

Tópicos de correção

Questão 1

A questão em causa pressupunha a discussão do problema da interpretação em Direito Penal, decorrente do princípio da legalidade, na sua vertente de lei estrita.

A matéria da “*definição dos crimes*” está abrangida pela reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP.

Do princípio da legalidade, na sua vertente de lei estrita, decorre um condicionamento para o intérprete. Este, na sua tarefa de interpretação, deve respeitar as imposições que decorrem dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP e do artigo 1.º do CP. O princípio da legalidade, decorrência do Estado de Direito democrático, impõe um estrito respeito pela máxima segurança individual, enquanto manifestação dos princípios da separação de poderes e da democracia igualitária. Assim, os raciocínios analógicos não estão vedados pela letra do artigo 1.º, n.º 3 do CP. O que se proíbe são técnicas interpretativas que não sejam absolutamente seguras e que criem no destinatário da norma jurídica alguma imprevisibilidade inaceitável. Isto é, serão proibidos raciocínios analógicos que afetem a segurança comunicativa.

Os limites entre interpretação permitida e interpretação proibida em Direito Penal começam por traçar-se através do critério do sentido possível e previsível das palavras do texto da lei. Assim, importa perceber se a utilização, por parte de Abel, da carroça que o seu vizinho, Bento, tinha deixado à porta do seu quintal, para transportar materiais de construção, sem a autorização do proprietário, tendo para o efeito atrelado um burro à referida carroça e deixando depois a carroça no local onde a encontrou, caberia no tipo incriminador de furto de uso de veículo, p. e p. no artigo 208.º do CP. O sentido possível das palavras não deve ser obtido atendendo apenas às palavras isoladamente, mas sim através do sentido comunicacional perceptível do mesmo, sustentável pela linguagem social. Importará ainda analisar o caso vertente à luz dos demais critérios da interpretação, nomeadamente atendendo ao critério da adequação do texto à essência do proibido, de acordo com as valorações do sistema que a norma diretamente exprime ou pretende exprimir.

Nestes casos, poderíamos admitir que a intenção normativa de punir o furto de uso em certos casos, não excluiria, *per se*, o furto de uso daqueles veículos não motorizados. O bem jurídico que o legislador quis tutelar com esta incriminação é a propriedade de meios de transporte, que *in casu* foi violado. Admitindo outras interpretações, poder-se-á considerar que o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador em causa é o uso ou a mera posse. Em todo o caso, este bem jurídico também teria igualmente sido violado.

Mas o texto, ao referir-se a veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta é um limite inultrapassável. Nestes termos, o sentido de “veículo” não oferece a possibilidade semântica de enquadrar as situações como a presente, na qual Abel atrelou um burro a uma carroça. A punição de Abel pelo crime de furto de uso de veículo implicaria o recurso a um raciocínio analógico inaceitável, porque geraria insegurança comunicativa no destinatário e implicaria uma violação do princípio da separação de poderes, pois o intérprete, ao criar critérios inovadores do ilícito, estaria a assumir um papel que cabe ao legislador. Este raciocínio analógico é, por isso, proibido, à luz do artigo 1.º, n.º 3, do CP.

Note-se, ainda, que à luz de posições que rejeitem um limite prévio à interpretação, conferido pelo sentido possível das palavras, como a de CASTANHEIRA NEVES, e defendam que a interpretação deve ser efetuada mediante o sentido jurídico do texto, a definir no caso concreto, sendo pré-determinado por um conjunto de condições de validade (legal, sistemática, dogmática e institucional) pode concluir-se que este caso não coloca o problema que motivou a criação deste critério normativo e, por isso, a solução punitiva seria igualmente de afastar.

Questão 2

Abel batia frequentemente com um chicote no burro que lhe pertencia, para que este lhe obedecesse. Desta forma, à luz dos critérios de interpretação em Direito Penal, importa discutir se Abel poderia ser punido por algum crime contra animais de companhia.

O artigo 387.º do CP declara punível os maus tratos sobre “*animais de companhia*” e o artigo 389.º do CP considera animal de companhia aquele que é “*detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*”.

