

1.º Ciclo em Direito - Ano Lectivo 2021/2022
Prova Global de Avaliação Contínua
Direito Penal I – 10 de Janeiro de 2022

Duração: 3horas

I

Responda de forma fundamentada **apenas a três questões**, sendo **obrigatória a resposta à questão um.**

1. Refira-se, de modo sucinto, mas consistente, à evolução do direito penal português, identificando as grandes fases e referindo os cinco princípios basilares em que assenta o Código Penal de 1982.

- enquadramento: assinalar a historicidade do Direito Penal, pontuando-se que a relação onto-antropológica que constitui o seu fundamento está mergulhada na história, por isso possuindo uma íntima relação com o fluir do tempo, o que se revela na mutabilidade das normas jurídicas que intencionam a realização da justiça nos diferentes momentos, num quadro de tensão entre o “tempo longo” e o “tempo breve” (*Lições*, p. 179).

- mencionar as três grandes fases de evolução do direito penal português, com a sua caracterização essencial: *(i) o alvor da nacionalidade até às Ordenações*, indicando-se a forte influência do Código Visigótico espanhol, inspirado pelo Direito romano, em convivência com os costumes locais e os forais, sem prejuízo da sobrevivência de práticas penais primitivas do Direito germânico (como um período de vingança privada), um cenário heterogéneo que foi progressivamente superado com a promulgação de leis penais gerais pelos primeiro monarcas portugueses (D. Afonso II, D. Dinis e D. Afonso IV), no sentido da publicização do poder penal; *(ii) das Ordenações ao CP de 1852*, indicando-se o importante papel que as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas desempenharam em termos de sistematização da normatividade até então extravagante e dispersa, apesar da permanência de traços de grande crueldade e injustiça (desproporcionalidade, desigualdade e arbitrariedade) na punição, quadro que só seria alterado com a forte influência que o iluminismo exerceu em nosso país, especialmente após a queda do marquês de Pombal, em sede de reforma da legislação criminal, com expressão mais conhecida no Projeto do Código Criminal de Pascoal de Melo Freire (1778-1779); *(iii) do CP de 1852 aos dias de hoje*, indicando-se que aquela primeira codificação, inspirada pelo direito estrangeiro (sobretudo o CP de Napoleão de 1810), significou o início de uma caminhada legislativa na direção de um Direito Penal mais

humano, justo e proporcional, que se encontrou projeção no CP de 1982, o qual, a despeito das sucessivas alterações sofridas, reveladoras de um desmedido furor legislativo, conserva a sua matriz ético-social, designadamente a ideia de um Direito Penal do facto e da culpa (*Lições*, p. 172-179);

- fazer alusão aos cinco princípios que, pelas mãos de Eduardo Correia, sedimentaram os alicerces do CP vigente: (i) a congruência da ideia de um Estado de Direito com o Direito Penal; (ii) a conformidade entre os bens jurídicos penalmente protegidos e a ordem axiológica constitucional; (iii) a culpa como fundamento e limite da punição; (iv) a humanidade do exercício do *jus puniendi*; (v) o tendencial monismo das reações criminais (*Lições*, p. 177).

2. Caracterize, distinga e relacione Direito Penal e Processo Penal.

- enquadramento: salientar que os dois setores de normatividade são manifestações de uma “nova ciência do direito penal total (conjunta)”, numa acepção mais ampla, na posição de José de Faria Costa, diversamente do que sucedia na tradicional compreensão de Von Liszt, que reunia apenas as três vertentes de prossecução da tarefa de controlo do crime: o Direito Penal propriamente dito (em torno do qual se constrói a dogmática penal), a criminologia e a política criminal (*Lições*, p. 28-30, 76-84);

