



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professora Doutora Helena Morão

Colaboração: Mestres António Brito Neves e Catarina Abegão Alves e Dr. Tiago Geraldo

Prova escrita – 15 de fevereiro de 2017

Duração: 90 minutos

“E tudo o fumo levou”

1. No dia 2 de março entrou em vigor a Lei n.º X/2017, de 2 de fevereiro, alterando a Lei n.º 37/2007, que aprovou normas para a proteção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco e medidas de redução da procura relacionadas com a dependência e a cessação do seu consumo. Nomeadamente, o artigo 4.º e o artigo 25.º passaram a ter a seguinte disposição:

“4.º

Proibição de fumar em determinados locais

2 - É ainda proibido fumar nos veículos afetos aos transportes públicos urbanos, suburbanos e interurbanos de passageiros, bem como nos transportes rodoviários, ferroviários, aéreos, marítimos e fluviais, nos serviços expressos, turísticos e de aluguer, nos táxis, ambulâncias, veículos de transporte de doentes e teleféricos.”

“Artigo 25.º

Punibilidade

1 - As infrações ao disposto no artigo 4.º, n.º 2, são punidas com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 90 dias.”

Aprecie a constitucionalidade desta incriminação.

2. Em maio, *Anacleto*, português, entusiasmado com a visita a Lisboa do seu primo indiano, *Ravi*, decide adquirir um *tuk-tuk* para mostrar a cidade ao seu primo. No dia em que *Ravi* chega a Lisboa, *Anacleto* leva-o de *tuk-tuk* até Belém. Mas o que ele não sabia era que *Ravi* era um fumador inveterado, pelo que este fumou durante toda a viagem. Sem prejuízo da resposta à questão anterior, *Ravi*, considerando a conduta descrita, praticou o crime previsto nos artigos 4.º e 25.º da Lei n.º X/2017?

3. No decurso do inquérito veio a descobrir-se que na viagem até Belém, uma vez que *Anacleto* era muito desastrado a conduzir o seu *tuk-tuk*, havia provocado vários e sucessivos danos nos automóveis que se encontravam estacionados ao longo do percurso. Atendendo a estes factos, por quantos crimes de dano qualificado, previsto no artigo 213.º do Código Penal, deve o Ministério Público acusar *Anacleto*?

4. Imagine que, em junho, a Lei n.º X/2017 é substituída pela Lei n.º Y/2017, que veio alterar o referido artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º X/2017, passando agora a norma a ter a seguinte redação “É ainda proibido fumar nos veículos afetos aos transportes públicos urbanos, suburbanos e interurbanos de passageiros, bem como nos transportes rodoviários, ferroviários, aéreos, marítimos e fluviais, nos serviços expressos, turísticos e de aluguer, nos táxis, ambulâncias, veículos de transporte de doentes e teleféricos, criando desse modo perigo para a integridade física ou para a saúde de terceiros”.

Considerando que a conduta de *Ravi* veio a provocar uma forte pneumonia em *Anacleto*, que estava já um pouco debilitado devido a uma constipação inesperada, ao abrigo de que lei deveria *Ravi* vir a ser punido em julho pelo facto que praticou em maio?

5. Imagine que ao artigo 4.º é aditado um n.º 3, o qual dispõe o seguinte: “A definição de transporte turístico e de aluguer para efeitos da presente lei constará de portaria”. Aprecie esta alteração.

6. Entretanto, em julho, a Índia pede a Portugal a extradição de *Ravi*, para aí ser julgado pelo crime de tráfico de estupefacientes. As autoridades indianas descobriram que *Ravi* tinha adquirido em Nova Deli um carregamento de cocaína para venda em Lisboa. Sucede que, ainda antes de viajar para Lisboa, no início de maio, *Ravi* tinha já efetuado há alguns meses um pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa, tendo sido este deferido no início de junho. Portugal estabelece uma pena de prisão de 4 a 12 anos para o crime de tráfico de estupefacientes. A Índia estabelece uma pena de prisão de 10 a 20 anos para este crime. Como deverá Portugal decidir este pedido?

Cotações: 1 - 3 vls; 2 - 3 vls; 3 - 3 vls; 4 - 3 vls; 5 - 3 vls; 6 - 3 vls; 2 vls de ponderação global.

