

**I.**

**Comente a seguinte frase, relacionando-a com a matéria do conceito material de crime:** “*O crime e a pena têm um conteúdo pré-legislativo indisponível*” (Maria Fernanda Palma, *Direito Penal*, 2019).

A frase da Professora FERNANDA PALMA reúne dois conceitos essenciais para o Direito Penal, e em, sentido estrito, para uma norma penal: o crime e a pena. Estes dois surgem em dois momentos e com dois sujeitos diferentes: um primeiro momento de ação, praticada por um agente; e um segundo momento de punição, exercida pelo Estado, que aplica uma pena de modo a sancionar certo comportamento desconforme ao direito. Há, portanto, uma estreita relação entre o indivíduo e o Estado e entre as duas ações que praticam: o primeiro, que pratica um crime, o segundo que o pune.

Contudo, para o Estado punir terá, efetivamente, de verificar se o comportamento do sujeito merece ou não ser considerado crime, e, portanto, se é motivo para o Estado atuar com uma consequência. Daqui resulta a distinção entre o conceito formal de crime e o conceito material de crime. A primeira conceção identifica o crime como “tudo aquilo que o legislador considerar legitimamente como tal”. Já o conceito material de crime, fruto de várias evoluções, vem atribuir as qualidades da ação do agente que levam o legislador a considerar tal conduta um crime. Serve, com efeito, como um orientador do próprio direito, e também, como um padrão do mesmo. Por esse motivo, quando o legislador aplica uma norma penal, existem sempre os dois conceitos que a Professora FERNANDA PALMA menciona (podendo ainda, ressalve-se, em vez de uma pena haver uma medida de segurança), sendo que a previsão dessa norma penal será o conteúdo do crime, e a estatuição a consequência penal normativa a essa conduta.

Ora, introduzido estes conceitos, cabe-nos agora olhar em detalhe para a frase da Professora FERNANDA PALMA que diz que “o crime e a pena têm um conteúdo pré-legislativo indisponível”. Tal remonta-nos ao fator e à evolução sociológica que o conceito de crime assume. Note-se que, o Direito penal está sempre sujeito à Constituição e aos princípios nela consagrados,

## TEORIA DA LEI PENAL

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)



sendo essa limitação, logo aí, pré-legislativa, e, portanto, aos olhos da Professora FERNANDA PALMA, a ideia de que a norma penal surge apenas por ter um crime previsto e uma pena estatuída, é errada. Na sua ótica, o Direito penal não pode criar o objeto da sua legislação, mas antes, serão o crime e a pena que serão produzidos por instâncias sociais antes de serem moldadas pelo legislador como tais.

Tal teoria recorda-nos sumariamente da perspetiva moral social do conceito de crime, apresentada na década de 50, em que se defendia que crime era “o comportamento violador de deveres morais, sociais elementares, no sentido de regras éticas reconhecidas por todos”. Mas, a doutrina maioritária acabou por recusá-la, porque se a função do direito penal fosse a proteção de valores ético-morais, poderíamos chegar à ideia de que o direito penal serviria para tutelar a moral, coisa que não pode acontecer num Estado de Direito Democrático.

Aquilo que a doutrina principal vem defender é uma conceção funcional-racional, em que o conceito de crime deve surgir da proteção de bens jurídicos, criminalizando as condutas que fossem contra os bens jurídicos fundamentais, contudo, tendo sempre como medida a necessidade dessa consequência normativa e a sua eficácia. Ora, esta última frase direciona-nos automaticamente para o princípio da subsidiariedade e da necessidade da pena, previsto no art. 18.º da Constituição, novamente, apontando para uma aparente vinculação do Direito Penal à CRP.

De facto, os princípios constitucionais do Direito Penal surgem enquanto o conteúdo pré-indisponível da norma penal: pelo princípio da necessidade, verificamos que a punição deve ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (art. 18.º, n.º 2); o princípio da culpa, que se deduz do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1 CRP), que em sentido amplo, se refere à ligação entre o sujeito e facto praticado; e ainda o mais importante de todos: o princípio da legalidade, que vem obrigar que a criminalização resulte sempre de lei formal.

