



Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professores Doutores Ricardo Tavares da Silva e António Brito Neves,
e Dr. Tiago Geraldo

Exame – 23 de fevereiro de 2024

Duração: 120 minutos

A 10 de agosto de 2023, **Olga**, de férias no Algarve pela primeira vez, decide estreiar a sua recém-adquirida trotinete elétrica. Sai pela garagem da casa onde se encontrava e entra tranquilamente na EN125. Porém, julgando tratar-se de uma estrada de sentido único (não obstante a sinalização existente), fá-lo em contramão. Nesse dia, havia bastante trânsito e só por sorte **Olga** não provocou um acidente, tendo-se colocado na via certa quando se apercebeu do erro.

1 – Pode **Olga** ser punida pelo crime previsto no artigo 291.º, n.º 1, al. *b*), do Código Penal? Responda tendo em consideração os critérios relevantes de interpretação da lei penal (**4 vs.**)

2 – Admitindo que a resposta à pergunta anterior é afirmativa, suponha que, a 10 de novembro de 2023, o artigo 291.º, n.º 1, do Código Penal, é alterado por um decreto-lei não autorizado, sendo eliminada a exigência de criação de perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, e diminuída a pena máxima (assim como a dos restantes números).

Quais os problemas suscitados em termos de constitucionalidade e de aplicação da lei penal no tempo? (**4 vs.**)

3 – Suponha, agora, que **Olga** é espanhola e que há um pedido de entrega de **Olga** por parte do Estado espanhol para efeitos de procedimento criminal.

Admitindo que o Código Penal espanhol possui um tipo incriminador idêntico ao do artigo 291.º, n.º 1, al. *b*), como deve Portugal responder a esse pedido? (**4 vs.**)

4 – Em julgamento, **Olga** alegou que o artigo 291.º, n.º 1, al. *b*), do Código Penal é inconstitucional por não prever diretamente o tipo de comportamento de que estava a ser acusada, tendo de se recorrer ao Código da Estrada.

Tem **Olga** razão? (**3 vs.**)

5 – **Olga** acabou por ser condenada na pena máxima, e com a seguinte fundamentação: “*não obstante a culpa diminuta da arguida, urge proteger a comunidade de alguém que revele os níveis de descuido revelados pela arguida*”.

Diga se esta fundamentação se encontra em conformidade com os princípios e critérios relevantes em matéria de fins das penas. (**3 vs.**)

Ponderação global: **2 vs.**

Tópicos de Correção

1 – A questão coloca um problema de interpretação da lei penal. Nesta sede, e para dar uma resposta à pergunta, há que ter em consideração o princípio da legalidade, consagrado nos artigos 29.º, n.º 1, da CRP, e 1.º, n.ºs 1, do CP, e, mais especificamente, a proibição de analogia incriminadora, consagrada no artigo 1.º, n.º 3, do CP. De acordo com MARIA FERNANDA PALMA, o juiz incumprirá esta proibição, punindo o agente, caso o comportamento deste não tenha correspondência com um dos significados possíveis das palavras contidas no texto legal, atendendo ao modo como estas são usadas na comunicação comum e no próprio contexto da disposição legal. A AUTORA complementa o critério de demarcação entre analogia permitida e analogia proibida com a referência à essência do proibido, sendo que, neste caso, tal não levanta problemas ao menos quanto ao objeto de proteção, porquanto os bens jurídicos protegidos (com recurso à técnica dos crimes de perigo) pela norma incriminadora – vida, integridade física e bens patrimoniais (de valor elevado) – estão igualmente em perigo no caso concreto: como refere o enunciado, **Olga** seguia em contramão, havia bastante trânsito e só por sorte não provocou um acidente.

Resta saber, por isso, se as trotinetes elétricas são, para o efeito de aplicação do artigo 291.º, n.º 1, al. b), do CP, veículos rodoviários (note-se que a norma não restringe a infração a veículos motorizados; de qualquer modo, as trotinetes elétricas possuem um motor elétrico). Na linguagem comum, não tomamos as trotinetes, ainda que com motor elétrico, como veículos rodoviários, pelo menos em paridade de condições em que se dá a circulação de automóveis e motos. Isso é reforçado pelo facto de existirem vias próprias, nas localidades, para a circulação de velocípedes (ex: bicicletas) e de trotinetes elétricas (que são equiparadas, por lei, a velocípedes). Portanto, ainda que a *ratio* do artigo 291.º, n.º 1, al. b), do CP, aponte para a inteligibilidade de a incriminação abranger este tipo de casos, o sentido possível das palavras não o permite. Estamos perante uma lacuna de lei que não pode ser integrada pelo juiz, sob pena de violação da já referida proibição contida no artigo 1.º, n.º 3, do CP.

