menos exigível ao agente que ele se comporte cada vez menos de acordo com o Direito.

Para o Professor Figueiredo Dias, se se provar que houve uma diminuição considerável da culpa, temos de atribuir vantagens ao agente.

As modalidades de concurso efetivo e aparente

**Concurso aparente**

Para que exista concurso aparente:

* Têm de existir duas normas concorrentes;
* Unidade da situação de facto.

**Especialidade**

Há uma relação de especialidade entre o artigo 131 e o artigo 136 do CP.

* Todos os elementos fazem parte do artigo 131, estão incluídos necessariamente no artigo 136. Porém, o artigo 136 acrescenta elementos que, neste caso, atenuam a responsabilidade do agente.
* O infanticídio é quando, a (1) mãe, (2) logo após o parto e (3) perante uma perturbação psicológica, mata o próprio filho.

Outros exemplos de relação de especialidade são o 131 e o 132. O artigo 132, para além de conter todos os elementos do 131, ocorrem determinadas circunstâncias que relevam especial perversidade do agente; assim, a aplicação do artigo 132 esgota a aplicação do artigo 131.

**Subsidiariedade**

Zona de interferência

Existem dois tipos de subsidiariedade:

* **Subsidiariedade implícita** que não resulta da lei, mas de uma interpretação das **incriminações envolvidas**. Por exemplo, A pede a B que mate C, pagando uma certa quantia de dinheiro. Porém, para além disso, também participa no ato. Assim, A é instigador e autor material ao mesmo tempo. Aqui, o sujeito será apenas punido pelo ato. Uma incriminação apaga-se perante a outra como uma forma menos intensa de agressão.
* **Subsidiariedade expressa** que resulta **diretamente da lei**; é a própria lei que condiciona a aplicação de uma norma à não aplicação de uma outra norma.

Por exemplo, quando o artigo 152/1 afirma que “se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”, estamos perante uma relação de subsidiariedade expressa. Também os artigos 152-A e 144 são exemplos de subsidiariedade expressa, na medida em que se aplica o 152-A se o facto não for punido segundo o 144.

**Consumpção**

Como exemplo da relação de consumpção, vejamos os artigos 204/f) e 190 do CP; uma forma típica de provocar o furto é mediante introdução em casa alheia. Nestes casos, o agente só vai ser punido por furto qualificado, uma vez que essa norma já abarca a introdução em casa alheia.

Existem dois tipos de consumpção:

* Pura, quando a **realização** do tipo de crime punido mais gravemente, **inclui a realização de um outro tipo de crime, punido mais levemente;**
* **Impura**, quando **o crime mais grave acompanha um crime menos grave**; a realização de um tipo de crime punido mais levemente, inclui a realização de outro tipo de crime punido mais gravemente. Neste caso, apesar de a norma ser uma norma “meio”, será aplicada a norma mais grave. Imaginando que há um crime de roubo, ele será punido pelo crime de agressão.

Figueiredo Dias defende que se deve aplicar a previsão da norma fim e aplica-se estatuição da norma meio; afirma ainda que não existe violação do princípio da legalidade.

A posição de Figueiredo Dias

Figueiredo Dias só considera situações de concurso:

* A relação de consumpção;
* Os factos anteriores não puníveis; porém, neste caso existe inclusão desta figura na consumpção.

Assim, será mais correto falar das primeiras soluções, como unidades de leis ou normas; não existe verdadeiramente qualquer concurso de normas, mas apenas uma norma é aplicada. Devido a considerações lógico-jurídicas, a aplicação de uma norma excluí a aplicação de uma norma preterida; assim, recorre-se a uma operação logico conceitual em que o que importa é um verdadeiro trabalho sobre normas.

Já nos casos de consumpção, para se chegar à conclusão de que existe um concurso de normas, teremos de fazer uma operação de natureza material. Apesar do comportamento global preencher efetivamente uma pluralidade de tipos legais, devido a uma unidade de sentido ilícito autónimo o agente deve ser punido apenas por uma norma.