Em suma, verificamos que há uma vinculação do Direito Penal tanto à predefinição legislativo-constitucional, como à representação das

## TEORIA DA LEI PENAL

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)



características do comportamento que motivam o legislador a reproduzi-las na norma penal. Por esse motivo, e no sentido da frase da Professora FERNANDA PALMA, não podemos afirmar um comportamento como criminoso apenas porque é punido, mas sim, porque reúne as características formais de ação, típica, ilícita, culposa, que merecem a atuação do Estado enquanto agente punitivo.

### II.

*“O princípio da legalidade não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduza em fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. Sob pena, de outra forma – i.e., se abrangesse também a matéria da exclusão ou da atenuação da responsabilidade -, de o princípio passar a funcionar com a sua contra a sua teleologia e a sua própria razão de ser: a proteção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face à possibilidade de arbítrio e de excesso do poder estatal”.* **Comente esta frase, que é do Professor Figueiredo Dias, relacionando-a com a matéria dos limites à analogia e interpretação em Direito Penal.**

O princípio da legalidade vem estabelecido no Código Penal no seu art. 1.º e 2.º, n.º 1, e na ordem constitucional no art.º 29, n.ºs 1, 3 e 4, e vem estabelecer o princípio “*nullum crimen, nulla poena sin legen*” – não há crime, nem pena, sem lei, ideia introduzida por FEURBACH. Este princípio surge, como diz, e bem, FIGUEIREDO DIAS, para uma efetiva “proteção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face à possibilidade de arbítrio e de excesso do poder estatal”. Tal garante que o cidadão não seja surpreendido com a criminalização de uma conduta, dando-lhe certezas e seguranças jurídicas. O corolário do princípio da legalidade compreende, então, a reserva da lei em sentido escrito e formal (art. 165, n.º 1, c) da CRP) e ainda a lei no tipo, afastando incertezas no ordenamento jurídico penal. Há ainda uma problemática jurídico-dogmática relativamente aos casos da interpretação e da analogia.

O art.º 1 n.º 3 do CP, vem proibir a analogia quando existe lacuna da lei. O que leva a permitir que haja uma lacuna são as semelhanças do caso concreto para o qual não há solução para com os restantes casos regulados

## TEORIA DA LEI PENAL

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)



pela norma análoga. Vem o Direito Penal definir que não é possível a analogia se esta agravar a responsabilidade criminal, mas o facto de se proibir a analogia em caso de agravante, não implica que não seja possível a utilização de raciocínios analógicos na operação de decidir contra um arguido. Tal decorre da existência de conceitos indeterminados, pelo que o aplicador da lei penal recorre a métodos de interpretação que não cheguem à analogia, mas que sejam raciocínios analógicos.

A esta proibição, o Professor TAIPA DE CARVALHO vem acrescentar que se ao aplicar a lei, chegarmos à conclusão de que a letra da lei não abrange a situação ou o caso concreto, há uma lacuna da lei e, portanto, a analogia acontecerá quando nenhum dos sentidos do texto de adequa à situação. No entanto, o Professor TAIPA distingue-a de outro conceito, o da interpretação da lei, definindo que nessa situação o que ocorre é uma concretização de um sentido normativo que o teor literário ainda comporta. O que nos leva a questionar se será permitida ou não a interpretação extensiva em direito penal.

Surgem dois critérios: o critério tradicional, que ocorre quando o sentido a atribuir ainda cabe no pensamento do legislador mas não está na letra da lei, portanto, esse sentido tem o mínimo de correspondência verbal na lei e o sentido que se vai atribuir a essa norma não cabe, no sentido amplo da letra da lei; e ainda o critério da interpretação declarativa lata, que surge quando há uma determinada expressão que tem um sentido lato e um sentido estrito e o aplicador da lei opta pelo sentido lato.

