

Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regente: Prof.ª Doutora Helena Morão

Colaboradores: Mestres António Brito Neves e Catarina

Abegão Alves e Dr. Tiago Geraldo

Prova escrita (Coincidência 1.ª Época) – 26 de Janeiro de 2017

Duração: 90 minutos

“Bom ambiente”

1. No quadro do reforço de mecanismos jurídicos de combate e de adaptação ao aquecimento global, a Assembleia da República, através da Lei n.º X/2017, de 2 de Janeiro, aditou ao Código Penal o artigo 279.º-B, com a seguinte redacção:

“Artigo 279.º-B

Negacionismo

Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, negar ou minimizar o fenómeno do aquecimento global ou os seus riscos e efeitos, de forma adequada a criar perigo da prática do crime previsto no n.º 2 do artigo 279.º-A, será punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Aprecie a constitucionalidade desta incriminação.

2. Em Março, *Abel*, português doutorado em biologia, publica numa prestigiada revista científica um artigo em que, contrariando o entendimento dominante, contesta que o aquecimento global tenha como causa directa a emissão de gases de efeito de estufa através da produção e combustão de combustíveis fósseis.

Sem prejuízo da resposta à questão anterior, *Abel*, considerando a conduta descrita, praticou o crime previsto no (novo) artigo 279.º-B do Código Penal?

3. Imagine que, em Fevereiro, o Governo, através de Decreto-Lei, havia determinado a revogação do referido artigo 279.º-B do Código Penal, e que em Abril aquele Decreto-Lei era declarado inconstitucional (com força obrigatória geral) pelo Tribunal Constitucional.

Poderia *Abel* vir a ser punido pelo facto que praticou em Março?

4. Suportada no artigo científico de *Abel*, uma empresa portuguesa dedicada à produção de insecticidas decide aumentar a distribuição no mercado nacional de *sprays* compostos por brometo de metilo, em violação dos limites fixados pela autoridade competente. Por essa razão, *Abel* vem a ser acusado pelo Ministério Público simultaneamente enquanto autor do crime previsto no (novo) artigo 279.º-B do Código Penal e, bem assim, enquanto instigador ⁽¹⁾ do crime de actividades perigosas para o ambiente, na modalidade consagrada no n.º 2 do artigo 279.º-A do Código Penal.

Analise criticamente esta acusação.

5. Admitindo que o artigo de *Abel* fora redigido por este na Alemanha, durante um semestre de intercâmbio académico, e publicado numa revista científica do mesmo país, determine a competência espacial da lei penal portuguesa relativamente ao crime previsto no (novo) artigo 279.º-B do Código Penal.

6. Suponha que *Abel* é condenado por tribunal português, apenas pelo crime de negacionismo, numa pena de 6 meses de prisão. O tribunal decide não suspender a execução da pena aplicada a *Abel* por entender que “*tal possibilidade só se justifica a título excepcional, e desde logo quando o arguido revele sentido crítico da sua conduta, o que não ocorreu no caso vertente*”, atendendo-se ainda, no mesmo sentido, “*à necessidade de prevenir que a comunidade científica continue impunemente a confundir pessoas e empresas sobre os sérios riscos ambientais associados às alterações climáticas*”.

Comente criticamente os segmentos decisórios citados.

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

⁽¹⁾ Nos termos do artigo 26.º, última parte, do Código Penal, é instigador “*quem [...], dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto [...]*”.

Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regente: Prof.ª Doutora Helena Morão

Colaboradores: Mestres António Brito Neves e Catarina

Abegão Alves e Dr. Tiago Geraldo

Prova escrita (Coincidência 1.ª Época) – 26 de Janeiro de 2017

Duração: 90 minutos

Tópicos de correcção ⁽¹⁾

1. A pretendida apreciação de constitucionalidade pressupõe que se considerem os critérios de controlo da intervenção penal, no quadro problemático do conceito material de crime.

Tendo presente o conteúdo da norma em análise, importa desde logo apurar se à conduta criminalizada subjaz a ofensa a um bem jurídico digno de tutela penal, no que vai implicado um juízo — provisório e parcial — sobre a necessidade da pena, exigido pelo art. 18.º, n.º 2, da Constituição (CRP), que preordena a intervenção penal legítima à protecção de “*direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”.

