



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciados Nuno Igreja Matos e Inês Vieira Santos

Exame – 14 de fevereiro de 2022

Duração: 120 minutos

Tópicos de correção

1 – Estando em causa o crime de omissão de vacinação – e não cabendo, na resposta a esta questão, a avaliação da possível inconstitucionalidade desta incriminação, a qual se realizará na resposta à pergunta 3 –, a análise da competência dos tribunais portugueses para julgar André deverá iniciar-se pela determinação do lugar da prática do facto. Tratando-se de uma omissão, cabe identificar o local em que a ação (apresentação para vacinação) deveria ter sido praticada, neste caso, Portugal, sendo este o *locus delicti*, de acordo com o princípio da ubiquidade previsto no artigo 7.º do Código Penal (CP). Haverá, por conseguinte, competência territorial dos tribunais portugueses para julgar André pela referida omissão, nos termos do artigo 4.º, alínea *a*), do CP, conjugado com o artigo 5.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Não se coloca, neste caso, qualquer problema de restrição da aplicação da lei portuguesa (artigo 6.º do CP), pelo que esta é aplicável.

A segunda questão refere-se ao problema de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Sendo a Alemanha um Estado-Membro (EM) da União Europeia (UE), Portugal deve emitir um mandado de detenção europeu (MDE), sendo de analisar o regime constante da Lei n.º 65/2003 (LMDE), observando o princípio do reconhecimento mútuo (artigo 1.º da LMDE).

Uma vez que é Portugal o EM de emissão, o âmbito de aplicação do MDE terá de obedecer às regras constantes do artigo 2.º da LMDE, por força do artigo 37.º do mesmo diploma. Considerando que este MDE será requerido para efeitos de procedimento criminal, como sugere a questão colocada, a pena prevista neste país para o crime de omissão de vacinação deverá ter uma duração máxima não inferior a 12 meses, o que, considerando a estatuição descrita no enunciado, está verificado (artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da LMDE). A infração em causa não se enquadra no elenco do artigo 2.º, n.º 2, da LMDE, pelo que é necessária a verificação da dupla incriminação, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da mesma Lei. Caso a omissão de vacinação não seja punida de acordo com a lei alemã, a execução do MDE deverá ser recusada pela Alemanha, por violação do princípio da dupla incriminação, nos termos do artigo 11.º, alínea *f*), da LMDE.

Por outro lado, se se admitir que a lei alemã contempla um tipo incriminador semelhante à infração descrita, o mesmo deverá ser executado, salvo decisão fundamentada de recusa de execução do MDE pelas autoridades alemãs. Os dados do enunciado não permitem identificar qualquer motivo de recusa obrigatória de execução do mandado (artigos 11.º e 13.º, n.º 1, alínea *a*), da LMDE. Não se verifica, também qualquer motivo de recusa facultativa (artigos 12.º e 13.º, n.º 1, alínea *b*)) pelo que a Alemanha deverá executar o MDE, entregando André às autoridades portuguesas.

2 – Tendo sido declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 5.º da Lei X-2022, os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade são os que constam no n.º 1 do artigo 282.º, n.º 1, da CRP – a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Mas o n.º 3, primeira parte, do artigo 282.º, da CRP, prevê uma ressalva do caso julgado. Esta ressalva poder-se-ia aplicar ao caso de André, pois a hipótese diz-nos que este já tinha sido condenado no dia 1 de abril (apesar de não termos indicações da efetiva existência de caso julgado, na medida em que não temos indicação do tempo que distou entre a condenação e a declaração de inconstitucionalidade).

