



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciados Nuno Igreja Matos e Inês Vieira Santos

Exame coincidências de recurso – 25 de fevereiro de 2022

Duração: 120 minutos

Responda de modo fundamentado às perguntas seguintes:

1 – A questão suscita um problema de aplicação da lei no tempo, relacionado com o corolário da lei prévia do princípio da legalidade penal. A regra geral é a da aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto [artigos 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição (CRP) e 2.º, n.º 1, do Código Penal (CP)]. No caso, Alfredo sequestra a mulher das 23h30 do dia 25 de fevereiro – realizando o tipo de sequestro qualificado previsto e punido no artigo 158.º, n.º 2, al. e), do CP – às 1h00 do dia 26 de fevereiro. Sendo este um crime permanente, uma vez que se prolonga no tempo, durando enquanto a detenção se mantém por vontade do sequestrador. Assim sendo, estão em vigor no momento da prática do facto (o período *supra* delimitado), quer a versão anterior do CP, quer a alteração enunciada, no que respeita ao sequestro simples.

O mesmo não se pode afirmar sobre o sequestro qualificado, uma vez que a conduta praticada a partir das 00h00 do dia 26 de fevereiro não integra a criação de perigo para a vida da vítima, a qual foi realizada antes da vigência da lei nova (às 23h45 do dia 25 de fevereiro). Por conseguinte, a lei nova opera aparentemente uma desqualificação da conduta praticada por Alfredo. Estando, contudo, perante um caso em que a lei nova transforma – apenas no que respeita ao bem jurídico vida humana – um crime de perigo abstrato num de perigo concreto. Nestes casos, tendo o perigo concreto ocorrido efetivamente, ainda que durante a vigência da lei antiga, considera a doutrina a possibilidade de enquadramento no regime da sucessão de leis penais (por oposição aos casos em que a alteração do tipo consubstancia uma descriminalização – neste caso, desqualificação – da conduta e criação de um novo tipo, o qual não se poderá aplicar retroativamente). A aceitação daquela orientação implicará, caso a lei nova se revele mais favorável, a sua aplicação retroativa (artigo 2.º, n.º 4, do CP), contrariamente à solução da não punição do agente pelo crime na forma qualificada, quer na forma da lei antiga – a qual deixa de vigorar para efeitos de qualificação do crime (artigo 2.º, 2, do CP) –, quer da lei nova – cuja aplicação ao facto realizado antes da sua vigência é proibida, por implicar retroatividade (artigos 29.º, n.º 1 e 3, da CRP e 2.º, n.º 1, do CP), e consequente punição por sequestro simples.

No caso, não procedem os argumentos de que a punição pelo novo elemento, que restringe o âmbito de previsão da norma, abarca uma violação dos princípios da culpa e segurança jurídica pela impossibilidade de orientação do agente pelo elemento especializador, nem da igualdade, pelo acaso em que é deixado face à prova de um perigo efetivo que não era relevante nos termos da lei antiga, como era sustentado por Taipa de Carvalho nas edições anteriores da sua monografia.

Com efeito, seguindo a orientação de Maria Fernanda Palma, não há uma posição tutelável do agente cuja conduta praticada, por ter envolvido perigo efetivo para o bem jurídico, não deixou de ser considerada pelo legislador: a descriminalização (desqualificação, neste caso) não se refere às condutas efetivamente perigosas, dirigindo-se apenas ao perigo abstrato. Por outro lado, a condenação pelo sequestro qualificado não materializa na ficção da oportunidade de orientação do agente pela norma, havendo, por tudo, continuidade normativa, não deixando o legislador de considerar factos como aquele praticado por Alfredo como sequestro qualificado.

Aceitando esta solução, o agente poderá ser punido pelo crime de sequestro qualificado à luz da lei antiga, ou, caso seja mais favorável, da lei nova. No caso, a lei nova prevê, para situações

como a de Alfredo, uma atenuação especial da pena, pelo que se deverá puni-lo por crime de sequestro qualificado com atenuação especial da pena, por força da alteração do artigo 158.º, n.º 2, al. e), do CP, aplicado retroativamente (artigos 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.º 4, do CP).

