

## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

Colaboração: Prof.ª Doutora Inês Ferreira Leite, Mestres Catarina Abegão Alves, João Matos Viana e Sónia Moreira Reis, e Licenciada Rita Rosário

Exame – 25 de janeiro de 2018, 16h30

Duração: 120 minutos

A 1 de setembro de 2017, fazendo face a um longo período de seca em Portugal e tendo em consideração que não se previa a queda de aguaceiros em quantidade suficiente para repor os níveis de água suficientes para servir as necessidades básicas da população até Abril de 2018, foi aprovada, e entrou em vigor, a Lei X/17, da Assembleia da República, que continha a seguinte disposição: “Artigo 5.º: 1. *É proibida, durante o período de seca, a aquisição, instalação ou utilização de piscinas, fontes ou outros equipamentos análogos, de finalidades estéticas ou recreativas, que requeiram quantidades elevadas de circulação de água.* 2. *Ficam suspensas, enquanto persistir a seca, todas as atividades, em curso ou a iniciar, que exijam a utilização dos equipamentos referidos no n.º 1.* 3. *A violação do disposto no números anteriores é punida com pena até 5 anos de prisão ou 600 dias de multa.*” Entretanto, a 15 de setembro, é aprovada, pela Portaria n.º 1/17, a seguinte norma: “*Os equipamentos que requerem «quantidade elevada de circulação de água», para efeitos da Lei X/17, são aqueles que acumulem, em estagnação, mais de 20.000 litros de água ou os que requeiram, em circulação, mais de 5.000 litros de água*”.

No dia 5 de setembro, **ANA** adquiriu, instalou e passou a utilizar uma pequena piscina de fibra, móvel, com capacidade para 25.000 litros de água (em estagnação), que colocou no quintal da sua casa. No dia 15 de outubro entra em vigor a Portaria n.º 2/17, que, alterando a Portaria n.º 1/17, vem dispor o seguinte: “*Os equipamentos que requerem «quantidade elevada de circulação de água», para efeitos da Lei X/17, são aqueles que acumulem, em estagnação, mais de 50.000 litros de água ou os que requeiram, em circulação, mais de 25.000 litros de água*”.

No dia 17 de outubro de 2017, **MAARIT**, empresário estrangeiro e adido diplomata em Portugal, inaugurou em Faro a maior pista de gelo artificial da Europa, com rampas de saltos, equipamento que se esperava que viesse a atrair turistas do mundo inteiro e a ter uma rentabilidade muitíssimo elevada. A manutenção das pistas de gelo exigia um volume de água equivalente a 5 piscinas olímpicas (12.500.000 litros de água). No dia 20 de outubro é aprovada a Portaria n.º 3/17, com a seguinte norma: “*Excecionam-se do disposto na Lei X/17 os equipamentos já existentes e em funcionamento que tenham finalidades desportivas de alta competição*”. **MAARIT** tinha já agendado, para janeiro de 2018, a realização na sua pista de gelo de um campeonato internacional de alta competição. **MAARIT** reside habitualmente em Portugal.

A 1 de fevereiro de 2018, após um longo e intenso período de chuva durante os meses de novembro, dezembro e janeiro, que permitiu repor as reservas do país de água potável, o governo aprovou o decreto-lei Z/18, com uma única disposição: “*É revogado o artigo 5.º da Lei X/17*”.

Responda, **fundamentadamente**, às seguintes questões:

1. Considerando os princípios constitucionais relevantes para o Direito Penal, haveria algum fundamento para invocar a inconstitucionalidade da Lei n.º X/17? Pronuncie-se, também, sobre a conformidade das Portarias n.ºs 1/17 e 2/17 face à Constituição.

Atendendo aos fundamentos da incriminação, tal como identificados pelo legislador, e ao facto de se estar a punir comportamentos que, em princípio e em condições de normalidade social, são eticamente neutros e socialmente adequados, deve concluir-se que se tratava de uma lei de emergência ou temporária, ou seja, de uma lei com carácter de excecionalidade que visa fazer face a circunstâncias anómalas, tais como estados de emergência ou catástrofes naturais. No mesmo sentido, aponta a expressão “*durante o período de seca*” constante do n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º X/17. No caso, a Lei n.º X/17 pretende, com a medida excecional de proibição do uso excessivo de água para fins puramente estéticos ou recreativos, cuja desobediência fica sujeita a uma sanção criminal, controlar o consumo de água e garantir os mínimos básicos de água potável para a população.

