



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

Colaboração: Prof.^{as} Doutoradas Teresa Quintela de Brito e Inês Ferreira Leite, e Mestres João Viana, Sónia Moreira Reis e António Neves

Exame – Época de recurso – 15.02.2017

Duração: 120 minutos

Negacionismo

Tópicos de correção

No dia 7 de maio de 2008, **KLAUS**, alemão, membro do Partido Nacional-Democrático da Alemanha (conhecido pelo seu cariz neonazi), mestre em linguística indo-germânica, participa numa conferência em Nuremberga, Alemanha, durante a qual explicou a sua tese de que não ocorreu uma verdadeira rendição do povo alemão no final da 2.ª GG, defendendo historicamente a subsistência do III Reich. Durante a conferência, no período de resposta a questões colocadas pela audiência, **KLAUS** afirmou discordar da avaliação histórica do holocausto, entendendo que a real vitimização dos judeus terá sido marginal e muitíssimo inferior aos dados avançados pela ideologia dos aliados. No dia 10 de maio, na mesma localidade, **DIETZ** e **EDSEL**, dois jovens alemães de 16 anos de idade, vandalizaram a sinagoga local, pintando insultos e cruzes suásticas numa das paredes.

Ainda em 2008 iniciou-se um processo-penal contra **KLAUS**, na Alemanha, tendo o mesmo sido condenado com trânsito em julgado em 2012, pelo crime de crime de “*incitamento ao ódio e violência na população*”¹, previsto no CP alemão. Em 2009, **KLAUS** fugiu para Espanha, tendo vindo logo de seguida, para Portugal, onde se veio a casar, tendo adquirido, em 2015, nacionalidade portuguesa.

Em 2016 a Alemanha emitiu mandado de detenção europeu contra **KLAUS**, pedindo a Portugal a entrega do arguido para cumprir uma pena de 2 anos de prisão pelo crime pelo qual fora condenado em 2012. Em 2007, havia sido introduzida a alínea *b*) do n.º 2 do art. 240.º no CP português.

Nota à grelha: O caso do teste é inspirado num caso real decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2012, processo n.º 48/12.2YREVR.S1. No caso real, em muito semelhante a este, o STJ recusou o cumprimento do mandado de detenção europeu invocando a ausência de dupla incriminação por realizar uma interpretação estrita, conforme à Constituição (atendendo ao conflito com a liberdade de consciência, de pensamento e de expressão) da norma constante do art. 240.º, n.º 2, *b*) do CP. O Acórdão encontra-se disponível, para consulta, [aqui](#).

Responda justificadamente às seguintes questões:

1. *Independentemente das questões de aplicação da lei penal no tempo e no espaço, avalie as condições de constitucionalidade do crime previsto na alínea b) do n.º 2 do art. 240.º no CP e se **KLAUS** o terá praticado (4 valores).* (Se bem vejo, assim fica mais claro o tipo de resposta que se pretende)

Identificação do bem jurídico tutelado pelo art. 240.º, n.º 2, *b*): paz pública, liberdade e igualdade dos cidadãos, tutelando-se, mediatamente, a intangibilidade dos direitos fundamentais e prerrogativas civis dependentes da manutenção de condições de liberdade e igualdade dos cidadãos (efetividade dos direitos fundamentais).

Delimitação da conduta típica em função da tutela mínima de bens jurídicos, da subsidiariedade do Direito Penal e do princípio da necessidade da pena (arts. 1.º, 2.º, 18.º 2 27.º da CRP), atendendo também aos princípios gerais de interpretação da lei penal.

Identificação de um problema de conflito de direitos fundamentais e da necessidade de se realizar – na interpretação do art. 240.º e na delimitação da conduta típica descrita pela alínea *b*) do n.º 2 do art. 240.º – um juízo de concordância prática entre os arts. 1.º, 2.º 13.º, 25.º e 27.º da CRP (dignidade da

¹ §130 do CP alemão, com o seguinte teor: “(3) *É punido com pena de multa ou de prisão até cinco anos, quem aceite, desminta ou minimize um ato cometido sob o regime do nacional-socialismo*”.

pessoa humana, efetividade dos direitos, liberdade e garantias, igualdade, integridade física e moral, e liberdade, bens jurídicos potencialmente alvo de tutela pelo art. 240.º) e os arts. 2.º, 13.º e 37.º da CRP (pluralismo democrático e liberdade de expressão em condições de igualdade).