Tópicos de Correção

1 – A disposição em análise consagra a criminalização da violação de uma regra de proibição de fumar nos veículos afetos aos transportes públicos urbanos, suburbanos e interurbanos de passageiros, bem como nos transportes rodoviários, ferroviários, aéreos, marítimos e fluviais, nos serviços expressos, turísticos e de aluguer, nos táxis, ambulâncias, veículos de transporte de doentes e teleféricos. Tal comportamento é sancionado através da aplicação de uma pena, nos termos do artigo 25.º. Desta forma, teremos de analisar a sua legitimidade à luz do conceito material de crime. Em primeiro lugar, como padrão prévio da legitimidade da incriminação, importa identificar se a norma em causa visa proteger um bem jurídico com dignidade penal. O propósito que orientou o legislador terá sido o de proteger a saúde e a integridade física dos passageiros e utilizadores deste tipo de transportes, reforçando a necessidade de melhorar as medidas de proteção da exposição ao fumo ambiental em locais fechados.

Mas, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição (doravante CRP) esta norma tem de se apresentar como necessária para a proteção de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O direito à saúde encontra consagração no artigo 64.º da CRP. Todavia, não parece que a conduta criminalizada constitua uma ofensa a este direito com uma gravidade tal que justifique a sua criminalização. Pelo que, o comportamento sancionado não revela dignidade punitiva.

Ainda que se possa admitir a existência de efeitos colaterais da exposição ao fumo ambiental em locais fechados, a norma está construída de forma bastante abrangente, o que implica que poderá ser aplicada uma pena mesmo que não se verifique o carácter ofensivo da conduta. Com efeito, esta incriminação não se mostra adequada, na perspetiva do estritamente necessário, para proteger um bem jurídico com dignidade penal. Deve ainda acrescentar-se que parece inequívoco que o legislador dispunha de outros meios que provavelmente garantiriam o mesmo fim pretendido, como, por exemplo, a punição com coima.

Por fim, o princípio da proibição do excesso, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, mostra-se também violado na vertente da proporcionalidade, uma vez que, como se referiu, em virtude da pouca gravidade da ofensa ao valor constitucional protegido, a sanção em causa mostra-se desproporcional face ao fim de proteção visado.

Assim sendo, a norma em causa é materialmente inconstitucional.

2 – A questão implica verificar se a norma poderia ser interpretada no sentido de punir a conduta de *Ravi*, por este ter fumado dentro do *tuk-tuk* durante a viagem até Belém, ou seja, se tal interpretação ainda se integra dentro dos limites da interpretação permitida em Direito Penal, ou se tal interpretação deve entender-se como proibida. Para este efeito, devemos indagar se o *tuk-tuk* que *Anacleto* adquiriu para mostrar a cidade de Lisboa ao seu primo indiano cabe na previsão normativa “serviços turísticos e de aluguer”, e, por isso, o *tuk-tuk* de *Anacleto* estaria abrangido pela proibição de fumar em determinados locais, incluída no artigo 4.º, n.º 2. Ou, se pelo contrário, tal conclusão implicaria uma violação da proibição de analogia *in malam partem*, que encontra consagração no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (doravante CP).

Segundo uma perspetiva estritamente literal, *Anacleto* utilizou o *tuk-tuk* para fins pessoais e não para fins turísticos, e adquiriu o *tuk-tuk* através de um contrato de compra e venda e não através de um contrato de aluguer.

Contudo, segundo o entendimento da Professora Fernanda Palma, o sentido possível das palavras deve ser obtido situando-as no conjunto do texto legal, integrando no sentido possível do texto o sentido comunicacional perceptível do mesmo e a sua adequação à essência do proibido de acordo com as valorizações do sistema que a norma diretamente exprime ou pretende exprimir. Nestes termos, a expressão “serviço turístico” parece oferecer a possibilidade semântica de enquadrar situações como a presente, na qual *Anacleto* utilizou o *tuk-tuk* para fins pessoais. Com efeito, o turismo não se resume a uma atividade económica organizada, podendo ser identificado com a simples viagem ou passeio com fins recreativos, culturais ou de entretenimento, bastando normalmente que tal implique o contacto com um lugar ou contexto situacional diferente daquele a que o “turista” está habituado. Assim, para quem entenda que o sentido possível deve ser encontrado atendendo ao uso social quotidiano que é feito das expressões, parece que o serviço que *Anacleto* presta a *Ravi* pode ser tido por “turístico”.