Punindo a negação ou a minimização do “*fenómeno do aquecimento global ou [d]os seus riscos e efeitos*”, a razão de ser da tutela penal conferida pela nova incriminação parece identificar-se com um propósito de conservação da natureza (aqui na vertente da camada do ozono), com cobertura constitucional no art. 66.º da CRP.

Uma tal ilação, contudo, não basta para concluir pela legitimidade desta incriminação, por três razões essenciais.

Em primeiro lugar, porque a criminalização em análise, imiscuindo-se e tomando partido num debate de natureza científica, reconduz-se a um verdadeiro e próprio *delito de opinião*, violando um direito fundamental: a liberdade de expressão (art. 37.º da CRP), que traz associada a proibição de censura. Uma tal ingerência do Direito Penal é inadmissível, na medida em que contraria a função liberal e pluralista associada ao conceito de bem jurídico, que leva a excluir do conjunto de “*direitos ou interesses*” penalmente atendíveis, à semelhança de valores puramente morais ou ideológicos, quaisquer crenças, opiniões ou tabus (mesmo se cientificamente suportados).

Em segundo lugar, falta à conduta tipificada o seu fundamento ofensivo: negar ou minimizar “*o fenómeno do aquecimento global ou os seus riscos e efeitos*” não implica lesão ou sequer colocação em perigo da conservação da natureza. O que leva a concluir que a incriminação não protege nem previne a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico que (supostamente) pretenderia tutelar, e como tal não é necessária, na acepção do referido art. 18.º, n.º 2, da CRP.

Tal conclusão não é prejudicada pelo requisito de perigosidade que circunscreve a conduta típica relevante àquela que seja “*adequada a criar perigo da prática do crime previsto no n.º 2 do artigo 279.º-A*”. O perigo pressuposto na nova disposição penal não é um perigo de lesão para a conservação do ambiente, mas antes, e apenas, um perigo de prática do comportamento previsto no referido n.º 2 do art. 279.º-A, que será já — ele sim — gerador de perigo para a conservação da natureza. A incriminação em análise traduz-se, pois, numa antecipação meramente reflexa da tutela penal para um momento em que não há potencial directo de lesão do bem jurídico.

Em terceiro e último lugar, são concebíveis alternativas à criminalização menos gravosas (para direitos fundamentais) e mais eficazes na promoção da conservação da natureza. É o caso, entre outras possíveis medidas de política social, da consciencialização e educação ambientais (que são aliás incumbência do Estado, nos termos do art. 66.º, n.º 2, al. g), da CRP). O que significa que a nova incriminação viola também a exigência de carência de tutela criminal, que exprime a natureza subsidiária (de *ultima ratio*) do Direito Penal e se extrai igualmente do art. 18.º, n.º 2, da CRP.

Assim, e pelas várias razões apontadas, a norma constante do (novo) art. 279.º-B deve considerar-se materialmente inconstitucional.

(1) Salvo indicação em contrário, todas as disposições legais citadas sem referência ao respectivo diploma pertencem ao Código Penal.

2. Sendo a resposta a esta questão independente do juízo prévio sobre a (in)constitucionalidade da incriminação, cabe apurar se a conduta de *Abel* permite fundamentar a punição do mesmo pela prática do crime de negacionismo. Coloca-se, portanto, um problema de interpretação da lei penal e de definição da fronteira para lá da qual sobra a analogia desfavorável ao agente, proibida nos termos dos arts. 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 1.º, n.º 3.

A conduta de *Abel* consistiu em escrever e fazer publicar um artigo científico contestando que o aquecimento global tivesse como causa directa a emissão de gases de efeito de estufa através da produção e combustão de combustíveis fósseis, que pressupõem intervenção humana. *Abel*, portanto, não *negou* nem *minimizou* o fenómeno do aquecimento global, nem sequer *negou* ou *minimizou* os seus *riscos* e *efeitos* — como se exige na formulação típica da nova incriminação. *Abel* pôs simplesmente em causa o entendimento dominante em torno da *causa* humana desse fenómeno.

