



## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres João Matos Viana, Sónia Moreira Reis, António Brito Neves, Catarina Abegão Alves e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Exame de Recurso - 17 de Fevereiro de 2020

Duração: 90 minutos

### Tópicos de correcção

1 – Estando em causa um pedido de um Estado-Membro (EM) da União Europeia, deve analisar-se a questão à luz do regime do mandado de detenção europeu – MDE (Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto) –, nos termos do art. 1.º, n.º 1, da mesma Lei.

O pedido é feito para efeitos de procedimento criminal relativo a um crime de homicídio, que se presume punível em Espanha com pena de prisão de duração máxima não inferior a três anos, pelo que está dispensado o requisito da dupla incriminação (art. 2.º, n.º 2, al. o)).

Não se verifica nenhuma das causas de recusa dos arts. 11.º ou 12.º-A.

Uma vez que Maria morreu em Portugal, o *locus delicti* é em território nacional, nos termos do art. 7.º, n.º 1, do Código Penal – no qual se consagra o critério da ubiquidade misto ou plurilateral alternativo, isto é, o lugar da prática do facto será o local onde o agente actuou ou devia ter actuado, ainda que parcialmente, bem como aquele em que se verificou o resultado, que, neste caso, é a morte de Maria, ocorrida em Vila Real de Santo António. Deve, assim, ponderar-se a causa de recusa facultativa prevista no art. 12.º, n.º 1, al. b), i), da LMDE, considerando o facto de o agente e a vítima terem nacionalidade portuguesa e residirem em Portugal, sendo aqui mais intensas as exigências de prevenção geral e especial. Em sentido contrário, poderia considerar-se a circunstância de o comportamento do agente ter ocorrido no EM de emissão e o espírito de cooperação subjacente ao princípio de reconhecimento mútuo que orienta o regime do MDE (art. 1.º, n.º 2, da LMDE).

Ademais, sendo o agente português, a execução do MDE poderia, ainda, ser condicionada à devolução de Alberto para cumprir a pena a que fosse condenado em Portugal (art. 13.º, n.º 1, al. b)). Este regime é sustentado pelo art. 33.º, n.º 5, da CRP.

2 – Caso Alberto fosse entregue pelo crime de homicídio, Espanha não poderia aproveitar a ocasião do MDE para o julgar pelo crime de detenção de arma proibida, uma vez que vigora a regra da especialidade (art. 7.º, n.º 1, LMDE).

3 – De acordo com o princípio da aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto (arts. 29.º, n.º 1, da CRP e 2.º, n.º 1, conjugado com o art. 3.º, do CP, em que se fixa para a determinação do *tempus delicti* o critério unilateral da conduta), seria aplicável a lei que tinha entrado em vigor no dia 31 de Janeiro, valendo a pena de 6 meses a 3 anos de prisão ou de multa até 240 dias.

No entanto, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral determinaria a repriminção da norma anterior (art. 282.º, n.º 1, da CRP), cuja pena cominada é de prisão de 1 a 5 anos ou de multa até 600 dias.

Na hipótese de ter havido caso julgado, a referida repristinção não afecta a situação de Alberto, por força da ressalva consagrada na primeira parte do art. 282.º, n.º 3, da CRP.

Se, por outro lado, a sentença não tiver transitado em julgado, coloca-se o problema de saber se o agente pode, ainda, beneficiar da norma inconstitucional mais favorável. Com efeito, embora o princípio fixado no art. 282.º, n.º 1, seja o da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, discute-se aquela possibilidade, uma vez que a aplicação da norma repristinada é concretamente mais desfavorável.

Por um lado, alguns autores defendem a impossibilidade de aplicação da lei inconstitucional, em razão da proibição de aplicação de normas inconstitucionais pelos tribunais (art. 204.º da CRP) e porque a questão da validade das normas precede lógica e valorativamente a da aplicação da lei mais favorável, uma vez que a norma nula nunca terá produzido efeitos. Jorge Miranda, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional, propõe, ainda assim, que a norma inconstitucional funcione como limite negativo da norma repristinada. Rui Carlos Pereira defende uma solução alternativa, de acordo com a qual se aplica a norma repristinada, mas se admite, quando a norma seja descriminalizadora, o afastamento da responsabilidade penal nos termos do regime do erro sobre a ilicitude (art. 17.º, ou 16.º, n.º 1, do CP), ou, quando comine pena menos gravosa, como é o caso, a atenuação da responsabilidade (nos termos dos arts. 72.º e ss. do CP), desde que Alberto conheça a norma penal inconstitucional, que esta seja anterior à prática do facto (como aqui acontece) e que a respectiva inconstitucionalidade seja desconhecida do agente e não tenha, ainda, sido declarada.

Por outro lado, são defendidas soluções de aplicação da norma inconstitucional, isto é, neste caso, a lei em vigor no momento da prática do facto. Maria Fernanda Palma destaca a importância da autovinculação do Estado ao Direito que cria (art. 2.º da CRP), defendendo, por isso, uma dupla analogia com os artigos 29.º, n.º 4, e 282.º, n.º 3, segunda parte, com vista a integrar a lacuna do regime do art. 282.º.

