

Tópicos de correção

Questão 1

Está em causa a temática do âmbito espacial de aplicação da lei penal.

Segundo o artigo 7.º do CP, o lugar da prática do facto tanto se verifica no local onde o agente total ou parcialmente atuou, como naquele em que se verificou o resultado (critério da ubiquidade, misto ou plurilateral alternativo).

Neste caso, por se tratar de crime duradouro ou permanente, o estado antijurídico inicia-se em Marrocos, lugar em que Ivan foi raptado, executa-se e consuma-se também em Espanha, quando o avião sobrevoa o espaço aéreo daquele país e bem assim enquanto está parado num aeródromo desativado na zona da Andaluzia, o mesmo sucedendo em Portugal, lugar em que o rapto termina, com a detenção dos agentes no aeroporto de Lisboa, o que significa que Portugal também foi lugar da prática da conduta e da verificação do resultado, sendo territorialmente competente de acordo com o princípio da territorialidade (artigos 5.º, n.ºs 1 e 2 da CRP e 4.º, alínea *a*) do CP).

Admitindo que **Farid** se encontra em Portugal, o pedido de *entrega* deste por Marrocos demandaria aplicação do regime da LCJIMP, Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, pois não se trata de país membro da UE, estando por isso excluída a aplicação da LMDE, Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto. A forma de cooperação judiciária internacional em causa é a extradição (artigo 1.º, alínea *a*) da LCJIMP), que pressupõe acordo formal de cooperação entre Portugal e o Reino de Marrocos, assente, designadamente, em uma convenção internacional (artigo 3.º da LCJIMP) e na observância do princípio da reciprocidade (artigo 4.º da LCJIMP). A forma de extradição seria passiva, i.é, extradição para entrega ao Estado que a requer, e o princípio da dupla incriminação estaria observado, já que o facto está tipificado como crime em ambos os Estados (artigo 31.º, n.ºs 1 e 2 da LCJIMP). A circunstância de o crime de rapto ser punido em Marrocos com pena de prisão perpétua não implicaria, só por si, recusa de extradição, uma vez que o artigo 33.º, n.º 4 da CRP admite a execução respetiva desde que o Estado requisitante integre convenção de que Portugal faça parte e ofereça garantias de que a pena não é aplicada. Todavia, as garantias que o embaixador do Reino de Marrocos em Portugal oferece são insuficientes para afastar o requisito geral negativo constante do artigo 6.º, n.º 1, alínea *f*), que determina recusa de extradição quando esteja em causa pena de prisão com carácter perpétuo, como no caso, e isto mesmo tomando em linha de conta o regime do n.º 2, alínea *a*) daquele preceito, porquanto o embaixador não está munido de plenos poderes para, de modo irrevogável e vinculativo, retirar o carácter perpétuo à pena de prisão, como a norma demanda. Face aos dados da hipótese, o facto de a jurisprudência marroquina aplicar a pena de prisão perpétua apenas aos crimes de homicídio será meramente circunstancial, nada obstando a que os tribunais, porque legalmente autorizados, apliquem a pena em referência a **Farid**. Só assim não sucederia se, por hipótese, naquele sistema judiciário operasse a regra do precedente, mas do enunciado nada resulta nesse sentido.

A análise do pedido de entrega de **Hernandez e Paco** por Espanha convocaria regime jurídico diferente. Por se tratar de país membro da UE, é de aplicar a LMDE, manifestação do aprofundamento da cooperação no espaço europeu no âmbito do Terceiro Pilar. Depois, como o rapto consta do elenco dos crimes do *catálogo europeu* do artigo 2.º, n.º 2 da LMDE, concretamente da alínea *g*), vingaria o princípio do reconhecimento mútuo, que permite a execução do MDE sem o controlo da dupla incriminação que o artigo 2.º, n.º 2 da LMDE impõe (que sempre estaria observado no caso, pois o facto está tipificado como crime tanto em Portugal como em Espanha). Sucede que a hipótese não indica qual a pena abstratamente aplicável pelo ordenamento jurídico espanhol ao crime em referência e a verdade é que o princípio do reconhecimento mútuo só opera nos casos em que a infração seja punível com pena (ou medida de segurança) privativa da liberdade de duração máxima não inferior a três anos e o enunciado nada refere a este propósito. Dando por verificada esta exigência legal, e por não estar em causa entrega motivada por razões políticas ou por crime a que corresponda

