



**Direito Penal I**  
**3.º Ano – Noite**

**Regência:** Professora Doutora Maria Fernanda Palma

**Colaboração:** Professor Doutor Ricardo Tavares da Silva, Mestre António Brito Neves e Dr. Tiago Geraldo

**Exame – Coincidências** – 26 de janeiro de 2023

**Duração:** 120 minutos

**Não fumadores**

Com o intuito de proteger a saúde da população e diminuir os encargos do Serviço Nacional de Saúde com doenças respiratórias, a Assembleia da República aprovou uma lei que entrou em vigor a 5 de janeiro de 2023, e que incluía a seguinte disposição:

*Artigo 3.º*  
*Uso de tabaco*

*Quem fumar ou, por qualquer meio, adquirir cigarros será punido com pena de prisão até um ano.*

**1 – Aprecie a constitucionalidade desta disposição. (4 v.)**

No dia 10 de janeiro de 2023, enquanto discutiam filosofia, Gualter fumou várias vezes o cachimbo que recebera de prenda de Natal, e Hugo fumou vários cigarros.

**2 – Tendo em conta os princípios e normas que regem a interpretação em Direito Penal, podia Gualter ser punido pelo crime de uso de tabaco? (3 v.)**

Alertado pelos amigos de que podia ver-se em problemas com a polícia devido ao hábito de fumar, Hugo decidiu livrar-se dos maços de que ainda dispunha, e vendeu-os a um colega de trabalho no dia 11 de janeiro.

No dia 15, entrou em vigor uma alteração ao artigo 3.º, que passou a ter a seguinte redação:

*Artigo 3.º*  
*Uso de tabaco*

*Quem doar, vender ou, por qualquer outro meio, ceder cigarros a outrem será punido com pena de prisão até seis meses.*

**3 – Supondo que Hugo seria julgado a 20 de janeiro por ter fumado cigarros no dia 10 e por ter vendido maços no dia 11, qual devia ser a decisão sobre a sua responsabilidade? (4 v.)**

Decidindo punir Hugo por ter fumado cigarros, o tribunal apresentou a seguinte fundamentação:

*O agente cedeu à vontade de fumar devido à dependência do tabaco, que tornou muito difícil abdicar dos cigarros. Ainda assim, perante a necessidade de tornar clara a reprovação da prática, é punido em cinco meses de prisão efetiva.*

**4 – Aprecie a decisão do tribunal. (4 v.)**

Gualter, português residente em Portugal, deslocou-se à Alemanha em dezembro de 2022 para dar aulas de filosofia numa universidade, e foi depois acusado de ali ter constrangido uma aluna alemã a praticar actos sexuais. No dia 21 de janeiro, chegou, vindo da Alemanha, um pedido de entrega de Gualter para ser julgado por coação sexual (punida na Alemanha com pena de prisão entre seis meses e cinco anos).

**5 – Como devia ser decidido o pedido? (3 v.)**

**Ponderação global: 2 v.**

## Tópicos de correção

1 –

A questão coloca um problema de conceito material de crime e, conseqüentemente, de validação das normas penais em função do seu conteúdo, entendendo-se que essa validação tem por referência a Constituição da República Portuguesa.

Para qualquer um dos tipos de conduta previstos no artigo 3.º da lei anti-tabagismo referida no enunciado, ‘fumar cigarros’ e ‘adquirir cigarros’, pode ser invocada a proteção de bens jurídicos merecedores da tutela penal, como o bem jurídico ‘saúde pública’ (ao qual se chegará por “analogia material” com o artigo 64.º da Constituição, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS), sendo, aliás, referido, no enunciado, a proteção da saúde da população como um dos fins da lei em causa. O artigo 64.º inclui ainda uma referência ao SNS.

Admitindo que há cobertura constitucional (ainda em termos de dignidade penal), ainda assim, pode não se justificar a tutela penal.