Porém, o que importa é **quando é que a aplicação de uma norma esgota o conteúdo ilícito do comportamento**. Se chegamos lá mediante operação de natureza material ou não, não parece ser muito relevante.

* Critério do crime instrumental ou crime meio – um dos ilícitos surge apenas como meio de realizar o ilícito principal;
* Critério da unidade de desígnio criminoso – se há uma vontade unitária, dirigida à prossecução de um resultado do mundo exterior, podemos eventualmente falar em concurso aparente;
* Critério da conexão espaço-temporal das realizações típicas – segundo este critério, uma proximidade espaço temporal entre as condutas do agente, pode levar a uma leitura unitária do sentido do ilícito do comportamento total.
* Critério dos diferentes estádios de evolução ou de intensidade da realização global – há mais do que a prática de um crime, mas a aplicação de apenas um dos tipos esgota a apreciação do ilícito criminal realizado pelo agente.

Casos práticos – concurso efetivo e aparente

1. **Pedro, está desconfiado que Paulo lhe furtou um relógio e que o tem escondido em sua casa. Certo dia, toca à porta da casa da Paulo e intima-o a deixá-lo 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, artigo 190 do CP, ou em concurso efetivo também pelos crimes de ofensa à integridade física (143) e de dano (212); se fosse, juiz ou juíza, como decidiria?**

Estamos perante uma relação de consumpção entre o 190/3, 212 e 143 porque o meio já se encontra incluído no fim.

1. **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 iuris?**

Estão em causa crimes de burla e furto. Assim, para abarcarmos todo o ilícito penal, teremos de punir por ambos de ambos os crimes. É um concurso real, verdadeiro e heterogéneo.

1. **Ao ver a carteira de F em cima da mesa da esplanada do café E levantou-se, pegou na mesma e fugiu. Já em segurança, percebeu que estava vazia. Furioso, rasgou-a com toda a força que tinha. Já mais tarde, E foi condenado em concurso efetivo de tentativa de furto qualificado e por um crime de furto simples consumado e por um crime de dano. Concorda com os termos da condenação?**

Não. Neste caso, o agente só deve ser punido pelo crime de furto simples consumado. Baseados no critério da unidade do sentido de ilicitude, bastava um tipo para abarcar toda a substância ilícita (concurso aparente, relação de subsidiariedade).

Assim, F não pode ser punido por tentativa de furto qualificado e furto simples consumado, uma vez que o mesmo facto tem a tentativa e a consumação; condená-lo pelos dois crimes seria julgar o mesmo facto duas vezes por dois crimes (o que violaria o princípio *ne bis in idem*)[[52]](#footnote-52).

O crime de dano é um facto posterior não punível?

Destruir a carteira preenche o crime de dano.

* Para a Prof. Teresa Beleza, para conseguir abarcar toda a ilicitude e proteger todos os bens jurídicos em causa, temos de punir pelos dois crimes, o crime de furto + crime de dano.
* Já para o prof. Figueiredo Dias, o dano é um facto posterior não punível, uma vez que não se acrescenta nada. Por via do crime de furto, já se protege o direito de propriedade.

1. **António, por questões de ódio racial, disparou sobre Bento com a intenção de o matar. Bento não morreu, mas ao ser atingido da coluna ficou paraplégico para o resto da vida. Deve António ser punido por uma tentativa de homicídio qualificado ou por um crime de ofensas graves à integridade física, ou em concurso efetivo por ambos os crimes?**

A professora defende que mesmo nos casos de ofensa corporal grave, o agente deve ser punido só por tentativa, porque se se punir o agente por tentativa e por crime de ofensas corporais significa estar a punir **duas vezes o desvalor da ação**, violando o princípio *ne bis in idem*. Além disso não é verdade que esta solução de punir apenas por tentativa leve a equiparar a tentativa que não lesa o corpo à tentativa que lesa o corpo, porque neste caso de ofensa grave haveria a tentativa de homicídio qualificado, e o limite máximo deste é superior ao limite máximo das ofensas corporais graves, há espaço suficiente para no âmbito desta moldura ter em conta o facto de ter havido ofensas corporais graves.

