



Direito Penal I

3.º Ano – TAN / 1.º Semestre de 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 de 2.ª Época (Recurso)

14 de fevereiro de 2022

Duração: 90 minutos

Hipótese

Abel foi condenado, em 1.ª instância, pela prática de um crime de burla qualificada (p. e p. nos artigos 217.º, n.º 1, e 218.º, n.º 2, alínea *a*), do Código Penal), em concurso aparente com um crime de falsidade informática (p. e p. no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro – Lei do Cibercrime), na medida em que, não obstante o preenchimento dos dois tipos de ilícito, o Tribunal entendeu que o crime de falsidade informática havia sido praticado como meio (crime-meio ou crime instrumental) para a prática do crime de burla (crime-fim). O Tribunal afirmou que a falsidade informática, quando praticada com o objetivo de obter um enriquecimento ilegítimo, para o agente ou para terceiro, é consumida pelo crime de burla (relação de consunção).

A Relação, contrariando a 1.ª instância, veio dizer que a consunção somente seria conjecturável nas situações de concurso entre a falsidade informática e a burla informática (e não entre a falsidade informática e a burla, como era o caso dos autos). Acresce que o Tribunal *ad quem* acabou mesmo por defender o concurso efetivo entre a falsidade informática e a burla informática, em função da diversidade dos bens jurídicos tutelados por ambas as incriminações, a saber: a segurança e a fiabilidade dos documentos eletrónicos no tráfego jurídico probatório e o património numa aceção jurídico-económica, respetivamente.

Abel foi condenado na pena de quatro anos de prisão efetiva, que transitou em julgado.

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. Considerando as posições mencionadas, diga qual seria a sua se tivesse de decidir o caso. **(4 valores)**
2. Suponha que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, entra em vigor uma nova versão da Lei n.º 109/2009 que, entre outras alterações, decreta a subsidiariedade expressa do crime de falsidade informática em relação a quaisquer crimes de burla p. e p. no Código Penal, desde que a falsidade informática tenha sido praticada como meio para a comissão de um crime de burla. Esta alteração legislativa poderá trazer consequências jurídicas para a situação de **Abel**? **(4 valores)**
3. **Abel** foi julgado e condenado na pena de três anos de prisão efetiva pelo Tribunal de Varsóvia exatamente pelos mesmos factos, considerando que as referidas falsidade informática e burla tinham sido cometidas, a partir de território português, contra **Bazyli**, cidadão polaco e residente na Polónia. As autoridades polacas solicitaram a Portugal, por via dos instrumentos legais aplicáveis ao caso, a entrega de **Abel**. Seria de se decidir pela entrega de **Abel** às autoridades polacas? **(4 valores)**

4. Pronuncie-se sobre a possibilidade de haver revogação tácita do artigo 221.º (burla informática e nas comunicações) do Código Penal, considerando que a Lei n.º 109/2009 contém um capítulo de disposições penais materiais relativas ao domínio do cibercrime. **(3 valores)**

5. Imagine que a Assembleia da República aprova uma alteração à Lei n.º 109/2009 que agrava em três anos todas as penas de prisão relativas ao domínio do cibercrime, considerando que vivemos numa sociedade em rede em que os ataques informáticos têm de ser prevenidos e reprimidos com acrescida eficácia. Concorda? **(3 valores)**

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

Grelha de correção

1. A questão remete-nos para um problema de concurso de crimes (artigo 30.º, n.º 1, do Código Penal – CP).

Importa assim determinar se estamos perante uma situação de unidade ou de pluralidade de crimes, de que depende o regime punitivo aplicável a *Abel*, valendo como parâmetro essencial de análise o princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, aqui na sua vertente material, de proibição de dupla valoração do mesmo facto para efeitos punitivos.