2 – A determinação da validade espacial da lei penal portuguesa deve principiar pela identificação do lugar da prática do facto. Neste caso, quer a conduta quer o resultado típico dos tipos de crime de sequestro (artigo 158.º, do CP) e condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º, do CP) ocorreram em Portugal, sendo este então o local da prática do facto segundo o princípio da ubiquidade, previsto no artigo 7.º, do CP. Deste modo, os tribunais portugueses serão competentes para julgar Alfredo ao abrigo do critério da territorialidade, nos termos do artigo 4.º, alínea a), do CP, conjugado com o artigo 5.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP). De afastar será a verificação de eventuais restrições à aplicação da lei penal portuguesa, nos termos do artigo 6.º, do CP, uma vez que tais restrições apenas se aplicam às situações de aplicação da lei penal portuguesa a factos praticados fora do território nacional, o que não era o caso.

A segunda resposta convoca um problema de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Dado que a Ucrânia não é um estado-membro da União Europeia, será de aplicar o regime da Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP), previsto na Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, que releva do princípio da reciprocidade (cf. artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 144/99).

Neste caso, Portugal deve efetuar um pedido de extradição à Ucrânia (cf. artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 144/99), uma vez que Alfredo regressou, entretanto, a este país, competindo ao Ministro da Justiça formular tal pedido de extradição, nos termos do artigo 69.º, n.º 1 da Lei n.º 144/99.

A Ucrânia pode extraditar Alfredo para efeitos de procedimento criminal em Portugal, nos termos do artigo 31.º, n.º 1 da Lei n.º 144/99.

A isto acresce que quer o crime previsto no artigo 158.º, do CP, quer o crime previsto no artigo 291.º, do CP, preveem penas de duração máxima não inferior a um ano, pelo que, na falta de indicação em contrário, será de presumir que o requisito qualitativo da dupla incriminação bem como o requisito quantitativo relativo à medida da pena, ambos consagrados no artigo 31.º, n.º 2 da Lei n.º 144/99, também se encontram verificados à luz da lei penal ucraniana.

Por fim, não há razões para que a extradição fosse excluída nos termos do artigo 32.º, da Lei n.º 144/99, nem se verifica nenhum requisito geral negativo da cooperação internacional (cf. artigo 6.º, da Lei n.º 144/99), nem sequer nenhum fundamento para a recusa da extradição tendo em conta a natureza das infrações em causa (cf. artigo 7.º, da Lei n.º 144/99), pelo que o pedido de extradição formulado por Portugal deveria ser cumprido pela Ucrânia.

3 – A questão em análise convoca um problema de conceito material de crime. Ora, na análise da constitucionalidade de uma norma incriminatória, é necessário atender a que só haverá legitimidade para preservar bens jurídicos comparáveis aos que se sacrifica, no limite, à liberdade humana, considerando que o Direito Penal consagra penas privativas da mesma. Sendo a intervenção do Direito Penal, em Estado de Direito Democrático alicerçado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, da CRP) fragmentário, de *ultima ratio*, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP impõe, no mesmo sentido, que esta interferência se limite à tutela de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, *i.e.*, de bens jurídicos essenciais à subsistência da sociedade e ao livre desenvolvimento da personalidade ética de cada um.

Na hipótese em exame, cumpre assinalar, desde logo, que o Parlamento possui competência, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, para definir os crimes e respetivos pressupostos. Todavia, a construção dos tipos incriminadores acha-se sujeita às imposições do princípio da legalidade, nomeadamente às exigências de lei estrita e certa. Em suma, a Assembleia da República deve garantir a tutela de bens jurídicos dotados de relevância penal através da construção de normas que apresentem um elevado grau de determinação na descrição das condutas incriminadas e respetivas consequências (artigo 29.º, n.º 1, da CRP). Desse modo, apenas se poderá considerar típico o comportamento que se encontre descrito na norma, o que

se traduz na proibição de analogia, tal como consagrada no n.º 3 do artigo 1.º, do CP, e reforçada no artigo 29.º, n.º 3, da CRP.