Assim, podemos questionar se a integração, dentro do conceito de animal de companhia, de um burro que pertencia a Abel ainda corresponde a um dos sentidos possíveis e previsíveis das palavras utilizadas pelo legislador na “*definição do crime*”.

Nestes termos, não podemos concluir que o burro seria detido por Abel, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia, pois não podemos aferir da existência de um qualquer vínculo afetivo-emocional entre Abel e o seu burro, que nos permita afirmar que o burro acompanhava e entretia Abel.

Mas, *in casu*, a utilização do animal, atrelado a uma carroça, com o fim de proceder ao transporte de materiais de construção, não pode ser integrado *ipsis verbis* em nenhum dos fins que constam do artigo 389.º, n.º 2 do CP, onde o legislador previu a atipicidade dos crimes contra animais de companhia quando o animal for utilizado para determinados fins (“*fins de exploração agrícola, pecuniária ou agroindustrial, assim como não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos*”). Ainda assim, neste caso, podemos afirmar ser admissível o recurso à técnica interpretativa da interpretação extensiva, fazendo referir um certo caso não expressamente considerado pela letra da lei ao seu pensamento, pois o legislador exprimiu imperfeitamente a intenção de regular o caso. Neste caso, a letra da lei abrangerá menos do que pensamento do legislador possibilita. A interpretação extensiva de uma norma que restringe a tipicidade é admissível, porque traduzir-se-á em efeitos *in bonam partem*. A interpretação extensiva, mesmo que atribuível num plano lógico e objetivo ao pensamento do legislador, deve corresponder a um entendimento juridicamente aceitável e até previsível das palavras. Com efeito, podemos ultrapassar o pensamento do legislador, na sua formulação histórica, interpretando a norma de acordo com um significado plausível e juridicamente válido das palavras. Desta forma, podemos concluir que incluir a utilização do animal para fins de exploração industrial, nomeadamente para atividades de construção, na letra do artigo 389.º, n.º 2 do CP, insere-se ainda no significado plausível e juridicamente válido das palavras.

Concomitante, devemos verificar a essência do proibido, segundo as valorações do sistema que podem ser reveladas pela norma (con)textualmente inserida. Em direito penal, tal tarefa deve ser orientada, entre o mais, pela consideração do bem jurídico que se visa proteger com a incriminação.

No caso do crime de maus tratos a animais de companhia, a tutela dispensada aos animais – que inclui a tutela da sua vida, integridade física e bem-estar (enquanto ausência de sofrimento ilegítimo) – é sempre realizada através da intermediação de uma prévia relação afetiva-emocional estabelecida com a pessoa, implicando, portanto, uma relação de solidariedade existencial da pessoa em relação ao animal.

Ora, para além do burro não ser tradicionalmente um “*animal de companhia*”, nada no caso concreto nos permite qualificar este burro como “de estimação”, sendo de excluir a existência de qualquer relação de solidariedade existencial, que configura o sentido essencial da ilicitude e que permitisse a respetiva punição, entre Abel e o burro.

Questão 3

Nesta questão importa perceber se Abel poderia ser punido por algum crime pela condução em estado de embriaguez da carroça na estância turística, nomeadamente se esta conduta caberia no crime de condução perigosa de veículo rodoviário, previsto no artigo 291.º do CP, ou eventualmente, no crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previsto no artigo 292.º do CP.

Para o efeito temos de recorrer aos critérios de interpretação em Direito Penal, começando pela utilização do critério do sentido possível e previsível das palavras. O sentido possível das palavras não deve ser obtido atendendo apenas às palavras isoladamente, mas sim através do sentido comunicacional perceptível do mesmo, sustentável pela linguagem social. Importará ainda analisar o caso vertente à luz dos demais critérios da interpretação, nomeadamente atendendo ao

critério da adequação do texto à essência do proibido de acordo com as valorações do sistema que a norma diretamente exprime ou pretende exprimir.

