



Direito Penal I

3.º Ano – Noite / 2020-2021

Regência: Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: João Matos Viana, David Silva Ramalho, Mafalda Moura Melim e Tiago Geraldo

Época Normal – Exame de Coincidências – 26 de janeiro de 2021

Duração: 90 minutos

Estado de emergência

1. Em 01.12.2020, em pleno estado de emergência renovado pelo Presidente da República, **Óscar**, com recomendação de isolamento profilático depois de ter estado em contacto com um caso suspeito de COVID-19, saiu à rua para comprar pão, permanecendo na fila exterior da padaria sem máscara de proteção e espirrando por três ocasiões enquanto esperava pela sua vez.
Pode ser imputado a **Óscar** o crime previsto no artigo 283.º do Código Penal? (4 valores)
2. Admitindo que a resposta à questão anterior é positiva, e assumindo que **Óscar** é português e reside em Portugal mas o facto foi praticado em Espanha, durante uma deslocação de trabalho, e que não se prevê em Espanha semelhante incriminação, é aplicável a lei penal portuguesa? (4 valores)
3. Suponha que no mesmo dia 01.12.2020 entrou em vigor a Lei n.º X/2020, que veio consagrar diversas medidas excecionais e temporárias e que num dos seus artigos dispõe: “*Quem violar recomendações das autoridades de saúde durante a vigência da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, nomeadamente em matéria de distanciamento social, etiqueta respiratória e higienização das mãos, ou não mantiver instalada a aplicação STAYAWAY COVID em dispositivo telefónico móvel ou similar de que seja titular, incorre na pena prevista para o crime de desobediência qualificada previsto no artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal.*”
Pronuncie-se sobre a constitucionalidade desta norma. (5 valores)
4. Suponha agora que a Lei n.º X/2020 é revogada em 02.12.2021.
Independentemente da resposta à questão anterior, poderia alguém ser julgado pelo crime em causa, referido em 3., após 02.12.2021, mas por facto praticado durante a vigência da Lei n.º X/2020? (5 valores)

Ponderação Global: (sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese, clareza de ideias e correção da linguagem): 2 valores.

Os exames com caligrafia ilegível não serão corrigidos.

Grelha de correção

1. O segmento típico relevante da norma incriminadora constante do artigo 283.º do CP que importa analisar e confrontar com o caso vertente encontra-se na alínea *a*) do respetivo n.º 1, em conjugação com o segmento final do preceito, nos termos do qual “[q]uem [...] [p]ropagar doença contagiosa [...]” “e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Na medida em que a interpretação da lei penal tem por limite máximo e inultrapassável o significado possível e previsível das palavras, considerando o seu uso na linguagem quotidiana — sendo proibida a integração de lacunas por analogia desfavorável (artigo 1.º, n.º 3, do CP), por força do princípio da legalidade penal (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição) —, é de rejeitar que Óscar, mesmo adotando um comportamento de risco eventual, possa responder pelo crime em causa, na medida em que do enunciado da hipótese não é sequer possível aferir, com segurança, se *(i)* Óscar contraiu efetivamente uma doença contagiosa, nem, conseqüentemente, se *(ii)* Óscar contagiou terceiros com essa doença e, muito menos, se *(iii)*, por essa via, criou perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de terceiros.

O critério do sentido teleológico da solução incriminadora (traçando a fronteira entre o sentido do permitido e do proibido) aponta para a mesma conclusão, na medida em que o núcleo de ilicitude captado pelo tipo incriminador se restringe à transmissão efetiva de doença contagiosa (trata-se de um crime de perigo concreto, que exige prova positiva do perigo gerado pela conduta do agente) e não a um risco geral de transmissão (como sucederia se a incriminação em análise assumisse a natureza de crime de perigo abstrato).

Em conclusão, da hipótese não resultam elementos que permitam, com segurança (e sem recurso à integração analógica, sempre proibida *in malem partem*), concluir que o comportamento de Oscar é suscetível de preencher o tipo incriminador da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 283.º do CP.

2. Considerando-se o facto praticado em Espanha (artigo 7.º, n.º 1, do CP), a lei penal portuguesa não pode ser aplicada com base no critério da territorialidade (artigo 4.º do CP), restando verificar se Portugal poderá ser competente para apreciar o facto com base nos critérios extraterritoriais previstos no artigo 5.º do CP.

Não estando o crime em análise incluído nos catálogos de crimes constantes das alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 5.º do CP, e não sendo Óscar estrangeiro — com o que fica excluída a aplicação da alínea *f)* do mesmo preceito legal —, a fundamentação de competência espacial da lei portuguesa com base na alínea *e)* também deve considerar-se afastada: embora o facto seja praticado por cidadão português e se presuma que Óscar, sendo aqui residente, possa ser encontrado em Portugal, a conduta em causa não é punível pela legislação do país em que foi praticada (Espanha).

