



## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Sónia Moreira Reis, António Brito Neves, Catarina Abegão Alves e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Exame de coincidências - 29 de janeiro de 2021

Duração: 90 minutos

### Torre “Horrorosa”

Agustina, de nacionalidade argentina, foi contratada em 2018 por Bento, português, para tratar dos animais da herdade Torre “Horrorosa”, de que o último é proprietário.

No dia 1 de dezembro de 2020, Bento organizou uma caçada, na qual participou, juntamente com Agustina e com caçadores espanhóis. O pai de Bento era caçador e desde muito cedo que este se habituou a acompanhá-lo em grandes caçadas. Durante a caçada foram mortos 540 animais, sendo que apenas foi autorizada a caça de 105. Por esse motivo, Diego, outro caçador de nacionalidade espanhola, chamou Agustina à atenção, que, ato contínuo, o agrediu violentamente.

No dia 8 de dezembro de 2020, Agustina adquiriu nacionalidade portuguesa e viajou para a Argentina, para passar o Natal junto da sua família. Durante a viagem, descobriu que estava grávida de 13 semanas, sendo Bento o progenitor. No dia 11 de dezembro, dirigiu-se a uma clínica em Buenos Aires para praticar um aborto. Na Argentina, no dia 30 de dezembro de 2020, o Senado aprovou uma lei que veio despenalizar a interrupção voluntária da gravidez até às 14 semanas.

Agustina regressou a Portugal em fevereiro. Portugal recebeu posteriormente um pedido de entrega de Espanha para julgar Agustina pelo crime de ofensa à integridade física.

Responda, sucinta mas fundamentadamente, às seguintes questões:

- 1- Considerando os problemas de interpretação, pode Bento ser punido nos termos dos artigos 6.º e 30.º da Lei de Bases Gerais da Caça? Nesse caso, por quantos crimes pode vir a ser condenado?<sup>1</sup> (4 v.)
- 2- Imagine que no dia 4 de janeiro de 2021 foi revogado o artigo 30.º da Lei de Bases Gerais da Caça e a conduta aí prevista passou a constar do regime do artigo 34.º do mesmo diploma, que aplica um regime contraordenacional. Pode Bento vir ainda assim a ser responsabilizado? (3 v.)
- 3- Quando Bento descobriu que Agustina praticou um aborto, apresentou uma denúncia ao Ministério Público. Pode Portugal vir a julgá-la por esse crime em março de 2021? (3 v.)
- 4- Como deve Portugal decidir o pedido de entrega de Espanha? (3 v.)
- 5- Como analisa, em face das finalidades da punição, a sentença que aplicou a Bento uma pena de prisão de 6 de meses, considerando exclusivamente a necessidade de dar o exemplo perante o choque social provocado com a divulgação das imagens dos animais mortos? (3 v.)
- 6- Como analisa o comportamento de Bento à luz das perspetivas criminológicas, considerando especialmente o pensamento de Sutherland (2 v.)?

Ponderação global: **2 valores.**

---

<sup>1</sup> O artigo 6.º, n.º 1, da Lei de Bases Gerais da Caça (Lei n.º 173/99) dispõe o seguinte: “Tendo em vista a conservação da fauna e, em especial, das espécies cinegéticas, é proibido: d) Ultrapassar as limitações e quantitativos de captura estabelecidos”. O artigo 30.º, n.º 1, do mesmo diploma dispõe: “A infração ao disposto no n.º 1 do artigo 6.º do presente diploma é punida com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 100 dias”.

1 – Abatendo animais em número superior ao autorizado, Bento realiza, com a sua caçada, o tipo de crime referido. Ainda que se pudesse discutir se abater ou matar, por si, correspondem a sentidos possíveis de “capturar”, presumindo-se que os animais foram recolhidos pelo agente, a captura está consumada. Deste modo, não é ultrapassado o sentido possível das palavras, respeitando-se a proibição de analogia consagrada no art. 1.º, n.º 3, do CP. Por outro lado, não há dúvida de que é justamente este o tipo de comportamento que se pretende proscrever com a norma, tendo-se atingido em dimensão muito significativa exemplares de fauna protegida.

