

### Hipótese

No dia 1 de Janeiro, PEDRO e INÊS, portugueses e residentes em Lisboa, viajam até ao Afeganistão para adquirir um carregamento de ópio para venda. Lá chegados, adquirem o produto a AHMED, traficante local, no dia 2 de Janeiro e guardam o mesmo num compartimento secreto da mala de viagem de PEDRO.

A essa data, de acordo com o artigo 21.º, n.º 1, do DL 15/93, quem «(...) oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fazer transitar ou ilícitamente detiver» ópio, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.

A essa data, a Lei x/2011 previa que, no crime de tráfico de estupefaciente, o arguido que confessasse tinha uma atenuação obrigatória de um ano no limite máximo da pena aplicável.

Quando se preparavam para partir, no dia 4 de Janeiro, CHANDA, filha de AHMED, pede ajuda para fugir, uma vez que estava com receio que a sua homossexualidade já tivesse criado suspeitas junto da polícia local. PEDRO e INÊS ajudam CHANDA a apanhar o voo para Lisboa.

Fazendo escala de 12 horas em Londres, INÊS, que estava muito nervosa com a demora, discute com PEDRO, devido ao facto de este estar a ser “*muito simpático*” com CHANDA, e dá-lhe um estalo. A cena é filmada pelas câmaras de vigilância do aeroporto, com data de 5 de Janeiro.

À chegada a Lisboa, no dia 6 de Janeiro, já depois de recolherem a sua bagagem que trazia o ópio, PEDRO e INÊS são detidos quando se dirigiam para a paragem de táxis, bem como CHANDA. No meio do ajuntamento popular que se formou para ver a detenção, BERNARDO gritou para CHANDA, que era uma mulher especialmente bonita: “*ó linda, eu contigo dava outro uso a essas algemas!*”.

No dia 5 de Janeiro, entrou em vigor em Portugal o DL y/2016, que aumentava a pena de prisão do tráfico de estupefaciente do citado artigo 21.º do DL 15/93 para 6 a 14 anos. Para além disso, criava um novo crime de tráfico de estupefaciente agravado, no novo artigo 21.º-A do mesmo diploma, que previa uma pena de prisão de 8 a 16 anos quando o agente tivesse recebido o estupefaciente em causa por acto praticado fora de Portugal. O Reino Unido sempre estabeleceu a pena de prisão de 2 a 10 anos para o tráfico de estupefacientes.

O Reino Unido pede a Portugal a entrega de INÊS para a julgar pelo crime de ofensa à integridade física simples, sendo certo que a lei britânica prevê uma pena de 2 anos de prisão para o efeito, e a entrega de PEDRO e INÊS para os julgar pelo crime de tráfico de estupefacientes. O Afeganistão pede a entrega de CHANDA para a julgar pelo crime de homossexualidade, punida no Afeganistão com pena de morte.

No dia 7 de Janeiro, a norma constante da Lei x/2011 é declarada inconstitucional.

#### **Responda às seguintes questões:**

- 1 — Portugal tem competência para julgar PEDRO e INÊS por tráfico de estupefacientes? Qual seria a lei aplicável?
- 2 — Sem prejuízo da resposta anterior, admita que ambos eram julgados em Portugal, de acordo com a lei portuguesa. Poderiam beneficiar hoje da Lei x/2011?
- 3 — Portugal tem competência para julgar INÊS pelo crime de ofensa à integridade física simples? Qual seria a lei aplicável?
- 4 — Portugal pode entregar CHANDA ao Afeganistão?
- 5 — BERNARDO poderia ser julgado em Portugal pela crime de importunação sexual previsto no artigo 170.º do CP?
- 6 — Imagine que INÊS é condenada, em Portugal, numa pena de dois anos de prisão, pelo crime de aquisição de moeda falsa [artigo 266.º/1/a), cuja moldura legal era de pena de prisão até 3 anos], por ter sido apanhada, no momento da detenção, com 1000 euros falsificados. Passados dois meses de ter começado a cumprir pena, a lei é alterada no sentido de prever uma pena máxima de dois anos para o referido crime. *Quid juris?*

**Cotação:** 3 valores por questão e 2 valores para a clareza e correção da exposição.

## TÓPICOS DE CORREÇÃO:

1. Nos termos dos arts. 4.º e 7.º do CP, basta que uma das parcelas da execução do crime ou seu resultado ocorram em Portugal, sob qualquer forma de comparticipação. O crime de tráfico de estupefacientes constitui uma infração permanente (ou de trato sucessivo/execução reiterada, consoante o entendimento). Uma vez que a posse com intenção de distribuição ocorreu também em território nacional, há competência dos tribunais portugueses, sendo aplicável, em exclusivo, a lei portuguesa.