De acordo com uma orientação estritamente vinculada ao sentido possível das palavras, não há como reconduzir ou fazer equivaler a negação das *causas* de um qualquer fenómeno à negação desse fenómeno *tout court*, ou sequer dos seus *riscos* e *efeitos*. Como tal, a adoptar-se um tal critério metodológico, *Abel* não poderia ser punido senão por via de analogia (proibida) com o comportamento típico descrito nesta incriminação.

Uma alternativa a esta orientação é sustentada por Fernanda Palma, que propõe como limite da interpretação permitida em Direito Penal, não o sentido isolado das palavras, mas o sentido global do texto jurídico, incorporando no conjunto de significações possíveis o sentido comunicacional perceptível do texto e ainda a *essência do proibido* daí resultante.

Adoptando-se esta perspectiva, poder-se-ia argumentar que, sendo o aquecimento global percebido na linguagem e discussão sociais, em termos dominantes, como um fenómeno causado por acção humana, a negação dessa *causa* equivaleria, em substância, à negação ou minimização daquele fenómeno. Complementarmente, e no mesmo sentido, poder-se-ia ainda sustentar que a *essência do proibido* da incriminação, assumindo uma natural pretensão de conformação de comportamentos humanos, assume como pressuposto a preponderância do referido factor humano na origem e no agravamento daquele fenómeno. Assim, e à luz desta segunda orientação, a conduta de *Abel* poderia ser enquadrada no comportamento proibido pelo crime de negacionismo.

No mesmo preciso sentido, de punição de *Abel*, deporia ainda um entendimento mais lato, como o que é defendido por Castanheira Neves, suportado no sentido jurídico do texto e na juridicidade do facto. Pelas mesmas razões acima adiantadas, um tal entendimento levaria a reconhecer na conduta de *Abel* o *caso jurídico* — e a correspondente axiologia normativa específica — que a norma incriminadora aqui convocada pretende abarcar.

3. A presente questão suscita, antes de mais, um problema de aplicação da lei penal no tempo. O facto foi praticado por *Abel* em Fevereiro (art. 3.º). Nessa data, a lei então vigente — saída da Lei n.º X/2017, de 2 de Janeiro (L1) — previa o crime de negacionismo. Posteriormente, porém, e na sequência do mencionado Decreto-Lei (L2), aquele comportamento foi descriminalizado.

A L2, enquanto *lei nova que eliminou* o crime de negacionismo *do número das infracções*, é naturalmente mais favorável que a L1, e como tal seria à partida a lei aplicável, por força do disposto no aludido art. 2.º, n.º 2, 1.ª parte, que concretiza no plano ordinário o princípio geral de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, consagrado no art. 29.º, n.º 4, da CRP.

Sucedendo que a L2, que operou aquela descriminalização, veio a ser declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo Tribunal Constitucional. Embora o enunciado não forneça dados precisos sobre os alicerces decisórios do Tribunal Constitucional, pode identificar-se, pelo menos, um possível fundamento de inconstitucionalidade: a aparente violação, pelo Governo, da reserva de lei prevista no art. 165.º, al. c), da CRP, que determina que a “[d]efinição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos” é da exclusiva competência da Assembleia da República ou do Governo, mediante autorização daquele órgão, e que tem sido interpretada pelo Tribunal Constitucional no sentido de recobrir igualmente as hipóteses de descriminalização ou de atenuação da responsabilidade penal.

Sendo a L2 inconstitucional, coloca-se então o problema da relevância da lei penal

inconstitucional de conteúdo mais favorável, tratado pela doutrina sob diferentes perspectivas e com diferentes propostas de solução.

De acordo com uma primeira orientação, sendo a lei penal inconstitucional nula, nunca produziu quaisquer efeitos, e como tal nunca revogou a lei precedente. Por essa razão, a lei nova — aqui a L2 — não poderia ser aplicada (art. 204.º da CRP), na medida em que a determinação da(s) lei(s) válida(s) precede, lógica e valorativamente, a análise do problema da sucessão temporal de leis penais. A subscrever-se este entendimento, restaria aplicar a L1, ao abrigo da qual *Abel* poderia ser punido.