* A pena da tentativa é de tal forma ampla, que poderemos ter em conta o facto de ter havido ofensa corporal grave ou não.

Porém, o Professor Silva Dias tem um entendimento diferente:

* Se o resultado for uma ofensa corporal **simples**, o dolo de homicídio consome o dolo de ofensas corporais e por isso há́ um concurso apenas aparente de crimes.
* No caso de a ofensa corporal ser **grave** já́ não há́ apenas um concurso aparente porque o ilícito de todo o comportamento não pode ser abarcado com a punição da tentativa de homicídio. Se a ofensa for grave o desvalor do ilícito produzido ultrapassa o desvalor do ilícito correspondente à tentativa; nestes casos ficaria de fora o valor do resultado.

Outro argumento apresentado por esta doutrina é que se puníssemos apenas por tentativa de homicídio, nos casos de ofensa corporal grave, tal significava estar a dar um benefício injustificado para o agente. Estaríamos a punir da mesma forma quem tentasse matar uma pessoa e não produzisse nenhum resultado, e quem tentasse matar uma pessoa e produzisse ofensas corporais graves.

A conclusão para a parte da doutrina que critica esta posição do SILVA DIAS, é que mesmo nos casos de ofensas corporais graves, só deve o agente ser punido por tentativa, o concurso é aparente.

Mas como se pune a tentativa?

* Artigo 22 do CP;
* Artigo 73.

Assim, neste caso, o limite máximo é reduzido de 1/3 (8 anos e 4 meses). Assim, 25-8 anos e 4 meses= 16 anos e 8 meses. O limite mínimo é reduzido a 1/5 (2 anos e 6 meses).

Assim, não se punirá da mesma forma quem tenta e nada consegue e quem tenta e acerta.

1. **António violou Beatriz, tendo para o efeito rasgado por completo a sua roupa e ofendido a sua integridade física. O juiz de julgamento hesita entre punir António apenas por um crime de violação (164º) ou em concurso efetivo também por um crime de dano (212º) e por crime de ofensa à integridade física (143º). Se fosse juiz como decidiria?**

Não haverá qualquer concurso de normas, pelo que se aplica o artigo 164 do CP.

* Há uma relação de consumpção pura entre o crime de violação e o crime de integridade física – são crimes instrumentais.
* Entre o crime de dano e o crime de violação também existe uma relação de consumpção.

Se, imaginando que o juiz, colocando a hipótese de punir pelo crime de ofensas + crime de dano, não se esgota todo o ilícito criminal do agente.

Porém, se homem for sádico e tiver furado o olho à rapariga, já não seria um crime instrumental.

Quando excede o tipicamente instrumental, o agente deve ser punido em concurso efetivo pelo crime fim e pelo crime que foi realizado no entretanto.

Por outro lado, se o agente praticou um ato de ofensa grave à integridade física no contexto de violência doméstica, o agente será punido em subsidiariedade expressa por integridade física.

Acórdão da Relação de Lisboa 1152/2015

O tribunal condenou o homem em causa por violência doméstica em concurso aparente com o crime de violação.

1. Assim, existe um concurso aparente de normas (isto era o mais relevante a mencionar). Existe uma relação de consumpção entre o artigo 143 e 152, em que se aplicará o 152 que abarca as previsões já estabelecidas no artigo 143. Quando se prevê o crime de violência doméstica, esgota-se a substância criminosa da conduta do agente, no que diz respeito à integridade física.

Porém, o artigo 152 remete para uma relação de subsidiariedade expressa com o artigo 164, num concurso aparente de crimes.

Mas existe um ano de diferença entre crimes. O que isto poderá querer dizer?

* A Professora considera que o agente deveria ser punido por 4 crimes individual; porém, este não foi o entendimento do Tribunal. Existe então concurso efetivo.

Acórdão do TC nº 303/05 – pontos 1, 2, 9 e seguintes.[[53]](#footnote-53)

Neste acórdão, discute-se se a pessoa será punida em concurso efetivo ou concurso aparente de normas. Assim, teremos de perceber qual a relação existente entre o crime de burla e crime de falsificação de documento.