Para quem, como CASTANHEIRA NEVES, o “texto normativo” não esteja pré-estabelecido mas resulte da própria intervenção interpretativa do juiz, constituindo a expressão da finalidade subjacente à norma incriminadora e da solução suscitada pelo caso concreto, já será de aceitar a aplicação, no caso em apreço, do artigo 291.º, n.º 1, al. b), do CP, pois, como fora dito, os bens jurídicos protegidos por essa norma incriminadora foram efetivamente colocados em perigo e de um modo similar ao ali configurado.

2 – A questão coloca um problema de aplicação da lei penal no tempo. À partida, é aplicável a lei em vigor no momento da prática do facto, por exigência dos artigos 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP, sendo determinado o momento de prática do facto nos termos do artigo 3.º (critério unilateral). Assim sendo, seria aplicável a versão anterior do artigo 291.º, n.º 1, al. b), do CP (ainda com a exigência de criação de perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado). Com a alteração legislativa (posterior eliminação dessa exigência), não se poderá continuar a aplicar a versão anterior, por o regime resultante ser mais favorável, em concreto, para o agente. Porém, e tratando-se da passagem de crime de perigo concreto para crime de perigo abstrato, há que saber se o agente fica impune, por aplicação do artigo 2.º, n.º 2, relativamente à versão antiga (descriminalização), e do artigo 2.º, n.º 1 (*a contrario*), relativamente à versão nova (proibição de retroatividade), ou se é punido na nova pena máxima (que diminuiu), nos termos do artigo 2.º, n.º 4. Contrariamente ao que acontece quanto à passagem de crime de perigo abstrato para crime de perigo concreto, a doutrina portuguesa que se debruça sobre esta constelação de problemas não diverge: é aplicada a nova versão (pena máxima diminuída, no caso), por aplicação do artigo 2.º, n.º 4, do CP. Efetivamente, mesmo para TAIPA DE CARVALHO, como todos os casos abrangidos pela versão anterior serão garantidamente

abrangidos pela nova versão, a exigência de previsibilidade subjacente ao princípio da legalidade (concretizada na proibição de retroatividade) fica intocada.

É colocado, ainda, um problema de constitucionalidade. Efetivamente, há inconstitucionalidade orgânica por violação dos artigos 165.º, n.º 1, al. c), e 198.º, n.º b), ambos da CRP, já que não houve a autorização legislativa exigida. Também as alterações legislativas se devem incluir na exigência de autorização, em função dos efeitos incriminatórios resultantes (diretos e indiretos).

Note-se, contudo, que, embora os tribunais estejam em regra impedidos de aplicar normas inconstitucionais, segundo o disposto no artigo 204.º da CRP, de acordo com MARIA FERNANDA PALMA, a autovinculação do Estado de Direito democrático ao Direito que cria implica a aplicação retroativa no caso concreto da lei penal posterior mais favorável.

3 – É aplicável o regime do mandado de detenção europeu, aprovado pela Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, por estar em causa pedido de entrega dirigido a Portugal que é proveniente de (outro) Estado-Membro da União Europeia. A exigência contida no artigo 2.º, n.º 1, encontra-se cumprida: o pedido de entrega é apresentado para efeitos de procedimento criminal; assume-se, como determina o enunciado, que o Código Penal espanhol possui um tipo incriminador idêntico ao do artigo 291.º, n.º 1, al. b), sendo punível com pena privativa da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses (mesmo o tipo negligente é punido com um máximo de dois anos). Não está um tal tipo de crime previsto no catálogo do artigo 2.º, n.º 2, da mesma lei. Como tal, há que passar pelo controlo de dupla incriminação do artigo 2.º, n.º 3: e, efetivamente, a conduta em causa é qualificada como crime tanto no Estado de emissão como no Estado de execução – Portugal, no caso. Não se verifica nenhuma das causas de recusa obrigatória do artigo 11.º. Porém, verifica-se uma das causas de recusa facultativa do artigo 12.º, n.º 1, a prevista na al. h): o facto, de acordo com o artigo 7.º, n.º 1, do CP, é praticado em Portugal). A recusa poder-se-á justificar com base nos critérios que explicam a relevância em geral da territorialidade para atribuição de competência aos tribunais nacionais, como a facilidade de recolha de prova ou as razões de prevenção geral, consoante as circunstâncias do caso apontem nesse sentido. Contra, alegar-se-á que **Olga** não é portuguesa nem, presume-se, reside habitualmente em Portugal, o que dificulta que o efeito preventivo se faça sentir.