Mesmo tratando-se de uma lei de emergência ou temporária, a mesma não deixa de estar sujeita aos princípios e regras constitucionais em matéria penal, designadamente, ao n.º 2 do art. 18.º (princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena). Existe, claramente um bom jurídico tutelado pela incriminação – o interesse geral à fruição de água potável e sustentabilidade ambiental – com reflexo nos arts. 9.º, 66.º, 81.º, n), 84.º, todos da CRP. Poderia, contudo, mesmo ponderadas as circunstâncias excecionais, colocar-se em causa a proporcionalidade de uma pena de até 5 anos de prisão para comportamentos que apenas colocam em perigo o bem jurídico tutelado (atendendo ao facto, por exemplo, de que a pena para o homicídio

negligente é, também, no seu grau máximo, de 5 anos de prisão).

De um modo mais evidente, a Lei n.º X/17 suscita dúvidas de possível violação do princípio da legalidade, na sua vertente de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, pois a “definição” do crime é realizada, não pela lei formal do Parlamento, mas por esta, em conjugação com um outro instrumento de valor infra-legal (artigo 165.º, alínea c), da CRP). Por outro lado, pode suscitar problema de violação do princípio da legalidade, na sua vertente de lei certa (artigo 29.º, n.º 3, CRP), uma vez que o intérprete, para compreender a exata extensão do comportamento proibido, tem de realizar um esforço de interpretação conjugada de várias normas. Por fim, colocando-se um eventual problema de lei certa, por definição, coloca-se também um eventual problema de violação do princípio da culpa (artigo 1.º, 2.º e 29.º da CRP), pois se a lei não for certa, então, o destinatário não ficará suficientemente orientado sobre os limites do permitido.

Para se dizer que fica violado o princípio da legalidade, não basta que exista uma segregação entre diferentes bases normativas, ao nível da “definição” do crime. Segundo Maria Fernanda Palma, este só sai violado quando a possibilidade de compreensão e controlo do desvalor expresso no tipo legal de crime deixa de existir (*cf.* *Direito Penal, Idem*, p. 131). Assim, o Tribunal Constitucional já esclareceu que esta técnica remissiva será legítima quando a norma penal contiver o *critério da ilicitude*. Ou seja: quando contiver aquelas informações que permitem compreender o sentido essencial do ilícito, de tal forma que o destinatário da norma penal consegue conhecer, no essencial, qual o bem jurídico que se pretende tutelar, qual a ação desvaliosa que se pretende evitar e qual o resultado desvalioso que se pretende prevenir.

Para que a norma penal em branco seja válida, a norma complementadora – que neste caso seria uma portaria – não pode assumir um papel criativo e inovador, na diferenciação entre comportamento permitido e proibido. Ora, neste caso, a lei penal (em sentido formal) optou por definir a incriminação recorrendo a expressões genéricas e demasiado amplas, sem um contido imediatamente delimitado ou que, por hipótese, possa ser delimitado através da ponderação do bem jurídico, da *ratio* da incriminação ou das circunstâncias. Não só se inclui na lei uma referência a “equipamentos análogos”, como o próprio comendo da norma de conduta é demasiado vago: “quantidades elevadas”. Assim, deveria concluir-se que as Portarias 1 e 2/17 não se limitam a realizar uma concretização técnica da normal penal, tendo, ao invés, um sentido inovador, pois é (apenas) nas Portarias que o destinatário encontra o comando da norma de conduta ou o conteúdo essencial (preciso) da incriminação.

Em conclusão, a Lei n.º X/17 é inconstitucional por violação do disposto no n.º 1 do art. 29.º da CRP e, por ser turno, as Portarias 1 e 2/17 seriam inconstitucionais por violação do disposto artigo 165.º, alínea c), da CRP.