De acordo com outra perspectiva, acolhida por Jorge Miranda, a lei anterior (revogada pela lei posterior inconstitucional) nunca poderá ser aplicável, na medida em que a sua repristinação assumiria um significado equivalente ao da retroactividade da lei penal incriminadora. Transpondo este entendimento para o caso em apreço, *Abel* não poderia ser punido.

Já Rui Pereira e Helena Morão, embora comecem por reconhecer que, sendo a lei nova inconstitucional, e assim nula, nunca poderá ser aplicada ao caso, sendo apenas aplicável a lei anterior, não deixam de atender, no plano da tutela de expectativas do agente, à circunstância de o facto penalmente relevante ser praticado durante a *vigência aparente* da lei nova inconstitucional. Para que essa expectativa seja legítima e merecedora de tutela no quadro da falta de consciência da ilicitude não censurável (art. 17.º, n.º 1), que exclui a culpa do agente, são adiantados três requisitos cumulativos: a lei inconstitucional deve estar (*aparentemente*) em vigor no momento da prática do facto; o agente deve conhecer a lei inconstitucional; e o agente deve desconhecer que a lei em causa é inconstitucional. Assumindo-se esta orientação, e o preenchimento dos referidos requisitos, a eventual responsabilidade penal de *Abel*, embora passível de análise (apenas) no quadro da L1, poder-se-ia considerar afastada por exclusão da culpa.

Finalmente, numa outra abordagem, defendida por Fernanda Palma, admite-se que seja aplicada retroactivamente a lei penal inconstitucional mais favorável ao agente, por força do princípio do Estado de Direito nas suas vertentes de segurança jurídica e de confiança da comunidade no Direito dimanado dos órgãos legítimos do Estado. Em linha com este entendimento, seria aplicável ao caso a L2, de que resultaria a não punição de *Abel*.

4. A acusação merece censura. Mesmo assumindo que o comportamento de *Abel* preencheria simultaneamente os dois tipos incriminadores convocados pelo Ministério Público, *Abel* só poderia responder pela prática do crime de actividades perigosas para o ambiente, na modalidade prevista no n.º 2 do art. 279.º-A, por força da relação de interferência lógica entre as duas incriminações, evidenciada pela cláusula de subsidiariedade constante da parte final do (novo) art. 279.º-B (“*se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal*”).

Concretizando: entre o crime de negacionismo e o crime de actividades perigosas para o ambiente estabelece-se uma relação lógica de mero “concurso de normas” (ou “unidade de norma ou de lei”, na formulação de Figueiredo Dias), na modalidade de subsidiariedade expressa, de que resulta a aplicação meramente auxiliar e subsidiária do crime de negacionismo. A correcta interpretação dos referidos tipos legais levaria assim a considerar exclusivamente aplicável, no caso concreto, o crime de actividades perigosas para o ambiente previsto no n.º 2 do art. 279.º-A, que prevê a pena mais grave (pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 240 dias, por confronto com a pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 dias, cominada no crime de negacionismo).

Ainda em consequência do exposto, a acusação simultânea de *Abel* pela prática de dois crimes que encerram entre si uma relação de mero “concurso de normas”, nos termos descritos, é igualmente censurável por atentar contra o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5, da CRP), na dimensão material de proibição de dupla valoração do mesmo facto.

5. Sendo o artigo de *Abel* redigido na Alemanha e publicado numa revista do mesmo país, o facto considera-se praticado fora do território português (arts. 7.º e 4.º, *a contrario*), pelo que a eventual punição de *Abel* pelo crime de negacionismo dependerá do eventual preenchimento das condições de validade espacial vertidas no art. 5.º.

Feita essa verificação, conclui-se pela aplicação da norma constante da al. c) do n.º 1 do art. 5.º,

que concretiza o princípio da universalidade e atribui competência à lei penal portuguesa relativamente a factos cometidos no estrangeiro que afectem bens jurídicos de natureza supranacional. Estando o crime previsto no (novo) art. 279.º-B.º integrado no catálogo de crimes enunciado naquela norma — incluindo-se no intervalo dos crimes previstos nos arts. 278.º a 280.º —, *Abel* poderia responder à luz da lei penal portuguesa caso estivessem reunidas as duas condições fixadas na referida al. c) do n.º 1 do art. 5.º: que *Abel* fosse encontrado em Portugal; e que não pudesse ser extraditado nem entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu.

