

### Entre Elvas e Badajoz

Suponha que, em 7 de janeiro de 2019 entrou em vigor, em Portugal, uma lei que alterou a redação do n.º 1 do artigo 292.º do Código Penal, que passou a dispor o seguinte: “Quem, pelo menos por negligência grave, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

A mesma lei determinou que aos factos que deixem de ser crimes por força desta norma se passe a aplicar, tanto retroativamente como quanto ao futuro, o regime previsto no artigo 81.º, n.º 5, alínea *b*) do Código da Estrada para a contraordenação muito grave de condução com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,8 g/l.

Na madrugada do dia 1 de janeiro de 2019, **Antón**, de nacionalidade espanhola, conduzia o seu automóvel à saída de Elvas em direção a Badajoz, com uma taxa de álcool no sangue de 1,2 g/l, não tendo, porém, consciência de que o espumante que bebera tinha elevado teor alcoólico. Foi intercetado pela P.S.P. e foi sujeito ao teste de alcoolemia, tendo sido constituído arguido e sujeito a termo de identidade e residência.

A sua namorada, **Beatriz**, portuguesa, residente em Elvas, que com ele viajava, assumiu a condução do automóvel, tendo sido intercetada pela polícia espanhola quando circulava em excesso de velocidade, criando perigo para a vida de um peão. Tal comportamento constitui, segundo a lei espanhola, um crime punível com pena de prisão até 2 anos.

**Tendo em conta os factos descritos, responda, fundamentadamente, às seguintes questões:**

**1. *A nova lei pode aplicar-se a Antón? No caso afirmativo, em que termos deve ser sancionado?***

- A Lei de 7/1 corresponde a uma lei nova (o momento da prática do facto foi de 01/01/19, nos termos do art. 3.º do CP, tratando-se de um crime de perigo abstrato, de execução permanente, toda ela centrada no mesmo dia) descriminalizadora, na medida em que a conduta de A, que constituía crime à luz da lei do momento da prática do facto, deixou de constar do tipo incriminador introduzido (alterado) pela lei nova. A conduta de A corresponde a mera negligência (passando apenas a incriminar-se a negligência grave) e o teor de álcool situa-se aquém do mínimo típico da nova lei.

- A Lei de 7/1 descriminaliza a conduta de A, sendo, nesta parte, mais favorável, pelo que se poderia aplicar o disposto nos arts. 29.º/4 da CRP e 2.º/2 do CP. Porém, introduz expressamente, através da previsão de regime transitório, a possibilidade de responsabilização de A pela contraordenação idêntica à anterior criminalização.

- A doutrina divide-se sobre a resolução de situações de sucessão de leis penais e contraordenacionais. 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. Nesta linha, há quem defenda que 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 (TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª Ed., 2008, p. 196)

- Porém, 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).

- Em qualquer caso, estando previsto um regime transitório que se limita a remeter para a aplicação do regime contraordenacional – tendo uma função de lei interpretativa dentro do sentido possível das palavras face ao disposto no art. 81.º do CE – deveria aplicar-se este regime transitório ao A ao abrigo do art. 2.º, n.º 4 do CP.

## ***2. O novo regime sancionatório pode ser aplicado, se tiver sido aprovado através de decreto-lei do Governo, ao abrigo de uma autorização legislativa da Assembleia da República que só refere o agravamento da pena?***

- Em matéria penal está prevista a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea c), da Constituição). Porém, o governo pode legislar, desde que obtenha autorização legislativa, nos termos do art. 165.º/2 da CRP. Deverá, porém, respeitar o objeto, sentido, extensão e limites da autorização. Neste caso, a autorização limitava-se ao agravamento da pena, não incluindo a alteração do tipo incriminador nem a descriminalização de condutas. Portanto, estas alterações foram aprovadas por decreto de lei do governo não autorizado.

- A doutrina discute se a reserva de lei se aplica também à descriminalização de condutas, havendo quem entenda que esta apenas abrange a incriminação e agravamento de penas. Porém, funcionando o Direito Penal como um modelo de delimitação recíproca de direitos (atendendo à delimitação de condutas lícitas e ilícitas), as exigências inerentes ao princípio da legalidade (especialmente, as relacionadas com o princípio democrático) são plenamente relevantes no que toca à descriminalização também.