À luz das duas decisões referidas, é indiscutível que *Abel*, com o seu comportamento, preencheu os tipos penais de falsidade informática e de burla qualificada. Discute-se, todavia, se entre os dois tipos penais em questão, tendo em consideração o plano do agente e a conduta global do mesmo, poderá interceder uma relação de consunção em que a burla qualificada (crime-fim) absorveria a falsidade informática (crime-meio ou crime instrumental), sendo *Abel* punido apenas pelo primeiro.

O argumento convocado pela Relação para condenar *Abel* em concurso efetivo de crimes, assente tão-somente na ideia de diversidade dos bens jurídicos tutelados nas duas incriminações em confronto, não autoriza, por si só, uma opção definitiva por aquele regime punitivo (previsto no artigo 77.º do CP).

Com efeito, ainda que a diversidade de bens jurídicos possa servir como indicador *prima facie*, o que o princípio *ne bis in idem* exige, na sua vertente material, é que se afira em termos concretos (não meramente teóricos ou tipológicos, portanto) se o comportamento global do agente, mesmo se preenchendo formalmente dois ou mais tipos penais, se reconduz a um sentido de ilicitude único ou dominante ou se, ao invés, podem autonomizar-se diversos sentidos de ilicitude por cada um dos tipos penais preenchidos, na medida em que nenhum deles esgota o desvalor global do comportamento do agente.

Embora do enunciado não resultem informações muito pormenorizadas sobre o comportamento de *Abel*, certo é que alterou dados inseridos num sistema informático (ou adulterou documentos eletrónicos) com o propósito de induzir *Bazyli* em erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinando-o, assim, à prática de atos que lhe causaram um prejuízo patrimonial (artigo 217.º, n.º 1, para o qual remete o artigo 218.º, ambos do CP). A astúcia, enquanto elemento típico do crime de burla, consistiu precisamente na falsificação informática, criando-se dessa forma uma elaborada ilusão de segurança e fiabilidade dos documentos eletrónicos em causa no tráfico jurídico.

Se os dados ou documentos eletrónicos não genuínos (artigo 3.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime), foram exclusivamente usados para a prática do crime de burla qualificada, sem permanecerem no tráfico jurídico probatório com potencialidade para provocar engano em outras relações jurídicas, punir o agente em concurso efetivo pelos crimes de falsidade informática e de burla qualificada equivaleria a valorar duas vezes o erro ou engano astuciosamente provocado, em violação, pois, do princípio *ne bis in idem*, na apontada vertente material. Se assim sucedeu, afigura-se correta a posição adotada na decisão de 1.ª instância.

Ao invés, impor-se-ia a solução do concurso efetivo de crimes, caso os dados ou documentos eletrónicos não genuínos subsistam no tráfego jurídico probatório, com aptidão para induzir em erro outras pessoas ou para interferir em ulteriores tratamentos informáticos de dados para finalidades juridicamente relevantes. Nesta situação, a punição pela burla qualificada não contemplaria o desvalor total do comportamento do agente, deixando de fora, justamente, o bem jurídico ou interesse tutelado pelo artigo 3.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime.

De valorar a consideração do outro argumento da Relação, segundo o qual a consunção somente seria conjeturável nas situações de concurso entre a falsidade informática e a burla informática, e não entre a falsidade informática e a burla, como era o caso dos autos. Este argumento não procede, desde logo porque se situa no plano de uma suposta relação lógico-

abstrata que somente existiria entre crimes informáticos (e.g., a falsidade informática e a burla informática), o que, todavia, não tem razão de ser assim, nem seria determinante da unidade ou pluralidade de crimes. Por outro lado, como resulta evidenciado no caso vertente, nada impede que a falsidade informática constitua, em concreto, um crime-meio cujo desvalor é inteiramente absorvido pelo da burla clássica qualificada. Finalmente, pode realmente suceder que a prática de um crime de burla informática (artigo 221.º, n.º 1, do CP), pressupondo uma intervenção por qualquer modo no resultado do tratamento de dados, envolva também a comissão de um crime de falsidade informática (artigo 3.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime), i.e., a produção de dados ou documentos não genuínos através de intervenção no tratamento informático de dados. Mas nem por isso existirá necessariamente uma relação de consunção da falsidade informática pela burla informática, quando a realização desta tenha determinado a produção de dados ou documentos não genuínos, que, depois de consumada a burla, subsistem no tráfico jurídico probatório com aptidão para provocar engano em outras relações jurídicas.

Finalmente, mesmo quando a falsidade informática seja, em concreto, instrumental da burla informática, a relação de consunção não será necessariamente pura (crime-fim consumindo o crime-meio), podendo revelar-se impura por dever prevalecer a pena cominada para o crime-meio (falsidade informática) quando o prejuízo patrimonial não seja de valor elevado ou ainda que o seja. Mesmo neste último caso, é mais grave a pena prevista para o crime de falsidade informática (prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias) do que para o crime de burla informática qualificada nos termos no artigo 221.º, n.º 5, al. a), do CP (prisão até 5 anos ou multa até 600 dias)

2. A resposta é afirmativa.

A lei que entra em vigor após a condenação de *Abel* (com o enquadramento jurídico fixado pela decisão da Relação, como é de assumir), não sendo aquela que vigorava no momento da prática do facto (que corresponde ao momento da ação, nos termos do artigo 3.º do CP), é retroativamente aplicável, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do CP (que irradia, no plano ordinário, o princípio geral da retroatividade penal *in bonam partem* que consta do artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da Constituição), na medida em que, em concreto, a sua aplicação ao caso vertente se mostra mais favorável ao agente.

Efetivamente, ao passo que, ao abrigo da lei vigente no momento da prática do facto (artigo 2.º, n.º 1, do CP), o agente fora condenado em concurso efetivo pelos crimes de falsidade informática e de burla qualificada, a alteração legislativa operada posteriormente, consagrando uma relação de subsidiariedade expressa entre as duas incriminações (que, na situação concreta, estabeleceriam entre si uma conexão instrumental), levaria *Abel* a ser punido exclusivamente pelo crime de burla qualificada (à margem, por conseguinte, do regime punitivo previsto no artigo 77.º do CP).

Tratando-se de alteração legislativa superveniente ao trânsito em julgado da decisão condenatória, a forma processualmente adequada de fazer aplicar retroativamente a nova lei mais favorável passaria por requerer a reabertura da audiência, ao abrigo do disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal (CPP), cabendo nesse contexto ao tribunal de 1.ª instância reapreciar os factos assentes (e já definitivamente consolidados) à luz da nova lei e proceder às necessárias alterações quer quanto ao enquadramento jurídico, quer, bem assim, quanto à pena aplicável.

3. Sendo a Polónia Estado-Membro da União Europeia, a resposta ao pedido de entrega remetido pelas autoridades polacas teria de ser avaliada à luz da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, que define internamente o regime jurídico do Mandado de Detenção Europeu (MDE). O pedido mostra-se admissível quer quanto à respetiva finalidade, quer quanto aos crimes em que se fundamenta.

Quanto à respetiva finalidade, esta seria o cumprimento de pena, sendo de assumir que a sanção aplicada na Polónia não teria duração inferior a 4 meses, como exige o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003).

Quanto aos crimes em que se fundamenta, estes seriam quer ilícitos reconduzíveis à “*cibercriminalidade*” (artigo 2.º, n.º 2, alínea *l*), da Lei n.º 65/2003), como é o caso da falsidade informática, quer à burla (artigo 2.º, n.º 2, alínea *u*), da Lei n.º 65/2003]), os quais integram o catálogo de crimes que dispensam o controlo da dupla incriminação e com base nos quais, portanto, o MDE pode sempre ser fundamentado, mesmo que no Estado-Membro de execução o crime ou crimes em causa não estejam previstos.

Embora não houvesse obstáculos a colocar do ponto de vista do âmbito de aplicação da Lei n.º 65/2003 e da admissibilidade do pedido de entrega apresentado pelas autoridades polacas, haveria motivo de rejeição obrigatória do mesmo, nos termos do artigo 11.º, n.º *b*), do referido diploma, na medida em que *Abel* — como é de assumir também — já teria, à data da receção do pedido, sido definitivamente julgado pelos mesmos factos por um outro Estado-Membro (no caso, Portugal), assumindo-se igualmente que a pena tivesse sido integralmente cumprida ou em execução. Trata-se de um corolário, aqui na sua vertente transnacional, do princípio *ne bis in idem*, prevenindo que a mesma pessoa possa ser duplamente julgada pelos mesmos factos em diferentes Estados.

Na eventualidade de se assumir que a pena aplicada em Portugal a *Abel* não estaria ainda integralmente cumprida ou sequer ainda em execução, poderia ponderar-se o recurso às causas de recusa facultativa previstas no artigo 12.º, n.º 1, alíneas *d*), *g*) e *h*), inciso *i*), da Lei n.º 65/2003.

Quanto à alínea *g*), seria de recusar o pedido de entrega para cumprimento da pena decretada pelos tribunais polacos, considerando o facto de *Abel* ter nacionalidade portuguesa e residir em Portugal, pois a execução da pena no seu país de origem responde melhor a exigências de prevenção especial positiva (artigo 40.º, n.º 1, 2.ª parte, do CP). Além de esta ser a solução consentânea com a *ratio* da garantia prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea *b*), do mesmo diploma, em que se consagra a prerrogativa de o Estado-Membro de execução condicionar a entrega de um seu nacional à devolução do mesmo, após julgamento no Estado-Membro de emissão, para cumprimento de pena em território nacional.

No que respeita à alínea *h*), o artigo 7.º do CP considera os crimes de *Abel* como cometidos em Portugal por ter sido aqui que o agente atuou, ainda que, porventura, apenas parcialmente. Esta solução é corroborada pelo disposto no artigo 27.º, n.º 1, alínea *c*), da Lei do Cibercrime, ao determinar a aplicação da lei penal portuguesa a crimes fisicamente praticados em território português, ainda que visem sistemas informáticos localizados no estrangeiro. A referência a esta norma da Lei do Cibercrime não é exigida, mas somente valorizada, no caso de Alunos de Direito Penal I.

4. No plano dos princípios relevantes em Direito Penal não parece haver obstáculo à revogação tácita de normas penais.

Com efeito, atendendo à sua teleologia e função garantística, pode dizer-se que as exigências de certeza e de determinabilidade que decorrem do princípio da legalidade penal (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição) têm o seu âmbito de aplicação circunscrito à criminalização ou agravação de incriminações, não abrangendo a descriminalização (que seria operada por via da revogação tácita), nem a atenuação de consequências penais (ressalvando-se de todo o modo que o Tribunal Constitucional adotou orientação diversa, sustentando que a definição de crimes, que é competência da Assembleia da República nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição, se exerce quer pela positiva, criminalizando, quer pela negativa, descriminalizando ou atenuando as consequências penais).

A questão em análise interpela-nos, assim, para um problema de interpretação de normas penais e de uma eventual relação de sobreposição ou substituição típica que possa estabelecer-se entre diferentes normas.

Uma relação dessa natureza, porém, não parece existir entre as disposições penais materiais relativas ao domínio do cibercrime constantes da Lei n.º 109/2009 e o crime de burla informática e nas comunicações previsto no artigo 221.º do CP, desde logo por três razões.

Em primeiro lugar, porque, pese embora o capítulo II da Lei n.º 109/2009 tenha efetivamente por título “*Disposições penais materiais*” e o respetivo artigo 1.º inclua no respetivo objeto “*as disposições penais materiais [...] relativas ao domínio do cibercrime*”, não se retira de nenhum preceito do mesmo diploma qualquer propósito de esgotar e absorver num corpo único — ao jeito de uma codificação, digamos — todas as *disposições penais materiais relativas ao domínio do cibercrime*.