O arguido, apresentou o seguinte argumento:

* A condenação por concurso efetivo, viola o artigo 29/5 da CRP que consagra o princípio *ne bis in ibem*.

O tribunal decidirá pelo concurso efetivo de normas, uma vez que considera que existem diversos bens jurídicos tutelados (património e fé pública) nos crimes de burla (217) e falsificação de documentos (256). Se punirmos o sujeito apenas pela burla, não é esgotado todo o ilícito criminar do agente.

Por vezes, o que decide a unicidade do ilícito, não é apenas o critério do bem jurídico, mas sim o facto de saber se aquela norma abarca todo o ilícito criminar do agente. Assim, se A tivesse praticado o crime de falsificação de documento apenas com o objetivo de fazer a burla, não existem dúvidas que seria um crime típico (meio) para alcançar um fim.

* O princípio da necessidade e proporcionalidade da pena está sempre subjacente a esta distinção entre concurso aparente e efetivo.

Assim, o critério mais importante é saber se aquela norma consegue esgotar o ilícito criminal em que se traduz aquele comportamento.

* Teríamos então de saber se ele falsificou os documentos com outro intuito.

Correção do teste

**Grupo I**

1. **Pedro, camionista português, regressava a Portugal quando, ainda em território espanhol, mas já muito próximo da fronteira portuguesa, deparou com um acidente de viação. Apesar de notar que o condutor (espanhol) do carro acidentado estava em perigo de vida nada fez para o auxiliar. O mesmo foi, contudo, assistido por uma ambulância portuguesa, que por acaso, também por ali passava, tendo sido transportado ao hospital de Elvas onde acabou por falecer. Pode Pedro ser julgado e condenado em Portugal pelo crime previsto no artigo 200º do C.P., admitindo que o facto aí descrito – a mera omissão de auxílio – não é crime em Espanha? E se, já após a prática do facto, a “mera omissão de auxílio” passasse a ser punida (apenas) com coima até €5000. Podia Pedro beneficiar da entrada em vigor da nova lei? Em que termos? (12 valores)**

Em primeiro lugar, teremos de recorrer ao artigo 7º do CP.

O tipo de crime está preenchido com a simples omissão. O artigo 200 não exige qualquer resultado tipo.

* Assim, basta a omissão para o tipo ficar preenchido.

A morte era o resultado não compreendido no tipo. Por isso, a conclusão terá de ser que o lugar da prática do facto é em Portugal, dado o resultado não compreendido no tipo ser em Portugal.

Posteriormente, teremos de ir ao artigo 4º e 7º do CP.

Porém, uma vez que em Espanha não se pune a omissão de auxílio, será que tal pode ser valorado?

* Poderemos defender a aplicação do artigo 6/2 do CP, mesmo nos casos de aplicação do princípio da territorialidade.

Numa segunda parte de aplicação da lei no tempo, Pedro poderia beneficiar da entrada em vigor da nova lei, nos termos conjugados do artigo 29/4 da CRP e 2/2 do CP, uma vez que a conduta deixou de ser considerada como crime.

Pretendia-se ainda que se acrescentasse que segundo o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência, a aplicação retroativa da lei contraordenacional que suceda a uma lei penal depende da existência de uma norma transitória que preveja essa mesma aplicação retroativa, assim derrogando o disposto no artigo 2 do DL 433/82 de 27 de Outubro (Regime Geral das Contraordenações).