Examinando o tipo incriminador referido, poderemos considerar que o bem jurídico protegido corresponde à saúde da mulher – integridade física e moral –, em paralelo com a autonomia, uma vez que também se sancionam os comportamentos suscetíveis de “limitar o respetivo poder de escolha e de decisão”. Deste modo, uma potencial inconstitucionalidade da incriminação não parece assentar na ausência de bem jurídico afetado pela conduta, tendo em conta a natureza dos interesses em causa. O problema poderá residir, todavia, na forma escolhida pelo legislador para prosseguir tal desiderato.

Efetivamente, resulta claro e evidente da leitura do tipo incriminador o recurso reiterado a conceitos indeterminados e elementos de natureza psicológica, subjetivamente condicionados – “dano ou sofrimento desnecessário”; “limitação do poder de escolha e de decisão” – que poderão obstar a uma adequada compreensão da conduta proibida.

A este propósito, assinala-se que a utilização de conceitos indeterminados, por si, não implica a violação do princípio da legalidade penal e a conseqüente inconstitucionalidade da incriminação, sempre que a sua redação, ainda que indeterminada e aberta, se revele materialmente adequada e suficiente para dar a conhecer quais as ações ou omissões que o cidadão deve evitar. Recorre-se, aqui, ainda que de forma indireta, ao critério autónomo da ilicitude, nos termos do qual se exige que a disposição preveja o bem jurídico protegido, o desvalor da ação e o desvalor do resultado – quando aplicável.

À luz deste critério, entende-se que a norma em causa apresenta um grau de indeterminação insuscetível de orientar adequadamente a conduta do médico, especialmente num contexto especialmente perigoso como aquele que se pretende regular. Acresce ainda que, tratando-se de um crime comum, o médico é equiparado não só a qualquer agente, como a outros profissionais de saúde (enfermeiros, anestesistas, por exemplo), e ainda a médicos de outras especialidades, que não possuem, naturalmente, o grau de conhecimento técnico que lhes permite aferir – e ponderar – convenientemente os riscos da situação. Para além disso, uma eventual atuação ilícita do médico sempre seria potencialmente reconduzível à previsão do artigo 150.º, n.º 2, do CP, o que sugere uma violação do princípio da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

Nestes termos, o médico poderia invocar a inconstitucionalidade da norma, em sede de julgamento, por inobservância deste princípio e ainda por violação do princípio da legalidade criminal, na vertente de lei certa (artigo 29.º, n.º 1, da CRP).

4- Estamos perante um problema de aplicação da lei penal no espaço, em concreto sobre pedidos de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. O facto é praticado no estrangeiro, em concreto na Bielorrússia.

Considerando que Alfredo se encontra em Portugal, o pedido de extradição formulado pela Bielorrússia para o julgar por factos relacionados com crime de burla na Bielorrússia demanda a aplicação do regime da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (LCJIMP) pois não se trata de país membro da União Europeia (estando, por isso, excluída a aplicação da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (LMDE)).

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 a Bielorrússia, assente, designadamente, em uma convenção internacional (artigo 3.º, da LCJIMP) e na observância do princípio da reciprocidade (artigo 4.º, da LCJIMP).

Estariamos perante uma extradição que assumiria a forma passiva, *i.e.*, extradição para entrega ao Estado que a requer, e o princípio da dupla incriminação estaria observado, já que o facto está tipificado como crime (artigo 217.º, do CP) em ambos os Estados e está em causa extradição para efeitos de procedimento criminal (artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, da LCJIMP).