pena de morte ou outra de que resulte a lesão irreversível da integridade física, não operaria o regime do artigo 33.º, n.º 6 da CRP, impeditivo da entrega. Contudo, como o mandado de detenção europeu emitido tem por objeto infração que, segundo a lei portuguesa, foi cometida em parte em território nacional, como de resto *supra* se demonstrou, existe causa de recusa facultativa de execução deste mandado (artigo 12.º, n.º 1, alínea *h)* da LMDE), pelo que as autoridades judiciárias deveriam ponderar se seria ou não de proceder à entrega. Considerando que Espanha foi apenas o território de “passagem”, e não se negando a necessidade de tutela dos bens jurídicos também naquele ordenamento, a verdade é que o termo da execução do crime deu-se em Portugal, onde os agentes foram detidos e se encontram e cujas autoridades terão realizado exames periciais e recolha de prova, o que facilitaria a construção e apreciação do objeto do processo-crime. Concluir-se-ia, assim, pela não entrega. Caso se optasse por uma outra linha de resposta que conduzisse à entrega de **Hernandez** e **Paco**, e porque este último deteria dupla nacionalidade portuguesa, a execução do mandado estaria sujeita às garantias constantes do artigo 13.º, alínea *b)* da LMDE quanto a ele, donde, a execução da pena a que eventualmente fosse condenado deveria ter lugar em Portugal e a execução do mandado estaria dependente de Espanha, Estado membro de emissão, oferecer essa garantia no caso.

Em conclusão, dada a conexão territorial apurada, **Farid, Hernandez e Paco** seriam julgados à luz da lei penal portuguesa (artigo 4.º, alínea *a)* do CP).

Questão 2

O problema jurídico em causa prende-se com o princípio da legalidade e com o seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Quanto à questão de saber qual a lei a aplicar, o princípio geral é o de que se aplica a lei que vigora no momento da prática do facto, dando assim corpo ao princípio da irretroatividade da lei penal “desfavorável” ou “mais gravosa” (*cf.* artigos 29.º, n.º 4, 1.ª parte da CRP e 1.º e 2.º, n.º 1 do CP). Do lado da proibição (previsão legal), o fundamento da irretroatividade radica no princípio da culpa, na medida em que esse juízo de censura ética representa o limite da responsabilidade. Ora, a retroatividade da lei penal negaria a possibilidade de a responsabilidade se fundamentar na livre determinação do agente. Ainda do lado da proibição, a irretroatividade funda-se também na segurança jurídica, pois que a retroatividade destrói as expectativas dos cidadãos quanto ao que é proibido. No que respeita às consequências jurídicas (penas e medidas de segurança), aquele princípio radica sobretudo na segurança jurídica. Em síntese, pelo denominado princípio da não-transconexão, temos que os factos devem ser apreciados de acordo com as regras legais vigentes no momento da conduta, à luz do critério unilateral da conduta (artigo 3.º do CP).

Por estar em causa situação de comparticipação criminosa em que os agentes **Farid, Hernandez e Paco** concorrem para a prática de factos penalmente relevantes, e porque decisivo é o momento de cada uma das condutas *de per se*, temos que a análise deve ser diferenciada quanto a **Farid**, cúmplice material, que não toma parte direta na execução do crime (artigo 27.º do CP). De facto, o contributo deste agente, que estava a par de todo o plano, esgota-se na entrega dos cartões de livre-acesso ao Aeroporto Internacional *Mobammed V* a **Hernandez e Paco**. Assim, o seu *tempus delicti* será dia 31.12, apenas, e a LN não se lhe pode aplicar, sob pena de aplicação retroativa da *lex severior*, em violação do disposto nos artigos 29.º, n.º 4, 1.ª parte da CRP e 1.º e 2.º, n.º 1 do CP.