A questão pode, desde logo, ser analisada na ótica dos limites da interpretação permitida em Direito Penal, à luz dos arts. 1.º, 2.º, 18.º, n.º 1, 29.º, n.º 1 e 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP. Numa perspetiva metodológica mais tradicional, o sentido possível das palavras é entendido como limite da interpretação permitida em Direito Penal. Nesta medida, alguns autores defendem que as possibilidades semânticas que o texto oferece funcionarão como barreira intransponível à tarefa de interpretação, sob pena de violação da proibição de analogia consagrada no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal. Ora, Klaus não negou, efetivamente, os crimes do holocausto, limitando-se a discordar dos seus contornos exatos, pelo que a inserção do comportamento de Klaus na norma em questão poderia extravasar o sentido possível das palavras, constituindo interpretação extensiva não previsível pelo agente. Porém, esta via seria pouco profícua, uma vez que o legislador recorrer à expressão “*nomeadamente*”, o que parece conferir ampla margem de integração da norma ao aplicador. Tal margem de manobra só pode ser sustentável, à luz das normas já citadas da Constituição, caso se recorra ao sentido teleológico da norma à luz da necessidade de tutela de bens jurídicos e à intervenção mínima do Direito Penal.

Assim, a conformidade da alínea b) do n.º 2 do art. 240.º do CP face aos valores do pluralismo democrático e da liberdade de expressão implica que se faça uma leitura estrita da respetiva norma incriminadora, uma vez que não é constitucionalmente legítima a incriminação da mera expressão de dúvidas, descrença ou discordância ante os eventos históricos inerentes ao Holocausto. Para que haja crime, deverá exigir-se que o discurso em causa seja idóneo a incitar ao ódio ou à violência (por ser difamatório ou provocador) e que essa intenção exista no agente que o profere.

Não parecendo ser o caso, face aos factos descritos, não terá K praticado o crime em questão.

2. *Independentemente da resposta à questão anterior, terão os tribunais portugueses competência para julgar KLAUS pelo crime de discriminação, previsto no art. 240.º do CP?* (3 valores)

Tratando-se de crime praticado integralmente fora de Portugal (art. 7.º), deverá avaliar-se o art. 5.º do CP. Não pode ser aplicada a alínea e) pois K não possuía nacionalidade portuguesa à data da prática dos factos, podendo apenas aplicar-se a alínea f). Realmente, apesar de K possuir, atualmente, nacionalidade portuguesa, as condições materiais das quais dependente a competência dos tribunais portugueses e a aplicação da lei nacional (nacionalidade do agente ou da vítima e tipo de crime) têm de se verificar sempre no momento da prática do facto, sob pena de violação do princípio da legalidade (ou princípio da não transatividade). Nos termos da alínea f), a competência dos tribunais portugueses depende de o agente se encontrar em território nacional (verifica-se), de se tratar de crime que admita a extradição (o que se verifica, pois ainda que se identificasse alguma componente política nesta incriminação, existe convenção internacional sobre a criminalização de condutas discriminatórias que incitem ao ódio e à violência), de ter sido requerida a extradição ou MDE (verifica-se) e de não poder ser deferida a extradição ou MDE (questão que será resolvida na próxima pergunta).