- caracterizar o Direito Penal como ordenamento de dimensão material ou substantiva, enquanto conjunto de normas que tratam da definição dos crimes e das respectivas sanções (*v.g.*, o tipo penal do delito de homicídio); caracterizar o Processo Penal como conjunto de normas que permitem verificar os pressupostos de aplicação das normas incriminadoras num dado caso concreto (*v.g.*, o preceito que regula a data da audiência de julgamento), sem esquecer a sua importante vertente de garantia, reforçada pelos preceitos constitucionais que enriquecem o processo penal com os direitos fundamentais (*Lições*, p. 50-52);

- apontar que, à luz daquela “nova ciência do direito penal total (conjunta)”, apesar daquela distinção de partida, o Processo Penal já não deve ser colocado numa mera relação de instrumentalidade perante o Direito Penal, na medida em que o Processo Penal está do mesmo modo comprometido com a justa realização dos valores finais próprios das normas materiais ou substantivas, revelando-se como um verdadeiro Direito Penal “em movimento”, que deseja superar o abismo entre teoria e prática (o “*law in books*” e o “*law in action*”); neste sentido, a tarefa principal do Processo Penal é a determinação de três

pontos essenciais / constitutivos do próprio Direito Penal: (i) o facto criminal; (ii) o autor do facto criminal; (iii) a consequência jurídica devida (*Lições*, p. 53);

- exemplificar esta íntima relação de recíproca constitutividade ou cruzamento, *v.g.*, com a discussão sobre o eventual carácter híbrido das normas sobre os prazos de prescrição e a natureza material das normas do Código de Processo Criminal relativas às medidas de coação e de garantia patrimonial, enquanto emanação direta de princípios constitucionais; referir que tais aspectos podem ter relevância em sede de aplicação da lei no tempo, com a aplicabilidade imediata das normas adjetivas, com referência ao momento em que o processo judicial se encontra durante a sua entrada em vigor (*Lições*, p. 54-55).

3. Explique o significado e o âmbito do princípio da ofensividade.

- enquadramento: mencionar a arbitrariedade do Direito Penal do antigo regime, que não raro punia quem apenas se mostrasse contrário às ideologias ou convicções (morais, religiosas, políticas) do soberano, sem que houvesse qualquer prejuízo exterior à esfera jurídica individual e às condições essenciais de vida em comunidade; a racionalização do Direito Penal através do Iluminismo, com o reconhecimento da noção material de crime como dano social, aparecendo o princípio da danosidade social como um antecedente / precursor do princípio da ofensividade; assinalar a importância de Beccaria e «Dos delitos e das penas» neste contexto, bem como a progressiva transformação do Direito Penal do agente em um Direito Penal do facto;

- identificar o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) como parâmetro material do desvalor do ilícito criminal, na dimensão axiológico-normativa, tendo em conta a sua relação com o conceito de bem jurídico, designadamente na sua função crítica ou legitimadora; apontar os três degraus ou patamares de ofensividade, no quadro da concepção onto-antropológica: (i) lesão (dano-violação), (ii) perigo concreto (concreto pôr-em-perigo) e (iii) perigo abstrato (cuidado-de-perigo); estabelecer a conexão com os critérios da dignidade (merecimento) e necessidade de pena, em convergência com a ideia reitora do mínimo ético (*Lições*, p. 183-200).

- aludir à importância destes aspectos na jurisprudência do Tribunal Constitucional, em sede de controlo da legitimidade das incriminações, com um exemplo recente no qual se tenha declarado a inconstitucionalidade da norma incriminadora por desrespeito ao princípio do Direito Penal da proteção de bens jurídicos – *v.g.*, enriquecimento ilícito, lenocínio, maus tratos de animal de companhia.

4. Distinga crimes de dano e crimes de perigo, não deixando de apontar pelo menos um exemplo relativamente a cada uma das referidas categorias.

