



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

3.º Ano – Noite

DIREITO PENAL I

EXAME

17 de fevereiro de 2016

Duração: 90 minutos

Regência: *Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes*

Colaboração: *Mestres António Brito Neves e Sónia Moreira Reis*

I

1. A pergunta convoca problemas de interpretação e de concurso.

A conduta de António, ao usar a beca que Berta lhe havia costurado, fazendo-se passar por juiz, é subsumível no tipo de crime de abuso de traje próprio de função do serviço público, p. e p. no art. 307.º, n.º 1, do Código Penal (CP), mas também no n.º 2 do mesmo preceito, pois a beca é traje privativo dos juizes, ou seja, de pessoas que exercem autoridade pública. Existe concurso aparente ou de normas, sendo de decidir pela aplicação do n.º 2, norma especial em relação ao n.º 1, por conter todos os elementos constitutivos deste, individualizando todavia a circunstância de o traje ser privativo de pessoa que exerce autoridade pública.

A conduta de António também se subsume no crime p. e p. no art. 358.º, alínea *a*), do CP, na medida em que, sem para tal estar autorizado, exerceu funções de funcionário (art. 386.º, n.º 1, alínea *c*), do CP), arrogando-se expressamente essa qualidade. Mais uma vez, por razões de ordem valorativa, deve afastar-se a possibilidade de concurso efetivo ou de infrações e afirmar a existência de novo concurso aparente ou de normas. Na verdade, o uso da beca conexiona-se com o exercício da função de juiz e a utilização de tal traje por António constituiu apenas um meio para lograr o objetivo de presidir à audiência e de exercer as funções típicas de um juiz. Nestes termos, o crime de usurpação de funções (crime-fim) consome o de abuso de traje (crime-meio), por compreender um campo de valoração maior (regra axiológica) e uma pena mais grave (regra quantitativa). Opera assim a consunção pura.

No que respeita ao crime de denegação de justiça e prevaricação, p. e p. no art. 369.º do CP, não se tem por verificado no caso, porque se trata de um crime específico, ou seja, de um crime que só pode ser praticado por quem detém determinadas qualidades, que este preceito exige ser a de funcionário, percebido na aceção do art. 386.º do CP, e António não o era.

Em conclusão, António deve ser punido apenas pelo crime de usurpação de funções, nos termos do art. 358.º, alínea *a*), do CP.

2. Trata-se de um problema de aplicação da lei no tempo, estando em causa o princípio da legalidade, no seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Importa começar por determinar o momento da prática do facto, diferente para o autor material António e para a participante (cúmplice material) Berta. Relativamente a António, de acordo com o critério unilateral da conduta vertido no art. 3.º do CP, o momento da prática do facto verifica-se em 01.10.2015, quando o agente atuou. Quanto a Berta, tal momento é prévio ao de António, ocorrendo, por via do mesmo critério e base legal, no dia 30.09.2016, data em que entregou a beca a António e prestou o seu contributo para a prática do facto na qualidade de cúmplice material. De acordo com o princípio da irretroatividade da lei penal, a lei vigente no momento da prática do facto a aplicar na hipótese em estudo é, no caso de António, a lei (nova) que entrou em vigor no dia 01.10.2015 e, no que respeita a Berta, a lei (antiga) que vigorou até ao dia 30.09.2016 (art.s 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP e 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, do CP).

II

1. Está em causa a temática da aplicação da lei penal no espaço.

Charles praticou a conduta a bordo de aeronave portuguesa, pelo que urge determinar se, de acordo com o critério da ubiquidade, misto ou plurilateral alternativo constante do art. 7.º do CP, o facto se considera ou não praticado em território português. Porque no momento da prática do facto a aeronave portuguesa se achava ainda em território Tailandês, a questão da aplicação do art. 4.º, alínea *b*), do CP é controvertida. Certa doutrina admite que o princípio do pavilhão ali consagrado vai restrito aos casos em que a aeronave portuguesa circule em espaço aéreo internacional, o que aqui não sucede, donde, o facto deve considerar-se praticado fora do território português (art. 7.º, n.º 1, do CP, *a contrario*). A posição inversa sustenta-se na circunstância de o legislador não ter empreendido qualquer restrição que impeça a aplicação do princípio do pavilhão também a espaço aéreo estrangeiro ou território estrangeiro, o que na hipótese em estudo conduz à

solução inversa, *i.e.*, o facto considera-se praticado em território português (art. 7.º, n.º 1, do CP).