No caso vertente, Abel conduziu a carroça embriagado, com um grau de alcoolemia de 1,2 g/l, numa estrada de uma estância turística em que trabalhava, criando perigo para vários automóveis, pois circulava a meio da via, mudando de direção inesperadamente. Deste modo, tendo Abel criado um perigo concreto para a vida ou para a integridade física dos demais automobilistas que circulavam na via, não sendo preciso que haja um dano efetivo para o bem jurídico que se pretende proteger através da incriminação, bastando o perigo de lesão concretizado numa certa pessoa, importa analisar se o seu comportamento cabe no tipo incriminador de condução perigosa de veículo rodoviário, previsto no artigo 291.º do CP.

Atendendo ao sentido possível e previsível das palavras, concluímos que a carroça, sendo um veículo de tração animal, sem motor, pode caber ainda na expressão “*veículo, com ou sem motor*”, utilizada pelo legislador.

Paralelamente, é possível considerar que a estrada de uma estância turística cabe ainda no sentido possível e previsível das palavras “*via pública ou equiparada*”, ínsita no tipo incriminador, no pressuposto de se tratava de uma estrada do domínio privado aberta ao trânsito público.

A isto acresce que, segundo o critério do sentido possível e previsível das palavras, a conduta de Abel pode ser incluída no texto legal que consta na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 291.º, do CP, “*Não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar em estado de embriaguez*”, pois por referência ao artigo 292.º, n.º 1 do CP, conduziu com uma taxa de álcool no sangue igual a 1,2 g/l.

Posteriormente, devemos atender à essência do proibido, segundo as valorações do sistema que podem ser reveladas pela norma (con)textualmente inserida. Em direito penal, tal tarefa deve ser orientada, entre o mais, pela consideração do bem jurídico que se visa proteger com a incriminação. O tipo incriminador de condução perigosa de veículo rodoviário tem um âmbito de proteção alargado – protege essencialmente a segurança do tráfego rodoviário e só reflexamente o direito à vida e à integridade física ou bens patrimoniais alheios de valor elevado. Assim, podemos concluir que a conduta de Abel colocou em causa a segurança do tráfego rodoviário, ao circular a meio da via, mudando de direção inesperadamente. Esta conclusão permite-nos concluir pela punição de Abel pelo crime de condução perigosa de veículo rodoviário.

De todo o modo, a conduta de Abel também se reconduziria ao tipo do artigo 292.º, n.º 1 do CP, pelo que seria ponderado, para além da cotação, o facto de este preceito ceder a aplicação ao artigo 291.º, n.º 1.

Questão 4

A questão em apreço suscita três questões, todas relacionadas com o princípio da legalidade. A primeira e a segunda questões relacionam-se com os corolários *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* e *certa*. A terceira com o corolário *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Começando pela análise da primeira questão, constatamos que a autorização legislativa em causa previa apenas “*a adequação da taxa de alcoolemia aos recentes estudos técnicos em matéria de efeitos do álcool*”. A qualificação dos factos respeita à definição legal do crime, pelo que o Governo não pode, sem uma prévia lei de autorização, alterar essa qualificação. Ao fazê-lo, estará a alterar a definição legal de um crime, entrando, desse modo, em colisão direta com o disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da CRP, que reserva à Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, a competência para legislar sobre a “*definição dos crimes*” e “*respetivos pressupostos*”. Nestes termos, podemos questionar a constitucionalidade orgânica do decreto-lei do Governo aprovado na sequência desta autorização legislativa da Assembleia da República. Este decreto-lei veio proceder a uma redução do âmbito de aplicação da norma do artigo 292.º do CP, ao fixar uma taxa de alcoolemia superior a 1,2 g/l. Assim, devemos verificar quais os concretos requisitos que uma lei de autorização legislativa deve observar. Para o efeito, a delegação de competências deve ser inequívoca e descrever o conteúdo, o fim e os limites da delegação de tal forma que os pressupostos da punibilidade sejam genericamente previsíveis com base no texto legal da delegação e não apenas com base no texto do ato governamental.

