

Tópicos de correção do exame de Direito Penal I - Noite de 11.01.2016

Regência: *Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes*

Colaboração: *Mestres António Brito Neves e Sónia Moreira Reis*

I

1. Nesta questão estava em causa um problema de interpretação de uma norma penal incriminadora, que deveria ser enquadrado à luz do princípio da legalidade e dos seus corolários, em especial lei certa e lei estrita (art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa – CRP), sendo essencial determinar a interpretação admitida neste contexto. Relevaria a análise diferenciada das duas condutas de António, ambas por referência ao art. 176.º do Código Penal (CP), que tutela o bem jurídico autodeterminação sexual do menor de 18 anos. Relativamente à primeira, em que António clica, amplia e visualiza a fotografia “002.jpg”, face à nova redação típica introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, a conduta do agente é subsumível na previsão do n.º 5 do preceito em referência, porquanto o agente *accede, através de sistema informático*, aos materiais referidos na alínea *b)* do n.º 1 do art. 176.º, concretamente a *fotografia*. O “clique” e a “visualização” de fotografia constituem a ação de *aceder*, o que em termos semânticos significa ter acesso a certa informação, independentemente do seu suporte, que pode ser digital. Quanto à segunda conduta, por meio da qual António faz *download* da fotografia “015.jpg”, é igualmente subsumível na previsão do mesmo art. 176.º do CP, agora do n.º 1, alínea *c)*, pois que praticou a conduta *importar* o material (fotografia), previsto na alínea *b)* do n.º 1. Não seria consequente argumentar pela atipicidade da conduta, designadamente por fazer *download* não ter correspondência na letra da lei, já que fazer *download* implica descarregar, transferir, por conseguinte, “importar” dados de um servidor para o dispositivo informático de certo agente e foi precisamente isso que sucedeu no caso em análise. Por último, cumpre referir que ambas as condutas, que violam por duas vezes o bem jurídico em crise, ainda que titulado por menores diferentes (concurso efetivo, art. 30.º, n.º 1, e 77.º do CP – concurso real homogéneo), comportariam agravação da medida legal da pena, de um terço ou metade, consoante a idade do menor que se viesse a apurar

durante a investigação (art. 177.º, n.ºs 6 e 7, do CP, respetivamente), não havendo lugar à aplicação do regime do crime continuado (art. 30.º, n.ºs 2 e 3, do CP).

2. A pergunta impunha debater os fins das penas (art. 40.º do CP), explicando as teorias relativas, concretamente prevenção geral e prevenção especial, e absolutas, com argumentação crítica. Neste contexto, seria ainda de enquadrar o princípio da culpa (decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana – cfr. art. 1.º da CRP), enquanto limite inultrapassável da medida da pena e modo de racionalização dos seus fins ideais. Aqui chegados, importaria analisar as duas espécies de penas em causa: a pena principal de prisão e a pena acessória de proibição do exercício de funções por crime contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual. Quanto à pena principal, aquela que pode ser aplicada independentemente da cominação de outra, há violação do princípio da legalidade, pois que o *download* da fotografia implicava pena de prisão com um limite mínimo abstratamente aplicável de 1 ano de prisão. Mesmo que o Aluno não identificasse esse problema, e atendendo à medida da pena inferior a 1 ano de prisão que surge na hipótese, sempre deveria apreciar as possibilidades em torno da não execução da pena de prisão, como por exemplo a substituição (art. 43.º, n.º 1, do CP) ou a suspensão da pena de prisão (art. 50.º do CP), exposição a articular com os fins das penas. Relativamente à pena acessória, aquela cuja cominação está dependente da aplicação de pena principal, existiria flagrante violação do princípio da não automaticidade dos efeitos das penas (que se pode retirar dos art.s 30.º, n.º 4, CRP e 65.º, n.º 1, do CP, mas também do princípio da culpa ou da finalidade de prevenção especial, por exemplo) e, no que tange à medida concreta da pena, violação dos princípios da necessidade da pena (art. 18.º, n.º 2, da CRP) e da culpa e desrespeito pelos fins de prevenção geral e especial.

II

1. O facto foi praticado fora do território português, pois, de acordo com o critério da ubiquidade, misto ou plurilateral alternativo que o art. 7.º do CP consagra, tanto a conduta como o resultado ocorreram na Bulgária. Considerando que a Bulgária é um Estado membro da União Europeia, e porque, de acordo com o enunciado, as autoridades daquele país solicitaram a “entrega” de Boris a Portugal “por via dos instrumentos legais aplicáveis ao caso”, a Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu (LMDE), tinha aplicação (art. 1.º, n.º 1, da LMDE). Dado que o MDE em causa teria por desiderato o cumprimento de pena de prisão perpétua por instigação à

