

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 – 16 de fevereiro de 2018, 14h00

Duração: 120 minutos

No dia 31/12/2017, pelas 23h, **ANÍBAL**, português, e **BERTHA**, inglesa, ambos com 18 anos, furtaram um veículo em Faro e dirigiram-se para Sevilha, tendo planeado uma série de aventuras. Ainda em Tavira, pelas 23h30, Aníbal, que ia a conduzir, parou numa bomba de gasolina para encher o depósito do carro e, uma vez atestado o veículo, fugiu do local sem pagar o preço do combustível. **ANÍBAL** continuou a conduzir, o que fez já em estado de embriaguez, tendo passado a fronteira pouco antes das meia-noite. Já em Aiamonte, pelas 00h10 minutos do dia 1/1/2018, **ANÍBAL** foi parado numa operação stop acionada pelas autoridades policiais espanholas e detetado com um teor de alcoolémia de 0,8 g/l. **BERTHA**, também já embriagada e furiosa pelo fim da aventura, insultou um dos policiais espanhóis. **ANÍBAL** e **BERTHA** ficaram detidos em Espanha até ao dia 3/1/2018, altura em que foram libertados sob compromisso de se apresentarem voluntariamente nos julgamentos, tendo ambos regressado a Portugal, onde residiam.

Em Espanha, o crime de condução sob efeito do álcool preenche-se com uma taxa superior a 0,5 g/l. Em Portugal, a taxa de alcoolémia prevista no art. 292.º foi alterada, com efeitos a partir do dia 1/1/2018, para 0,7 g/l. Em Portugal, o comportamento de Bertha – os insultos que dirigiu ao polícia – enquadra-se nos arts. 181.º e 184.º do Código Penal. Em fevereiro de 2018, pelo casamento, **BERTHA** veio a adquirir nacionalidade portuguesa.

No dia 31/12/2017, o art. 204.º do Código Penal dispunha, apenas, o seguinte: «Artigo 204.º (Furto qualificado): Quem furtar coisa móvel ou animal alheios à noite é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.» No dia 1/1/2018, o art. 204.º do Código Penal passou a dispor, apenas, o seguinte: «Artigo 204.º (Furto qualificado): Quem furtar coisa móvel ou animal alheios em conjunto com, pelo menos, mais uma pessoa, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.»

Responda, fundamentadamente, às seguintes questões:

1. **À luz dos critérios de aplicação da lei penal no espaço, seria a lei portuguesa aplicável à condução sob efeito do álcool praticada por A e à injúria praticada por B?**

A condução sob efeito do álcool ocorreu entre as 23h do dia 31/12 e pouco após as 00h do dia 01/01 (art. 3.º do CP), tendo o facto sido praticado em Portugal nos termos do art. 7.º do CP. Tratando-se de facto praticado em Portugal, rege o art. 4.º do CP, pelo que seria aplicável a lei portuguesa. Porém, porque se trata de facto que não constitui crime (mera contraordenação até às 1,2 g/l), não poderia haver qualquer processo penal, nem pena, por este facto. Caso as autoridades espanholas pretendessem a colaboração das autoridades portuguesas na repressão do crime praticado já em território espanhol – designadamente, ao abrigo da lei do mandado de detenção europeu – tal colaboração deveria ser negada por ausência de dupla incriminação. A alterações, posterior ao facto, da taxa a partir do qual o facto constitui crime para 0,7 g/l em nada altera a resposta, pois as leis penais de conteúdo mais desfavorável ao agente não podem ser aplicadas retroativamente (art. 29.º, n.º 1 da CRP e art. 2.º, n.º 1, do CP).