Neste caso, a lei de autorização previa que a taxa de alcoolemia fixada no tipo legal devia ser adequada aos recentes estudos técnicos em matéria de efeitos do álcool. O Governo limitou-se a

proceder a uma adequação da taxa de alcoolemia a critérios técnicos, o que foi expressamente autorizado pela Assembleia da República. Mas a lei de autorização legislativa em causa padece de falta de determinabilidade, pelo facto de os pressupostos da punibilidade não serem genericamente previsíveis. Isto implica que o decreto-lei veio criar um regime jurídico materialmente diverso daquele que até então vigorava, não se limitando a retomar e a reproduzir substancialmente o que já constava de textos legais anteriores emanados do órgão de soberania competente – a Assembleia da República. Nestes termos, esta lei de autorização legislativa deve considerar-se organicamente e formalmente inconstitucional, ao abrigo do artigo 165.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 da CRP. Consequentemente, o decreto-lei autorizado padece do vício de inconstitucionalidade orgânica e formal.

Entrando agora na segunda questão em causa, o referido decreto-lei veio fixar uma taxa de alcoolemia superior a 1,2 g/l, remetendo para a peritagem técnica a margem de variação dos efeitos perturbadores do álcool na condução, conforme a idade, o sexo e a constituição física do condutor. Assim, importa perceber se esta alteração legislativa, operada pela entrada em vigor de um decreto-lei do Governo, implica a criação de uma norma penal em branco.

Numa perspetiva ampla, poderá entender-se que a norma penal em branco remete parcialmente para outra instância normativa parte dos seus pressupostos de aplicação. Ou seja, da norma penal em branco extraímos a norma sancionatória, que define parcialmente o comportamento proibido, mas esta remete para outra instância normativa parte da definição do comportamento. Deste modo, a norma primária é incompleta, pois precisa de uma norma complementar ou integradora para preencher o seu sentido normativo.

Numa perspetiva restritiva, segundo alguns autores, para que estejamos perante uma norma penal em branco a instância normativa para a qual remete a norma penal em branco terá de ser inferior. Contudo, o problema das normas penais em branco conhece outras dimensões.

Em primeiro lugar, a norma penal em branco suscita problemas de constitucionalidade formal, nos termos dos artigos 29.º, n.º 1 e 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, que consagram o princípio da reserva de lei.

Mas a norma penal em branco poderá igualmente suscitar problemas de constitucionalidade orgânica, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP.

Por fim, a norma penal em branco convoca problemas de constitucionalidade material. Segundo o princípio da legalidade, que encontra consagração no artigo 29.º da CRP e no artigo 1.º, n.º 1 do CP, a lei deve ser prévia, certa, escrita e estrita. Assim sendo, a norma penal em branco poderá colidir com a vertente de lei certa (artigo 29.º, n.º 3 da CRP) e com o princípio da tipicidade, uma vez que o intérprete, para compreender a exata extensão do comportamento proibido, tem de realizar um esforço de interpretação conjugada de várias normas. O princípio da tipicidade implica que a descrição da matéria proibida e da sanção correspondente seja feita até um ponto em que os comportamentos proibidos e sancionados sejam objetivamente determináveis.

Em causa poderia estar igualmente o princípio da culpa e a função de orientação de comportamentos da norma penal.

Mas, segundo o critério construído pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 427/95), a norma penal em branco será legítima se ela contiver em si um *critério de ilicitude*, isto é, se contiver informações que permitam compreender o sentido essencial do ilícito, de tal forma que o destinatário da norma penal consiga conhecer, no essencial, qual o bem jurídico que se pretende tutelar, qual a ação desvaliosa que se pretende evitar e qual o resultado desvalioso que se pretende prevenir. A norma penal deverá permitir identificar o bem jurídico protegido, a ação perigosa que se proíbe, bem como o desvalor do resultado. Será legítimo que a norma integradora se limite a concretizar tecnicamente o critério de ilicitude, pois será a Assembleia da República a definir o proibido, através de um critério suficientemente apreensível pelo destinatário.

A remissão de uma norma para outras não é em si mesmo obstáculo ao respeito pelo princípio da legalidade. Este princípio poderá estar em causa apenas quando estivermos perante um certo grau de esvaziamento do conteúdo percetivo da norma penal.

