



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma A

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Prof.ªs Dr.ªs Helena Morão, Teresa Quintela de Brito,
Inês Ferreira Leite e Mestre João Matos Viana

Exame – 17 de Fevereiro de 2016

Duração: 90 minutos

Tópicos de Correção

1. Identificação de um problema de conceito material de crime (princípio constitucional da necessidade da pena).

Identificação do bem jurídico (tratar-se-á apenas de um bem jurídico ideológico, incompatível com o princípio do Estado laico e pluralista ou é possível determinar um ou mais bens jurídicos precisos e concretos?) e reflexão acerca da eventual preponderância de outros direitos em conflito (v.g., autonomia individual, direito à família) ou da relevância da proibição de discriminação.

Reflexão, ainda, sobre a necessidade de punir.

2. A lei x/2015 pune no artigo 1.º, n.º 1, a “concretização” de contratos de maternidade de substituição, parecendo abranger apenas a “execução” desses contratos e não a sua mera celebração. Apesar de António ter disponibilizado material biológico destinado à concepção de Diana através de maternidade de substituição, fê-lo fora do território nacional (art. 7.º CP), não podendo ser punido em Portugal por não preencher nenhuma das alíneas do n.º 1 do art. 5.º (o facto não é punido nos EUA, para efeitos da alínea e), nem se trata de crime contra português, para efeitos da alínea b).

3. Bernardo conhece Clarissa através do Facebook, que se disponibiliza para servir de barriga-de-aluguer. Bernardo “promove”, assim, “por qualquer meio” a maternidade de substituição, mas é duvidoso que o n.º 2 do artigo 1.º da Lei x/2015 cumpra os requisitos constitucionais de tipicidade e ofensividade, tendo em conta a sua elevada imprecisão típica e abrangência de comportamentos muito distantes da lesão do bem jurídico. Esta promoção ocorre em território nacional, pelo que seria aplicável o princípio da territorialidade (art. 4.º CP) e apenas a lei penal portuguesa.

4. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral: 282/3 CRP (não ressalva do caso julgado inconstitucional desfavorável) e 2/2 por analogia (efeito análogo à descriminalização).

5. Problema de alteração do tipo incriminador por adição de elementos especializadores em relação à lei antiga. À luz da lei nova a maternidade de substituição apenas merece punição se for remunerada. Desta forma, não obstante António e Bernardo terem recorrido à maternidade de substituição onerosa, deve entender-se que há uma descriminalização retroactiva total e não meramente parcial, independentemente da natureza remunerada ou não dos comportamentos. De outra forma, o juízo de manutenção da punibilidade dos comportamentos passados de António e Bernardo após a entrada em vigor da lei nova fundar-se-ia apenas na censura

retroactiva por uma opção que não estava disponível no momento da prática do facto (conjugação do princípio da proibição da retroactividade desfavorável com o princípio da culpa).

No entanto, admite-se a solução da existência de uma sucessão de leis penais e consequente aplicação do regime concretamente mais favorável (art. 29º/1, 3 e 4, 1.ª parte, CRP, e 2º/4 CP). Com efeito, L1 proibia e punia toda a maternidade de substituição, independentemente de ser gratuita ou onerosa. Logo, a onerosa já estava incluída no tipo de L1. Apesar de esta não ser elemento explícito do tipo, sempre seria considerada na determinação da culpa, das exigências preventivas e da pena concreta nos termos do art. 71º CP, que manda atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra o agente. Em face disto, não há impossibilidade legal de ponderação do carácter oneroso ou gratuito da maternidade de substituição, nem violação do princípio da culpa, nem retroactividade *in pejus* de L2, pois o art. 2º/4 CP impõe a aplicação do regime concretamente mais favorável. Além disso, os agentes realizaram tanto o tipo de L1, como o de L2, verificando-se uma continuidade normativa-típica do facto concreto ante as leis que se sucedem (art. 2º/4 CP). L2 apenas explicita um elemento que já estava implícito em L1 e que sempre seria considerado por força do art. 71º/1 e 2 als. a), b) e c) CP. Assim sendo, aplicar-se-ia a lei concretamente mais favorável, que tanto poderia ser L1 como L2.