- Admitindo-se que a exigência de lei formal da A.R se aplica à descriminalização, o decreto-lei do governo é organicamente inconstitucional. Caso se viesse a entender que a norma descriminalizadora era inconstitucional, e considerando que a mesma é posterior ao momento da prática do facto, poder-se-ia defender uma das seguintes posições:

- a) Aplicação da norma reprimida (artigo 282.º/1 CRP), por se entender que a questão da validade das normas precede lógica e valorativamente a da aplicação da lei mais favorável e que os tribunais estão impedidos de aplicar normas inconstitucionais (artigo 204º CRP). Sendo a lei penal inconstitucional nula, nunca produziu quaisquer efeitos, pelo que não pode ser aplicado a Antón a solução descriminalizadora. Não se pode empregar, neste caso, o regime do erro (não censurável) sobre a proibição (artigo 17.º/1 CP) – o qual é invocado por parte da doutrina (Rui Pereira) em situações em que se reconhece a necessidade de tutelar as legítimas expectativas dos agentes de aplicação da lei mais favorável – uma vez que a lei inconstitucional não estava em vigor no momento da prática do facto. Não existindo, de acordo com a informação disponibilizada no enunciado, caso julgado, não há lugar à ressalva expressamente prevista no artigo 282.º/3, 1.ª p., CRP;
- b) Aplicação da lei inconstitucional mais favorável ao agente, considerando-se, com Taipa de Carvalho, que o artigo 29.º/4 CRP pode incluir leis penais inconstitucionais, prevalecendo então estas, se forem de conteúdo mais favorável ao arguido;
- c) Aplicação da lei inconstitucional mais favorável ao agente, em razão (i) do princípio da igualdade, por referência ao teor do artigo 282.º, n.º 3, da Constituição, que salvaguarda a intangibilidade do caso julgado, no caso de aplicação da lei inconstitucional mais favorável e (ii) por força da prevalência do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º CRP) sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade em geral, assente em razões de necessidade da lei penal e da confiança objetiva gerada pelas manifestações legislativas do Estado, (*cf.* MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal Idem*, pp. 177-178). Haveria assim uma lacuna na regulamentação do artigo 282.º da CRP, no que diz respeito à situação da lei inconstitucional mais favorável, a qual deveria ser integrada, segundo os princípios relevantes nesta matéria, dando-se prevalência a essa mesma lei mais favorável.

- Poderia, assim, aplicar-se a lei nova mais favorável a A, tal como referido na questão 1.

### ***3. A lei penal portuguesa (n.º 1 do artigo 291.º do Código Penal) pode ser aplicada a Beatriz pelos factos ocorridos em Espanha?***

- O crime não se pode considerar praticado em Portugal, pois nenhuma das suas parcelas de execução ou resultado se localizou em Portugal, já que se trata de um crime de resultado – crime de perigo concreto – de execução instantânea. Não havendo norma legal que regule o local da prática do facto fora de Portugal, podemos aplicar analogicamente o art. 3.º do CP, elegendo-se o local da conduta para localizar o facto de B em Espanha.

- Atendendo ao art. 5.º do CP, apenas poderia estar em causa a aplicação da alínea e), já que B é portuguesa, mas desconhece-se a nacionalidade da vítima. A alínea e) é aplicável ao caso, porém, a lei portuguesa apenas seria aplicável a B (o que implica que esta possa ser julgada em Portugal) caso se preenchessem os requisitos aí previstos: B teria que ser encontrada em Portugal (o enunciado não é claro); havendo dupla incriminação (existe, por via do art. 291.º do CP); e não sendo admitida a entrega no âmbito do mandado de detenção europeu (questão que seria resolvida, negativamente – B poderia ser entregue – na questão 4). Caso fosse aplicável a lei portuguesa a B nos termos do art. 5.º, seriam ainda aplicáveis as seguintes restrições: ausência de julgamento anterior no local da prática do facto (art. 6.º/1) e aplicação da lei penal do local da prática do facto (Espanha) mais favorável (art. 6.º/2).

### ***4. Pode ser executado um mandado de detenção europeu emitido por um tribunal espanhol, contra Beatriz, quanto a esses factos? Em que condições?***

- Admitindo que B se encontrava em Portugal, está preenchido art. 2.º da LMDE (Lei n.º 65/2003), tratando-se de crime com pena de prisão até 2 anos (lei espanhola), havendo dupla incriminação (art. 291.º CP), e não ocorrendo obstáculos à aplicação do regime do mandado de detenção europeu.
- A nacionalidade portuguesa de B não é, atualmente, um obstáculo à entrega no âmbito da LMDE. Embora o n.º 3 do art. 33.º da CRP contenha limites exigentes à extradição de nacionais, o n.º 5 do art. 33.º parece vir excepcionar destas limitações os regimes de cooperação (onde se inclui a LMDE) no âmbito da União Europeia. Assim, e face ao disposto no art. 13.º, a) da LMDE, B poderia ser entregue a Espanha para julgamento, desde que fosse garantido o seu regresso a Portugal para cumprimento de pena.
- Porém, sabendo que a proibição de extradição (ou entrega ao estrangeiro) de cidadãos nacionais é uma das garantias fundamentais da cidadania (arts. 4.º e 33.º/1 da CRP), constituindo limite material de revisão constitucional, nos termos do art. 288.º, alínea d), da CRP, é admissível entender-se que o n.º 5 do art. 33.º (introduzido pela revisão de 2001) constitui uma norma constitucional inconstitucional, por violação desses mesmos limites. A ser assim, e não estando preenchidos os requisitos do art. 33.º/3 da CRP, seriam também inconstitucionais as normas da LMDE que permitem a entrega de cidadãos nacionais por crimes comuns (fora dos casos de terrorismo ou criminalidade internacional). Nesta linha de argumentação, B não poderia ser entregue a Espanha.