**Grupo II**

1. **Amadeu, dono de uma empresa de transportes, decidiu esperar por um dos seus motoristas à porta da empresa. Quando este chegou introduziu o braço pela janela da porta do condutor (Carlos) e, empunhando um canivete em frente à cara deste, disse que queria as chaves do veículo, enquanto proferia, alto e bom som, as seguintes frases “eu mato-te, espeto-te a faca”; “dá cá a chave meu ladrão”. Tais expressões foram proferidas na presença de inúmeras pessoas, incluindo a mulher e filha de Carlos, que estavam dentro do camião. O Juiz de julgamento hesita entre punir Amadeu apenas pelo crime de coação (art. 154.º do CP) ou, em concurso efetivo, também pelo crime de injúrias (artigo 181º do CP). Se fosse juiz(a) como decidiria? (8 valores)**

Pretendia-se que, a propósito deste caso concreto, fossem referidos os critérios de distinção entre concurso efetivo ou de crimes e o concurso aparente ou de normas.

Subsequentemente, deveria ser referido que estamos na presença de um caso de concurso efetivo, uma vez que nem a injúria é um modo típico de realização do crime de coação, nem a punição apenas pelo crime de coação permitiria abarcar todas as dimensões de ilicitude criminal do comportamento.

1. Maria Fernanda Palma defende que os conceitos a negrito presentes nesta frase são os elementos identificadores das normais penais. [↑](#footnote-ref-1)
2. As concretizações da pena têm vindo a evoluir em termos da sua humanização, particularmente nos últimos dois séculos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Não obstante, pode o sujeito requerer que a coima seja traduzida em “prestação de trabalho a favor da comunidade”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Figueiredo Dias defende que este conceito terá de ser dado previamente ao legislador e, desta forma, estará sempre fora do direito penal legislado. [↑](#footnote-ref-4)
5. Nas palavras da Professora Maria Fernanda Palma, tal diferença é notória: “Se o conceito formal de crime, que o identifica, simplesmente, como conduta prevista e punível ao abrigo de lei prévia, expressa e precisa, está associado ao princípio da legalidade e se opõe à discricionariedade do julgador, o conceito material de crime tem um cunho restritivo, impedindo o legislador de criar crimes arbitrariamente.

   Na verdade, o conceito material de crime constitui uma expressão dos princípios constitucionais de Direito Penal, agrupando, pois, as caraterísticas que uma conduta tem de possuir, em nome desses princípios, para poder ser qualificada como criminosa. Assim, a incriminação tem de ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (princípio da necessidade), a conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (princípio da culpa) e a criminalização, sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (princípio da legalidade). [↑](#footnote-ref-5)
6. Segundo esta conceção, entendia-se que o direito consistia a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo. [↑](#footnote-ref-6)
7. A necessidade de proteção dos bens jurídicos surge a propósito da incriminação de condutas meramente contrárias à Moral, segundo as representações sociais dominantes. [↑](#footnote-ref-7)
8. Maria Fernanda Palma considera que a intervenção pública punitiva só poderá ser justificada em função da proteção de direitos e interesses individuais e, posteriormente do reforço dos bens coletivos afetos à utilidade social e ao bem estar. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver ac. 396/2007 [↑](#footnote-ref-9)
10. Desenvolvidas por Kant e Hegel. [↑](#footnote-ref-10)
11. O que muitos consideram como utópico. [↑](#footnote-ref-11)
12. Não fará de todo sentido que estes agentes fossem sancionados com uma pena. Violaríamos o princípio da eficácia da pena e do Direito Penal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Maria Fernanda Palma considera que este princípio não prevalece sobre o princípio da necessidade da pena. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cf. os artigos 29 e 32 da CRP e 8 do CPP. [↑](#footnote-ref-14)
15. Conforme os artigos 24/2, 25/2, 30/1, 30/4, 30/5 da CRP. [↑](#footnote-ref-15)
16. O princípio *nullem crimen, nulla poena sine lege* foi formulado pela primeira vez por Feuerbach em 1801. [↑](#footnote-ref-16)
17. Neste sentido Fernanda Palma considera que é essencial que as normas penais em branco não violem a reserva de certeza e previsibilidade exigida a qualquer norma penal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Paulo Pinto de Albuquerque considera que a norma concretizadora (1) tem de constar de Lei ou DL autorizado pela AR, (2) tem de ter um caráter inovador, (3) tendo de ser acessível à maioria. [↑](#footnote-ref-18)
19. A própria natureza dos conceitos, algo indeterminados, assim o exige. Por exemplo, saber se certa ameaça é ou não grave, implica que o caso concreto seja equiparado a outros em que a gravidade da ameaça é indiscutível.