Tendo havido condenação na Alemanha, mas tendo o arguido subtraindo-se ao cumprimento integral da pena, ainda que houvesse competência dos tribunais portugueses, deveria dar-se cumprimento ao art. 6.º, n.º 1, preferindo-se o processo de reconhecimento de sentença (nos termos estabelecidos pela Lei n.º 65/2003 - LMDE) à repetição integral do julgamento

3. *Deverá Portugal cumprir o mandado de detenção europeu?* (3 valores)

No caso, não estando preenchidas as alíneas do n.º 2 do art. 1.º da LMDE (pois o crime imputado a K não se refere a condutas racistas ou xenófobas, mas antes à mera negação de atos do regime nacional-socialista alemão), importa verificar se existe dupla incriminação. Uma vez que a conduta de K não se enquadra na tipicidade [aceitando-se a interpretação restrita referida na questão 1) da alínea b) do n.º 2 do art. 240.º no CP português] e que não existe qualquer outra norma no Direito Penal português com conteúdo semelhante ao §130 do CP alemão, poderá ocorrer um problema de ausência de dupla incriminação. Nos termos do n.º 3 do art. 2.º da LMDE, «*só é admissível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infração punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação*». Mesmo desconsiderando as diferenças de tipicidade

e qualificação jurídica entre a lei portuguesa e a lei alemã, certo é que a conduta de K não constitui qualquer infração criminal no Direito português.

Por outro lado, tratando-se de mandado de detenção europeu para cumprimento de pena de prisão emitido contra um cidadão nacional, nos termos da alínea g) do n.º 1 do art. 12.º da LMDE, Portugal poderia recusar a entrega, comprometendo-se – caso se entendesse haver dupla incriminação – a executar em Portugal a pena determinada pelos tribunais alemães.

4. *Admita que, em 2010, o art. 240.º foi alterado, passando a alínea b) do n.º 2 a dispor o seguinte: «2. Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação: (...) b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade, de molde a incitar à prática de atos de violência contra as pessoas ou grupos de pessoas referidos ou de vandalismo contra as instituições que as representam e desde que se verifique, ainda que de forma tentada, algum ato de violência ou vandalismo posteriores; (...) é punido com pena de prisão de dois a cinco anos». Independentemente das respostas às questões anteriores e caso os tribunais portugueses fossem competentes para julgar KLAUS, poderia o arguido ser condenado pelo crime de discriminação? (5 valores).*

Regra geral, a lei aplicável ao crime é a lei vigente no momento da prática do facto – arts. 29.º, n.º 1 da CRP e 2.º, n.º 1, do CP – considerando-se o facto praticado aquando da atuação do agente, art. 3.º do CP. O facto foi praticado a 7 de maio de 2008, altura em que a lei portuguesa incriminava a negação do holocausto recorrendo a uma técnica de perigo abstrato ou presumido, segundo a qual, sendo o perigo mero fundamento da incriminação, proíbe-se a conduta descrita na norma com base no perigo estatístico de incitamento ao ódio ou à violência; ou, admitindo a já referida interpretação restritiva, um crime de aptidão, dependente da idoneidade da conduta realizada para criar a perigosidade abstrata que fundamenta a incriminação, podendo ser caracterizado como crime de perigo abstrato-concreto.

Em 2010, foi alterada a tipicidade da norma incriminadora, passando o tipo a exigir, pelo menos, a criação de perigo concreto – demonstrada através da ocorrência, *ainda que de forma tentada*, de atos de violência ou vandalismo – para os bens jurídicos tutelados.

Trata-se, assim, de um caso de conversão de crime de perigo abstrato em crime de perigo concreto, admitindo-se, à luz dos arts. 29.º da CRP e 2.º do CP, duas soluções:

- Solução designada de teoria do facto concreto (“*prius punibile, posterius punibile, ergo punibile*”), segundo a qual, desde que a conduta do agente se mantenha dentro da tipicidade, sendo punida quer pela norma anterior, quer pela norma posterior, deverá a mesma considerar-se ainda punida. De acordo com esta solução, K poderia ser punido à luz da lei antiga, por ser mais favorável (arts. 29º/1 e 4. 1.ª parte CRP; 2º/4 CP).