Estes critérios motivam vários pensamentos doutrinários, dentro da maior parte da doutrina, o de que não é possível fazer interpretação extensiva em direito penal se for para fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. Defendem esta teoria ROXIN ou SOUSA BRITO, sendo que vão buscar o principal argumento ao art 29.º n.º 3 da CRP. Apesar disso, é válida a interpretação declarativa lata, desde que caiba no sentido amplo das palavras, não violando o fim do princípio da legalidade.

Outras doutrinas surgem como a de FIGUEIREDO DIAS que defende que a interpretação extensiva é possível, mas só até ao sentido possível das

## TEORIA DA LEI PENAL

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)



palavras, definindo essa interpretação de maneira igual à interpretação declarativa lata. Já TERESA BELEZA e CONCEIÇÃO VALDÁGUA, dizem não haver um espaço a percorrer entre o sentido das palavras e o mínimo de correspondência verbal. No caso de o sentido atribuído à lei ter o mínimo de correspondência verbal e couber no espírito da lei, pode-se falar em interpretação extensiva e é permitida. Contudo, no caso de no sentido só caber o espírito da lei, mas não ter o mínimo de correspondência, já entramos no campo da analogia e não é permitido se for para fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente.

Surge ainda outra doutrina que defende que se defende que a divisão que devemos fazer é entre interpretação permitida e interpretação proibida, tendo como critério o da imprevisibilidade: desde que haja segurança e certeza jurídica, temos uma interpretação permitida. É a doutrina de CASTANHEIRA NEVES, mais liberal no sentido de que esta interpretação se dá sempre que ela ainda caiba no âmbito de proteção da norma. Para ele, haverá casos de interpretação extensiva que são permitidos, desde que se verifiquem estes pressupostos, nomeadamente desde que não haja essa imprevisibilidade.

Já FERNANDA PALMA acha também que a distinção a fazer é entre interpretação permitida e interpretação proibida, devendo-se procurar o critério da distinção na racionalidade da proibição da analogia. Será permitida se for uma interpretação que não ofenda as expectativas do cidadão, mas, ao contrário do professor CASTANHEIRA NEVES, para a Professora, essa interpretação também não poderá prescindir da relevância do texto jurídico.

Chegamos à conclusão de que, como FIGUEIREDO DIAS refere, no que toca à interpretação e à analogia, tudo dependerá da forma em que a utilização desses instrumentos possa fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. Se tal acontecesse, o Direito Penal acabaria por não cumprir a sua função de proteção dos bens jurídicos. Colocar-se-ia também em causa o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º CRP, uma vez que deixaria de ser justo e equitativo que casos menos graves fossem punidos e casos mais graves que colocam em causa a segurança dos

bens jurídicos não o fossem. Neste âmbito, a intervenção penal perderia a sua proporcionalidade e a sua necessidade.

### III.

A pretendia suicidar-se e pediu ajuda a B. Para o efeito A e B compraram um veneno em Portugal e deslocaram-se à Holanda, onde o auxílio ao suicídio não é crime, tendo, aí, B ajudado A a cometer suicídio.

**i) Tendo, posteriormente, regressado a Portugal, pode B ser julgado cá pelo facto praticado?**

Nesta situação estamos perante um caso de auxílio ao suicídio, previsto no art.º 135.º, que ocorreu fora do território nacional, de acordo com o art.º 7.º do código penal. O facto, in casu, o suicídio de A, considera-se praticado na Alemanha, território onde não é crime. Por isso, e não sendo possível aplicar o princípio da territorialidade, previsto no art.º 4.º do CP, teremos de recorrer aos subprincípios do mesmo, previsto no art. 5.º, que se aplicam quando o facto é praticado fora de território nacional. De se notar que, mesmo que o veneno tenha sido comprado em Portugal, não se pode considerar que o crime tenha tido resultado em território nacional, sendo a compra do veneno uma ato de preparação do crime, e não um ato de execução do crime.