No caso em questão, podemos concluir que o *critério da ilicitude* da norma penal em branco é suficientemente claro, pois a norma, ao remeter para a peritagem técnica a margem de variação dos efeitos perturbadores do álcool na condução, conforme a idade, o sexo e a constituição física do condutor, não implica que a “norma integradora” tenha um carácter inovatório, pois esta limitar-se-á

a concretizar tecnicamente o critério normativo, não sendo um instrumento essencial para o intérprete-aplicador conferir sentido à própria norma legal. A remissão feita pela norma sancionadora para a peritagem técnica não torna imprevisível o conteúdo da proibição, sendo meramente técnica, informativa e não inovadora.

A isto acresce que a peritagem técnica terá apenas um mero valor de prova pericial – o juiz não estará vinculado à mesma e a concretização conteudística do critério legal continuará a ter por ponto de referência decisivo a norma legal.

Quanto à terceira questão, para sabermos se Abel poderia ser punido ao abrigo da nova legislação relativa à taxa de alcoolemia, devemos atender às regras sobre aplicação da lei penal no tempo. No que concerne aos princípios de aplicação da lei penal no tempo, que constam dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, e 2.º, n.ºs 1, 2 e 4 do CP, devemos começar por aplicar a lei penal vigente no momento da prática do facto, sendo tal momento, à luz do artigo 3.º do CP, o momento em que o agente atuou (critério unilateral da conduta).

Neste caso, Abel atuou num momento em que estava em vigor ainda a anterior redação do disposto no artigo 292.º, n.º 1, do CP, sendo punida a condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas quando o agente tivesse uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l.

Após a prática do facto, entrou em vigor um decreto-lei do Governo, aprovado com autorização legislativa. O referido decreto-lei veio fixar uma taxa de alcoolemia superior a 1,2 g/l. Este decreto-lei veio, assim, reduzir a punibilidade, ao suprimir um elemento especificador do tipo incriminador – “*taxa de álcool no sangue igual a 1,2 g/l*” – ao tipo incriminador da LA.

Assim, não estamos perante uma verdadeira sucessão estrita de leis penais no tempo, pois não se pode concluir que se mantém a continuidade normativa do ilícito típico. Não estamos perante a previsão de uma factualidade típica idêntica ou referida a condutas humanas idênticas. Deste modo, altera-se a essência da conduta humana referente. A identidade do facto típico não é construída apenas naturalística ou socialmente, dependendo também da essencial intenção normativa das leis.

A nova lei vem descriminalizar as situações nas quais o agente conduza com uma taxa de alcoolemia igual a 1,2 g/l ao punir apenas as condutas em o agente conduza com uma taxa de alcoolemia superior a 1,2 g/l. Assim, podemos concluir que à luz do princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável ao agente, ínsito nos artigos 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.º 2, do CP, a nova lei veio operar uma descriminalização do comportamento de Abel, pelo que este não será punido ao abrigo da nova lei. Não se mantém a punibilidade da conduta de Abel, uma vez que este conduziu com uma taxa de alcoolemia igual a 1,2 g/l. Deste modo, tal conduta deixa de ser punível à luz da LN. Esta seria a solução quer se tivesse optado pela punição de Abel ao abrigo do artigo 291.º, n.º 1 ou do artigo 292.º, n.º 1, ambos do CP.

Não obstante, concluímos *supra* que a lei de autorização legislativa padecia do vício de inconstitucionalidade orgânica e formal, o que implicaria igualmente a afirmação da inconstitucionalidade do decreto-lei autorizado. Assim, sendo a norma descriminalizadora inconstitucional, e considerando que a mesma é posterior ao momento da prática do facto, poder-se-ia defender uma das seguintes posições:

1. Aplicação da norma ripristinada (art. 282.º/1 CRP), por se entender que a questão da validade das normas precede lógica e valorativamente a da aplicação da lei mais favorável e que os tribunais estão impedidos de aplicar normas inconstitucionais (art. 204º CRP). Sendo a lei penal inconstitucional nula, nunca produziu quaisquer efeitos, pelo que não pode ser aplicado a Abel a solução descriminalizadora.

Não se pode empregar, neste caso, o regime do erro (não censurável) sobre a proibição (artigo 17.º/1 CP) – o qual é invocado por parte da doutrina (Rui Pereira) em situações em que se reconhece a necessidade de tutelar as legítimas expectativas dos agentes de aplicação da lei mais favorável – uma vez que o decreto-lei inconstitucional não estava em vigor no momento da prática do facto.