A circunstância de Alfredo ser um cidadão português implica que se aplique o artigo 33.º, n.º 1, da CRP, sendo a regra a da não extradição de nacionais em território português (“1. Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional.”) (o n.º 3 do artigo 33.º, da CRP apenas admite extradição na medida em que existam condições de reciprocidade estabelecidos em

convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de processo justo e equitativo, que não será o caso).

Por outro lado, sempre a circunstância de Alfredo ser um conhecido opositor da invasão do país estrangeiro à Ucrânia e a Bielorrússia ser um aliado do país estrangeiro que atacou a Ucrânia, implica que se atente ao princípio da não extradição ou entrega a qualquer título por motivos políticos tal como consagrado nos artigos 33.º, n.º 6, da CRP e 7.º, n.º 1, a), da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (crimes de natureza política e infrações conexas).

Sucedo que, a relação entre o artigo 33.º, n.º 6, da CRP e o artigo 7.º, n.º 1 a), da LCJIMP, não é de absoluta coincidência: o primeiro, preceito constitucional, refere-se à recusa da extradição a qualquer título por “motivos políticos” e por referência a um critério de pendor mais subjetivista, enquanto o artigo 7.º, n.º 1, a), da LCJIMP utiliza o conceito de “crime de natureza política”, critério objetivo e eventualmente de base legal.

A adotar-se um critério objetivo de base legal, como parece sugerir a redação do artigo 7.º, n.º 1, a), da LCJIMP, e na falta de consagração expressa ou explícita, sempre o mesmo teria de ser aferido por referência aos crimes que a lei associa a funções políticas¹, estando a “natureza política” (e infrações conexas) relacionada com a atividade de titulares de cargos políticos.

Contudo, atendendo a que a *ratio* do artigo 33.º, n.º 6, da CRP é a de evitar não só a extradição em caso de “crimes de natureza política” segundo um critério objetivo, mas verdadeiramente a manipulação da extradição por razões de mera perseguição política, o foco deve estar não na natureza objetiva dos crimes, mas na motivação que subjaz o pedido de extradição em causa.

Assim, sempre a melhor interpretação, conforme à Constituição, do artigo 7.º, n.º 1, a), da LCJIMP é a que admite o sentido de “natureza política” como um indício objetivo que obsta a uma subjetivação excessiva da qualificação de “motivação política”, sem que com este se restrinja a recusa de extradição a um certo tipo de crimes segundo um critério objetivo. De outra forma, corríamos o risco de, perante uma interpretação muito restritiva do que fossem crimes de “natureza política”, ser admitida a extradição em situações de perseguição política ainda que o(s) crime(s) em causa não fosse(m) de natureza política *stricto sensu*.

Ora, considerando que Alfredo é conhecido opositor da invasão pelo país estrangeiro que é apoiado pela Bielorrússia, sempre caberá a recusa da extradição, considerando a interpretação do artigo 7.º, n.º 1, a), da LCJIMP em conformidade com a Constituição nos termos descritos e que o pedido de entrega seria para perseguição política.

5 – Suscita-se um problema de interpretação da lei penal, relacionado com a questão de saber se Alfredo comete um crime de sequestro ao colocar um cinto de segurança na sua mulher, contra a sua vontade — concretamente, se essa conduta é passível de integrar um comportamento enquadrável numa forma de detenção, prisão, manter presa ou detida outra pessoa de forma a privá-la da sua liberdade.

O caso convoca necessariamente a aplicação do princípio da legalidade, em particular do corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* [cf. artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP. Acompanhando a tese de Maria Fernanda Palma, a interpretação permitida em Direito Penal, para salvaguardar a segurança jurídica e a conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do CP deve ser suportada no sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum no contexto significativo do texto da norma), alicerçando-se ainda na articulação desse sentido com a essência do proibido subjacente à norma criminal. Esta conceção diferencia-se das teses interpretativas valorativas, que admitem um afastamento do sentido das palavras para extrair a ideia do proibido de outras proveniências, como o sejam — seguindo, por exemplo, Castanheira Neves — as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial.