Quanto ao número de infrações, cabe averiguar se a punição por uma pluralidade de crimes (*v. g.*, tantos quantos os animais atingidos) infringe a proibição de dupla valoração do ilícito (art. 29.º, n.º 5, da CRP). O concurso real (presume-se que vários atos foram praticados para abater os diversos animais) não impõe necessariamente a punição em concurso efetivo. No caso, podemos apontar fatores que indicam a unidade do acontecimento ilícito global, como a unidade de resolução criminosa, a sequencialidade temporal, a limitação espacial ou a uniformidade da execução. Além disto, a proteção da fauna não deve ser entendida aqui como concretizando-se separadamente em relação a cada animal atingido: o ataque em causa deve ser visto como praticado contra um bem de dimensão coletiva, reconduzível ao ambiente ou a outro equivalente. Destarte, ao punir a captura em número superior ao permitido, o legislador já pressuporá, na punição por um crime único, a probabilidade de um número elevado de animais para lá do limite da autorização ser atingido.

Em face destes pontos, ainda que se defenda que algum ou alguns deles não sejam decisivos ou sequer relevantes, conclui-se que não foi realizado várias vezes o mesmo tipo de crime, como referido no art. 30.º, n.º 1, pelo que Bento deve ser punido por um só crime, podendo o número de animais atingidos ser considerado na determinação da medida concreta da pena.

2 – Com a alteração legal referida, o crime inscrito no art. 30.º da Lei de Bases Gerais da Caça foi transformado em contraordenação. Uma vez que a atuação de Bento — de ultrapassagem das limitações e quantitativos de captura estabelecidos — se deu no dia 1 de dezembro de 2020, estamos perante uma alteração legislativa ocorrida em momento posterior à prática do facto (art. 30.º da Lei de Bases Gerais da Caça e art. 3.º do CP). Cumpre, pois, descortinar se Bento poderá ser punido criminalmente, contraordenacionalmente, ou se não poderá ser sancionado a qualquer título.

Nos termos dos arts. 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP, aplica-se, em princípio, a lei em vigor no momento da prática do facto, mas a imputação do crime, que à data dos factos constava do artigo 30.º da Lei de Bases Gerais da Caça, está vedada, porquanto a sucessão de leis ocorrida implicou a descriminalização da conduta em causa. Projeta-se sobre este caso o princípio da aplicação retroativa da lei de conteúdo mais favorável (art. 29.º, n.º 4, *in fine*, da CRP), isto é, a lei que revogou o mencionado crime, o que impede a punição criminal do agente (art. 2.º, n.º 2, do CP).

Já a possibilidade de imputação do tipo contraordenacional posterior suscita a problematização em torno da aplicação do princípio da irretroatividade da lei, que também vigora no âmbito contraordenacional (art. 2.º e art. 3.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social – RGIMOS). De acordo com a maioria da doutrina (Professora Maria Fernanda Palma; Professor Jorge de Figueiredo Dias), em termos também já secundados pelo Tribunal Constitucional, é ainda assim admissível a imputação ao agente da norma contraordenacional, uma vez que, com a alteração legislativa, a conduta mantém-se desvaliosa, não se ferindo com a punição qualquer expectativa do agente, pois que apenas se modificou a natureza do ilícito subjacente. Outras respostas poderiam ser avançadas, se devidamente fundamentadas principiológicamente. Desde logo a posição subscrita pelo Prof. Américo Taipa de Carvalho, que exclui a possibilidade de imputação do tipo contraordenacional quando inexistir um regime transitório (como aparenta suceder *in casu*),

sob o argumento principal de que tal solução implicaria uma ilegítima aplicação retroativa da lei contraordenacional (art. 2.º e art. 3.º, n.º 1, do RGIMOS).

3- Para decidirmos se Portugal poderá vir a julgar Agustina pela prática de um crime de aborto em março de 2021 ter-se-á de ponderar primeiramente o princípio geral de aplicação da lei no espaço, o princípio da territorialidade, previsto no art.º 4, do CP. Deste modo, atendendo ao critério da ubiuidade, previsto no art. 7.º, do CP, o lugar da prática do facto foi na Argentina, uma vez que foi neste lugar que Agustina atuou e foi também neste lugar que o resultado típico se produziu. Será assim de afastar a aplicação do princípio da territorialidade.

Teremos então de ponderar os critérios de aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa, previstos no art. 5.º, do CP, sendo que ao analisarmos a verificação de cada um dos critérios, bem como as condições objetivas de punibilidade que têm de estar verificadas para a aplicação de alguns deles, teremos de ter por referência o momento da prática do facto, nos termos do art. 3.º, do CP. Com efeito, o momento da prática do facto foi o dia 11 de dezembro de 2020.