2. A luz dos princípios constitucionais relevantes para o Direito Penal, dos princípios da interpretação da lei penal e dos critérios de aplicação da lei penal no tempo, poderia **Ana** ser punida, em **novembro de 2017**, pelo crime constante do art. 5.º da Lei n.º X/17?

Admitindo a conformidade da Lei n.º X/17 face à CRP, ainda assim, Ana não poderia ser punida novembro de 2017, pelo crime constante do art. 5.º da Lei n.º X/17. Quer se entenda que o momento da prática do facto se localiza (apenas) no dia 5/9, quer se entenda que (admitindo que a piscina continuou a ser utilizada) a infração de Ana, enquanto infração permanente, ainda estaria a subsistir 0 15/10 (entendimento este que, porém, não tem um forte apoio no enunciado), o problema era essencialmente o mesmo.

No momento da prática do facto (ou no início da prática do facto) estava em vigor uma lei incriminadora temporária que incluía o comportamento de Ana no elenco dos factos puníveis. Assim, nos termos do disposto no art. 29.º, n.º 1, e art. 2.º, n.º 1, a conduta de Ana seria, inicialmente punível. Entretanto, já após a prática do facto (ou durante a prática do facto), entrou em vigor uma segunda norma que veio a eliminar o comportamento de Ana do elenco dos factos puníveis, ou seja, uma “lei” com efeitos descriminalizadores.

Porém, porque se trata de leis de emergência ou temporárias, importa analisar a compatibilidade entre o art. 29.º, n.º 4, da CRP e o art. 2.º, n.º 3, do CP, já que, em regra, os factos declarados como puníveis por uma lei temporária não deixam de o ser se uma lei posterior os vier a descriminalizar. Deverá, então, admitir-se que o n.º 3 do art. 2.º do CP constitui uma verdadeira “exceção” ao princípio constitucional da aplicação retroativa da lei penal mais favorável?

Uma tal conclusão seria dificilmente compatível com a CRP, uma vez que o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável, de natureza constitucional, não pode ser livremente afastado pelo legislador (trata-se da consagração de um direito fundamental sem reserva e de uma imposição do n.º 2 do art. 18.º, pois tendo sido alteradas as concepções de política-criminal da sociedade, através da intervenção legislativa, cessou a necessidade da pena) sem que haja um estrito cumprimento das exigências do n.º 2 do art. 18.º da CRP. Assim, apenas se poderá afastar o disposto no n.º 4 do art. 29.º da CRP quando a ultratividade da lei de

emergência ou temporária for estritamente necessária, adequada e proporcional à proteção dos bens jurídicos excepcionalmente em risco pela lei temporária, o que, em princípio se verifica, já que a previsível revogação ou caducidade das leis de emergência ou temporárias, uma vez finda a situação de emergência, desassociada da ultratividade daquelas, tornaria inútil, ineficaz, o comando imperativo da norma de conduta por ausência efetiva de sanção, atendendo à morosidade normal do processo penal). Porém, pode suceder que o legislador, na vigência do mesmo período de emergência e perante as mesmas circunstâncias fáticas, venha formalizar uma alteração das concepções de política criminal ante a mesma situação de emergência, emitindo uma segunda lei temporária de conteúdo mais favorável. Nestes casos, o n.º 4 do art. 29.º da CRP tem plena aplicação.

O caso de enunciado corresponde a uma destas situações, pois o legislador veio reconhecer – perante a mesma situação fática de emergência – uma atenuação da necessidade de intervenção punitiva, descriminalizando condutas menos gravosas que tinham sido inicialmente incluídas no elenco dos factos puníveis. Assim, Ana não poderia ser punida, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 29.º da CRP e no n.º 2 do art. 2.º do CP.