O crime de injúria ocorreu em território espanhol no dia 01/01, pelo que a aplicação da lei portuguesa dependeria do preenchimento de alguma das alíneas do art. 5.º do CP. O crime foi praticado por uma pessoa estrangeira (à data da prática dos factos B era estrangeira) contra uma pessoa estrangeira, e não se trata de um dos crimes do catálogo do art. 5.º, alíneas a), c) ou d), pelo que apenas se poderia aplicar a f). Ora, como o enunciado não refere que tenha sido requerida nem a extradição nem a entrega de B por parte das autoridades espanholas, a lei portuguesa não se poderia aplicar. Estava vedada a aplicação da e) do art. 5.º na medida em que a boa interpretação da norma exige que os pressupostos inerentes aos elementos de conexão referidos no art. 5.º estejam preenchidos no momento da prática do facto. Sendo a nacionalidade do agente ou da vítima o elemento de conexão relevante para a e) (elemento que fundamenta um contacto próximo entre o agente e a ordem jurídica portuguesa e que legitima a sua intervenção), esta tem que se verificar no momento da prática do facto, o que não sucedia.

2. **Admitindo que a lei portuguesa era aplicável e atendendo apenas às normas descritas no enunciado, poderiam A e B ser punidos, em 2018, pelo crime de furto qualificado?**

Trata-se de um caso de troca de qualificantes, em que uma lei posterior vem a eliminar uma circunstância qualificante, introduzindo, porém, uma nova circunstância, quando ambas se verificaram no facto concreto praticado pelo agente. Estes casos devem ser resolvidos pela aplicação rigorosa dos arts. 29.º da CRP e 2.º do CP e não com base em construções dogmáticas desajustadas aos princípios constitucionais (como é o caso de chamada “teoria do facto

concreto”). Assim, a lei nova, na parte em que introduz uma nova norma que atenua a responsabilidade do agente pelo facto – a norma revogatória que elimina a circunstância “noite” do elenco de qualificantes – tem que ser aplicada ao agente ao abrigo do disposto nos arts. 29.º, n.º 4, da CRP, e 2.º, n.º 4, do CP; enquanto que parte da lei nova, a norma que vem introduzir uma disposição nova que agrava objetivamente a qualificação jurídica do facto e a responsabilidade do agente – a norma que introduz a circunstância “arma oculta” – não pode ser aplicada ao agente ao abrigo do n.º 1 do art. 29.º da CRP e do n.º 1 do art. 2.º do CP.

Em suma, em 2018, A e B apenas poderiam ser punidos por furto simples.

3. À luz dos princípios da interpretação da lei penal, poderia o comportamento de A – relativo à obtenção de combustível sem pagar o preço – ser integrado no art. 220.º do CP?

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.

De acordo com os sentidos possíveis e previsíveis das palavras, a obtenção ilícita de gasolina não poderia ser enquadrada, no art. 220.º, através de um ato de interpretação ainda apegada à letra da lei, por não haver um mínimo de correspondência semântica entre esta conduta e as descritas das alíneas deste artigo. Caso tal interpretação fosse utilizada para qualificar o facto como crime (admitindo que o mesmo não caberia em qualquer outra norma), tratar-se-ia de uma interpretação analógica proibida nos termos dos arts. 29.º, n.º 1, da CRP, e art. 1.º, n.º 3, do CP. Caso esta interpretação visasse apenas a aplicação ao agente de um regime mais favorável (sabendo-se que o furto de gasolina cabe naturalmente no tipo legal de furto, art. 203.º do CP), poderia tratar-se de uma analogia favorável, permitida constitucionalmente.

4. Imagine que A iniciou o cumprimento de uma pena de 6 meses de prisão pelo furto de gasolina (art. 203.º do CP) a 25/01/18. A 1/2/18 foi aprovada uma lei penal que qualifica o facto por si praticado (“atestar um veículo de combustível numa bomba de gasolina e ausentar-se sem pagar o correspondente preço”) como mera contraordenação. Poderia aplicar a nova lei a A? Em que termos?

A nova lei que procede a uma descriminalização do facto praticado por A, convertendo-o num ilícito de mera ordenação social seria aplicável a A nos termos do disposto no art. 29.º, n.º 4, da CRP. Segundo um certo entendimento, o legislador levou a cabo uma descriminalização da conduta do agente. Nestes termos, dando expressão ao princípio da aplicação retroativa da lei de conteúdo mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, *in fine*, da CRP), o agente não é punido pela prática do crime (artigo 2.º, n.º 2, do CP).