4 – A questão convoca, mais uma vez, o princípio da legalidade, agora no seu corolário ‘lei certa’. A este respeito, coloca-se o problema de saber se a remissão feita pela usualmente designada ‘norma penal em branco’ para legislação não-penal ainda respeita o referido princípio (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), assim como a reserva de lei em matéria penal, nos termos do artigo 165.º, al. c), da CRP. Segundo jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, essa conformidade dá-se quando o bem jurídico protegido, o desvalor da ação e o desvalor do resultado já podem ser identificados a partir da norma remissiva, sem se carecer, para uma tal identificação, da norma complementar. Recorrendo a esse critério, a remissão operada pela norma contida no artigo 291.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, não é inconstitucional: os bens jurídicos protegidos estão explicitamente referidos nessa disposição legal (vida, integridade física e património); é possível identificar, de forma clara, tanto o desvalor da ação (condução de veículo nas condições descritas na disposição legal) como o desvalor do resultado (criação de perigo para os bens jurídicos referidos). Nomeadamente, a determinação, com recurso ao Código da Estrada, das condutas violadoras das regras da circulação rodoviária a que se refere o artigo 291.º, n.º 1, al. b), não implica uma valoração dessas mesmas condutas (como penalmente ilícitas); alterações das regras de trânsito não implicam alterações das valorações do legislador penal (não obstante significar alterações de valorações ao nível contra-ordenacional). Ainda nos encontramos dentro do âmbito permitido de indeterminação dos comportamentos penalmente puníveis, que assegura a máxima generalidade e abstração da norma ainda com respeito pela previsibilidade e segurança jurídicas.

5 – O tipo de fundamento invocado na decisão vai ao encontro dos fins de prevenção concretizados no artigo 40.º, n.º 1, do CP. Não obstante poder descortinar-se uma finalidade de prevenção geral negativa – não é descabido considerar que a proteção da “comunidade de alguém que revele os níveis de descuido revelados pela arguida” se fará a partir da dissuasão de comportamentos futuros semelhantes com a aplicação da pena a **Olga** –, parece estar a ser invocada uma finalidade de prevenção especial. Mais especificamente, de prevenção especial negativa – segurança da comunidade por via do afastamento da condenada pelo máximo tempo possível –, o que até parece não corresponder à finalidade subjacente à 2.ª parte do referido 40.º, n.º 1 – reinserção social.

Se assim for, estão ausentes da fundamentação considerações de prevenção geral, nomeadamente, positiva, violando-se a exigência contida na 1.ª parte do artigo 40.º, n.º 1, do CP. Por outro lado, descuroou-se intencionalmente qualquer consideração da culpa do agente (que se assumiu ser diminuta) na fundamentação da decisão, violando-se, igualmente, a exigência contida no artigo 40.º, n.º 2: a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (concretização do princípio da culpa, decorrente dos artigos 1.º, 13.º e 27.º da CRP), quer a mesma constitua um fundamento (FERNANDA PALMA), quer constitua um mero pressuposto (FIGUEIREDO DIAS) da pena.

Como tal, tendo a decisão por fundamento somente uma das finalidades atrás referidas, não se encontra em conformidade com o disposto no artigo 40.º do CP nem, entre outros, com o princípio da culpa. Além disso, toda a lógica sistemática da lei portuguesa – seja pelo quadro legal ordinário (*v. g.*, artigos 50.º e ss., ou 70.º do CP), seja por diversas disposições constitucionais, como as que consagram os direitos à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 27.º e 26.º), ou a proibição de pena de morte e de prisão perpétua (artigos 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1), entre outras – aponta muito mais no sentido da prossecução da finalidade de prevenção especial positiva que da negativa.