Relativamente a **Hernandez e Paco** a situação é diferente. Sendo o crime de rapto duradouro ou permanente, a consumação prolonga-se no tempo, entre 31.12. e 06.01, por vontade daqueles agentes, que têm a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas. Note-se que o crime se tem por consumado logo que os elementos típicos estão verificados, pois que então emerge o estado antijurídico (o que aqui ocorre em 31.12).

Todavia, o estado antijurídico persiste no tempo, i.é., o mesmo tipo de ilícito contra o mesmo titular do bem jurídico (no caso **Ivan**) perdura no tempo (mantém-se por 6 dias, entre 31.12 e 06.01).

A alteração legislativa operada durante o hiato em que perdura o rapto vem tipificar duas novas circunstâncias modificativas agravantes, *o resgate ou recompensa em valor consideravelmente elevado e o rapto por mais de 5 dias*, punidas ambas com pena mais gravosa, de 4 a 10 anos. Porque é no dia 01.01 que **Hernandez e Paco** exigem telefonicamente 1 milhão de euros à família de **Ivan**, a circunstância modificativa agravante *resgate em valor consideravelmente elevado* verifica-se integralmente ao abrigo da LN, pois os agentes exigiram efetivamente resgate e 1 milhão de euros é coisa de valor consideravelmente elevado (*cf.* artigo 202.º, alínea *b*) do CP). Assim, a LN poder-se-ia aplicar nesta parte. O mesmo não sucederia com a outra circunstância modificativa agravante *rapto por mais de 5 dias*, já que, a partir de 01.01, o rapto apenas perdura por 5 dias ao abrigo da LN.

Em suma, **Farid** será julgado ao abrigo da LA, enquanto a **Hernandez e Paco** é aplicada a LN.

Questão 3

O problema jurídico em causa prende-se com o princípio da legalidade e com os seus corolários *nullum crimen nulla poena sine lege scripta e certa*.

O princípio da legalidade é uma decorrência do Estado de Direito Democrático, integrando-se a sua consagração constitucional no artigo 29.º da CRP, pelo que a inserção sistemática deste princípio no âmbito do capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais revela que o mesmo consubstancia uma autolimitação do Estado perante os cidadãos. Nessa medida, por razões de segurança jurídica e em observância ao princípio democrático, o artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP encerra o princípio da reserva de lei em sentido formal, em termos tais que a Assembleia da República, enquanto órgão representativo do povo, detém reserva relativa de competência para definir os crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos. Depois, os concretos tipos de ilícito devem observância ao princípio da tipicidade, no sentido em que a mera leitura do preceito incriminador permita cognoscibilidade objetiva da proibição, assegurando elevado grau de determinabilidade tanto das condutas incriminadas como das suas consequências.

No caso vertente, o preceito incriminador é incompleto, porque parte da sua concretização há de ser buscada com recurso a normas complementares ou integradoras, que podem até ser hierarquicamente inferiores. Resta apurar se se trata de norma penal em branco materialmente inconstitucional.

Poder-se-ia afirmar que as regras constitucionais de distribuição de competência em matéria penal implicam proibição da intervenção normativa de fontes infra-legais. Todavia, a remissão para instrumentos jurídicos não penais, como regulamentos, portarias, regras técnicas ou *leges artis*, é inevitável, designadamente pela mutabilidade dessas regulamentações, incompatível com a perenidade que se demanda aos tipos penais, além de a complexidade técnica e grau de detalhe que impõem não ser desejável nas normas incriminadoras. Por ser assim, e tomando por candeia os princípios constitucionais *supra* enunciados, há que buscar critérios norteadores que permitam afirmar/infirmar a constitucionalidade da nova redação. A letra do artigo 161.º do CP introduzida pela LN é suficientemente expressiva, apreensível e entendível, pois que, a partir da sua leitura, se descortinam o desvalor da ação, o desvalor do resultado e o bem jurídico tutelado. Por outras palavras: a mera leitura da norma sancionadora permite delimitar o agente, a conduta proibida e o objeto da ação, detalhando com rigor a proibição do rapto. Logo pela norma incriminatória, e independentemente do reenvio normativo, é objetivamente determinável o comportamento sancionado, sendo claro o juízo de censura penal para qualquer pessoa média, que assim pode orientar a sua conduta. Este *critério de ilicitude* não é assim posto em crise.