Como tal, a lei penal portuguesa não é aplicável ao facto cometido por Óscar.

3. Estamos perante uma norma penal indeterminada, reconduzível, dado o seu carácter remissivo, a uma norma penal em branco (quer na sua aceção ampla, quer na aceção restrita), pois remete explicitamente, e de forma genérica e indiscriminada, o preenchimento do seu conteúdo normativo para o que resultar das “*recomendações das autoridades de saúde*”.

Coloca-se um problema de inconstitucionalidade material por definição insuficiente e imprecisa do comportamento proibido, em clara violação da exigência de determinabilidade

do tipo penal, decorrente do princípio da legalidade, na vertente de lei certa (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição). A remissão feita na norma em apreço (para “*recomendações das autoridades de saúde*”) não tem sequer necessariamente por destino um instrumento normativo, o que suscita igualmente problemas de constitucionalidade orgânica (por definição dos elementos do crime através de órgão constitucionalmente incompetente – artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição) e formal (por definição dos elementos do crime em violação da reserva de lei – artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, e 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição).

Recorda-se que, de acordo com os critérios avançados pelo Tribunal Constitucional, só são admissíveis normas penais em branco se estas, não obstante o seu caráter remissivo, incorporarem em si mesmas, de forma perceptível, o respetivo conteúdo material de ilicitude, permitindo assim através da leitura da conduta tipificada identificar o bem jurídico protegido, o resultado cuja produção se pretende evitar (desvalor do resultado) e a ação perigosa que se proíbe (desvalor da ação), de tal forma que a norma ou normas complementares surjam como mera concretização/quantificação da norma que contém a ameaça de sanção penal. Não é manifestamente esse o caso da norma em apreço, cujo conteúdo normativo não permite identificar e calibrar em termos substanciais qualquer um daqueles eixos definidores do núcleo material de ilicitude do comportamento punido.

Paralelamente, a norma em causa coloca igualmente problemas de compatibilidade com o princípio da necessidade (artigo 18.º, n.º 2, do CP) e com o crivo de ofensividade que é seu corolário, também aqui com a consequente inconstitucionalidade material, na medida em que não é possível reconhecer a existência de um bem jurídico potencialmente ameaçado em todos e cada um dos comportamentos em abstrato abarcados na definição amplíssima do respetivo comportamento típico (“[q]uem violar *recomendações das autoridades de saúde durante a vigência da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19*”).

Pelas razões expostas, a norma incriminadora em apreço deve ser considerada inconstitucional, sendo como tal inaplicável (artigo 204.º da Constituição).

4. Colocando de parte as questões de constitucionalidade material tratadas na resposta à questão anterior, a resposta à pergunta agora em análise é afirmativa, isto é, aos factos praticados durante a vigência da Lei n.º X/2020 aplicar-se-ia a referida lei, mesmo que essa aplicação ocorresse em momento posterior à revogação do diploma em causa.

Assumindo como momento da prática do facto o da conduta (artigo 3.º do CP), a Lei n.º X/2020 seria aplicável a factos praticados durante o seu período de vigência, mesmo que no momento da sua aplicação a lei em causa já não se encontrasse em vigor, pela circunstância de se tratar de uma lei temporária, isto é, de uma lei que foi projetada pelo legislador para valer e vigorar (apenas) num período temporal determinado — no caso, durante a vigência da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19.

É esse o fundamento material desta lei temporária, e de todas as que revestem essa natureza: a verificação de uma situação de emergência epidemiológica (reconduzível a uma “*excepcionalidade historicamente objetiva*”, na expressão de Fernanda Palma) que reclama e justifica, por parte do legislador, uma intervenção político-criminal diferenciada, por essa via legitimando a sua não sujeição ao princípio da retroatividade da lei penal de conteúdo mais favorável, como resulta da solução consagrada no artigo 2.º, n.º 3, do CP, aqui aplicável.

Note-se que o regime constante do citado artigo 2.º, n.º 3, do CP não excepciona sequer aquele princípio geral, pois a intervenção penal concretizada numa lei temporária tem subjacente uma determinada conceção legislativa sobre a necessidade de punir (e correspondentes exigências preventivas) que se mantém imutável para certo período histórico, mesmo que depois se modifiquem as circunstâncias fácticas que justificaram a

edição dessa lei. Pelo contrário, o que justifica a retroatividade da lei penal de conteúdo mais favorável é precisamente — por exigências de necessidade e de igualdade (artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da Constituição) — a alteração da perspetiva do legislador quanto à necessidade de pena de certo comportamento.

Assim, e não obstante a Lei n.º X/2020 ser revogada em 02.12.2021, a mesma continuaria a ser aplicável a factos praticados anteriormente a essa data, desde que durante o seu período de vigência, aplicando-se assim ultra-ativamente a tais factos, nos termos preceituados no citado artigo 2.º, n.º 3.