prática do crime de homicídio, estaria verificado o princípio da dupla incriminação (art. 2.º, n.ºs 1 e 3, da LMDE), de que sempre se poderia prescindir com base no princípio do reconhecimento mútuo (art.s 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 2, alínea *o*), da LMDE). Todavia, o MDE dificilmente seria executado nos termos que surgem na hipótese. Desde logo, por existir causa de recusa facultativa de execução, já que Boris teria residência em Portugal, pelo que o Estado português se pode comprometer a executar a pena (art. 12.º, n.º 1, alínea *g*), da LMDE), não de prisão perpétua, que não existe no ordenamento jurídico nacional (art. 30.º, n.º 1, da CRP), mas até 25 anos de prisão (art. 41.º, n.º 2, do CP), para o que seria necessário requerimento do Ministério Público e decisão do Tribunal da Relação (art. 12.º, n.ºs 3 e 4, da LMDE). Depois, porque Boris “contrata a morte de um seu compatriota [...] e foge para Portugal” e só o advogado nomeado no processo foi notificado da sentença condenatória, tudo apontando para que as exigências constantes do art. 12.º-A da LMDE não tenham sido observadas. Por fim, na medida em que, embora a CRP não obste à execução do mandado para cumprimento de pena com carácter perpétuo (art. 33.º, n.ºs 5 e 6, da CRP), não estão reunidas as garantias que o art. 13.º, n.º 1, alínea *a*), da LMDE demanda para estes casos.

Não se exigiria ao Aluno para efeitos de obtenção da totalidade dos valores desta pergunta, mas seria objeto de cotação, as respostas que explorassem ainda outra questão. Conforme se explicou, o regime legal aplicável ao caso reconduzia-se à LMDE. Assim, mesmo que existisse acordo entre os Estado de Portugal e da Bulgária para efetivar a aplicação da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, que aprova a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP), dificilmente as autoridades búlgaras teriam apresentado em simultâneo pedido de extradição (art. 1.º, n.º 1, alínea *a*), da LCJIMP). De qualquer modo, se tal pedido viesse a ser efetivado, o princípio da dupla incriminação estaria observado (art. 31.º, n.ºs 1 e 2, da LCJIMP). Todavia, atenta a pena de prisão perpétua a que Boris foi condenado e a ausência de garantias de não aplicação ou de reapreciação da pena, operaria o requisito geral negativo da cooperação internacional constante do art. 6.º, n.ºs 1, alínea *f*), 2, alínea *b*), e 3 da LCJIMP.

Ante todo o exposto, Boris seria julgado pelos tribunais portugueses, com base no princípio da administração supletiva da lei nacional, previsto no art. 5.º, n.º 1, alínea *f*), do CP, não havendo com isso violação do princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5, da CRP), já que o agente se subtraiu ao cumprimento total da pena (art. 6.º, n.º 1, do CP). Na hipótese de o Aluno ter aplicado a LCJIMP, impunha-se referência ao mecanismo de cooperação aí

previsto no art. 32.º, n.º 5 (*ex vi* art. 6.º, n.º 5), o que, reafirma-se, não se exigia para obtenção da totalidade dos valores desta pergunta.

2. A pergunta convoca dois problemas, um de concurso, outro de aplicação da lei no tempo.

Relativamente ao primeiro, como resulta do enunciado, Boris praticou um crime de rapto na forma consumada, p. e p. no art. 161.º, n.º 1, alínea *a*), do CP, e um crime de extorsão na forma tentada, p. e p. nos art.s 223.º, n.º 1, 22.º, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), e 23.º, n.ºs 1 e 2, do CP, sendo de discutir se no caso existe concurso aparente ou de normas ou antes concurso efetivo ou de infrações. Quando o agente pratica a conduta raptar Catherine lesa o bem jurídico liberdade de locomoção, com enfoque na liberdade de deslocação atual ou potencial e de auto e heterolocomoção. O rapto tinha por fim último submeter a vítima a extorsão, pelo que o rapto surge aqui como crime-meio ou instrumental, pois a consumação da extorsão exige sempre ação autónoma ulterior por banda do agente. Boris praticou atos de execução de uma tentativa de extorsão, mas não houve consumação, pois não conseguiu utilizar o cartão multibanco da vítima para fazer levantamentos de dinheiro e assim levar a vítima a uma disposição patrimonial que acarretasse prejuízo. Mas esse era, efetivamente, o seu desiderato, o seu fim, por isso que existe uma tentativa de extorsão, uma tentativa de praticar o crime-fim. Verifica-se concurso de rapto consumado (crime-meio) com tentativa de extorsão (crime-fim). Pelo exposto, o teor literal dos preceitos parece admitir a existência de concurso efetivo, mas seria imprescindível discutir uma outra linha de argumentação. O campo de valoração do rapto compreende já referência à extorsão (regra axiológica) e prevê medida legal da pena mais grave (regra quantitativa) do que a prevista para esse crime, pelo que a tentativa do crime-fim se pode ter por consumida (consumção pura) pelo crime-meio.

No que respeita ao segundo problema, está em causa o princípio da legalidade, no seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, donde importaria começar por determinar qual o momento da prática do facto. Sendo o crime de rapto um crime permanente ou duradouro, de acordo com o critério unilateral da conduta previsto no art. 3.º do CP, quando a lei nova entrou em vigor no dia 01.01.2013, o agente estava a *atuar* (desde 30.12.2012) e assim continuou até libertar a vítima, em 05.01.2013. O agente pratica o facto ao abrigo da lei nova e é essa a lei que se deve aplicar no caso vertente, dado o princípio da irretroatividade da lei penal (art.s 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP e 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, do CP).