Tudo considerado, não há norma que, de modo inovador, integre novos elementos essenciais para a compreensão da conduta proibida ou para o controlo democrático da incriminação, pois que é o tipo de ilícito que define os critérios de ilicitude e orienta os destinatários da norma quanto às condutas proibidas. Donde, a remissão feita pela norma sancionadora não torna imprevisível o conteúdo da proibição, sendo meramente *técnica, informativa e não inovadora*.

Concluindo: a circunstância modificativa agravante da LN, ainda que formalmente possa ser considerado norma penal em branco por via da concretização que o artigo 202.º, alínea *b*) do CP demandará de outra fonte legal, é conforme com os princípios constitucionais

Questão 4

Faticamente, **Paco** revela história longa no mundo do crime, com consequências na sua vida desde cedo, designadamente pelo internamento em centros educativos. A hipótese sugere que o contexto social em que viveu foi agressivo e o nascimento em uma prisão marcante. As escassas habilitações académicas ditaram, provavelmente, a falta de oportunidades profissionais, e abriram ainda mais as portas da criminalidade.

O parecer do criminólogo não iria pronunciar-se sobre a existência de responsabilidade criminal do arguido, sua medida, ou, sequer, sobre a questão de saber se, em termos de legitimidade e necessidade, o comportamento em causa deveria ser punido. Centrar-se-ia antes na apresentação de uma possível explicação para o fenómeno do crime, e daquele caso em concreto. Caberia depois ao jurista levar tal explicação criminológica em linha de conta para, ponderados, designadamente, os princípios da culpa e da necessidade da pena, verificar qual o possível impacto das explicações criminologicamente enquadradas quanto ao fenómeno do crime.

A circunstância de a matéria de facto apurada indicar que o agente é “patologicamente criminoso” poderia ser relacionada com as conceções biologistas, à maneira de LOMBROSO, para logo as rejeitar, dada a fragilidade dogmática do determinismo biológico.

A influência da estrutura psicológica do agente na decisão de realização do crime relevaria, designadamente a partir de uma perspectiva psíquico-individual. Por exemplo, GOTTFREDSON e HIRSCHI entendem que o fenómeno criminoso resulta de uma incapacidade de autocontrolo do agente, que se manifesta em comportamentos impulsivos, temerários e propensos ao risco. O comportamento criminoso não seria assim racional, de ponderação entre custos e benefícios, antes produto da falta de domínio do agente sobre as suas emoções e sobre os seus limites. Na tese destes dois AA., tal teria a sua origem na infância e na falta de exercício de controlo, nessa fase, pelos pais, como poderia ter sucedido no caso, dado o afastamento do pai que a prisão da mãe e reclusão forçada de **Paco** teria determinado. Ainda nesta linha, a perspectiva de EYSENCK relevaria se apurada herança genética condicionante do funcionamento do sistema nervoso cortical, que interferiria com a capacidade de aprender estímulos exteriores, realidade ainda mais plausível caso o agente reunisse a combinação explosiva das características extroversão, neurotismo e psicotismo. A explicação criminológica constante deste § poderia contribuir para a análise da situação do arguido a dois níveis. Por um lado, no plano da censura que deveria ser dirigida ao indivíduo, na medida em que este seja apresentado como alguém que, devido à sua própria estrutura psicológica, apresenta maior dificuldade em controlar os seus impulsos. Por outro lado, em termos de fins das penas, as razões de prevenção especial positiva, e também negativa, deveriam assumir especial relevância, na medida em que seria necessário atribuir um incentivo ao agente para controlar melhor as suas decisões.