Focando na primeira conceção interpretativa enunciada, constata-se que não existe qualquer correspondência entre a conduta de Alfredo e o enunciado linguístico que conforma

¹ V.g., Lei n.º 34/87.

normativamente o crime de sequestro. Em primeiro lugar, porque a conduta em causa não implicou “prender” e “manter presa” a mulher. Em segundo, porque, por razões idênticas, a conduta em causa não revela uma atuação “por forma a privar da liberdade”.

Com efeito, ainda que a colocação do cinto de segurança possa equivaler a um modo de “prender” e “manter” alguém a um assento num veículo automóvel, o uso destas palavras no artigo 158.º, do CP não quadra com este significado. Estando em causa um crime cuja essência da proibição tutela a liberdade pessoal, o sentido comunicacional daquelas palavras, para se manterem alinhadas com essa essência, apenas abrange comportamentos que afetem a liberdade da vítima sem possibilidade de libertação. Ora, a simples colocação do cinto não traduz uma privação de liberdade irreversível, porque a mulher poderia voluntariamente remover o cinto por si.

Acresce que, similarmente, a expressão “por forma a privar da liberdade” também não se pode ter por verificada. Por um lado, o comportamento de Alfredo não permite afirmar que o seu ato tenha sido dirigido por uma intenção de – “por forma” a – privar a sua mulher de liberdade, antes de proteger a sua segurança, bem como a segurança do feto. Por outro lado, o facto de ter sido colocado um cinto de segurança durante a viagem até ao hospital não denota uma conotação próxima do sentido social em que se emprega aquela expressão, que faz supor alguma permanência e duração. Assim é porquanto, como referido, a mulher podia remover o cinto se assim pretendesse. Mas também porque o cinto não ficou colocado durante um período suficientemente longo — o tempo do percurso até ao hospital — para encontrar correspondência na essência da proibição.

Em face do sobredito, a conduta de Alfredo não é subsumível ao artigo 158.º, do CP, sob pena de se incorrer numa interpretação proibida, vedada pelo artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 1.º, n.º 3, do CP.

6 – Para além do tipo incriminador do artigo 158.º, n.º 2, do CP (qualquer que seja a versão aplicável), o comportamento de Alfredo subsume-se textualmente, ainda, nos tipos incriminadores do artigo 158.º, n.º 1, e do 291.º, n.º 1, alínea *b*), todos do CP. Nos termos do artigo 30.º, n.º 1 (no caso, primeira parte), do CP, a subsunção em vários tipos incriminadores corresponde a um concurso de crimes. Porém, por um lado, só poderá haver um concurso de crimes se, antes disso, existir um concurso efetivo de normas, sendo que, entre os tipos do 158.º, n.º 1, o tipo simples, e o do 158.º, n.º 2, o tipo agravado, o concurso de normas é aparente, sendo o último especial face ao primeiro (relação lógica de especialidade) e, consequentemente, prevalecendo na sua aplicação. Desta maneira, fica afastada a aplicação conjunta do artigo 158.º, n.º 1, com a do n.º 2, de maneira a respeitar-se o princípio constitucional do *non bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da CRP). Por outro lado, e por aplicação do critério do significado social autónomo de ilicitude (dentro do comportamento global), sempre se pode ponderar senão haverá um concurso aparente de crimes (relação funcional) entre os tipos do artigo 158.º, n.º 2, e do 291.º, n.º 1, alínea *b*) (ainda por respeito pelo princípio do *non bis in idem*), já que sempre se pode alegar que o desvalor do sequestro é o predominante, absorvendo o da condução perigosa de veículo rodoviário (e sendo a punição superior). De facto, há uma estreita conexão situacional, não só espaço-temporal, mas de finalidades (a urgência em levar a mulher para o hospital), tendo a condução perigosa ocorrido no contexto do sequestro.