Admitindo que *Abel* regressaria a Portugal, estaria verificada a primeira condição. Quanto à segunda condição, o entendimento doutrinário dominante aponta no sentido de que deverá considerar-se preenchida não apenas quando o(s) pedido(s) de extradição ou de entrega forem recusados, mas também quando não haja sequer formulação desse(s) pedido(s), como, na ausência de indicação em contrário, seria de admitir neste caso.

6. A sentença é passível de crítica quer pela pena escolhida (e sua dosimetria), quer pela decisão de não suspensão da execução da pena de prisão aplicada a *Abel*.

Começando por este último aspecto, a decisão é incorrecta na medida em que do art. 70.º decorre, não uma regra de aplicação excepcional, como diz o tribunal, mas antes uma preferência expressa pela aplicação de penas substitutivas da prisão — como é o caso da suspensão da execução da pena de prisão (art. 50.º) — sempre que estejam verificados os respectivos pressupostos formais e a pena substitutiva realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 40.º).

No caso concreto, encontrando-se cumprido o pressuposto formal do art. 50.º, n.º 1 (a pena de prisão aplicada não é superior a cinco anos), a suspensão da prisão seria sempre de aplicar desde que fosse possível formular um juízo de prognose favorável quanto ao comportamento futuro de *Abel* (suportado, pois, em considerações de prevenção especial positiva, que privilegiam o valor da socialização em liberdade), só podendo ser afastada se a tanto se opusessem as finalidades da punição (art. 40.º).

Ora, o caso em análise não reclama particulares exigências de prevenção geral, considerando desde logo o contexto académico e científico da conduta dita *negacionista* de *Abel*, à partida insusceptível de provocar qualquer *alarme social* — sendo de resto discutível que caiba ao julgador, no momento de decisão sobre a escolha e a medida da pena, atender a considerações de prevenção geral, dada a natureza legislativa dos juízos aí contidos e a sua problemática compatibilização com a função jurisdicional. Em qualquer caso, é e sempre seria deslocada a referência feita pelo tribunal a uma putativa necessidade de prevenir comportamentos idênticos por parte da comunidade científica: tal referência suporta-se numa perspectiva estrita de prevenção geral negativa (de intimação), que não encontra arrimo nas finalidades da pena atendíveis no nosso sistema penal (arts. 40.º, 50.º e 70.º).

Do mesmo passo, no plano da prevenção especial positiva também não se retira do enunciado qualquer necessidade substancial de interpelar *Abel*, um investigador doutorado em biologia, para uma adequada consciência sobre a relevância da conservação da natureza. A circunstância, invocada pelo tribunal, de *Abel* não ter revelado “*sentido crítico da sua conduta*”, em nada prejudica a conclusão anterior. Para além da desconsideração pelos direitos de defesa de *Abel* (*maxime* pelo seu direito ao silêncio) que aí vai implicada, a valoração da sua suposta falta de arrependimento confunde e inverte os dados do problema: o art. 50.º requer tão-somente que seja possível formular um prognóstico de não reincidência; não exige nem pressupõe uma qualquer mudança interior do agente, cuja imposição, aliás, instrumentalizando-o, seria sempre atentatória da sua dignidade (art. 1.º CRP).

Para além disso, porém, e antes de mais, as ordens de razão acima avançadas, com as devidas adaptações e em conjugação com a culpa de *Abel* — que haveria de considerar-se diminuta, atendendo desde logo ao enquadramento académico e científico do facto que lhe é imputado — e a sua função (pelo menos) limitadora da pena (art. 40.º, n.º 2), recomendariam que se optasse tão-somente pela aplicação de uma pena de multa (prevista como pena alternativa no crime em causa, beneficiando também, enquanto tal, da *preferência* afirmada no art. 70.º), e em medida próxima do respectivo mínimo legal (art. 47.º).