A execução do crime em questão iniciou-se, pelo menos, a 2 de Janeiro, tendo apenas cessado quando os agentes foram detidos, a 6 de Janeiro. Nos termos do n.º 1 do art. 2.º do CP, a L2 (moldura de 6-14 anos), tendo entrado em vigor a 5 de Janeiro, pode ainda ser aplicada aos agentes. Já a L3 (novo tipo, com elemento especializador e moldura de 8-16 anos) não poderá ser aplicada aos agentes. Contendo um novo elemento especializador – receção do estupefaciente fora do território nacional – que é pressuposto da moldura penal mais elevada, esta lei apenas se pode aplicar (sem retroatividade proibida) aos factos praticados posteriormente à sua entrada em vigor. Uma vez que a aquisição do estupefaciente fora de Portugal ocorreu a 2/3 de Janeiro, a L3 não se aplica ao abrigo dos arts. 29.º, n.º 1, da CRP e 2.º, n.º 1, do CP.

É de admitir a aplicação ultra-activa de L1 mais favorável, por ser a lei em vigor ao tempo em que se iniciou a consumação do crime de tráfico de estupefacientes, apesar de em rigor se não estar perante uma sucessão de leis penais (sempre posterior à prática do facto nos termos do art. 3.º CP). Daí que não possa aplicar-se directamente o art. 2.º/4 CP.

Chega-se a esta solução mediante aplicação directa dos arts. 29.º/4, 1.ª parte (a conduta também se iniciou e decorreu na vigência de L1, aliás, na sua maior parte, pois L2 só entrou em vigor a 5 de Janeiro e os agentes foram detidos logo no dia 6 de Janeiro), 18.º/2, 2.ª parte (mínima intervenção ou máxima restrição do DP), ambos da CRP, e arts. 2.º/1 (L1 é uma das leis em vigor ao tempo da prática do facto) e 2.º/4, 1.ª parte, por analogia (permitida porque favorável ao agente), ambos do CP.

A favor desta solução pode invocar-se, ainda, a função de determinação de condutas da norma penal. Norma que se dirige ao agente com especial intensidade justamente no momento em que este se decide pela realização da conduta e inicia a execução da mesma. A partir deste momento, basta que o agente mantenha a decisão tomada, sem necessidade de renovar o processo decisório.

2. Trata-se de um caso de inconstitucionalidade de lei penal mais favorável, que se encontra em vigor no momento da prática do facto. Nestes casos, apesar dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade (não há ainda qualquer caso julgado penal que afete estes agentes) implicarem a eliminação da lei inconstitucional do elenco de leis válidas a ponderar numa sucessão, porque foi de acordo com esta lei que o agente se orientou, existem legítimas expectativas a ponderar. Assim, parte da doutrina (Taipa de Carvalho) entende que o art. 29.º/4 pode incluir leis penais inconstitucionais, prevalecendo então estas, se forem de conteúdo mais favorável ao arguido. Fernanda Palma também defende a aplicação da lei inconstitucional mais favorável, não tanto por força do art. 29.º/4 (não há uma verdadeira sucessão de leis penais quando uma delas é nula), mas, sobretudo, atendendo à necessidade de articular os arts. 282.º/1, 204.º (que, aliás, também remete para os princípios constitucionais) e 29.º/4 CRP à luz dos princípios do Estado de Direito democrático (art. 2.º CRP). Estes princípios impõem a vinculação do Estado ao seu próprio Direito, por cuja inconstitucionalidade é o único responsável. Pelo contrário, Rui Pereira defende a aplicação da lei repristinada, mas com uma atenuação de pena se, adicionalmente, o agente conhecer a existência da lei inconstitucional, mas desconhecer a sua inconstitucionalidade.