Nesse sentido, verificamos que, o facto praticado se insere no princípio da nacionalidade ativa e passiva, previsto no art. 5.º, n.º 1, al. b), uma vez que foi um facto praticado por dois portugueses que viviam habitualmente em Portugal, e serviu, na sua essência, para fugir à lei penal portuguesa, que pune o facto a contrario do que acontece na Alemanha. Estamos, portanto, num caso de fraude à lei, no que diz respeito ao crime praticado por B. A al. b) do art. 5.º n.º 1 acrescenta ainda que se aplica a lei portuguesa se o agente for encontrado em Portugal, o que aconteceu.

Por estes motivos, B poderia ser julgado pelo crime cometido na Alemanha, mesmo que, no lugar da prática do facto, a pena fosse mais favorável. Tal acontece para evitar os casos de fraude à lei, sendo que, o

## **TEORIA DA LEI PENAL**

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)

Professor TAIPA DE CARVALHO vem acrescentar a esta alínea que se faça prova de fraude para a efetiva aplicação da lei portuguesa. Neste caso, verifica-se esse pressuposto uma vez que A e B compraram o veneno em Portugal para praticar o facto na Alemanha, onde não seriam punidos. A compra do veneno surge como ato preparatório do crime, o que seria suficiente para provar que ocorre uma fraude à lei.



**ii) E se, já após a prática do facto, fosse revogado o artigo 135º do Código Penal Português. Podia B beneficiar dessa revogação?**

Tendo já verificado que estão reunidos os pressupostos para se aplicar a lei penal portuguesa, com efeito, o art. 5.º, antes será necessário ainda verificar no art.º 6.º se surge alguma restrição à aplicação da lei portuguesa. Repare-se que o n.º 2 desse artigo viria beneficiar B, uma vez que define que o facto deve ser julgado com a lei mais favorável ao agente. Contudo, o n.º 3 desse artigo exclui o funcionamento dos crimes previstos nas alíneas a) e b) do art. 5.º, n.º 1. Nesse sentido, B não pode beneficiar do regime mais favorável aplicável na Alemanha, e será punido pela aplicação da lei portuguesa.

**iii) E se a nova lei (a que revogou o artigo 135º) estabelecesse expressamente que só era aplicável aos factos praticados após a sua entrada em vigor? Podia, ainda assim, B beneficiar da sua aplicação?**

Nesta situação, já estamos perante a aplicação da lei no tempo, sendo necessário olhar para o art.º 2, n.º 2 do Código Penal e para o art. 29.º, n.º 4.º da Constituição, que estabelece o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. Tal vem definir que se durante ou após a prática do facto a lei se alterar e se tornar mais favorável ao agente, essa lei pode ser aplicada. Deste modo, surgindo uma nova lei que pune mais favoravelmente o facto cometido, pelo princípio da necessidade da pena, deve reconhecer-se que pelos fins últimos do direito penal, a pena a ser aplicada deve ser a mais favorável, dando lugar à aplicação retroativa da lei penal.

Aplicando ao caso concreto, o momento da prática do facto (“tempus delicti”), e portanto, o momento da prática da ação e do resultado, foi num determinado período de tempo em que vigorava uma lei desfavorável.

## TEORIA DA LEI PENAL

22 de março de 2021

Exame n.º: **427244** (Época Especial)



Contudo, nessa nova lei surge uma revogação do crime do auxílio ao suicídio, e portanto, uma descriminalização do facto e embora diga expressamente que só se aplica aos factos praticados após a sua entrada em vigor, não deve ser aplicada por ir contra os princípios do Direito Penal. Estaríamos a punir B por algo que o legislador já não considera crime. Ora, apesar de ser uma lei penal posterior ao momento do facto, mas por ser mais favorável, deve ser, na mesma medida, essa a lei aplicada, tendo em conta o art. 29.º n.º 4 da Constituição. RP, segunda parte, e o artigo 2º, nº 4 do CP.