Todavia, *in casu* esta ressalva do caso julgado não se aplica, porquanto o n.º 3, segunda parte, do artigo 282.º, da CRP, dispõe que se houver decisão em contrário do Tribunal Constitucional não se ressalvará o caso julgado se a norma declarada inconstitucional for de conteúdo menos favorável ao arguido e respeitar a matéria penal, o que é o caso. Aqui a CRP deve ser lida de acordo com os princípios constitucionais subjacentes, sendo que cabe ao Tribunal Constitucional avaliar se uma norma é ou não menos favorável e, se a resposta for positiva, este não terá um poder discricionário. Portanto, a possibilidade prevista no n.º 3, segunda parte, do artigo 282.º, da CRP, é uma possibilidade vinculada. Esta interpretação restritiva no sentido da existência de um poder vinculado do Tribunal Constitucional, no caso em que a lei repriminada é mais favorável, é efetuada de acordo com o pensamento do legislador e com os princípios constitucionais, nomeadamente com o princípio da aplicação de lei de conteúdo mais favorável.

3 – A questão em análise convoca um problema de conceito material de crime. Ora, na análise da constitucionalidade de uma norma incriminatória, é necessário atender a que só haverá legitimidade para preservar bens jurídicos comparáveis aos que se sacrifica, no limite, à liberdade humana, considerando que o Direito Penal consagra penas privativas da mesma. Sendo a intervenção do Direito Penal, em Estado de Direito Democrático alicerçado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) fragmentário, de *ultima ratio*, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP impõe, no mesmo sentido, que esta interferência se limite à tutela de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, *i.e.*, de bens jurídicos essenciais à subsistência da sociedade e ao livre desenvolvimento da personalidade ética de cada um.

No presente caso, a Lei X-2022 da Assembleia da República prevê a incriminação da conduta correspondente à omissão de vacinação relativa à Covid-19, punindo-a com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 240 dias. Deste modo, uma eventual inconstitucionalidade deste preceito pode encontrar o principal fundamento na violação do princípio da necessidade pena (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), expresso na ideia de carência de tutela penal. Com efeito, a identificação de um possível bem jurídico protegido por esta norma incriminadora – para quem a entenda como condição de validação de uma incriminação – não se revela difícil, correspondendo, *grosso modo*, à saúde pública. No entanto, o recurso ao direito penal só se achará legitimado quando não existam mecanismos menos gravosos de tutela dos bens jurídicos protegidos, considerando que está em causa a aplicação de sanções restritivas de direitos fundamentais.

Na hipótese em análise, esta dimensão manifesta-se com especial acuidade atendendo desde logo à (prévia) existência de um crime de propagação de doença (artigo 283.º do CP), que parece pretender alcançar propósitos idênticos ao da referida norma da Lei X/2022. De facto, ambas as

incriminações almejam evitar a disseminação de doenças – no caso da segunda, especificamente a Covid-19 – tipificando condutas que contribuem para tal propagação. Acresce ainda que, no que concerne ao crime ora em exame, a consagração deste comportamento como merecedor de sanção penal implica uma imposição (indireta) de vacinação, suscetível de afetar a liberdade individual e o direito à saúde (artigo 64.º da CRP). Como fator de ponderação adicional, cumpre aludir à dimensão da adequação, mostrando-se inverosímil que a ameaça da pena possa funcionar como mecanismo de prevenção e, conseqüentemente, garantir a tutela do bem jurídico a proteger.

Ainda assim, releva sublinhar o carácter pandémico do vírus em causa, a respetiva facilidade de propagação, e os efeitos sistémicos já conhecidos, que poderiam reclamar uma solução excecional, como forma de resposta à situação de emergência. No entanto, as restrições impostas, por esta via, a direitos fundamentais não parecem surgir como necessárias, atendendo aos argumentos *supra* indicados.

Em síntese, a existência de formas alternativas de tutela implicaria a inconstitucionalidade material da incriminação constante do artigo 5.º da Lei X/2022, por violação do princípio da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

4 – A questão em apreço convoca um problema de princípio da legalidade, na vertente da reserva de lei (*lex scripta*) (artigos 29.º, n.º 1 da CRP e 1.º, n.º 1 CP), em concreto, proibição das normas penais em branco, *i.e.*, normas que estabelecem o conteúdo da sua previsão ou da sua estatuição por remissão para outras normas hierarquicamente inferiores.