4 – Em primeiro lugar, cumpre avaliar se a resposta de Joaquim pode, à luz dos princípios da interpretação da lei penal, ser enquadrada na previsão do art. 240.º, n.º 2, al. *b*), do CP sem recurso a analogia desfavorável, proibida em Direito Penal (art. 1.º, n.º 3). Com efeito, a resposta proferida por Joaquim foi, efectivamente, ofensiva – associando as feministas a uma ideia de vergonha para o país –, pelo que poderia, *a priori*, integrar o conceito de difamação, considerando o limite do sentido possível das palavras, isto é, o sentido comunicacional das palavras utilizadas pelo legislador (art. 165.º, n.º 1, al. *c*), da CRP), perspectivadas no seu contexto global.

No entanto, a conduta de Joaquim não parece atingir o nível de gravidade pressuposto pelo sentido do ilícito, uma vez que não acarreta a perigosidade para o grupo visado que sustenta a limitação da liberdade de expressão. Assim sendo, a sua integração no tipo constituiria uma interpretação proibida.

Ainda que o enquadramento da conduta de Joaquim no tipo previsto no art. 240.º, n.º 2, al. *b*), do CP correspondesse a uma interpretação válida, ter-se-ia de averiguar o âmbito de validade pessoal da lei penal portuguesa, uma vez que Joaquim é deputado, podendo, em certas situações, beneficiar de imunidades parlamentares. Punha-se, em particular, a questão

de saber se a opinião emitida estava associada, numa perspectiva de conexão funcional, à actividade parlamentar. Embora não tenha ocorrido no Parlamento, a conduta apresentava ainda conexão com o exercício da liberdade de expressão no contexto parlamentar, uma vez que a entrevista parece ter visado o deputado, precisamente, à porta da Assembleia da República e sobre matéria de relevo político. Assim sendo, Joaquim seria irresponsável, nos termos do art. 157.º, n.º 1, da CRP.

5 – A fundamentação enunciada convoca aspectos relacionados com a culpa do agente, apelando a factores que poderão ter condicionado a formação da sua vontade, como o facto de ter crescido num ambiente em que a violência do pai sobre a esposa era a resposta para os problemas conjugais, podendo a referida formação de vontade resultar de processos de interacção social e de associação diferencial através dos quais terá assimilado aquele tipo de comportamento, e, por outro lado, a angústia que o relacionamento anterior tinha provocado, a qual pode ter sido experienciada novamente no momento em que Maria o confrontou com a notícia. Estes dados foram, no entanto, confrontados com necessidades de prevenção especial positiva, salientando-se a personalidade problemática do agente, e as de prevenção geral positiva associadas aos casos de homicídio conjugal em Portugal (finalidades contempladas no n.º 1 do art. 40.º do CP). Esta articulação entre elementos de culpa e de prevenção geral e especial tem gerado controvérsia, sendo o art. 40.º do CP objecto de múltiplas interpretações. De acordo com grande parte da doutrina portuguesa, a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, sendo a culpa apenas *pressuposto e limite* da pena. É o caso de Jorge de Figueiredo Dias, que propõe uma moldura de prevenção geral positiva dentro da qual se enquadra, num segundo momento, a determinação da medida da pena em função da prevenção especial positiva (ou, em situações excepcionais, prevenção especial negativa), actuando a culpa apenas como princípio restritivo. Nesta linha, a fundamentação enunciada não oferece problemas, uma vez que os argumentos de prevenção especial positiva apenas serão considerados dentro da moldura imposta pela necessidade de afirmação do Direito referente à protecção da vida através da punição do homicídio, isto é, dos elementos de prevenção geral positiva. Tal não significa que a culpa do agente tenha ficado aquém da medida da pena determinada: sendo a culpa limite da pena (arts. 40.º, n.º 2, do CP e 1.º e 27.º da CRP), aliás, a decisão do tribunal tem de ser suportada por elementos que elevem o grau de culpa, como a intensidade da vontade de matar, a desconsideração pela vida da vítima, que era sua mulher e, por isso, merecedora de especial respeito da sua parte, bem como a menorização da sua liberdade na condução da própria vida, uma vez que não suporta a ideia do fim da relação com a mulher e a futura independência da mesma.

Por outro lado, outros autores defendem que a culpa é, ainda, *fundamento* da pena, funcionando a prevenção como princípio restritivo. Esta orientação é preconizada, particularmente, por Maria Fernanda Palma, que defende uma pena de culpa condicionada pelo princípio da necessidade da pena. Nesta perspectiva, os factores considerados para sustentar a culpa apenas poderiam, na prática, ser insuficientes para fundamentar a medida da pena em razão da prevenção geral positiva, se a pena *fundamentada* na culpa ultrapassasse a necessidade de protecção do bem jurídico, materializando-se numa intervenção excessiva do Direito Penal no caso concreto e, assim, violadora do princípio da necessidade consagrado

no art. 18.º, n.º 2, da CRP. No entanto, não é isto que sucede, em razão das elevadas exigências de prevenção geral positiva enunciadas. Em suma, é a culpa o elemento fundamentador na construção da moldura penal concreta – neste caso, sem problemas, no que respeita ao limite máximo, de prevenção geral positiva –, dentro da qual a medida da pena será determinada atendendo às considerações de prevenção especial positiva. Assim sendo, o problema da argumentação utilizada em tribunal poderá assentar, apenas, no facto de o mesmo ter sobrevalorizado a prevenção geral positiva, indo além da moldura de culpa aplicável no caso. No entanto, e sem que os dados oferecidos no enunciado permitam concluir definitivamente neste sentido, poder-se-á assumir que tal não ocorreu, quer porque, como já referido, outros factores terão elevado a medida da culpa, quer pelo *limite* que a mesma sempre representará na determinação da medida concreta da pena.