- Solução que sustenta que a transformação de um crime de perigo abstrato num crime de perigo concreto implica a descriminalização das condutas de mero crime de perigo abstrato anteriores à nova lei, por ter a lei nova inserindo um elemento inovador especializador que transforma de modo substancial o ilícito típico. O art. 29.º, n.º 4 da CRP e o art. 2.º, n.º 2, do CP, impõem a aplicação da lei nova mais favorável. Neste caso, existe uma lei nova mais favorável, a que elimina a redação anterior do art. 240.º, descriminalizando as condutas de perigo abstrato, por ter ocorrido uma alteração das conceções do legislador no que toca à necessidade da pena para tais condutas. Esta lei nova deve ser aplicada a K, não podendo este ser punido nos termos da lei vigente em 2007. Por outro lado, porque o art. 29.º, n.º 1 da CRP e 2.º, n.º 1, do CP, impedem a aplicação de lei nova mais desfavorável ou de conteúdo típico inovador incriminatório, a nova lei, introduzida em 2010, também não poderia ser aplicada a K. Assim, K não poderia ser punido por quaisquer das leis. Note-se que a aplicação da lei antiga a K – uma lei já revogada – apenas pode ser sustentada através do recurso à ultratividade da lei penal. Ora, também a ultratividade da lei penal se encontra limitada pelo arts. 18.º, n.º 2 e 29.º, n.º 4 da CRP, sendo tal aplicação legítima apenas quando, havendo continuidade do ilícito típico, a lei anterior seja mais favorável.

A aplicação da lei nova a K (invocando a continuidade do ilícito-típico) implica a valoração retroativa de um elemento do ilícito típico que não tinha existência legal à data da prática dos factos, nem como

fundamento da pena, nem como fundamento de qualquer variação da pena, com potencial violação do princípio da culpa (arts. 1.º e 27.º da CRP), mesmo que tal aplicação seja limitada pela pena prevista na lei antiga. Por outro lado, tal aplicação sempre introduziria um elemento de arbitrariedade e potencial violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), já que apenas abrangeria os processos pendentes em que, na fase de inquérito ou na acusação, constasse a referência – desnecessária e irrelevante à luz da lei anterior – à criação de perigo concreto.

Pode ainda entender-se que a lei nova apresenta apenas um conteúdo densificador da ilicitude típica, concretizando e delimitando o comportamento típico, razão pela qual não ocorre total descriminalização das condutas anteriores, mas mera descriminalização parcial das condutas de perigo abstrato. Nesta ótica, importa apenas aplicar o art. 29.º, n.º 4 da CRP e 2.º, n.º 4 do CP, sendo K punido pela lei que for concretamente mais favorável. Assim, porque a lei nova introduz um limite mínimo da pena superior ao previsto pela lei vigente em 2007, K seria punido nos termos da redação inicial do CP.

5. *Imagine que os jovens DIETZ e EDSEL foram julgados na Alemanha, tendo-lhes sido aplicada, como pena, a obrigação de, durante 12 meses, ler 12 livros alusivos à perseguição dos judeus, ao racismo e ao holocausto, devendo entregar 12 relatórios de leitura e um trabalho de reflexão final. À luz dos princípios gerais do Direito Penal e dos fins das penas, como avaliaria esta decisão? (3 valores).*

Referência aos fins das penas e à função do Direito Penal à luz do disposto nos arts. 1.º, 2.º, 18.º e 27.º da CRP e do art. 40.º do CP, analisando as leituras doutrinárias sobre as normas em causa e sua interpretação em sede das teorias dos fins das penas. Reflexão sobre o confronto entre a prevenção geral positiva (necessidade de uma pena expressiva da medida ótima para o restabelecimento da confiança da comunidade na vigência das leis e na tutela dos bens jurídico-penais) e a prevenção especial positiva (necessidade de estabelecer uma pena que não se mostre incompatível com a ressocialização do agente e com o regresso deste à vida em comunidade), a partir do caso enunciado. Reflexão sobre a legitimidade da preferência por fins de prevenção geral na determinação da medida da pena sustentada por alguma doutrina penal e prevalecente na jurisprudência dos tribunais portugueses. Reflexão sobre os limites da prevenção especial positiva atendendo à liberdade de consciência e à livre construção da personalidade do agente.

Clareza das ideias, correção da linguagem e capacidade de síntese: 2 valores.