No caso, apesar de ter sido aprovada pela Lei X-2022, a incriminação constante do artigo 5.º, que prevê a necessidade de comparência para vacinação à Covid-19, bem como a estatuição que estabelece a moldura penal em caso de inobservância, tem parte da sua previsão, a que diz respeito à hora, local e data, determinada pelas autoridades de saúde, ficando os referidos elementos subtraídos ao âmbito da lei aprovada pela Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP).

Apesar de vigorar, no Direito Penal, o princípio da determinação das normas incriminadoras, segundo o qual todos os pressupostos da incriminação têm de estar descritos e ser regulados por lei, nem todas as normas penais em branco são inconstitucionais por violação do princípio da legalidade, antes sendo necessário atender ao grau de esvaziamento do conteúdo percetivo da norma e/ou à atribuição da competência a leis hierarquicamente inferiores ou a atos administrativos.

Ora, apesar de a definição da hora, local e dia ser atribuída às autoridades de saúde e, por isso, definida por ato administrativo, o núcleo fundamental do comportamento proibido pela norma, conteúdo do ilícito, não depende totalmente da norma para a qual se remete. A incriminação e, em particular, o interesse prosseguido recaem sobre a “não comparência para vacinação relativa à Covid-19”, traduzindo-se este elemento no cerne do ilícito (sentido essencial do comportamento proibido), a qual é punida com “pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias”, estando a estatuição também devidamente consagrada. Pode concluir-se que a remissão daqueles elementos (dia, hora e local) para as autoridades de saúde é um aspeto essencialmente técnico, não estando o objeto da norma remissiva – a obrigatoriedade de vacinação - dependente do conteúdo concreto destes elementos. Nestes casos, como é o em apreço, a norma incriminadora produz o seu efeito incriminador ou tutela o interesse prosseguido em pleno, independentemente do conteúdo da norma para a qual se remete.

Por outro lado, não se pode considerar que a remissão em causa afete a previsibilidade e segurança jurídicas pois a proibição de não comparecer para ser vacinado já está contida na primeira norma, aprovada pela Lei X/2022, estando dependente da hora, local e dia apenas um efeito de regulação.

Assim, a norma remissiva não padece de inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP), nesta vertente, porque regula diretamente o comportamento proibido e permitido.

5 – O caso coloca um problema de interpretação da lei penal, que convoca o princípio da legalidade, sob a veste do seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (cf. art. 29.º/1 e 3 da Constituição da República Portuguesa).

De acordo com a proposta de Maria Fernanda Palma, ancorada em raciocínios analógicos, a interpretação permitida em Direito Penal, para salvaguarda da segurança jurídica e conformidade com o disposto no art. 1.º/3 do Código Penal, deve estribar-se no sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum, enquadrado no contexto significativo do texto da norma). Este sentido deve, igualmente, articular-se com a essência do proibido subjacente à norma criminal. Uma vez concretizada essa articulação, torna-se possível distinguir a interpretação permitida da interpretação proibida. Esta conceção diferencia-se, por isso, das teses de cunho vincadamente valorativo, como a que é sustentada, por exemplo, por Castanheira Neves, que vê nas palavras apenas uma exteriorização possível da norma, cuja ideia do proibido pode, por isso, ser encontrada noutras proveniências, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial, sem limitação pelo texto legal.

Feito este enquadramento, constata-se que a conduta de André suscita dúvidas interpretativas no que respeita à sua abrangência pela disposição legal do artigo 5.º da Lei X-2022 porque, aparentemente, André terá cumprido o dever cuja omissão aquele artigo pretende punir (comparecer no centro de vacinação indicado, no dia e à hora indicados).

Chamando à resolução do caso a conceção interpretativa de Maria Fernanda Palma, uma primeira abordagem ao problema poderá levar a concluir que não existe correspondência entre a conduta de André (que compareceu no centro de vacinação no local, dia e hora indicados) e a norma punitiva (que pune a não comparência). O facto de ter estado presente no centro de vacinação, e de eventualmente até lá se ter dirigido com o propósito de se vacinar, poderia sugerir, assim, uma ausência de correspondência entre o comportamento de André e o sentido possível e comunicacional da expressão “não comparecer no centro de vacinação”.