Numa perspectiva relacionada com a influência das estruturas sociais na decisão de realização do crime, a teoria da *anomia social* de MERTON sustenta que o crime é explicado por uma discrepância entre os objetivos

culturalmente instituídos e assumidos pelas pessoas e os meios institucionalizados para os atingir. Nessa situação de discrepância, os agentes tornam-se inovadores e indiferentes perante as normas, recorrendo ao comportamento criminoso para atingir os objetivos que se revelam inalcançáveis pelos meios institucionalizados, sendo por isso inovadores. Poderia ser essa a realidade de **Paco**, dado o circunstancialismo pessoal acima descrito. Relevante seria, ainda, a teoria da associação diferencial de SUTHERLAND na explicação do persistente e variado comportamento criminoso de **Paco**, fruto também das associações criminógenas que vai estabelecendo, pelo menos, desde o internamento em centros educativos. Depois, o pensamento de BRAITHWAITE, a partir de uma perspetiva criminológica intervencionista, nos quadros da *labelling approach*, que recorre à utilização de técnicas de reconstrução de si mesmo, em que a vergonha, enquanto ritual reintegrativo (*reintegrative shame*), é potencialmente impeditivo da *déviance* secundária, poderia ser ponderada no caso, como forma de promover a assunção da responsabilidade do agente. Tais perspetivas relevavam sobretudo no plano das consequências do crime, para efeitos de determinação da necessidade de prevenção geral e especial positivas que no caso se fariam sentir.

Questão 5

O problema jurídico em causa prende-se com os fins das penas e com a medida da pena cominada ao agente, no contexto da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal.

Ao afirmar que *a culpa é a razão de ser e a retribuição da pena*, a decisão judicial abraça uma orientação retributiva dos fins das penas. A pena surge como fundamento, retribuição e reparação da culpa ética do agente, assumindo uma relação funcional com as finalidades de prevenção (geral e especial), perspetiva que sustenta retirar fundamento da letra do artigo 71.º, n.º 1 do CP. Por outras palavras, a culpa há de ser retribuída na medida necessária para proteger bens jurídicos, porque o princípio da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2 da CRP) permite escolher a pena mínima que ainda é sustentada pela culpa. Esta é, em geral, a posição de SOUSA E BRITO ou de FARIA COSTA, por exemplo.

A jurisprudência, informada pelo pensamento de FIGUEIREDO DIAS, atribui à pena fins predominantemente preventivos, radicando tal entendimento na letra do artigo 40.º, n.º 1 do CP. Do exposto deriva ausência de fundamento e/ou finalidade retributiva, sendo que a referência à culpa constante do artigo 40.º, n.º 2 do CP traduz apenas um pressuposto de aplicação da pena, a par de um limite na delimitação da sua medida concreta. A esta luz, a fundamentação da decisão no caso vertente revela-se incompatível com uma construção que compreende a culpa como materialização da proibição do excesso e faz assentar a finalidade das penas na proteção de bens jurídicos estritamente necessária (artigo 18.º, n.º 2 da CRP). Para além disso, a mesma orientação também não ancora a medida da pena em estritas considerações de prevenção geral relacionadas com a *intimidação da generalidade das pessoas*, nem desobriga o Estado de prosseguir na ressocialização do agente, como sucede no caso.

Numa outra linha de orientação, centrada nos fins reais das penas, que se distancia das duas posições *supra* descritas, focadas nos fins ideais, a pena surge como modo de substituição da necessidade de vingança psicológica gerada pelo crime, necessidade racionalizada a partir do princípio da culpa (derivado dos princípios da dignidade da pessoa humana - artigo 1.º da CRP - e da liberdade - artigo 27.º da CRP), e da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), incompatível assim com uma visão retributiva dos fins das penas, por inconstitucional. Nestes termos, de acordo com um modelo da culpa limitada pela prevenção, a culpa, enquanto manifestação do direito penal do facto, como critério de responsabilidade subjetiva e materialização do poder de motivação pela norma em termos de liberdade e igualdade, fundamenta a pena e oferece a moldura a considerar no caso, intervindo depois finalidades de prevenção, geral e especial, que limitam, mas nunca agravam, a medida concreta da pena (*cf.* artigos 71.º e ss. do CP). É este o entendimento de MARIA FERNANDA PALMA. Ora, com esta candeia, e face às concretas condições do agente de liberdade e de