    Outro exemplo frequente é o seguinte: Imagine 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.” Parece ser possível sancionar, à luz desta lei, 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?

    Neste caso, a Professora Fernanda Palma considera que a interpretação que concluísse pela abrangência do abate não seria proibida, pois manter-se-ia nos limites juridicamente controláveis da concretização do Direito Penal no caso concreto.

    Por outro lado, nos termos do artigo 29/3, é exigível que a interpretação apenas possa ser possível dentro do sentido expresso das palavras. Assim, só poderíamos advogar que tal interpretação será possível se considerarmos que “abater” está dentro do sentido amplo da palavra “capturar”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Para a matéria da aplicação da lei penal no tempo será útil ler, segundo a professora, o manual de Direito Penal de Taipa de Carvalho. [↑](#footnote-ref-20)
21. Este princípio não faz parte do princípio da legalidade e como tal será aplicado a leis penais negativas e positivas. [↑](#footnote-ref-21)
22. Como se pode observar, a imposição do princípio da aplicação da lei mais favorável tem tal força que nem o caso julgado constitui obstáculo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Já para Américo Taipa de Carvalho, o termo despenalização coincide rigorosamente com o termo descriminalização. [↑](#footnote-ref-23)
24. O regime de sucessão destas leis poderá levantar problemas de constitucionalidade. [↑](#footnote-ref-24)
25. Porém, maior parte da doutrina e jurisprudência entendem uma ponderação unitária. [↑](#footnote-ref-25)
26. Defende-se que isto só poderá ser assim se a lei não foi inconstitucional por princípios que violem claramente o Estado de Direito. Por exemplo, não se aplicará esta ideia quando existir uma lei X nova que descriminalize o homicídio. [↑](#footnote-ref-26)
27. Os Estados ganharam noção, a partir dos anos 60/70 do séc. XX, que era indispensável uma cooperação por via da globalização (Taipa de Carvalho denomina o mundo como uma “aldeia comum”). [↑](#footnote-ref-27)
28. Pertencem a este chamado Direito Internacional Penal, por exemplo, as Convenções de Genebra sobre os Crimes de Guerra, o Estatuto de Roma do TPI, etc. [↑](#footnote-ref-28)
29. Porém, como veremos adiante, importa analisar a possibilidade de aplicação analógica do artigo 6º, no caso se aplicar o princípio da territorialidade. [↑](#footnote-ref-29)
30. Por exemplo, se um Chinês pratica um crime grave em Espanha, é lá que haverá “alarme social” e lesão de bens jurídicos penalmente relevantes pelo que se torna necessário a sua punição em Espanha e não na China. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ao contrário do artigo 3 do CP que determina o momento da prática do crime; aqui, só releva o critério da conduta e não o do resultado. [↑](#footnote-ref-31)
32. A Professora Bárbara Sousa Brito considera que estes conflitos são mais desejáveis do que os conflitos negativos, uma vez que aquilo que os Estados desejam é que o crime não fique impune. Que seja o Estado A ou B a julga-lo, é secundário e relativamente indiferente. [↑](#footnote-ref-32)
33. Taipa de Carvalho considera que será aplicada a lei penal portuguesa, mesmo nestes casos. [↑](#footnote-ref-33)
34. Estes princípios visam suprir lacunas de punibilidade que poderiam existir quando o não fosse possível aplicar o princípio da territorialidade. [↑](#footnote-ref-34)
35. Estes artigos tutelam também interesses estrangeiros. Neste caso, Taipa de Carvalho defende que o artigo 6/3 do CP não será aplicado. [↑](#footnote-ref-35)
36. Seria inútil, segundo Taipa de Carvalho, iniciar o processo de punição do agente que não se encontra em Portugal. [↑](#footnote-ref-36)
37. Extradição é o facto pelo qual um Governo remete um individuo que se refugiou no seu território ao Governo de um outro Estado para que ele aí seja julgado, pelos respetivos tribunais ou cumprir pena aplicável. [↑](#footnote-ref-37)
38. O que, como sabemos, raramente se dá, nos países em que a MGF é uma realidade. [↑](#footnote-ref-38)
39. Segundo a Professora Teresa Beleza, tanto pode o criminoso ser encontrado em Portugal porque cá resolveu passar férias e se esqueceu dos riscos que corria ou, por hipótese, porque foi pedida e conseguida a sua extradição do país estrangeiro. [↑](#footnote-ref-39)
40. É, segundo Figueiredo Dias, a condição mais importante, uma vez que são será em regra razoável estar a submeter ao poder punitivo alguém que praticou o facto num lugar onde ele não é considerado penalmente relevante. [↑](#footnote-ref-40)
41. Por exemplo, na Antártida e na Lua. [↑](#footnote-ref-41)
42. Crimes que admitam extradição são qualquer um à exceção da infração de natureza política e crime militar que não esteja previsto na lei comum. [↑](#footnote-ref-42)
43. Casos em que o agente regressa para Portugal para aqui continuar a viver tranquilamente. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esta estatuição não se aplica quando estão em causa os crimes previstos nas alíneas a) e b) do artigo 5 do CP. [↑](#footnote-ref-44)
45. Por exemplo, a violação de domicílio é um crime de exercício; se não for possível separar a ação do evento, existe um crime de mera atividade. [↑](#footnote-ref-45)
46. No caso de se tratar de opiniões emitidas no exercício das suas funções, os deputados possuem imunidade. Assim, se o deputado A insulta o deputado B, não pode ser, em princípio, objeto de um processo por injúrias. [↑](#footnote-ref-46)
47. Porém, se o sonâmbulo saber que o é, saber que é violento a dormir e adormecer propositadamente para dar um murro no que está a seu lado, existe claramente uma ação. [↑](#footnote-ref-47)
48. Existe claramente uma ação, uma vez ter sido controlada pela vontade. [↑](#footnote-ref-48)
49. Isto coloca o problema de saber quando é que é possível imputar aquele resultado à conduta do agente. Por exemplo, se A atirar contra B e B sofrer um acidente na ambulância e morrer, a quem poderá ser imputada a morte de B? Nestas situações, afirma-se que há interrupção do processo causal; aparece uma nova ação em que já não existe uma imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

    Para um resultado ser imputado à conduta do agente é preciso provar que a conduta foi causa do resultado; assim, existe a teoria da *conditio sine qua non* (ou teoria das condições equivalentes) que afirma que para um resultado ser causado pela ação teremos de eliminar mentalmente a ação e questionar-nos sobre se o resultado subsiste; porém, esta teoria não é relevante, porque é essencial provar mais do que a relação causal. Assim, é essencial que seja justo atribuir aquele resultado à conduta do agente. A teoria do risco afirma que podemos imputar objetivamente o resultado á conduta do agente se o mesmo criou, **aumentou ou não diminuiu um risco proibido** e essa criação do risco **concretizou-se no resultado**; há uma conexão entre o risco criado e o resultado produzido. Porém, isto não significa que o agente não seja punido – poderá ser por tentativa.

    Por fim, **a teoria da adequação** estabelece que podemos imputar objetivamente o resultado á 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. [↑](#footnote-ref-49)
50. Existe negligência consciente e inconsciente (o agente não prevê, mas tinha a possibilidade efetiva de a prever). [↑](#footnote-ref-50)
51. Porém, nem todos os crimes estão previstos na forma negligente. Não há punição caso a negligência não esteja prevista em lei. [↑](#footnote-ref-51)
52. a lei só pune a tentativa se não puder punir pelo crime consumado. [↑](#footnote-ref-52)
53. Neste sentido, ver o AC nº 566/2004 do TC que aborda o crime de tráfico de estupefacientes e branqueamento de capitais. Porém, neste caso, a professora defende que existe um concurso efetivo. [↑](#footnote-ref-53)