Não existindo, de acordo com a informação disponibilizada no enunciado, caso julgado, não há lugar à ressalva expressamente prevista no art. 282.º/3, 1.ª p., CRP;

2. Aplicação da lei inconstitucional mais favorável ao agente, considerando-se, com Taipa de Carvalho, que o art. 29.º/4 CRP pode incluir leis penais inconstitucionais, prevalecendo então estas, se forem de conteúdo mais favorável ao arguido;

3. Aplicação do decreto-lei autorizado, ou seja, da lei inconstitucional mais favorável ao agente, em razão (i) do princípio da igualdade, por referência ao teor do artigo 282.º, n.º 3, da Constituição, que salvaguarda a intangibilidade do caso julgado, no caso de aplicação da lei inconstitucional mais favorável e (ii) por força da prevalência do princípio do Estado de Direito (art. 2.º CRP) sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade em geral, assente em razões de necessidade da lei penal e da confiança objetiva gerada pelas manifestações legislativas do Estado, cfr. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª ed. revista e ampliada, Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 177-178.

Haveria assim uma lacuna na regulamentação do artigo 282.º da CRP, no que diz respeito à situação da lei inconstitucional mais favorável, a qual deveria ser integrada, segundo os princípios relevantes nesta matéria, dando-se prevalência a essa mesma lei mais favorável.

Questão 5

Se Abel tivesse atravessado a fronteira para Espanha e só aí tivesse conduzido embriagado, poderíamos ponderar ainda assim a aplicação da lei penal portuguesa.

Não se verificando nenhum perigo em concreto, a conduta de Abel poderia ser reconduzida ao tipo incriminador de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previsto no artigo 292.º do Código Penal.

O crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, sendo um crime de perigo abstrato, é um crime de mera atividade, que se esgota no próprio comportamento descrito pela lei – a ação de conduzir –, não carecendo de qualquer evento externo (resultado), espaço-temporalmente dissociado daquele comportamento. 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).

Sendo assim, uma vez que Abel só conduziu embriagado em Espanha, podemos concluir que o local da prática do facto foi Espanha, pois foi aqui que o agente atuou. Tendo o facto sido praticado fora do território português (artigo 7.º do CP), excluimos a competência territorial da jurisdição portuguesa (artigo 4.º do CP).

Contudo, podemos ainda recorrer ao artigo 5.º do CP por forma a apurar se a jurisdição portuguesa poderá ter ainda competência extraterritorial.

As alíneas *a)*, *c)* e *d)* do artigo 5.º, n.º 1, do CP não se aplicam, pois o crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas não vem previsto nos mesmos.

A alínea *b)*, do mesmo artigo, também não se aplica, porque não se trata de crime praticado contra portugueses.

No que concerne à aplicação da alínea *e)* do artigo 5.º podemos concluir que o crime em causa foi praticado por portugueses. Quanto à análise da verificação dos pressupostos da alínea *e)*, podemos começar por admitir que Abel tinha sido encontrado em Portugal (parágrafo *i)*).

Seguidamente, temos de tomar por não preenchido o pressuposto do artigo 5.º, alínea *e)*, ínsito no parágrafo *ii)*, pois o facto praticado por Abel não é qualificado como crime no *locus delicti*. Abel conduzia com uma taxa de alcoolemia de 1,2 g/l e o crime de condução sob influência do álcool em Espanha exige um grau de alcoolemia superior a 1,3 g/l.