capacidade de motivação pela norma, a medida da pena é compatível com um grau de culpa elevado, atentas até as motivações evidenciadas (cf. artigo 71.º, n.º 2, alínea *c*) do CP), entendimento que igualmente se deduz dos fatores associados à execução do facto, designadamente da intensidade do desvalor da ação e do resultado e do dolo do agente (artigo 71.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) do CP). Depois, as necessidades de prevenção revelam-se igualmente intensas, nomeadamente por via da falta de preparação do agente para manter uma conduta lícita (artigo 72.º, n.º 2, alínea *f*) do CP). A medida da pena pode até ser considerada necessária e adequada, ainda que a ponderação antes enunciada não resulte da decisão judicial, que apenas manifesta razões de prevenção geral e parece ter-se demitido de prosseguir qualquer finalidade de prevenção especial.

Em suma: embora a fundamentação da decisão não se articule com a visão hodierna dos fins das penas, a medida da pena concretamente apurada se revela inconstitucional.

Questão 6

O problema jurídico em causa prende-se com o princípio da legalidade, em especial com o seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (cf. artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP).

Se tomarmos toda a interpretação como sendo realizada a partir de raciocínios analógicos, como sustentam ARTHUR KAUFMANN ou MARIA FERNANDA PALMA, e os três índices essenciais para apurar da interpretação permitida propostos por MARIA FERNANDA PALMA, será necessário analisar: 1.º - o sentido possível das palavras (que se relaciona com o sentido comunicativo das palavras, o sentido comum, a estabelecer no contexto histórico hodierno), 2.º - a comparação dos exemplos da norma com o caso concreto (de modo a apreender a essência do proibido), que potencia segurança jurídica e não viola o artigo 1.º, n.º 3 do CP nem a proibição da analogia nele vertido, por não se criar nos destinatários das normas imprevisibilidade inaceitável e 3.º - a eventual inovação pelo intérprete (que ocorrerá sempre que se note mais do que uma opção interpretativa). Note-se que a linha de pensamento exposta distancia-se da de CASTANHEIRA NEVES, para quem a norma é mera expressão de uma ideia do proibido resultante das intenções e dos valores do legislador, representa mero resultado da interpretação, sendo o texto meio de comunicação de uma ideia, sem valor autónomo. Retomando o pensamento de MARIA FERNANDA PALMA, há que apurar se a expressão «Ó joia anda cá ao ourives.» corresponde a *proposta de teor sexual*, já que o caso não relata nem atos de carácter exibicionista nem implica constrangimento a *contacto de natureza sexual*. Aplicando o primeiro índice enunciado, temos que a proposta deve revelar teor sexual, não sendo suficiente o mero piropo. De facto, a fronteira linguística entre a proposta de teor sexual e o piropo demonstra que com o último se visa demonstrar apreço por alguém, ainda que a verbalização possa revelar falta de gosto ou de educação. Assim, o valor semântico do piropo é distinto do da proposta sexual, porque naquele há de estar ínsito galanteio, enquanto naquela se demanda o oferecimento/imposição por palavras e/ou gestos de atos de natureza sexual. Atentemos agora no segundo índice enunciado, a partir da comparação dos exemplos da norma com o caso concreto: propostas de teor sexual estão presentes em expressões como *Quero comer-te toda* ou *Anda cá acima afagar-me a cabra zarolha*, porque nelas existe, direta ou indiretamente, condicionamento do destinatário a suportar proposta sexual, constrangendo a liberdade e autodeterminação sexual. Já não assim nos casos *Não sabia que as flores também andam* ou *A tua mãe só pode ser uma ostra para cuspir uma pérola como tu*, pois que nestes exemplos estamos no domínio dos piropos, mais ou menos rudes. Dir-se-á que a frase «Ó joia anda cá ao ourives.» se aproxima mais da linha de exemplos do piropo e que não deve por isso ser reconduzida à letra do artigo 170.º do CP, por não revelar lesão do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

Em suma: uma interpretação que reconduza a frase «Ó joia anda cá ao ourives.» ao artigo 170.º do CP padece de inconstitucionalidade, por violação do princípio da legalidade, no seu corolário lei estrita, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP e, reflexamente, também por violação da exigência de lei em sentido formal (cf. artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP).