



Direito Penal I

3.º Ano – Noite / 2021-2022

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Professora Doutora Teresa Quintela de Brito, Mestre João Matos Viana e Dr. Tiago Geraldo

Exame Final – 7 de janeiro de 2022

Duração: 90 minutos

Hipótese

No dia 7 de dezembro de 2021, **Ahmed e Belkacem**, cidadãos argelinos, residentes em França e naturalizados franceses, ambos membros da *Jihad*, irrompem pela redação de um jornal humorístico, em Lisboa, de armas em punho e matam as seis pessoas que lá se encontravam, incluindo o diretor e três cartoonistas. Depois de gritarem insultos radicais, afastam-se rapidamente do local.

À saída do jornal, verificando que sobrevivera, voltam a disparar sobre Júlio, agente da polícia, que já tinham ferido gravemente à entrada, desta feita matando-o.

Põem-se em fuga, usando um veículo de alta cilindrada que tinham furtado nesse dia.

Belkacem conduz o veículo a grande velocidade pela cidade, ignorando todos os sinais vermelhos, os relativos à passagem de peões e à prioridade e circulando por diversas vezes em sentido proibido, até chegarem à embaixada do Emirado do Khemed, onde se refugiam, solicitando asilo diplomático.

Certa noite, saturados da reclusão na embaixada do Emirado do Khemed, resolvem dar um passeio por Lisboa, acabando por ser detidos na Avenida da Liberdade. Eram portadores de documentos de identificação falsificados por **Carim**, outro membro da *Jihad*.

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. No final do inquérito, o Ministério Público acusa **Ahmed e Belkacem** da prática, a título de autoria, dos seguintes crimes: um crime de organização terrorista (artigo 3.º, n.º 2, por referência ao artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003 – Lei de Combate ao Terrorismo¹); sete

¹ Artigo 3.º da Lei n.º 52/2003:

1 - Aos grupos, organizações e associações previstas no n.º 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, atuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respetivas autoridades a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 5 do artigo anterior.

Artigo 2.º da Lei n.º 52/2003:

1 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, atuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:

a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

[...].

2 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

crimes de homicídio consumados (artigo 131.º do Código Penal – CP); uma tentativa de homicídio (artigos 131.º, 22.º, 23.º e 73.º, n.º 1, als. *a* e *b*), do CP) e um crime de ofensas corporais graves consumadas (artigo 144.º do CP) contra Júlio, agente da polícia; um crime de furto qualificado e um crime de furto de uso do automóvel de alta cilindrada (artigos 204.º, n.º 2, al. *a*), e 208.º, do CP); um crime de falsificação de documento (artigo 256.º, n.ºs 1, al. *e*), e 3, do CP) e um crime condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º, n.º 1, al. *b*), do CP).

Considerando os princípios da interpretação em Direito Penal e as regras sobre a unidade e a pluralidade de crimes, diga, fundamentadamente, se concorda ou não com a acusação do Ministério Público relativamente a todos os crimes acima referidos. **(6 valores)**

2. Se, depois de aberto inquérito criminal em Portugal, a França solicitar a entrega de **Ahmed** e **Belkacem** para os julgar pela prática dos crimes referidos na questão 1, invocando o princípio da nacionalidade ativa, como deve ser decidido o pedido? **(3 valores)**

3. Suponha que, no dia seguinte ao do trânsito em julgado da sentença condenatória, entra em vigor uma norma que vem alterar o crime de condução perigosa de veículo rodoviário, passando o artigo 291.º, n.º 1, al. *b*), do CP, a dispor:
“Quem conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária relativas à prioridade, à obrigação de parar, à passagem de peões e ao limite de velocidade *de forma adequada* a criar perigo para a vida ou a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado é punido com prisão até 2 anos ou com pena de multa”.
Esta alteração legislativa trará consequências jurídicas para a situação dos condenados? **(4 valores)**