No entanto, uma análise mais rigorosa aos factos do caso e à norma jurídico-penal revela que esta primeira leitura não é sustentável e não pode, por isso, ser admitida. Em primeiro lugar, porque o significado de '(não) comparência', no seu sentido social comunicacional, no contexto normativo e social (contexto de pandemia) em que é utilizado, tem como sentido primordial a 'não-vacinação'. Em segundo lugar, a articulação deste sentido com a essência da proibição (que, neste caso, por estar em causa um crime omissivo, se manifesta sob a forma de uma obrigação) corrobora este entendimento. Visando-se a tutela da saúde pública (e de outros bens, incluindo individuais, que com este se relacionam mediatamente), percebe-se que esse desígnio é prosseguido por via da vacinação de todos os residentes nacionais. Nesta senda, mais claro fica que a norma se dirige à punição da omissão de vacinação e não da omissão de comparência no centro de vacinação, e que, por conseguinte, é esse o âmbito da punição, não se ultrapassando os limites impostos pelo princípio da legalidade.

Diga-se ainda, em reforço da solução apresentada, que esta interpretação encontra ainda respaldo no elemento literal que se extrai da epígrafe que titula a disposição legal (“omissão de vacinação relativa à Covid-19”). Mais: não só o sentido comunicacional das palavras, a essência da proibição e o elemento literal da epígrafe permitem concluir que assim é, como isso também sempre decorreria de uma interpretação guiada por mecanismos lógicos. É que o contexto da aprovação da norma, associado à pandemia de Covid-19, sempre tornaria suficientemente previsível para os destinatários da norma, independentemente do maior ou menor rigor das palavras empregues, que o seu propósito é o de obrigar à vacinação. Até porque, por tudo o exposto, não seria logicamente suportável obrigar as pessoas a comparecer num centro de vacinação, sem mais.

Em face do exposto, o comportamento de André estaria abrangido pela norma jurídico-penal, pelo que poderia ser punido pela prática de crime de omissão de vacinação relativa à Covid-19.

6 – Pergunta-se, por outras palavras, se há ou não um concurso de crimes. Desde logo, a haver um concurso de crimes, será um concurso real, por existir uma pluralidade de condutas (omissões, mais propriamente), e homogêno, por só estar preenchido um tipo incriminador, o do artigo 5.º da Lei X-2022. E é por esta mesma razão que, à partida, e por força da segunda parte do artigo 30.º, n.º 1, do CP, existirá um concurso de crimes.

Porém, poder-se-á ponderar se não se tratará de um concurso aparente de crimes, nomeadamente, por aplicação do critério do sentido social de ilicitude da conduta na sua globalidade, avançado pelo Prof. Figueiredo Dias. Dificilmente se vislumbra, no caso, um preenchimento do tipo incriminador em questão que se sobreponha aos restantes, de maneira a que possa ser tido como o ilícito predominante ou principal. Desde logo, por ausência de uma relação funcional do género meio-fim. O desfasamento temporal também consitui um indício de que estamos perante uma pluralidade de sentidos de ilicitude. Quando muito, poderá haver uma unidade de desígnio criminoso – André pode simplesmente ter decidido não ser vacinado de todo, qualquer que seja a circunstância –, fator que pode conferir um sentido fundamentalmente unitário de ilicitude ao seu comportamento global.

Havendo um concurso efetivo de crimes, fica de lado a hipótese de o mesmo ser tratado como um crime continuado (artigo 30.º/2), por força do artigo 30.º/3 (estão em questão bens eminentemente pessoais), o que, relativamente ao modo como o agente será punido, impõe a aplicação do artigo 77.º (punição pela soma das penas aplicáveis aos vários crimes, embora numa única pena) e impede a aplicação do artigo 79.º (punição só por uma das condutas, a mais grave).