Resta saber se os restantes critérios da interpretação permitem confirmar a tipicidade da conduta de *Anacleto*, impondo-se averiguar se a conduta em questão corresponde ainda à essência da proibição legal.

A norma visa proteger os utilizadores deste tipo de transportes da exposição ao fumo ambiental, pelo que ao fumar durante toda a viagem de *tuk-tuk* *Ravi* atingiu a essência do proibido.

Note-se, ainda, que à luz de posições que rejeitem um limite prévio à interpretação, conferido pelo sentido possível das palavras, e defendam que a interpretação deve ser efetuada mediante o sentido jurídico do texto, a definir no caso concreto, pode concluir-se que este caso coloca o problema que motivou a criação deste critério normativo e, por isso, a solução punitiva seria igualmente defensável.

3 – Considerando que a conduta de *Anacleto* preenche o tipo de ilícito de dano qualificado, à luz do artigo 213.º do CP, temos de aferir por quantos crimes de dano qualificado deveria o Ministério Público acusar *Anacleto*.

Numa primeira aproximação ao problema, seríamos levados a concluir que *Anacleto* deveria ser punido em concurso efetivo, pois provocou vários e sucessivos danos nos automóveis que se encontravam estacionados ao longo do percurso até Belém

Contudo, devemos equacionar se a sua conduta deve ser subtraída às regras gerais de punição do concurso efetivo de crimes. Com efeito, não obstante a pluralidade de bens jurídicos lesados, estes não são eminentemente pessoais, pelo que a valoração individualizada de cada um dos ataques não se impõe *a priori*. Ora, atendendo a que o bem violado é sempre o mesmo e as lesões são provocadas sucessivamente pela mesma conduta (sem interrupções) – parecendo seguro afirmar que o desvalor da ação se mantém uno, sem qualquer desdobramento, também porque não há qualquer renovação da posição do agente no que respeita a um pretense propósito lesivo –, pode defender-se, consoante as orientações, uma solução de unidade típica de acção, de concurso ideal ou a aplicação da figura do crime continuado, tendo em conta que a punição nos termos do artigo 77.º se revelaria desproporcional.

Contra esta última alternativa punitiva poderá aventar-se que o regime de punição do artigo 79.º apenas pode ser aplicado às situações de “verdadeiro” crime continuado, ou seja, aquelas relativamente às quais se possam dizer verificados os requisitos constantes do artigo 30.º, n.º 2. Ora, ainda que o tipo de crime e o bem jurídico violado sejam os mesmos e haja homogeneidade na execução, a verdade é que poderá considerar-se que não se verifica aqui uma solicitação de uma mesma situação exterior que leve a ter por consideravelmente diminuída a culpa do agente.

4 – Uma vez que o facto foi praticado em maio – de acordo com o critério do artigo 3.º do CP –, seria, em princípio, aplicável a Lei que entrou em vigor em março, a Lei n.º X/2017, de 2 de fevereiro, visto ser a Lei em vigor no momento da prática do facto, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CP.

Contudo, após o momento da prática do facto, entra em vigor um novo diploma, a Lei n.º Y/2017, que alterando o artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º X/2017, passa a punir a conduta de fumar nos transportes turísticos e de aluguer apenas caso essa conduta crie perigo para a integridade física ou para a saúde de terceiros. Estamos, então, perante um problema de alteração do tipo incriminador por adição de elementos especializadores em relação à lei antiga. Aparentemente, a conduta de *Ravi* é crime à luz da lei antiga, mas também à luz da lei nova, pois a sua conduta criou um perigo para a saúde de *Anacleto*, ao provocar-lhe uma forte pneumonia.

Contudo, discute-se se estamos perante uma questão de sucessão de leis penais no tempo – e aqui teremos de aferir qual será o regime concretamente mais favorável ao arguido – ou se estamos perante uma descriminalização retroativa total, e não meramente parcial, da conduta de *Ravi*.

Caso adotemos o pensamento de Taipa de Carvalho, consagrado na sua monografia *Sucessão de Leis Penais no Tempo*, devemos optar pela solução da descriminalização. Uma vez que a punibilidade se restringe agora aos casos em que o fumo em transportes turísticos e de aluguer crie perigo para a saúde ou integridade física de terceiros, ao punirmos *Ravi* estaríamos a valorar retroativamente como típica uma circunstância que não o era no momento da prática do facto. Poderá acrescentar-se que a solução da punição traduzir-se-ia numa violação do princípio da culpa, pois estaríamos a ficcionar um dolo do agente em relação a um elemento típico que não existia no momento da prática do facto. Por fim, poderá acrescentar-se que a solução da punição implicaria uma violação do princípio da igualdade, pois a punição do agente dependeria de ser dado ou não como provado o preenchimento do elemento típico no momento da prática dos factos, bem como uma violação do princípio da função de orientação das normas penais, pois o agente poderia ter orientado a sua conduta de forma diferente caso a circunstância em causa já fosse tida por si como típica no momento em que atuou.