No que diz respeito ao parágrafo *iii)*, e estando nós perante um país comunitário, devemos ponderar se Abel poderia ser entregue em execução de mandado de detenção europeu. Ora, uma vez que não nos encontramos perante nenhuma das infrações que constam do artigo 2.º, n.º 2 da Lei 65/2003, e inexistente dupla incriminação *in casu*, à luz do artigo 2.º, n.º 3 da Lei 65/2003, deveria ser recusada a execução do mandado de detenção europeu. Isto porque deve ser feita uma interpretação corretiva do artigo 12.º, n.º 1, alínea *a)* da Lei 65/2003, na medida em que esta norma

implicaria uma redução teleológica do artigo 2.º, n.º 3 da Lei 65/2003, aumentando as possibilidades de incriminação. Assim, à luz de uma interpretação mais favorável para o agente, deve ser recusada a entrega, por força do artigo 2.º, n.º 3 da Lei 65/2003. O artigo 2.º, n.º 3 da Lei 65/2003 deve ser considerado a norma prioritária, do ponto de vista sistemático. Esta é a solução que se impõe por uma razão de ordem constitucional, ligada ao princípio necessidade da pena.

Mas, ainda que tenha sido decidida a não entrega em execução de mandado de detenção europeu, estando preenchido o parágrafo *iii*) da alínea *e*), de qualquer das formas teríamos sempre de concluir pela inaplicabilidade *in casu* da lei penal portuguesa, uma vez que não se encontra preenchido o parágrafo *ii*) da alínea *e*) do artigo 5.º.

Questão 6

O problema jurídico em causa prende-se com os fins das penas. Ao condenar Abel por um crime de maus tratos contra animais de companhia, fundamentando a agravação da pena na personalidade associal do agente, o tribunal alicerça a sua fundamentação numa teoria da prevenção especial positiva dos fins das penas. Segundo esta conceção, a pena surge como instrumento de prevenção especial ou individual, sob o pressuposto de que esta irá intervir preventivamente sobre o cidadão delinquent, como uma espécie de coação psicológica, inibindo-o da prática de crimes no futuro ou eliminando no agente a disposição para delinquir.

O artigo 40.º, n.º 1 do CP prevê expressamente que uma das finalidades da pena é a reintegração do agente na sociedade. Mas a prevenção especial apenas pode ser afirmada como um fim legítimo da pena na medida em que não seja entendida como uma forma de alcançar a reforma interior e moral do agente – uma autêntica metanoia –, procurando que o agente adira intimamente aos valores da ordem jurídica. De rejeitar igualmente aquelas conceções que veem na prevenção especial, enquanto finalidade exclusiva da pena, uma forma de levar a cabo um tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime, no mesmo plano em que se trata um doente, segundo um modelo estritamente médico ou clínico.

Como fim exclusivo das penas, a prevenção especial é inaceitável, não só porque tal solução entraria em colisão direta com o artigo 40.º do CP, mas também por outras razões. Desde logo, porque conduziria a consequências difíceis de aceitar no plano ético, bem como no plano jurídico-constitucional.

Em primeiro lugar, poder-se-á argumentar que, à luz desta conceção, crimes muito graves poderiam ficar impunes se não existisse perigo de reincidência e crimes menos graves justificariam a prisão perpétua ou a morte, caso se verificasse um elevado perigo de reincidência.

A isto acresce que a investigação empírica não se traduz em dados absolutamente seguros que permitam sustentar o juízo de prognose sobre a delinquência futura. Refira-se ainda que a pena tem um caráter criminógeno, pelo que as próprias condenações aumentam as probabilidades de reincidência.

Paralelamente, a prevenção especial tende a desconsiderar o princípio da necessidade da pena, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Por fim, é discutível que a prevenção especial justifique a própria criminalização de certas condutas. Se a recuperação ou a intimidação do delinquent são falíveis, a legitimidade de utilizar meios tão graves para a realização incerta desses fins pode estar em causa.

Mas, dentro dos modelos mistos, existem diferentes interpretações do artigo 40.º do CP. Num primeiro modelo, toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, sendo a pena concreta limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa. Dentro do limite máximo fixado pela culpa, a pena será determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração. Dentro da moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena será almejada mediante exigências de prevenção especial, por regra, positiva ou de socialização,

excepcionalmente, negativa ou de intimidação. Aqui a culpabilidade é um princípio restritivo funcionando no quadro da prevenção, ao fixar o máximo atingível pela prevenção.

Num segundo modelo, a prevenção, nomeadamente a prevenção especial, funcionará como princípio restritivo, operando no quadro dos limites máximo e mínimo da culpabilidade que o comportamento justifica.