Deste modo, sendo de afastar a aplicação da al. a) do n.º 1 do art.º 5 do CP, uma vez que não estamos perante nenhum dos crimes que admite a aplicação do princípio da defesa dos interesses nacionais, poder-se-á discutir a eventual aplicação da extensão do princípio da nacionalidade, prevista na al. b) do n.º 1 do art. 5.º, do CP. Mesmo que se afaste a necessidade de demonstração da “fraude” à lei penal portuguesa, como pressuposto implícito para a aplicação deste princípio, substituindo-o por um dever de fidelidade à lei portuguesa devido a um vínculo ativo de cidadania, ter-se-á necessariamente de concluir que a al. b) não está verificada. Isto porque, apesar de à data da prática dos factos Agustina já ter adquirido a nacionalidade portuguesa, é atualmente maioritário na doutrina o entendimento de que quando esteja em causa a prática de um crime de aborto não se pode considerar que a vítima seja portuguesa. Ainda que não seja necessário recorrer à analogia entre o conceito de feto e o de cidadão português, porque uma interpretação sistematicamente justificada poderia ainda permitir referir o sujeito passivo do crime a toda a sociedade, ou seja, a todos os portugueses, este elemento sistemático da interpretação de uma norma que consagra um alargamento excepcional do princípio da nacionalidade não poderá integrar interesses gerais e coletivos dos portugueses sem ultrapassar o sentido possível das palavras.

Uma vez que o aborto não integra o conjunto de crimes ínsitos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 5.º, do CP, ter-se-á igualmente de afastar a aplicação destes princípios. Será então de ponderar a aplicação da lei penal portuguesa a Agustina por força do princípio da nacionalidade ativa [art. 5.º, n.º 1, al. e), do CP]. Importa analisar a este respeito se se encontram verificadas as condições objetivas de punibilidade que permitem aplicar este princípio: (i) Agustina foi encontrada em Portugal e (ii) existe dupla incriminação, pois apesar de no dia 30 de dezembro de 2020, o Senado argentino ter aprovado uma lei que veio despenalizar a interrupção voluntária da gravidez até às 14 semanas (passando a consagrarse uma causa de exclusão da punibilidade do crime de aborto), no momento da prática dos factos a sua conduta ainda era punida na Argentina. Todavia, admitindo que a lei penal argentina consagra o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, então a lei que veio despenalizar a interrupção voluntária da gravidez até às 14 semanas será aplicada retroativamente à conduta de Agustina. Neste caso, não haverá dupla incriminação e então o inciso (ii) da al. e) não se encontra verificado. O último inciso (iii) da al. e) encontra-se verificado, pois o crime em causa admite a extradição (art.º 7.º a contrario da Lei n.º 144/99), mas esta não poderá ser concedida, devido ao princípio da não extradição de nacionais, consagrado no art. 33.º, n.º 3, da CRP e 32.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 144/99, não estando *in casu* verificada nenhuma das exceções ao mesmo. Caso se conclua que não há dupla incriminação, não se poderá aplicar a al. e).

Não sendo também possível aplicar o princípio da administração supletiva da justiça penal [art. 5.º, n.º 1, al. *f*), do CP], porque no momento da prática do facto Agustina já tinha adquirido a nacionalidade portuguesa, teremos de concluir que a lei penal portuguesa não poderá ser aplicada, não podendo Portugal vir a julgá-la pelo crime de aborto em março de 2021.

**4** – Sendo o pedido de entrega entre Estados-Membros da União Europeia, é aplicável a Lei do Mandado de Detenção Europeu (LMDE) – Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto –, estando em causa um mandado para efeitos de procedimento criminal (art. 1.º, n.º 1, da LMDE), a executar com base no princípio do reconhecimento mútuo (art. 1.º, n.º 2, da LMDE). Espanha é o Estado-Membro de emissão, estando verificado o âmbito de aplicação do MDE, já que a pena prevista naquele tem duração máxima não inferior a 12 meses (art. 2.º, n.º 1, 1.ª parte e, exigindo-se a dupla incriminação – uma vez que não se verificam as condições de dispensa da mesma previstas no n.º 2 deste artigo –, está verificada, pois a infração é punível pela lei portuguesa (art. 2.º, n.º 3, da LMDE e art. 143.º do CP).