- enquadramento: frisar que a classificação em tela esta diretamente ligada ao princípio da ofensividade, dizendo respeito à técnica / modo de proteção do bem jurídico ou, noutra perspectiva, às formas ou graus de sua afectação (intensidade da ofensa); do ponto de vista onto-antropológico, apontar que se trata dos três degraus ou patamares de ruptura da relação de cuidado-de-perigo, como indicado no número anterior;

- caracterizar os crimes de dano como sendo aqueles onde se verifica uma efetiva lesão do bem juridicamente protegido; o que sucede, por exemplo, no crime de homicídio, etc.;

- caracterizar os crimes de perigo como sendo aqueles onde o grau de ofensividade é mais rarefeito ou menos denso, na medida em que a afectação atinge uma zona mais periférica (menos nuclear) do bem jurídico; diferenciar as suas sub-categorias;

- indicar que nos crimes de perigo concreto o tipo penal exige, para a sua consumação, a verificação (empírico-normativa) de um real perigo que ameaça a esfera de tranquilidade do bem jurídico, como ocorre, *v.g.*, no crime de condução perigosa de veículo rodoviário (art. 291.º, n.º 1 do CP); assinalar que nos crimes de perigo abstrato o perigo não constitui um elemento do tipo (requisito da consumação), mas apenas o motivo que legitima o legislador a presumir em termos absolutos (*juris et de jure*), com base nas regras de experiência, que está diante de um comportamento que, no caso normal, *i.e.*, independentemente das concretas circunstâncias, costuma ser perigoso para o bem jurídico protegido, como ocorre, *v.g.*, no crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (art. 292.º do CP).

II

Resolva os seguintes casos práticos, determinando a responsabilidade penal dos intervenientes. As respostas devem ser completas, contendo a referência aos preceitos legais aplicáveis, bem como a menção à interpretação doutrinária e jurisprudencial que os assuntos convocam.

1. Devido à crise pandémica actual, o Governo fez publicar em D.R. de 10 de Janeiro de 2022 o seguinte normativo, constante de Decreto Regulamentar:

1. “Quem, sabendo que está contaminado com o vírus Sars Cov 2, violar as regras legais impostas para o confinamento, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”.
2. “Esta disposição entra imediatamente em vigor e cessa a sua vigência no dia 31 de Dezembro de 2022”.

No dia 15 de Janeiro de 2022, **Agapito**, conhecido negacionista, testou positivo à doença do COVID-19. Não obstante, violando as regras do isolamento legalmente impostas, decidiu ir a um cinema em Lisboa, onde se encontravam dez espectadores a visionar um filme.

- a) – Face aos princípios orientadores do nosso Ordenamento Jurídico, incluindo o Penal, que reparo lhe merece o sobredito Decreto Regulamentar?

- convocar o princípio da legalidade penal, na vertente da reserva de lei em sentido estrito, consagrada no artigo 165.º n.º 1, alínea c), da CRP, sublinhando o princípio liberal-democrático enquanto base de legitimidade formal das normas incriminadoras, de tal modo que os tipos penais só podem ser criados pela Assembleia da República ou pelo Governo quando por aquela autorizado, o que não acontece *in casu*; nesta premissa, apontar que, ao assumir a forma de Decreto Regulamentar, um diploma típico do Governo, no âmbito das suas funções executivas, o diploma em questão incorre em vício de inconstitucionalidade orgânica, porquanto o Governo vem inovar em matéria de incriminação (*in malam partem*) sem estar habilitado para tanto.

- Referir que se trata de uma norma penal em branco e aludir aos problemas que a mesma suscita: quanto ao corolário de exigência de lei certa que o princípio da legalidade convoca (e a problemática do erro que tal tipo de normas envolve) e quanto à respectiva conformidade com a reserva de lei formal (princípio democrático).

- convocar o princípio da *ultima ratio* (fragmentariedade), contemplado no art. 18.º, n.º 2, da CRP, para ponderar se a incriminação é materialmente inconstitucional; referir que embora a integridade física / saúde, saúde pública e a vida sejam bens jurídicos com merecimento penal, a sua tutela já é assegurada pelos respetivos tipos penais de lesão (arts. 131.º ss. e arts. 143.º ss.

do CP e também de perigo – *vide* propagação de doença contagiosa – 283º)), bem como (indirectamente) pela incriminação da desobediência (art. 348.º do CP), figura que teve aplicação no contexto pandêmico; se quisesse introduzir um tipo penal de perigo concreto, o legislador deveria procurar uma moldura penal adequada (intermediária) adequada a este grau de ofensividade, que seguramente seria consideravelmente inferior à pena de prisão de 2 a 10 anos (comparar com o art. 291.º, n.º 1, já citado na questão anterior).