**5. *Se Antón for motorista da embaixada espanhola em Lisboa pode ser responsabilizado em Portugal? E Beatriz, vivendo em união de facto com Antón, pode ser responsabilizada em Portugal?***

- Nos termos da alínea f) do art. 1.º da Convenção de Viena, A pode ser qualificado como empregado consular, beneficiando de imunidade diplomática nos termos dos arts. 31.º e 37.º/2 da Convenção. Esta imunidade, na esfera penal, não é dependente do exercício de funções.
- B, enquanto familiar de A (a união de facto é atualmente reconhecida consensualmente, pela maioria dos países, como relação análoga à familiar) também beneficiaria de imunidade, caso não tivesse nacionalidade portuguesa. Como B possui nacionalidade do Estado acreditante (Portugal), não chega a beneficiar da imunidade, podendo ser responsabilizada em Portugal.

**6. *Justificar-se-ia a aplicação de uma pena de prisão efetiva a Antón, à luz do artigo 40º do Código Penal?***

- Breve referência crítica aos fins das penas à luz da Constituição
- Especial referência ao princípio da culpa (arts. 1.º, 2.º e 27.º da CRP) e ao papel da culpa como pressuposto, fundamento e limite da pena (arts. 40.º/2 e 71.º do CP)
- Especial referência ao princípio da necessidade da pena (como manifestação do princípio da proporcionalidade, art. 18.º, n.º 2 da CRP) e densificação das suas exigências e critérios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, incluindo a proibição do excesso)
- Conclusão pela violação dos princípios da culpa e do princípio da necessidade da pena (proibição do excesso) caso fosse aplicada uma pena de prisão efetiva, por se tratar de um caso de culpa diminuta (negligência inconsciente, evento isolado de condutor geralmente cuidadoso), de um crime pouco grave (não houve consequências danosas, preenchendo-se apenas o perigo abstrato), e de serem escassas as necessidades de prevenção especial (arguido sem antecedentes criminais). Num tal caso, apenas a prevenção geral poderia justificar teoricamente a aplicação da pena de



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professora Doutora Inês Ferreira Leite, Mestres João Matos Viana,

António Brito Neves e Catarina Abegão Alves e Licenciada Rita do Rosário

Frequência - 10 de janeiro de 2019

Duração: 120 minutos

prisão efetiva, opção que, contudo, não seria legitimamente justificada à luz dos princípios constitucionais da culpa e da necessidade da pena.

**COTAÇÕES:** **Questão 1:** 4 valores; **Questão 2:** 3 valores; **Questão 3:** 3 valores; **Questão 4:** 2 valores; **Questão 5:** 3 valores; **Questão 6:** 3 valores; 2 valores de ponderação global.

## Anexo

### Artigo 81.º do Código da Estrada

#### Condução sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas

- 1 - É proibido conduzir sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas.
- 2 - Considera-se sob influência de álcool o condutor que apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,5 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico.
- 3 - Considera-se sob influência de álcool o condutor em regime probatório e o condutor de veículo de socorro ou de serviço urgente, de transporte coletivo de crianças e jovens até aos 16 anos, de táxi, de automóvel pesado de passageiros ou de mercadorias ou de transporte de mercadorias perigosas que apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,2 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico.
- 4 - A conversão dos valores do teor de álcool no ar expirado (TAE) em teor de álcool no sangue (TAS) é baseada no princípio de que 1 mg de álcool por litro de ar expirado é equivalente a 2,3 g de álcool por litro de sangue.
- 5 - Considera-se sob influência de substâncias psicotrópicas o condutor que, após exame realizado nos termos do presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico ou pericial.
- 6 - Quem infringir o disposto no n.º 1 é sancionado com coima de:
  - a) (euro) 250 a (euro) 1250, se a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l;
  - b) (euro) 500 a (euro) 2500, se a taxa for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou, sendo impossível a quantificação daquela taxa, o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico ou ainda se conduzir sob influência de substâncias psicotrópicas.
- 7 - Os limites de 0,5 g/l e 0,8 g/l referidos no número anterior são reduzidos para 0,2 g/l e 0,5 g/l, respetivamente, para os condutores em regime probatório, condutores de veículos de socorro ou de serviço urgente, de transportes coletivo de crianças e jovens até aos 16 anos, de táxis, de automóveis pesados de passageiros ou de mercadorias ou de transporte de mercadorias perigosas.