Deste modo, a solução passaria pela descriminalização, à luz do artigo 2.º, n.º 2 do CP, pelo que em julho *Ravi* já não seria punido.

Contudo, na 3.ª edição da sua monografia, Taipa de Carvalho admite que alguns casos podemos estar verdadeiramente perante uma sucessão de leis penais no tempo. Desta forma, quando tal for possível,

será aplicada a lei mais favorável ao agente, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP, se também tiver havido alteração da pena.

Não obstante, a solução da descriminalização será mais defensável, mediante as razões *supra* mencionadas.

5 – Aqui importaria perceber se esta alteração legislativa implicaria 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 e 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP, que consagram o princípio da reserva de lei.

Mas a norma penal em branco suscita também problemas de constitucionalidade orgânica, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP. Tal poderá suceder quando a lei remete para decreto-lei não autorizado.

Por fim, a norma penal em branco convoca problemas de constitucionalidade material. Segundo o princípio da legalidade, que encontra consagração no artigo 29.º, n.º 1 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, mas também com os princípios da tipicidade e da culpa, e com a função de orientação de comportamentos da norma penal.

Segundo o critério construído pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 427/95), a norma penal em branco será legítima se ela contiver um critério de ilicitude e permitir identificar o bem jurídico protegido, bem como o desvalor resultado e a ação perigosa que se proíbe. 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.

No caso em questão, ainda que aceitemos que o critério da ilicitude já resulta suficientemente claro da norma penal em branco, a verdade é que a definição dos termos legais feita pela portaria, densificando o critério normativo, acaba por inovar em relação ao mesmo, na medida em que se torna instrumento essencial para o intérprete-aplicador conferir sentido à própria norma legal. Nestes termos, a norma deve ser tida por inconstitucional.

Só assim não será se às indicações feitas na portaria for atribuído mero valor de prova pericial – pois então o juiz não estará vinculado às mesmas e a concretização conteudística do critério legal continuará a ter por ponto de referência decisivo a norma legal.

6 – Para podermos decidir se *Ravi* poderia ser extraditado para a Índia, para aí ser julgado pelo crime de tráfico de estupefacientes, importaria verificar, desde logo, se estão preenchidos os requisitos da extradição.

Sucedê que o artigo 33.º, n.º 3 da CRP apenas admite a extradição de cidadãos portugueses do território nacional, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

Na verdade, no momento da prática do facto, no início de maio, *Ravi* ainda não tinha adquirido a nacionalidade portuguesa. Contudo, na aferição da nacionalidade, para efeitos da admissibilidade da extradição, atende-se, não ao momento da prática dos factos, mas ao momento da emissão do pedido de extradição. Ora, *Ravi* tinha efetuado antes de maio um pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa, tendo sido este deferido no início de junho. A Índia emitiu o pedido de extradição em julho, pelo que há data *Ravi* já havia adquirido a nacionalidade portuguesa.

Assim, nos termos do artigo 32.º, n.º 1, alínea b) da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei n.º 144/99, de 31 de agosto – e não se verificando nenhuma das situações incluídas no artigo 32.º, n.º 2 da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, em conjugação com o artigo 33.º, n.º 3 da CRP –, a extradição passiva de *Ravi* deve ser excluída.

Seria ainda valorada a análise da possibilidade de aplicação da lei penal portuguesa à conduta de tráfico de estupefacientes, praticada por *Ravi* na Índia. Nos termos dos artigos 4.º e 7.º do CP, basta que uma das parcelas da execução do crime ou o seu resultado ocorram em Portugal, sob qualquer forma de participação. O crime de tráfico de estupefacientes constitui uma infração permanente (ou de trato sucessivo/execução reiterada, consoante o entendimento). Considerando que a posse com intenção de distribuição ocorreu também em território nacional, há competência dos tribunais portugueses, sendo aplicável, em exclusivo, a lei portuguesa.