Relativamente à ação de fumar cigarros, a proibição não distingue entre fumar em público e fumar em privado, nem entre fumar perto de outras pessoas ou sozinho. Mesmo admitindo que os atos em causa são prejudiciais para a saúde dos fumadores, levantam-se obstáculos à criminalização. Desde logo, a proteção dos bens não deve realizar-se, em princípio, contra a vontade dos respetivos titulares. A orientação contrária revelaria uma intencionalidade paternalista dificilmente compatível com o modelo liberal da CRP, que se pode ver desenhado, nomeadamente, nos artigos 1.º, 2.º, 13.º e 27.º Uma vez que as ações são sobretudo prejudiciais para os seus praticantes, dificilmente se justificaria por aí a punição.

Relativamente tanto à ação de fumar como à de adquirir cigarros, a sua incriminação só se justificará tratando-os como crimes de perigo, sempre se podendo perguntar se não se estará perante uma tutela penal excessivamente antecipada. Além disso, e articulando com o ponto visto atrás, serão crimes de perigo concreto, exigindo-se a prova do perigo para a saúde de outrem (ou, pelo menos, a admissão de prova em contrário).

Por fim, e pensando na exigência contida no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, é discutível que a incriminação seja adequada, dada a sua ineficácia em face de comportamentos aditivos, que seja necessária, na medida em que a ameaça da aplicação de coimas de valor elevado seria tão ou mais eficaz ou, mesmo, pensando-se na possibilidade de uma intervenção estadual semelhante à operada para a toxicodependência, e que seja proporcional, visto que os custos implicados para outros direitos fundamentais podem exceder os benefícios da incriminação.

2 –

A questão coloca um problema de interpretação da norma penal constante do artigo 3.º da lei anti-tabagismo referida no enunciado, tendo de se identificar se a ação de Gualter, fumar cachimbo, se reconduz à previsão daquela tendo em consideração os limites da interpretação permitida em Direito Penal, para lá da qual se entra no domínio da analogia proibida (artigos 1.º, n.º 3, do Código Penal, e 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa).

Não obstante poder-se considerar que, em função da essência do proibido, ter sentido que um tal comportamento seja incriminado sendo-o o do consumo de cigarros, a verdade é que, e socorrendo-nos do critério avançado por MARIA FERNANDA PALMA, é ultrapassado o limite do texto legal, pois ‘fumar cachimbo’ não é abrangido por algum dos sentidos possíveis da expressão ‘fumar cigarros’ tal como esta é entendida na linguagem social comum. Com efeito, nem mesmo de uma (admitindo-se a figura) interpretação extensiva se trata, pois, mesmo

considerando o sentido mais amplo daquela última expressão, fumar cachimbo não é o mesmo que fumar um cigarro.

Consequentemente, Gualter não podia ser punido pela sua ação, sendo que interpretar o referido artigo 3.º de modo a punir tal ação constituiria uma violação da proibição de analogia em Direito Penal, desrespeitando-se o princípio da legalidade no seu corolário ‘lei estrita’.

Para quem seguisse orientação diversa, não vendo no sentido possível das palavras um limite prévio à interpretação, a reposta podia ser em sentido contrário, dada a correspondência material entre a intencionalidade do critério normativo e o problema apresentado pelo caso. Efetivamente, é notório que os pontos essenciais para aferir a pertinência da norma estão presentes, não se descortinando diferença relevante, para o efeito, entre fumar cigarro ou cachimbo.

### 3 –

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal, é aplicável, à partida, a lei em vigor no momento da prática do facto, que, de acordo com o artigo 3.º, é o momento em que o agente atuou.

Relativamente tanto à ação de fumar cigarros como à ação de vender cigarros, e tendo em consideração os critérios apontados, é aplicável, à partida, o artigo 3.º da lei anti-tabagismo referida no enunciado na sua redação inicial, sendo, portanto, criminalizada a ação de fumar cigarros e não sendo criminalizada a ação de vender cigarros (tudo anterior a 15 de janeiro, data da entrada em vigor da nova redação).