3. Considerando **apenas** os princípios da interpretação da lei penal e, **apenas**, o disposto na Lei X/17, considera que uma pista de gelo como a descrita no enunciado pode incluir-se na expressão: «*piscinas, fontes ou outros equipamentos análogos, de finalidades estéticas ou recreativas, que requeiram quantidades elevadas de circulação de água*»? O problema da interpretação e da proibição da analogia desfavorável em direito penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP) está relacionada com a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea c), da Constituição). Com efeito, se a competência para “definir o crime” cabe à Assembleia da República (ou ao Governo com autorização), não poderá o Tribunal, no momento da interpretação e aplicação normativa, defraudar esta imposição constitucional, através de uma re-definição criativa e inovadora dos critérios do ilícito inicialmente estabelecidos pelo legislador.

Ora, se os Tribunais têm de respeitar a “definição do crime” realizada pelo legislador e o legislador “define o crime” através da utilização de palavras, então, daqui resulta lógica e teleologicamente que o respeito pela “definição do crime” implica o respeito pelas palavras utilizadas nessa mesma definição (*lex stricta*). Nessa medida – e sem prejuízo de existirem concepções alternativas que relativizam o valor do texto legal em benefício de condições axiológico-valorativas fundamentadoras dos tipos penais e de condições sistemáticas de coerência e unidade do sistema (p.ex. Castanheira Neves) –, a doutrina e a jurisprudência têm considerado maioritariamente que a interpretação em direito penal tem como limite inultrapassável os sentidos possíveis e previsíveis que podem ser assumidos pelas palavras utilizadas pelo legislador, dentro do (con)texto jurídico em que as mesmas estão sistematicamente inseridas.

No caso em análise, os desafios interpretativos surgem com a expressão “*outros equipamentos análogos, de finalidades estéticas ou recreativas, que requeiram quantidades elevadas de circulação de água*” por referência a piscinas ou fontes. Partindo de um conceito de interpretação permitida que atende ao sentido conjugado das expressões legais, dentro do seu contexto jurídico, pode concluir-se que embora uma pista de gelo não seja imediatamente equiparável a uma piscina ou fonte, trata-se, ainda, de um equipamento recreativo análogo, na medida em que exige grandes quantidades de água (embora estas não estejam em constante circulação, não deixa de haver circulação de água, que é constantemente congelada para compensar os efeitos da evaporação). Também não parece que a inclusão de uma pista de gelo na norma surge como um sentido não previsível para o destinatário, pois, para além das piscinas e fontes, poucos outros equipamentos se poderão considerar análogos face ao sentido global e teleológico da norma incriminadora.

4. À luz dos critérios de aplicação da lei penal no espaço e do âmbito de validade da lei penal quanto às pessoas<sup>1</sup>, admitindo que a sua conduta constitui crime, poderia **Maarit** ser punido, **em novembro de 2017**, em Portugal? Na sua resposta, analise também a conformidade da Portaria n.º 3/17 face à Constituição.

---

<sup>1</sup> Pondere, na sua resposta, as seguintes disposições legais:

#### “Decreto-Lei n.º 48295

#### Convenção sobre Relações Diplomáticas, celebrada em Viena em 18 de abril de 1961

#### ARTIGO 1.º

Para os feitos da presente Convenção:

d) «Membros do pessoal diplomático» são os membros do pessoal da missão que tiverem a qualidade de diplomata;

e) «Agente diplomático» é tanto o chefe da missão como qualquer membro do pessoal diplomático da missão;

Em regra, os factos praticados em Portugal (como é o caso, art. 7.º do CP) podem ser julgados pelos tribunais penais portugueses, art. 4.º do CP. Porém, tratando-se de um agente diplomata, era necessário avaliar se este beneficiaria de imunidade para efeitos da jurisdição penal. Embora Maarti, enquanto agente diplomático, beneficiasse de imunidade de jurisdição penal, esta limita-se aos atos praticados no exercício das funções diplomáticas (art. 38.º da Convenção de Viena). E, atendendo ao disposto no art. 42.º da mesma Convenção, parece claro que a exploração de uma pista de gelo – atividade comercial privada – nunca se poderia incluir nas funções diplomáticas de Maarit. Assim, não haveria imunidade para efeitos penais, e Maarit poderia ser julgado pelos tribunais portugueses.