- b) – Independentemente da resposta à questão anterior considere que o julgamento de **Agapito** se encontrava agendado para o dia 10 de Janeiro de 2023 e que este sustenta a sua absolvição, fundada no facto do preceito incriminador haver cessado a sua vigência. Assistir-lhe-á razão?

- enquadramento: identificar o problema como uma questão de aplicação do direito penal no tempo; aludir à regra do art. 3.º do CP, sobre o momento da prática do facto; caracterizar a norma em questão como lei temporária, na medida em que a sua eficácia temporal já se encontra limitada a um termo certo, no contexto de condicionamento da situação epidemiológica;

- mencionar e explicar o princípio da aplicação da lei penal concretamente mais favorável (art. 29.º, n.º 4, *in fine*, da CRP e art. 2.º, n.º 4, do CP), justificando a sua razão de ser e sublinhando, em particular, a ideia-forte de que o direito penal é um direito de liberdade; ressaltar que tal princípio é excepcionado quando a norma incriminadora que deixou de vigorar tem a natureza de lei temporária (art. 2.º, n.º 3, do CP), uma vez que as leis temporárias só se justificam por um estado factual de exceção que constitui o preciso motivo para a produção dos seus efeitos, os quais não devem ser inutilizados, sob pena de esvaziamento da sua finalidade; vale aqui um princípio de ultra-atividade da lei penal temporária; concluir que não assiste razão a Agapito, que deverá ser punido com base na lei que cessou vigência.

2. Suponha que **Agapito** era francês e que, à data da prática dos factos, em França, a violação das regras do confinamento era punível como contraordenação.

- Poderia **Agapito** invocar a sua nacionalidade e requerer a aplicação da Lei francesa ao abrigo do disposto no n.º 2, do art. 6º, do C.P.?

- enquadramento: identificar o problema como uma situação jurídico-penal plurilocalizada que remete ao regime da aplicação do direito penal no espaço;

- explicação breve do regime da aplicação da lei penal no espaço com a especificação dos critérios (arts. 4.º, 5.º e 6.º do CP) e dos fundamentos normativos que o integram, designadamente o princípio da territorialidade e os princípios complementares da nacionalidade, da defesa dos interesses nacionais, da universalidade e da administração supletiva da justiça penal;
- referência aos critérios legais de determinação do local da prática do facto, previstos no artigo 7.º do CP, para afirmar que, *in casu*, o facto foi praticado em território português; e, assim, tendo sido o facto praticado em território português, incide o princípio geral da territorialidade, “seja qual for a nacionalidade do agente” (art. 4.º, alínea *a*), do CP);
- frisar que o art. 6.º do CP vem restringir o largo alcance da aplicabilidade da lei penal portuguesa a factos praticados no estrangeiro (extra-territorialidade), tal como admitida pelos critérios do art. 5.º; não incidindo este último, também não cabe invocar qualquer circunstância relativa ao art. 6.º.

3. Imagine que dois dos dez espectadores morreram em consequência da exposição à estirpe do vírus Sars Cov 2 de que era portador **Agapito**. Porém, o relatório pericial da autópsia demonstra que os dois autopsiados estavam já infectados com outra estirpe do vírus, pelo que o aumento da carga viral a que **Agapito** os sujeitou, com elevada probabilidade, se mostrou indiferente para o desenlace fatal, dada a letalidade de ambas as estirpes virais.

- Perante os factos narrados imputaria a morte dos dois espectadores a **Agapito**?