4. No dia 3 de janeiro de 2022, a Assembleia da República, sob proposta do Governo, aprova nova alteração ao Código Penal, consistente na criação de um novo tipo de crime, inserido na Secção II (Dos crimes contra sentimentos religiosos), do Capítulo I, Título IV do Livro II do Código Penal, com a seguinte redação:
“Artigo 251.º-A – Ultraje de crença religiosa
1 - Quem publicamente vilipendiar crença ou função religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.
2 - Não é punível o ultraje de crença religiosa vertido em materiais artísticos, literários ou jornalísticos, por serem manifestação da liberdade de pensamento e de expressão”.
Considerando os princípios constitucionais que integram o conceito material de crime, pronuncie-se sobre a constitucionalidade da nova incriminação (n.º 1) e, ainda, sobre a cláusula de exclusão da tipicidade (n.º 2). **(5 valores)**

Correção da linguagem, clareza de raciocínio, capacidade de síntese e profundidade de análise: 2 valores.

TÓPICOS DE CORREÇÃO

1. Para averiguar a correção da acusação do Ministério Público importa analisar, crime a crime, os problemas de interpretação e aplicação dos correspondentes tipos penais ao comportamento global dos agentes.

Quanto ao **crime de organização terrorista**, sob a epígrafe de “outras organizações terroristas” (artigo 3.º, n.º 2, por referência ao artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003): a acusação é viável, pois **Ahmed** e **Belkacem**, enquanto membros da *Jihad*, aderiram e apoiaram esta organização terrorista, visando, no caso, “intimidar certos grupos de pessoas [e.g., grupos de profissionais, tais como os jornalistas] ou populações”.

Quanto aos **crimes de homicídio**: a acusação é igualmente viável, pois **Ahmed** e **Belkacem** praticaram sete homicídios consumados, tantos quantas as pessoas a quem causaram a morte. Trata-se de um concurso efetivo de crimes (artigo 30.º, n.º 1, do CP), real (várias ações naturalísticas) e homogêneo (o mesmo tipo de crime várias vezes), cuja punição será determinada nos termos do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2 (sistema de pena única e de cúmulo material mitigado), do CP.

Na resposta, valoriza-se (sem exigir) a referência ao homicídio qualificado (artigo 132.º do CP) e à relação de especialidade (concurso aparente de normas penais) face ao homicídio simples (artigo 131.º do CP), o qual, enquanto norma geral, vem a ser afastado pela norma especial.

Quanto ao **crime de ofensas à integridade física** (de Júlio): apesar de se tratar de dois bens jurídicos distintos, normalmente a lesão da vida implica a ofensa à integridade física. Esta constitui um estágio intermédio necessário de realização do homicídio, a cuja consecução se dirige de modo essencialmente unitário a vontade do agente (unidade de ação). Logo, a punição pela tentativa ou pela consumação do homicídio exclui a punição pelas ofensas corporais tentadas ou consumadas, sob pena de violação, designadamente, dos princípios do *non bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa – CRP) e da culpa (artigos 1.º, 2.º e 27.º/1, todos da CRP).

No caso de Júlio, o agente da polícia que se encontrava à porta do jornal e que foi gravemente ferido à entrada e morto à saída:

- a) O **primeiro disparo corresponde a uma tentativa de homicídio**, cuja punição afasta a das ofensas graves consumadas à integridade física (estádio intermédio necessário de realização do homicídio/unidade de ação);
- b) O **segundo disparo traduz-se num homicídio doloso consumado**, que consome a anterior tentativa de homicídio da mesma vítima.

O segundo disparo concretiza o dolo que já impulsionara o primeiro, *i.e.*, através de duas atuações sequenciais os agentes aproximam-se do resultado típico (morte), já visado pelo primeiro disparo (unidade de sentido social do ilícito global)². Verifica-se um ilícito e uma culpa essencialmente unitários: o segundo disparo implica apenas um aumento quantitativo do ilícito em que já se traduziu a primeira tentativa de homicídio; há uma estreita conexão espaço-temporal entre os dois comportamentos e o contexto motivacional dos agentes não se altera. Por isso (e para evitar a violação dos princípios do *non bis in idem* e da culpa), a punição por homicídio doloso consumado esgota o conteúdo de desvalor da prévia tentativa de homicídio da mesma pessoa (concurso aparente de normas penais, na modalidade da consunção). Isto só será assim, porém, se a penalidade da tentativa ou do crime consumado de homicídio for superior à do crime de ofensas à integridade física. Caso contrário, haveria consunção impura.

² Esta resposta não toma em consideração a cláusula de extensão dos tipos da Parte Especial vertida no artigo 26.º do CP, dado que esta parte da matéria não é exigível aos Alunos de Direito Penal I do 3.º Ano do Curso de Licenciatura (1.º Ciclo de Estudos).

Contudo, a primeira tentativa de homicídio deverá ser ponderada na medida concreta da pena a aplicar ao homicídio consumado, podendo aproximá-la do limite máximo da pena legal.

Devidamente fundamentada, admite-se a solução do concurso efetivo entre a primeira tentativa de homicídio e o homicídio consumado.

Quanto ao **crime de furto** do automóvel de alta cilindrada, procede a acusação pelo crime previsto no artigo 204.º, n.º 2, al. a), do CP: os agentes subtraem um veículo de valor consideravelmente elevado, com ilegítima intenção de apropriação. Além disso, **Ahmed e Belkacem** subtraem o uso desse veículo ao legítimo detentor e usam-no sem autorização deste para fugir para o interior da embaixada do Emirado do Khemed (artigo 208.º do CP). Portanto, o comportamento dos agentes realiza a previsão do artigo 208.º (furto de uso de veículo), para além da previsão do artigo 204.º do CP. Contudo, o furto de uso é, simultaneamente, facto concomitante ao furto qualificado e facto posterior impune. Por um lado, a subtração do veículo, com ilegítima intenção de apropriação, necessariamente implica a subtração do respetivo uso; por outro, o uso sem autorização do automóvel furtado concretiza a respetiva apropriação (resultado não compreendido no tipo objetivo do furto simples). Ou seja: o furto de uso do veículo furtado com ilegítima intenção de apropriação não representa um novo ataque ao bem jurídico da propriedade, já valorado ao nível do tipo legal do furto qualificado. Por isso, verifica-se uma situação de concurso aparente de normas penais, sob a forma de consunção do crime de furto de uso pelo crime de furto qualificado do automóvel, reconduzível à cláusula legal de subsidiariedade expressa do artigo 208.º, n.º 1, do CP. Consequentemente os agentes apenas serão responsabilizados pelo crime de furto do artigo 204.º, n.º 2, al. a), do CP.

Quanto ao **crime de falsificação: Ahmed e Belkacem** são autores deste crime por usarem documento de identificação falsificado por **Carim**, com intenção de encobrir os crimes anteriores (artigo 256.º, n.º 1, al. e), e n.º 3, do CP).

Quanto ao **crime de condução perigosa**: a acusação está correta apenas face a **Belkacem**. Este conduziu um veículo, violando grosseiramente regras da circulação rodoviária e criou desse modo um perigo para a vida e/ou a integridade física de todos os demais utentes das vias públicas que percorreram (crime de perigo comum e concreto). Como **Ahmed** não conduziu o veículo, apenas **Belkacem** responderá como autor deste crime. Só à custa de uma aplicação analógica da norma incriminadora contida no artigo 291.º, n.º 1, al. b), do CP – proibida pelos artigos 165.º, n.º 1, al. c), e 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e pelo artigo 1.º, n.ºs 1 e 3 do CP – seria possível responsabilizar **Ahmed** como autor desse crime. Em termos de linguagem comum, viajar ao lado do condutor não é o mesmo que conduzir o automóvel³.

Entre os crimes referidos verifica-se um **concurso efetivo real** (diversos atos naturalísticos) **heterogéneo** (diferentes tipos de crime) que será punido nos termos e com o limite fixado no artigo 77.º, n.º 2, do CP.

2. Trata-se de um problema de aplicação da lei penal no espaço.

Todos os crimes constantes da acusação do Ministério Público são integralmente realizados em Portugal. Graças ao critério plurilateral ou da ubiquidade consagrado no artigo 7.º do CP para definir o *locus delicti*, a lei penal portuguesa é aplicável aos referidos crimes, por força do princípio da territorialidade (artigo 4.º, al. a), do CP).

Sendo a França um Estado-Membro da União Europeia, deve aplicar-se a Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, ao seu pedido de entrega de **Ahmed e Belkacem** para serem julgados no país da respetiva nacionalidade pelos crimes que estão a ser investigados (artigos 1.º e 2.º da LMDE).

³ Esta resposta não toma em consideração a cláusula de extensão dos tipos da Parte Especial vertida no artigo 26.º do CP, dado que esta parte da matéria não é exigível aos Alunos de Direito Penal I.

Portugal pode recusar a entrega de **Ahmed e Belkacem** à França ao abrigo do artigo 12.º, n.º 1, al. b), da LMDE, por estar pendente em Portugal procedimento penal contra as pessoas procuradas pelos factos que motivam a emissão do mandado de detenção europeu, e, ainda, da al. h), pois o mandado de detenção europeu tem por objeto infrações cometidas em território nacional.

3. Estamos perante uma questão de aplicação da lei penal no tempo.

O crime previsto no artigo 291.º, n.º 1, al. b), considera-se praticado no momento em que **Belkacem** conduziu o veículo pelas ruas de Lisboa, violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária (artigo 3.º do CP: critério unilateral da ação). Por isso, **Belkacem** foi condenado ao abrigo de L1, a lei que estava em vigor no momento da prática do facto (artigo 2.º, n.º 1, do CP).

Depois do trânsito em julgado da condenação entra em vigor L2, que converte o anterior crime de perigo concreto num crime de perigo abstrato-concreto ou de aptidão. Está-se agora perante um crime que exige apenas a demonstração da idoneidade (*ex ante*) da conduta para a criação de um perigo para os bens jurídicos protegidos. Ou seja, ocorre um alargamento do âmbito de punibilidade e, conseqüentemente, uma diminuição do limite máximo da pena de prisão de 3 para 2 anos. A pena de multa permanece inalterada.

A primeira questão a resolver é a de saber se estamos perante uma sucessão de leis penais relativamente a um facto que permanece como crime face a L1 e a L2 (artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da CRP, e artigo 2.º, n.º 4, 1.ª parte, do CP), ou antes diante de uma descriminalização da conduta praticada por **Belkacem** (artigo 2.º, n.º 2, do CP).

Tendo em conta que o facto concreto praticado por **Belkacem** realiza tanto a previsão de L1 (conduziu veículo automóvel violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária e criou perigo para a vida e/ou a integridade física dos demais utentes da via pública) como a de L2 (conduziu veículo automóvel violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária de forma adequada ou idónea a colocar em perigo a vida e/ou a integridade física dos demais utentes da via pública), verifica-se a continuidade normativa típica necessária para afirmar uma sucessão de leis penais nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do CP.

À mesma solução chegariam os Autores que averiguam da existência de uma sucessão de leis penais considerando em abstrato os elementos constitutivos do crime face às leis que se sucedem, e não o facto concreto. Com efeito, L1 configura-se como uma norma especial que inclui no seu âmbito de aplicação a norma geral que é L2. Por outras palavras: L2 veio retirar (e não acrescentar) um elemento especializador (o resultado de perigo concreto), deixando subsistir como crime a conduta anteriormente típica face a L1 (a condução de veículo concretamente idónea, no momento da sua realização, para criar perigo para os mesmos bens jurídicos).

Assim, L2 deve ser aplicada a **Belkacem** por ser concretamente mais favorável (artigos 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da CRP, e 2.º, n.º 4, 1.ª parte, do CP). A imposição constitucional de retroatividade *in melius* funda-se nos princípios da necessidade ou da máxima restrição da intervenção penal e da igualdade de todos os cidadãos, agentes da prática do mesmo facto punível, perante a lei (artigos 18.º, n.º 2, e 13.º, n.º 1, da CRP). **Belkacem** não tem de esperar até cumprir a pena legal máxima de prisão à luz de L2 (2 anos – artigo 2.º, n.º 4, 2.ª parte, do CP). Pode imediatamente lançar mão do artigo 371.º-A do CPP e requerer a abertura da audiência, para que os factos dados como provados pela sentença condenatória possam ser reapreciados em função da diminuição da pena legal de 3 para 2 anos de prisão.

4. Quer no que respeita ao novo tipo legal de “ultraje de crença religiosa” (n.º 1), quer no que tange ao respetivo contratipo (n.º 2), está em causa o conceito material de crime e o conjunto de princípios constitucionais penais que respaldam tal conceito.

Começando pela **constitucionalidade da nova incriminação**, importa salientar que a liberdade de consciência, de religião e de culto está prevista no artigo 41.º, n.º 1, da CRP. O respetivo n.º 2 expressamente proíbe a perseguição, a privação de direitos e a isenção de deveres ou obrigações por causa das convicções ou da prática religiosa. Todavia, a consagração constitucional de um valor ou interesse e a proibição constitucional de condutas não bastam para justificar a intervenção do Direito Penal por força do princípio da estrita necessidade das incriminações e do seu carácter consequentemente fragmentário (artigo 18.º, n.º 2, da CRP). A este propósito diz-se que inexistem imposições constitucionais implícitas de criminalização de condutas.

A nova incriminação (n.º 1) configura-se como um crime de perigo abstracto-concreto que assume como objeto de proteção a crença ou função religiosa em si mesma considerada (valor ou interesse supra-individual), prescindindo de qualquer referente pessoal, ao contrário do que sucede, por exemplo, no crime de ultraje de outrem por motivo de crença religiosa (artigo 251.º, n.º 1, do CP). Contudo, a nova incriminação condiciona a relevância penal da manifestação de desrespeito ou menosprezo pela crença ou função religiosa ao seu carácter público e, ainda, à respetiva idoneidade para perturbar a ordem pública. O que evidencia que o novo tipo não tutela a liberdade de religião e de culto de per si, mas a paz pública, *i.e.*, o clima de convivência pacífica, de respeito e de tolerância de que depende o exercício efetivo daquela liberdade numa sociedade aberta, inclusiva e plural. Ainda assim, será este um comportamento digno e ademais necessitado de proteção penal, por inexistir outro meio igualmente idóneo e eficaz para assegurar o valor ou interesse em causa?

Constituirá o vilipêndio público de crença religiosa (conjunto de princípios e dogmas sobre a existência ou inexistência de Deus) ou de função religiosa, ainda que grave ao ponto de ser idóneo a perturbar a paz pública, um mal com dimensão pública, *i.e.*, uma conduta com repercussões no domínio público da vida humana numa comunidade liberal? Talvez. Mas, ainda que a resposta possa ser positiva, justificar-se-á, perante o carácter necessariamente fragmentário e de *ultima ratio* da intervenção penal, a criação de uma nova incriminação que acresce às várias, já existentes, contra os sentimentos religiosos?

O artigo 251.º do CP prevê o ultraje público de outrem em razão da sua crença ou função religiosa (n.º 1) e a profanação de lugar ou objeto de culto ou de veneração religiosa (n.º 2) que sejam graves a ponto de serem idóneos a perturbar a convivência pacífica entre os crentes de diversas religiões, por poderem suscitar a autodefesa dos atingidos e/ou o crescimento da intolerância social face à crença visada. Por estar em causa a possibilidade de afetação de um valor ou interesse supra-individual (a paz pública no exercício da liberdade de religião e de culto de todas e cada uma das pessoas), compreende-se que a pena cominada no artigo 251.º, n.º 1, do CP, seja mais grave do que estabelecida para a ofensa pessoal à honra com motivação religiosa (cfr. artigos 180.º, 182.º e 183.º, n.º 1, do CP)⁴; ofensa à honra em que se traduz o ultraje público do crente ou da pessoa que exerça função religiosa. Além disso, o artigo 252.º do CP incrimina o impedimento ou perturbação (por meios típicos de coação) e o ultraje público a um (concreto) ato de culto. A preexistência destes crimes contra os sentimentos religiosos leva-nos a perguntar se ainda há espaço autónomo e sentido útil (ou sequer plausível) para um novo crime de ultraje a crença ou função religiosa, em que, ademais, a delimitação da conduta proibida se revela particularmente problemática. O que nos remete para uma outra manifestação de inconstitucionalidade material do novo crime, que acresce ou, *rectius*, revela de forma ainda mais nítida a já resultante da violação do princípio da dignidade e da necessidade de pena da conduta (ora) típica.