Subsiste ainda a possibilidade de ponderar a punição pela prática do novo ilícito contraordenacional. A este respeito, a maioria da doutrina converge na solução de punição pela contraordenação, concluindo que é incorreto defender a extinção em absoluto da responsabilidade jurídica quando não existir uma explícita e coerente vontade legislativa de extinção de toda a responsabilidade pelos factos passados. A criação de contraordenações reflete ainda um desenho de política-criminal. Com efeito, a sanção contraordenacional é um regime mais favorável, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do CP. Assim sendo, a aplicação do artigo 2.º, n.º 4 cabe ainda no sentido possível mínimo das palavras, de acordo com o sentido do sistema, pelo que a aplicação do ilícito contraordenacional não afeta a confiança dos destinatários. Estamos perante um comportamento humano com um referente essencialmente idêntico, que assegura a unidade do facto proibido e a continuidade normativa, pelo que não há qualquer violação do princípio da legalidade. Em suma, o agente seria punido pela nova contraordenação.

Admite-se ainda que fossem enunciadas outras orientações, nomeadamente a que considera não poder haver aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional, pois os artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS) consagram o princípio da irretroatividade da lei, pelo que as contraordenações encontram-se igualmente sujeitas ao princípio da legalidade. Nestes termos, estamos perante uma lacuna sancionatória que não pode ser preenchida, em primeiro lugar, porque não podemos aplicar a norma penal expressamente revogada e, em segundo lugar, porque as leis contraordenacionais estão sujeitas ao princípio da proibição retroativa das leis, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CP. Apenas seria possível aplicar o novo ilícito contraordenacional caso a lei nova viesse prever uma norma transitória que determinasse a aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional. Uma vez que essa disposição transitória não se encontra prevista no caso concreto, segundo esta concepção, a Otsugswa não pode ser aplicado o novo ilícito contraordenacional, pelo que este ficaria impune. Todavia, esta posição tem sustentação apenas no pressuposto de que não será inconstitucional tal norma transitória, o que a posição descriminalizadora não

pode consistentemente aceitar. Esta posição parte do pressuposto que a proibição da retroatividade não se aplica no Direito de Mera Ordenação Social por imposição constitucional, quando, ao mesmo tempo, alicerça toda a sua argumentação a favor da aplicação do artigo 2.º, n.º 2, do CP e da sujeição do Direito de Mera Ordenação Social no princípio da legalidade. É incoerente sustentar que o ilícito de mera ordenação social encontra-se subordinado ao princípio da legalidade e, simultaneamente, admitir a subtração ao mesmo princípio de um qualquer regime transitório, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª ed. revista e ampliada, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 171, nota 249.

No caso, e independentemente do entendimento subscrito, só haveria uma solução compatível com a lei e a constituição: libertação imediata de A sem qualquer possibilidade de iniciar um processo contraordenacional do qual resultasse a aplicação de uma coima. Uma vez que A já sofreu uma pena efetiva de vários dias de prisão, e que à luz da lei nova nunca poderia sofrer um único dia de prisão (qualquer dia de prisão é sempre valorativamente mais grave do que qualquer valor de coima), a aplicação da coima, neste caso, implicaria uma violação do princípio do *ne bis in idem* material, previsto no art. 29.º, n.º 5, da CRP.

5. Imagine que A era julgado e condenado pelos crimes de furto de veículo e de condução sob efeito do álcool em Espanha, aí cumprindo integralmente a pena. Uma vez regressado a Portugal, após cumprimento da pena, poderia ser aberto inquérito penal contra A pelo crime de furto do veículo?