- enquadramento: identificar a questão como problema de imputação objectiva.
- referir as preposições relevantes em que assentam as principais teorias estudadas (condições equivalentes, adequação e conexão do risco).
- identificar dois momentos de imputação: o contágio de doença (propagação de doença contagiosa) e a morte (homicídio). Quanto à propagação parece que não subsistem dúvidas que a actuação do agente é intencionada, mas poder-se-á afirmar o mesmo relativamente ao resultado morte?
- no âmbito da teoria da conexão do risco, podem abrir-se duas sub-hipóteses:
a) Ou o elevado grau de probabilidade do informe pericial não permite a conclusão segura que o resultado morte se verificaria de igual modo, caso em que o aumento da carga viral a que Agapito sujeitou as vítimas consiste num aumento do risco proibido e, nessa circunstância, deve imputar-se o resultado

morte dos dois espectadores; b) – Ou, permitindo o informe pericial concluir que o aumento da carga viral foi indiferente para a produção do resultado morte, já que este se verificaria com elevado grau de probabilidade (com “toda” a segurança), deve questionar-se a aplicabilidade do critério do comportamento lícito alternativo, pois que:

- se se considerar que relativamente às mortes, Agapito teve ainda uma conduta dolosa, que não meramente negligente, há que afastar aquele critério e firmar a imputação objectiva; Considerando-se que a morte não foi querida, ou, nem prevista, perante a actuação negligente quanto à causação da morte, deve sustentar-se a aplicação do mencionado corrector do comportamento lícito alternativo. Referir, no entanto, a posição de autores que no âmbito deste corrector não distinguem entre comportamento doloso e negligente.

- admite-se, igualmente, a discussão sobre saber se tratará de um problema de “causa virtual”. Porém, e porque Agapito já estava infectado por outra estirpe do vírus, já actuante para o desenlace fatal, que concorreu com o contágio a que Agapito submeteu os dois espectadores vitimados, será de afastar essa hipótese.

(*Lições*, pp. 252 e ss.)

4. Suponha, finalmente, que **Blimunda**, mulher de **Agapito**, sabedora que o mesmo iria ao cinema, e com o fito de evitar possíveis contágios e as inerentes consequências, fechou o marido dentro da casa de banho, até ao final da sessão de cinema (cerca de duas horas).

- Poderá **Blimunda** ser responsabilizada pelo crime de sequestro?
(art. 158º, C.P)

- enquadramento: caracterizar o crime de sequestro como delito de resultado; examinar os seus elementos, mostrando que se está preenchida a respectiva factualidade típica, com a consumação da privação da liberdade de Agapito;

- apesar de constituir um facto típico, ponderar a possibilidade de justificação do comportamento de Blimunda, afastando a hipótese da legítima defesa, por faltar uma agressão ilícita atual contra bens jurídicos alheios;

- centrar a argumentação à luz do direito de necessidade, tal como previsto no artigo 24.º do CP, afirmando a verificação dos seus requisitos objetivos e subjetivos: (i) o perigo actual que ameaça a integridade física (saúde) e a vida de outras pessoas; (ii) a ação realizada como meio adequado para afastar tal

perigo; *(iii)* o perigo não foi voluntariamente criada pelo agente; *(iv)* a sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; *(v)* a razoabilidade de impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado; *(vi)* o conhecimento da situação justificante.

- dar especial atenção ao requisito da sensível superioridade, assinalando que, na balança dos interesses em jogos, ponderando-se também o grau da ameaça ou intervenção, a conduta de Blimunda satisfaz um interesse que prepondera claramente (proteção da vida e integridade física / saúde de várias pessoas) sobre o interesse sacrificado (liberdade de locomoção de uma única pessoa). Destacar ainda que o carácter relativamente indeterminado do perigo é de certo modo compensado pelo reduzido período de duração do sequestro.

- concluir que, nestes pressupostos, Blimunda não poderá ser responsabilizada pelo crime de sequestro, uma vez que a sua conduta está justificada ao abrigo do direito de necessidade.

Cotação: Grupo I – 3 vals. cada questão: Grupo II – 2,5 vals. cada questão; Ponderação global – 1 valor.