Porém, há ainda que considerar a Portaria n.º 3/17, que vem eliminar o comportamento de Maarit do elenco dos factos puníveis. Contudo, a Portaria é inconstitucional face ao disposto no artigo 165.º, alínea c), da CRP, que consagra a competência relativa da Assembleia da República em matéria de definição dos crimes, penas e respetivos pressupostos. Ora, a este respeito, o Tribunal Constitucional tem entendido que o princípio da reserva de lei em sentido formal, enquanto corolário do princípio da legalidade, abrange igualmente a função de descriminalização, pois descriminalizar ainda é definir o que é crime. Com efeito, se a competência para “definir o crime” cabe à Assembleia da República (ou ao Governo com autorização), então a eliminação de um determinado comportamento da categoria de crimes está ainda incluída na reserva relativa da Assembleia da República, não podendo o Governo proceder à descriminalização sem a devida autorização legislativa.

Trata-se, portanto, de uma “lei” (Portaria, na verdade) inconstitucional, posterior à prática do facto, mais favorável, pelo que importa saber se Maarit poderia beneficiar da aplicação da mesma. Poderá, numa situação tal, sustentar-se dois tipos de soluções:

- Total irrelevância da lei penal inconstitucional posterior à prática do facto, não havendo, sequer, que ponderar o regime do erro (pois a lei inconstitucional não estava em vigor no momento da prática do facto, pelo que não conformou, efetivamente, a atuação do agente);
- Aplicabilidade da lei inconstitucional mais favorável ao agente, ou por força de uma interpretação prevalecente do n.º 4 do art. 29.º da CRP (ante o art. 204.º da CRP), ou por força da prevalência do princípio do Estado de Direito (art. 2.º CRP) sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade em geral, assente em razões de igualdade, de necessidade da lei penal e da confiança.

No caso, uma vez que se trata de uma Portaria – e não de um ato legislativo, não estando em causa o mesmo nível de vinculação do Estado de Direito às suas leis – e que, além do mais, parece ter sido feita “à medida” da situação de Maarit (o que suscitaria ainda sérias dúvidas sobre o cumprimento do princípio da igualdade penal, art. 13.º da CRP), deveria ponderar-se o seguinte:

- Caso a Portaria fosse o resultado de um *abuso* da influência ou privilégio social de Maarit, a mesma nunca seria aplicada ao caso, quer que o princípio do Estado de Direito nunca poderá acolher a aplicação de uma “lei-medida” que é o resultado de um abuso deste mesmo princípio, quer porque que, então, não haveria legítimas expectativas a tutelar;

---

#### ARTIGO 31.º

1. O agente goza de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditador. (...)

4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditador não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

#### ARTIGO 29.º

A pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de qualquer forma de detenção ou prisão. O Estado acreditador tratá-lo-á com o devido respeito e adotarà todas as medidas adequadas para impedir qualquer ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade.

#### ARTIGO 38.º

A não ser na medida em que o Estado acreditador conceda outros privilégios e imunidades, o agente diplomático que seja nacional do referido Estado ou nele tenha residência permanente gozará da imunidade de jurisdição e de inviolabilidade apenas quanto aos atos oficiais praticados no desempenho de suas funções.

#### ARTIGO 41.º

Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditador. Têm também o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.

#### ARTIGO 42.º

O agente diplomático não exercerá no Estado acreditador nenhuma atividade profissional ou comercial em proveito próprio.”

- Caso a Portaria fosse o resultado da necessidade de salvaguardar legítimas expectativas criadas por atuação do Estado – aprovação de projetos camarários, incentivos ao investimento em Portugal, protocolos de cooperação, etc. – ante a inesperada situação de emergência criada pela seca e subsequente incriminação excecional, poderia admitir-se a aplicação da lei penal inconstitucional à luz dos argumentos *supra* expostos.

5. Poderia alguém, em **fevereiro de 2018**, ser punido nos termos do art. 5.º da Lei n.º X/17? Na sua resposta, analise também a conformidade Decreto-lei Z/18 face à Constituição.