Não há, no caso, qualquer motivo de recusa obrigatória de execução do mandado (art. 11.º da LMDE). Verifica-se, no entanto, um motivo de recusa facultativa nos termos do art. 12.º, n.º 1, al. *b*), *i*), da LMDE, já que o crime foi praticado em território português (de acordo com o critério da ubiquidade, previsto no art. 7.º do CP, conjugado com o art. 5.º da CRP). Para ponderação sobre a recusa deve considerar-se o facto de ser em Portugal que se sentirão as necessidades de prevenção geral, já que foi aqui praticada a conduta. Ademais, embora Agustina seja argentina, vive em Portugal e adquiriu, previamente à emissão do mandado, nacionalidade portuguesa (art. 32.º, n.º 6, da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto), pelo que se entende que terá uma estreita relação com o ordenamento jurídico português e, a ser condenada, terá em Portugal melhores condições de alcançar a desejada reintegração social (prevenção especial positiva).

Ainda que se decida pela execução do mandado, estes argumentos servirão para sustentar a exigência, por parte do Estado-Membro de execução (Portugal), que Espanha ofereça a garantia de que Agustina será devolvida para cumprir pena em que seja condenada pelos tribunais espanhóis em Portugal [art. 13.º, n.º 1, al. *b*), da LMDE].

**5** – As finalidades da punição consideradas na aplicação da pena pelo tribunal devem estar em consonância com o disposto no art. 40.º, do CP, devidamente conjugado com as restantes disposições do CP que façam referência às finalidades das penas e com o sistema constitucional.

A finalidade da punição exclusivamente atendida pelo tribunal foi a de prevenção geral, nomeadamente, positiva, já que, com a aplicação daquela pena, se pretendeu produzir um efeito apaziguador junto da sociedade portuguesa, reforçando ou recuperando a confiança no Direito (dado ‘o choque social provocado com a divulgação das imagens dos animais mortos’).

Porém, há críticas a tecer à teoria da prevenção geral: i) há desconexão com o facto e sua gravidade, não podendo a pena ser vista verdadeiramente como consequência do crime; ii) principalmente, há violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), pois o agente é instrumentalizado na prossecução de fins sociais. Por esta razão, a decisão do tribunal já seria criticável.

Mesmo aceitando que a finalidade de prevenção geral possui um papel na determinação da pena aplicável, a decisão de aplicar a pena máxima poderá ser excessiva, violando-se, desta maneira, o princípio da proporcionalidade consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP. De igual modo, será discutível a sua necessidade e, até, a sua adequação no sentido da produção da finalidade visada: poder-se-á ponderar a hipótese de uma pena menos gravosa ter o mesmo

efeito de pacificação social do choque sofrido com a notícia do evento; também existem dúvidas, em geral, quanto à real eficácia social das penas e, mais concretamente, de que seja a severidade das penas o que gera um tal efeito social pacificador. Também por esta via, é criticável a decisão do tribunal.

Por outro lado, e isto é determinante para a apreciação negativa da decisão, não se teve em consideração o princípio da culpa, pois a finalidade de prevenção só se pode legitimar através da pena de culpa como seu fundamento (ou, pelo menos, como limite: neste sentido, o art. 40.º, n.º 2, do CP). A desejável articulação entre retribuição e prevenção deve passar pela articulação entre os princípios da culpa e da necessidade: só a pena de culpa é necessária e adequada.

Por fim, não houve qualquer referência a exigências de prevenção especial positiva, nomeadamente, de necessidade de ressocialização do agente, o que contraria, ainda, o disposto no art. 40.º, do CP.

**6** – O pensamento de Sutherland reconduz-se à perspectiva criminológica que define o crime como uma deficiência da socialização dos indivíduos, emergindo assim enquanto acontecimento social. Tomando especificamente a teoria da associação diferencial de Sutherland e aplicando-a ao caso concreto, temos que a circunstância de Bento ter crescido em um ambiente que cedo normalizou nele caçadas e o familiarizou com a morte de animais revela-se decisivo no percurso posterior porquanto o agente foi exposto a um processo de aprendizagem de provocação de morte de animais. Ora, à luz da teoria em referência, esta forma de comportamento foi ensinada em direta associação com o seu pai. Nestes termos, a frequência e a intimidade do(s) contacto(s) explicam a emergência do processo de associação diferencial no caso vertente.