Tendo sido os crimes em causa praticados em Portugal, a lei portuguesa seria aplicável nos termos dos arts. 7.º e 4.º do CP, embora apenas se aplicasse ao crime de furto de uso de veículo, já que a condução sob efeito do álcool não constituía crime, em Portugal, no momento da prática do facto. Quando se trata de crimes já julgados – e cujas penas foram integralmente cumpridas – no estrangeiro, o art. 6.º, n.º 1, do CP dita que os mesmos já não possam ser julgados em Portugal, em obediência à proibição de duplo julgamento ínsita no princípio do *ne bis in idem*, consagrado pelo n.º 5 do art. 29.º da CRP. Porém, o n.º 1 do art. 6.º refere-se literalmente, apenas, aos crimes praticados fora de Portugal, e o crime em causa foi efetivamente praticado em Portugal. Assim, literalmente, o n.º 1 do art. 6.º não seria aplicável, parecendo que A poderia ser novamente sujeito a julgamento. Porém, à luz do primado da Constituição sobre o direito infraconstitucional – uma vez que o n.º 5 do art. 29.º da CRP não se limita (*nem distingue*) aos crimes praticados ou julgados em Portugal – deverá efetuar-se uma interpretação conforme do n.º 1 do art. 6.º do CP, dando esta expressão “crimes praticados fora de Portugal” por não escrita, assim cumprindo integralmente o comando constitucional. Portanto, não poderia já ser aberto inquérito penal contra A.

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

Poderíamos relacionar os comportamentos de A e B com a análise criminológica de base sociológica, que toma como referência essencial da génese do crime uma deficiência da socialização dos indivíduos, salientando os padrões sociais de relação entre o indivíduo e os grupos sociais ou a própria estrutura social. Na senda de Durkheim, Mead constrói a teoria do interacionismo simbólico, a qual explica os comportamentos sociais como o resultado da interação entre a sociedade e o indivíduo, em que a sociedade determina a construção das conceções de si mesmo e a construção de significados. Esta conceção leva a cabo uma objetificação dos comportamentos, explicando-os mediante uma resposta de certa forma padronizada das pessoas às condicionantes do meio social. Esta forma de compreensão do fenómeno criminal, orientada para a análise do padrão social dos comportamentos, vê o crime como um problema de socialização. Já a teoria da associação diferencial de Sutherland permite explicar o fenómeno do crime através da lógica da aprendizagem através da exposição do indivíduo a estímulos de aprovação ou desaprovação da violação da lei, os quais resultam do círculo de contactos pessoais próximos do agente (família, vizinhos, amigos, colegas de escola, meio social).

Ainda próximas desta perspetiva, poderiam ser ponderadas as explicações psicológicas do crime – assentes na psicologia cognitiva-comportamental e na análise da personalidade (a partir dos trabalhos de autores como Rollin e Fonagy) – que nos permitem compreender que algumas pessoas desenvolvem perceções limitadas das circunstâncias (eventos, confrontos, conflitos) e das soluções para os problemas que lhes são colocados nos conflitos interpessoais, não conseguindo alcançar resoluções alternativas não antissociais. Esta abordagem tem a vantagem de apontar vias de resolução e de melhoria destes indivíduos, sendo de realçar as teorias da mentalização (atualmente muito desenvolvidas por Fonagy), que se baseiam na aquisição da capacidade para “mentalizar” – relacionar a experiência interior com a representação atual, compreender-se a si e aos outros, e lidar com as emoções gerindo a agressividade – a partir da qual, através do treino da empatia, se poderá conseguir que o agente retorne à normatividade.

Estas explicações criminológicas e da psicologia poderiam contribuir para a análise da situação do arguido a dois níveis: por um lado, para reduzir a censura dirigida ao indivíduo, na medida em que este é apresentado como alguém que esteve desde sempre exposto àqueles estímulos que contribuem para a aprendizagem do crime (embora esta tese não seja determinista, pelo que não elimina a liberdade do agente de fazer opções diferentes). Por outro lado, em termos de fins das penas, apresentam o agente como alguém carecido de uma melhor integração social (ou melhor: de uma adequada exposição aos estímulos de desaprovação da violação da lei), pelo que as finalidades de prevenção especial positiva deveriam assumir especial relevância.

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