Como já se referiu, tratando-se de uma lei de emergência ou temporária, a mesma não deixa de estar sujeita aos princípios e regras constitucionais em matéria penal, designadamente, ao n.º 2 do art. 18.º (princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena). E uma das condições de conformidade da lei de emergência face ao n.º 2 do art. 18.º da CRP é a sua vinculação de vigência à manutenção da situação de excecionalidade que torna legítima a intervenção penal de emergência. Assim, entende a doutrina que uma vez eliminada a situação de emergência ocorre a caducidade *natural* da lei de emergência ou temporária, cessando imediatamente – e independentemente de qualquer intervenção legislativa – qualquer punibilidade. E assim deve ser pois a manutenção da punibilidade de comportamentos que, em circunstâncias normais, seria ético-socialmente neutros ao abrigo de uma lei de emergência cujos pressupostos já não se verificam seria, em qualquer caso, inconstitucional por violação do princípio da necessidade da pena (art. 18.º, n.º 2 da CRP).

A esta luz, sendo certo que o governo não pode *definir* os crimes, nem criminalizando, nem descriminalizando, sem autorização da AR, e que esta autorização não existiu, no caso, certo é também que a situação de seca extrema atinha já cessado em fevereiro de 2018, tendo, por isso, já caducado a Lei n.º X/17. Portanto, independentemente do juízo de (in)constitucionalidade que se pudesse fazer sobre o Decreto-lei Z/18, ninguém poderia ser punido ao abrigo da Lei n.º X/17 em fevereiro de 2018.

6. Pode relacionar o comportamento de **MAARIT** com alguma ou algumas teorias criminológicas que permitam assinalar as causas do comportamento desviante, ou o seu significado psicossocial?

A corrente criminológica que melhor explicaria o tipo de comportamento em causa seria a de base sociológica, que associa o comportamento criminoso ora a uma deficiência de socialização do indivíduo ou à própria estrutura social na gênese do crime. Dentro desta corrente, a teoria que melhor permitiria enquadrar o comportamento de Maarit, seria a da associação diferencial (Sutherland). Para Sutherland, o crime explica-se pela intensidade, frequência e precocidade de certos contactos sociais, estabelecendo este autor uma verdadeira teoria da determinação do comportamento criminoso em nove aspetos, dos quais se destaca a importância da aprendizagem dentro de certos grupos sociais. A partir desta base teórica, Sutherland construiu uma explicação bastante pertinente sobre o chamado *white collar crime* (crimes de colarinho branco), demonstrando que o comportamento antissocial não se restringia às classes baixas nem era determinado (exclusivamente) pela pobreza ou pelas deficiências familiares, estando muito ligado aos padrões comportamentais desenvolvidos pelos grupos sociais.

Numa perspetiva relacionada com a influência das estruturas sociais na decisão de realização do crime, poderia ainda referir-se a teoria da anomia social de Robert Merton, a qual sustenta que o crime é explicado por uma discrepância entre os objetivos culturalmente instituídos e assumidos pelas pessoas e os meios institucionalizados para atingir aqueles objetivos. Nessa situação de discrepância, os agentes tornam-se inovadores (e indiferentes perante as normas), recorrendo ao comportamento criminoso para atingir os objetivos que se revelam inalcançáveis pelos meios institucionalizados.

Em qualquer dos casos, o comportamento de Maarit parece ser o resultado de uma certa forma de “fazer negócios”, na qual está implícito algum desprezo pelas leis ou alguma convicção de que as leis e seus comandos podem ser ultrapassados ou flexibilizados à medida das necessidades económicas e comerciais de grupos ou pessoas influentes e uma ponderação (que não é desprovida de uma racionalidade própria) segundo a qual a proteção de um investimento e seu retorno económico (para o investidor e, de um modo geral, para a sociedade) é um interesse prevalecente a outros sem o mesmo peso económico (ou mesmo sem qualquer valor económico) como sejam a proteção do ambiente ou da qualidade de vida.

**Cotação:** 1 – 3 valores; 2 – 3 valores; 3 – 2,5 valores; 4 – 4 valores; 5 – 3 valores; 6 – 2,5 valores; 2 valores de ponderação global.