A *contrario* do mesmo artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal, assim como do artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa, retira-se a proibição de aplicação retroativa da versão posterior da legislação em questão.

Porém, em função da alteração legislativa, verifica-se, relativamente à ação de fumar cigarros, uma descriminalização, pelo que se aplica o disposto no artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal, não podendo Hugo vir a ser punido, afinal, pelo crime de consumo de tabaco.

Relativamente à ação de vender cigarros, mantém-se a dita proibição de aplicação retroativa da nova versão, não podendo Hugo ser punido pelo crime de venda de tabaco, assim se respeitando os princípios da segurança e da culpa.

### 4 –

Tendo em consideração o disposto no artigo 40.º, n.º 2, do Código Penal, a pena tem de respeitar o limite da culpa. Esta exigência não depende de considerações sobre a culpa ser (um) fundamento ou um mero pressuposto da punição. Neste sentido, se a referência à dependência do tabaco tem repercussões ao nível do juízo de censura relativo à prática do facto, visto que essa dependência se repercute na diminuição da liberdade do agente para adotar outro comportamento, não poderia Hugo ter sido punido ou, pelo menos, não com a pena máxima.

A fundamentação apresentada pelo tribunal vai exclusivamente ao encontro dos fins referidos no artigo 40.º, n.º 1, mais especificamente, do fim de prevenção geral referido na 1.ª parte, considerando que “a necessidade de tornar clara a reprovação da prática” nada mais é que a necessidade de reforçar o sentimento comunitário de confiança no Direito. A pena teria, assim, essencialmente, um carácter simbólico, porquanto é enviada a mensagem, à comunidade, de que o crime não fica impune. Ora, desconsiderando-se a culpa do agente a favor de um tal tipo de fundamentação preventivista, haverá, como argumentado por MARIA FERNANDA PALMA, instrumentalização do agente e, consequentemente, desconsideração da sua dignidade na qualidade de pessoa humana (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa). Adicionalmente, considerações ao nível da separação de poderes poderão ser suscitadas, na

medida em que se deixa no juiz a posição de expressar, através da aplicação da pena, as expectativas coletivas de punição.

Por fim, estão ausentes da fundamentação preocupações de prevenção especial positiva, o que é igualmente de reprovar, tendo em conta que, segundo o artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal, a pena também visa a reintegração do agente na sociedade.

## 5 –

Havendo um pedido de entrega por parte de um Estado-membro a outro Estado-membro da União Europeia, é aplicável a Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (artigo 1.º). O mandado de detenção europeu pode ser emitido pelo Estado alemão por o crime de coação sexual ser aí punido com pena não inferior a 12 meses, pois a pena máxima prevista na lei alemã é de cinco anos (artigo 2.º, n.º 1).

Já a entrega por parte de Portugal só é admissível se o facto que motiva o pedido constituir crime tanto no Estado membro de emissão como em Portugal (artigo 2.º, n.º 3), exceto se estiver em causa um dos crimes elencados no artigo 2.º, n.º 2, e desde que a pena prevista seja superior a três anos de prisão. Não obstante este último requisito estar preenchido, o crime de coação sexual não se encontra elencado no referido n.º 2 do artigo 2.º. Como tal, é necessário que o mesmo também seja punido em Portugal – já adiantando o enunciado que o é na Alemanha –, o que acontece, nos termos do artigo 163.º do Código Penal.

Sendo Gualter português, de acordo com o artigo 13.º, n.º 1, al. *b*), da Lei n.º 65/2003, a decisão de entrega pode ficar sujeita à condição de que ele, depois de ouvido, seja devolvido a Portugal para aqui cumprir a sanção em que seja condenado. Dado que ele reside em Portugal e não se dá conhecimento de ligação especial ou permanente à Alemanha, e sem prejuízo de o próprio Gualter ter oportunidade de ser ouvido sobre a questão, a finalidade de prevenção especial positiva aconselha que a decisão de entrega seja condicionada à referida devolução.