Assim, a prevenção especial, enquanto fim das penas, deve ser articulada e limitada pelo princípio da necessidade da pena. A prevenção especial apenas se legitimará como fim da pena, através da pena da culpa. Deste modo, a interpretação do artigo 40.º do CP deve ser realizada considerando que a culpa irá condicionar os critérios de necessidade, não a partir de uma ideia retributiva, mas sim mediante a consideração do merecimento da conduta do agente. A culpa não restringe a necessidade, mas irá reconfigurá-la, estabelecendo-se como limite inultrapassável da pena. A moldura penal será fixada em função do limite da culpa. E a prevenção geral e especial apenas poderão determinar uma pena, desde que esta nunca seja superior a esse limite estabelecido pela culpa.

Ainda que a culpa não funcione independentemente de considerações de prevenção geral e especial, contrariamente à fundamentação utilizada pelo tribunal, as razões de prevenção especial (ou de prevenção geral) não poderão justificar *per se* a punição, nomeadamente em casos em que a culpabilidade se mostre excessivamente baixa ou exígua.

Ao fundamentar a agravação da pena na personalidade associal do agente o tribunal poderia invocar uma análise criminológica que parte de perspetivas psicológicas, nomeadamente aquelas próximas das perspetivas neurobiológicas. Para estas perspetivas, a explicação do crime reside no funcionamento psíquico individual, mais concretamente nos aspetos de diferenciação e de patologia. Segundo EYSENCK, a herança genética condicionaria diferenças no funcionamento do sistema nervoso cortical e autonómico, interferindo assim com a capacidade de aprender com os estímulos exteriores. Deste modo, as dimensões da personalidade, como a extroversão, o neurotismo e o psicotismo, teriam variações de intensidade e articulação nos indivíduos. O comportamento associal estaria associado à combinação entre extroversão, neurotismo e psicotismo. Esta combinação produziria pouca condicionalidade dos indivíduos aos estímulos sociais e menor controlo do seu comportamento, havendo menos propensão noutras combinações. Nestes termos, o tribunal poderia atribuir maior relevância a considerações de prevenção especial positiva e negativa, com vista a permitir um maior controlo pelo agente das suas decisões.

Já para as conceções psicossociológicas, que procuram superar uma análise exclusivamente comportamental, passando também a focar-se na relação do crime com os processos cognitivo, pessoal e interpessoal, podemos mencionar a conceção de HIRSCHI da teoria do controlo, para quem a explicação do crime residiria na relação do crime com a impulsividade e a falta de autocontrolo, associada à incapacidade de deferir a gratificação almejada pela ação. Para HIRSCHI, os atos delinquentes tendem a surgir quando há um enfraquecimento ou rompimento do vínculo do indivíduo com a sociedade. O estabelecimento do vínculo social é analisado com recurso a quatro elementos: apego (*attachment*), empenho (*commitment*), envolvimento (*involvement*) e crença (*belief*). Segundo esta teoria, a sociedade organiza-se em torno do comportamento convencional, que é promovido por recompensas e, neste sentido, quanto mais forte o laço social de um indivíduo, menor a probabilidade de o mesmo se envolver em comportamentos delinquentes. À luz de uma conceção de prevenção especial positiva, poderia justificar-se uma agravação da pena em concreto, por forma a restabelecer os vínculos entre Abel e a sociedade.

Por fim, o tribunal poderia ainda invocar a análise criminológica de base sociológica, que toma como referência essencial da génese do crime uma deficiência da socialização dos indivíduos, salientando os padrões sociais de relação entre o indivíduo e os grupos sociais ou a própria estrutura social.

Na senda de DURKHEIM, MEAD constrói a teoria do interacionismo simbólico, a qual explica os comportamentos sociais como o resultado da interação entre a sociedade e o indivíduo, em que a sociedade determina a construção das concepções de si mesmo e a construção de significados. Esta concepção leva a cabo uma objetificação dos comportamentos, explicando-os mediante uma resposta de certa forma padronizada das pessoas às condicionantes do meio social. Esta forma de compreensão do fenómeno criminal, orientada para a análise do padrão social dos comportamentos, vê o crime como um problema de socialização.