Em causa está, agora, o problema da indeterminação do facto punível pelo novo tipo de “ultraje de crença religiosa” e do consequente desrespeito pelos princípios da tipicidade, da culpa

⁴ O que já não sucede nas hipóteses previstas no artigo 183.º, n.º 2, e 184.º do CP, cujas cominações penais ultrapassam a do artigo 251.º, n.º 1, do CP. O que evidencia as dificuldades de delimitação do campo de aplicação das incriminações já existentes (que seriam ainda intensificadas pela nova incriminação) e de resolução dos consequentes problemas de concurso aparente de normas penais ou efetivo de crimes.

e da proporcionalidade (artigos 1.º, 2.º, 18.º/2, 27.º, n.ºs 1 e 2, e 29.º, n.º 1, da CRP; 1.º, n.º 1, do CP).

No crime de “ultraje por motivo de crença religiosa” (artigo 251.º do CP), a idoneidade da conduta para perturbar a paz pública necessária à liberdade de religião e de culto assenta *na* e depende *da* corporização, individualização ou mediação do ataque a uma dada crença religiosa por via da concreta pessoa do crente que é publicamente vilipendiado, ou do concreto lugar ou objeto de culto ou veneração que são profanados. No crime de impedimento ou perturbação do exercício legítimo do culto de religião (artigo 252.º, n.º 1, do CP), o ataque à crença religiosa corporiza-se através do recurso, para o efeito, a meios típicos de coação (violência ou ameaça com mal importante), sendo ainda delimitado pela exigência de legitimidade do culto (impedido ou perturbado) face à crença religiosa de que se trate. No crime de ultraje ou vilipêndio público a ato de culto (artigo 252.º, n.º 2, do CP), o ataque à religião é individualizado pelo concreto ato de culto vilipendiado ou alvo de escárnio. Nada disto sucede no novo tipo de “ultraje de crença religiosa”, no qual o atentado à crença ou função religiosa não resulta minimamente descrito ou sequer determinável, por via (i) da sua corporização ou individualização em determinado crente, objeto ou lugar de culto/veneração ou em um dado ato de culto de certa religião, e/ou (ii) do recurso a meios típicos de coação para impedir ou perturbar o exercício legítimo do culto de certa religião. Bem pelo contrário, face ao novo artigo 251.º-A, n.º 1, do CP, a relevância penal do menosprezo público de crença ou função religiosa depende somente da respetiva aptidão genérica para perturbar a paz pública, seja qual for o comportamento em causa. Na falta de uma definição deste comportamento e na impossibilidade de o delimitar a partir do objeto legal do ataque e/ou do recurso a meios típicos de coação, perdem-se todos os pontos materiais de referência, de que necessita o cidadão para saber qual o âmbito do proibido, e o intérprete-aplicador para determinar a idoneidade do vilipêndio público de dada crença ou função religiosa para perturbar a convivência pacífica entre crentes de diferentes religiões. O que se traduz na referida violação dos princípios da tipicidade/determinação do facto punível e da culpa (os cidadãos são surpreendidos por uma acusação e condenação penais com que não podiam à partida contar).

A esta violação soma-se o desrespeito do princípio da proporcionalidade em que se consubstanciará a aplicação de uma pena de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias à conduta completamente indeterminada e indeterminável de vilipêndio público de crença ou função religião, cuja aptidão para perturbar a paz pública se revela de aferição impossível dada a falta da definição legal de pontos materiais de referência desse juízo.