3. Está preenchida a alínea *b*) do n.º 1 do art. 5.º do CP (portugueses, aqui residentes, e aqui foram encontrados), admitindo, contrariamente ao que defende Taipa da Carvalho, que a aplicação desta alínea não depende de um requisito de fraude à lei. Nos termos do art. 6.º, n.º 3, fica excluída a ponderação da lei do local da prática do facto, sendo aplicada, em exclusivo, a lei portuguesa. Porque a alínea *b*) não depende de ser impossível entregar a arguida ao país que represente o local da prática do facto, e tratando-se de competências concorrentes entre Portugal e o Reino Unido, Portugal poderia recusar o MDE, arts. 12.º/1 *b*) e 13.º/*b*) da LMDE. Reforça-se aqui a *ratio* de maior proximidade com a ordem jurídico-penal portuguesa da alínea *b*), sendo que, aliás, a execução

no RU corresponde a um dos casos de execução accidental do crime, justificando-se plenamente a competência penal dos tribunais portugueses e a aplicação exclusiva da lei nacional.

4. Trata-se de uma conduta que não constitui crime em Portugal, pelo que não há competência penal dos tribunais portugueses. Pela mesma razão, não poderia ser concedida a extradição de C, nos termos do art. 31.º, n.º 2, da LCJIMP. Estavam ainda em causa as alíneas *b)* e *e)* do n.º 1 do art. 6.º da LCJIMP: perseguição em função da orientação sexual e pena de morte. Ainda que se verificassem os requisitos relativos à superação da pena de morte (garantia jurídica internamente vinculativa), os outros dois vícios não seriam supríveis.

5. A questão coloca um problema de interpretação e aplicação (em sentido lato) da norma ao caso apresentado. A norma proíbe a formulação de “*propostas de teor sexual*”, não sendo certo que a frase em causa caiba neste conteúdo. A aceitar-se, em termos rigorosos, a posição de que a interpretação admissível em Direito Penal está limitada pelo sentido possível das palavras, e caso se fizesse uma interpretação literal estrita do termo “*proposta*” apelando ao seu sentido jurídico de “*convite a contratar*”, ficaria excluída a tipicidade. Fazendo uma interpretação literal lata – ainda respeitando o sentido possível das palavras e um mínimo de correspondência com o texto legal – podem aí incluir-se propostas, sugestões ou alvitres, já que todas estas palavras podem ser lidas como sinónimas do termo “proposta”. Em qualquer caso, sempre faltaria determinar se a frase «*ó linda, eu contigo dava outro uso a essas algemas!*» apresenta conotação sexual objetiva. Sendo certo que há aqui um sentido possível de utilização sexual das algemas, esta não é o único sentido admissível da frase emitida pelo agente, o que permitiria que se colocasse seriamente em causa a tipicidade.

Por fim, atendendo aos princípios da ofensividade e intervenção mínima do Direito Penal – seguindo uma orientação de acordo com a qual o bem jurídico exerce ainda um função relevante na delimitação e interpretação do tipo incriminador – parece claro que estamos fora da tipicidade do art. 170.º do CP. O crime de importunação sexual tem como bem jurídico a liberdade sexual, censurando comportamentos que forcem a vítima a ver-se envolvida num contexto sexual não desejado com o agente, quer porque é forçada a um “contacto sexual” não desejado, quer porque é importunada com propostas de teor sexual explícito (ordinárias/pornográficas). A frase em questão não implica este envolvimento forçado num contexto sexual explícito não desejado, com um mínimo de gravidade e seriedade que justifique a intervenção penal, nem a qualificação social como “importunação sexual”. Expressão que transmite a necessária ofensividade da conduta relativamente à liberdade sexual.

6. I encontra-se a cumprir uma pena de 2 anos de prisão – cumpriu apenas 2 meses – numa moldura de pena até 3 anos de prisão, e a lei nova prevê como limite máximo os 2 anos de prisão. Está em causa uma sucessão de leis *stricto sensu*, em que apenas é alterada a estatuição da norma incriminadora, nos termos do n.º 4 do art. 2.º do CP e n.º 4 do art. 29.º da CRP. Não se trata de um caso da parte final do n.º 4 do art. 2.º, pois o novo limite máximo não se encontra ainda alcançado. Assim, a arguida poderá requerer a reabertura da audiência de julgamento para aplicação da lei nova mais favorável, nos termos do art. 371.-A do CPP. Tal reabertura visa apenas recalcular a medida concreta da pena em função da nova moldura legal e, respeitados estes limites, não implica qualquer violação do *ne bis in idem* (n.º 5 do art. 29.º da CRP).