Independentemente da linha de raciocínio expandida a propósito da aplicação do art. 4.º, alínea *b*), do CP, há que decidir sobre o “pedido de entrega” de Charles, formulado pela Tailândia. Sendo a Tailândia Estado não membro da União Europeia, aplica-se a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP), aprovada pela Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, estando em causa pedido de extradição para procedimento penal. Tendo o(a) aluno(a) sustentado a prática do facto fora do território português, e admitindo a existência de acordo entre os Estado de Portugal e da Tailândia para efetivar a aplicação da LCJIMP, é de referir que o princípio da dupla incriminação está observado, por o facto constituir crime em ambos os Estados (art. 31.º, n.ºs 1 e 2, da LCJIMP). Todavia, atenta a pena de morte prevista na legislação do Estado Tailandês para o crime de tráfico de droga e considerando o requisito negativo de cooperação internacional previsto no art. 6.º, n.º 1, alínea *e*), da LCJIMP, o pedido de extradição é de recusar. A circunstância de o Embaixador da Tailândia em Lisboa oferecer garantias de que nos últimos 30 anos nenhum cidadão francês foi condenado à pena de morte pela prática do crime em referência não invalida o que vai dito, porquanto aquele Embaixador não está munido de poderes para, de modo irrevogável e vinculativo, garantir a comutação ou não aplicação da pena de morte, como aquele art. 6.º preceitua no n.º 2, alínea *a*) (art. 33.º, n.º 4, da CRP). A aplicação conjugada dos art.s 6.º, n.º 5, e 32.º, n.º 5, da LCJIMP dita o julgamento de Charles em Portugal, e bem assim a aplicação da lei penal portuguesa a factos praticados fora do território português, ao abrigo do princípio da nacionalidade ativa, consagrado no art. 5.º, n.º 1, alínea *e*), cujos pressupostos *i*), *ii*) e *iii*) estão reunidos, já que o agente foi encontrado em Portugal, a exigência de dupla incriminação é observada e não pode ser concedida extradição.

Optando o(a) aluno(a), ao invés, pela aplicação do art. 4.º, alínea *b*), do CP e tomando o facto como praticado em território português (art. 7.º, n.º 1, do CP), sobre a admissibilidade de extradição, a resposta é igualmente de sentido negativo, não só com o fundamento anteriormente expandido, mas também considerando a letra do art. 32.º, n.º 1, alínea *a*), da LCJIMP, que precisamente exclui a extradição sempre que o facto seja praticado em território português. O agente seria, pois, julgado em Portugal, de acordo com a lei penal portuguesa.

2. Estão em causa três problemas fundamentais:

Primo, a alteração legislativa empreendida pelo Governo por meio de Decreto-Lei coloca questão que se reconduz ao princípio da legalidade, no seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*. Na verdade, a exigência de lei em sentido formal que decorre do art. 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição da República Portuguesa (CRP) determina reserva relativa de competência da Assembleia da República, designadamente para a definição de crimes, penas e respetivos pressupostos. A circunstância de no caso vertente ocorrer uma descriminalização não nega valor ao que ora se afirma, pois a reserva de lei que se enunciou também abrange os casos de extinção da responsabilidade jurídico-penal. Nestes termos, o Decreto-Lei do governo está ferido de inconstitucionalidade orgânica;

Secundo, a condenação com base no novo tipo contraordenacional suscita uma outra ordem de considerações, ainda no âmbito do princípio da legalidade, mas agora por referência ao corolário *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. A sucessão de leis verificada determinou a descriminalização da conduta do agente, pelo que, de acordo com o princípio da aplicação retroativa da lei de conteúdo mais favorável (art. 29.º, n.º 4, *in fine*, da CRP), o agente não é punido pela prática de crime (art. 2.º, n.º 2, do CP). Relativamente à possibilidade de punição pela prática da nova contraordenação tipificada, é de realçar a circunstância de também em sede de contraordenações vigorar o princípio da irretroatividade da lei (art.s 2.º e 3.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social – RGIMOS). Todavia, a solução da maioria da doutrina, que é aceite pelo Tribunal Constitucional, vai no sentido da punição pela contraordenação, por considerar que, para o legislador, a conduta permanece desvaliosa, ou seja, continua a ser ilícita, mudando apenas a natureza do ilícito a imputar, que passa a ser contraordenacional. Em suma, o agente seria punido pela nova contraordenação. O que vai dito não obstará a que fossem exploradas outras linhas de orientação, nomeadamente a que considera não poder haver aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional, dado o princípio da irretroatividade da lei contraordenacional antes referido, posição que apenas cederia no caso de a nova lei prever disposição transitória que determinasse a aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional, o que, de todo o modo, não ocorreria no caso.

Tertio, a apreciação da constitucionalidade do decreto-lei em referência pelo Tribunal Constitucional ditaria, como indiciado *supra*, declaração de inconstitucionalidade, sendo por isso necessário apreciar as repercussões possíveis na esfera jurídica do agente Charles. Admitindo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, tal como preceituado pelo art. 282.º da CRP, temos que, por princípio, a norma declarada inconstitucional não produz efeitos (art. 282.º, n.º 1, da CRP). Todavia, ficam ressalvados

os casos julgados se a norma declarada inconstitucional for de conteúdo mais favorável (cfart. 282.º, n.º 3, 1.ª parte, da CRP). E é precisamente o que sucede no caso, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade não afetaria o agente da hipótese em estudo.

Cotações:

Grupo I, 1 – 5 val.; 2 – 2 val.;

Grupo II, 1 – 5 val.; 2 – 6 val.;

Ponderação Global (sistematização, síntese, clareza, fundamentação e português) – 2 val.