No que concerne ao **contratipo ou cláusula de exclusão da tipicidade** consagrada no novo artigo 251.º-A, n.º 2, do CP, suscitam-se duas questões. Primeira: o afastamento do tipo de ultraje público a crença ou função religiosa quando o mesmo corresponda a uma criação artística, literária ou jornalística consegue assegurar a constitucionalidade da nova incriminação? Segunda: à luz do artigo 37.º, n.º 3, da CRP, e no quadro de uma sociedade aberta, inclusiva e plural, terá o legislador ordinário legitimidade para, no conflito entre garantias constitucionais (de um lado, a convivência pacífica e a tolerância necessárias ao exercício efetivo da liberdade de consciência, de religião e de culto – artigo 41.º da CRP; e, do outro, as liberdades de expressão e divulgação pública do pensamento, de criação intelectual, artística e científica, do direito de informar, de se informar e de ser informado – artigos 37.º, n.º 1, e 42.º, da CRP), tomar partido, em abstrato e independentemente das circunstâncias concretas, a favor de uma das garantias constitucionais arredando a tutela penal da outra, não obstante a realização em concreto da conduta proibida pelo tipo em causa?

À primeira questão deve responder-se negativamente: a inconstitucionalidade material do novo tipo penal, resultante da violação dos princípios da determinação/tipicidade do facto punível, da estrita necessidade e da proporcionalidade da intervenção penal face aos interesses ou valores por esta sacrificados (máxime a liberdade), não intenta ser arredada por uma cláusula geral de exclusão da tipicidade do comportamento limitada aos vilipêndios incluídos em materiais artísticos, literários ou jornalísticos.

Embora se trate de matéria muito complexa e sensível, também à segunda questão parece dever responder-se negativamente. O artigo 37.º, n.º 3, da CRP exprime uma opção fundamental do legislador constituinte: a liberdade de expressão do pensamento, o direito à divulgação pública do mesmo, o direito de informar e de ser informado não são ilimitados, podendo originar a prática de crimes que como tal devem ser julgados pelos tribunais judiciais. Idêntica opção fundamental se impõe quanto à liberdade de criação cultural e ao direito à respetiva produção e divulgação (artigo 42.º da CRP), enquanto meras concretizações da liberdade geral de expressão do pensamento. Bem vistas as coisas, tal opção fundamental é corolário do princípio do Estado de Direito democrático, alicerçado no pluralismo de expressão e de organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais de todas e de cada uma das pessoas (artigo 2.º da CRP). Um Estado com estas características não pode predeterminar de forma definitiva a solução de uma colisão entre direitos fundamentais (*i.e.*, as liberdades de pensamento e de expressão, de produção e divulgação de criação cultural *versus* a paz pública imprescindível ao exercício efetivo da liberdade de religião e de culto), tomando partido a favor de um deles e negando proteção penal ao outro. Tal colisão de direitos fundamentais só pode ser decidida pelos tribunais judiciais em concreto, por via da respetiva concordância prática, nunca de modo legalmente predefinido e fechado. De contrário, a alegada liberdade de pensamento e de expressão, de produção e divulgação de criação cultural de uns poderia converter-se em instrumento de perturbação da convivência pacífica, do respeito e da tolerância necessários ao exercício efectivo da liberdade de religião e de culto de outros e, até, de discriminação e de incitamento ao ódio e à violência contra estes últimos (cfr. artigo 240.º, n.º 2, alíneas *b*) a *d*), do CP). O que significa que só em concreto poderá determinar-se se se trata de uma criação artística, literária ou jornalística; hipótese em que inexistirá, de facto, qualquer ultraje público a pessoa em razão da sua crença ou função religiosa, qualquer profanação de lugar ou objeto de culto/veneração, ou qualquer vilipêndio ou escárnio do ato de culto de dada religião. Mesmo quando recorra à técnica legislativa de estabelecimento de um contratipo, o Estado não pode impedir que seja colocada às entidades de perseguição criminal e discutida perante os tribunais judiciais a questão de saber se se verifica ou não em concreto a hipótese prevista no contratipo, ou seja, se se está perante uma criação cultural ou, antes, diante de um crime contra os sentimentos religiosos.

Dada a complexidade e o carácter problemático da questão relativa à cláusula de exclusão da tipicidade, aceitam-se, devidamente fundamentadas, respostas em sentido diferente.