Em segundo lugar, porque o catálogo de crimes efetivamente tipificados na Lei n.º 109/2009 (artigos 3.º a 8.º) não inclui qualquer incriminação que reproduza ou se sobreponha, pelo menos em termos totais ou esgotantes, ao conteúdo típico do crime de burla informática e nas comunicações previsto no artigo 221.º do CP.

Em terceiro lugar, porque, em termos gerais e também em Direito Penal, a interpretação revogatória ou ab-rogante só deve ter lugar quando entre duas disposições legais ou dois blocos normativos exista uma contradição insanável, o que não é manifestamente o caso, não havendo qualquer incompatibilidade estrutural entre o crime do artigo 221.º do CP e as incriminações previstas na Lei n.º 109/2009.

Neste quadro, a relação normativa entre as “*as disposições penais materiais [...] relativas ao domínio do cibercrime*” que constam da Lei n.º 109/2009 e o crime de burla informática e nas comunicações previsto no artigo 221.º do CP, longe de assumir o significado de uma revogação tácita, há de obedecer aos critérios gerais da interpretação de normas penais que permitem recortar relações tipológicas e materiais e que podem levar, num dado caso concreto, a delimitar os respetivos âmbitos de aplicação e a optar por diferentes regimes punitivos perante vários crimes em “concurso” (por exemplo, quando intercedam entre as normas penais em análise no caso concreto relações de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção).

5. O agravamento de penas determinado pelo legislador é tributário de critérios de prevenção geral positiva e negativa.

Trata-se de critérios que associam à pena — e à própria intervenção penal — propósitos de valorização comunitária dos bens jurídicos protegidos pela norma penal (prevenção geral positiva) e de dissuasão de comportamentos lesivos de bens jurídicos por via da intimidação (prevenção geral negativa), segundo referentes normativos e sociais quanto à natureza e densidade dos valores tutelados e ao juízo de necessidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição) de censura e prevenção que devem estar associados ao tipo incriminador e à sua moldura penal.

Embora seja indiscutível a plena legitimidade do legislador para atender àqueles critérios e, em função deles, modelar as penas dos diferentes crimes previstos no sistema penal, um agravamento “cego” em três anos adicionais de todas as penas de prisão associadas a crimes tipificados na Lei n.º 109/2009 (com limites máximos muito distintos entre si) pode suscitar problemas de compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, extraído do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

É que o princípio da proporcionalidade, além de impor em termos gerais uma relação de equivalência entre o desvalor da conduta tipificada e a gravidade da pena respetiva, impõe, além disso, que entre as diferentes incriminações se possa estabelecer uma relação de proporção em termos relativos. Isto é: além da congruência entre o desvalor do crime e a gravidade da pena (proporcionalidade absoluta), o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição também exige que haja proporcionalidade entre as penas previstas para as diferentes incriminações, no horizonte geral do sistema penal (proporcionalidade relativa).

Esta última perspetiva (relativa) do juízo de proporcionalidade ilustra-se facilmente: sendo o homicídio doloso simples (que prevê e pune a mais grave ofensa ao mais alto valor tutelado na ordem jurídica) punido com pena de prisão até 16 anos, seria obviamente desproporcional, em termos relativos, punir o crime de furto com pena equivalente.

Revertendo à questão colocada, é manifesto que um incremento indiferenciado de três anos em todas as penas de prisão previstas na Lei n.º 109/2009 põe em causa a vertente relativa do princípio da proporcionalidade.

Assim é na medida em que, por via desse agravamento geral, se desvirtua a coerência interna das penas associadas aos diferentes crimes informáticos, conduzindo a um aumento desproporcionalmente acentuado das penas mais brandas (por exemplo, a pena aplicável ao crime de acesso ilegítimo previsto no artigo 6.º, n.º 1, passaria do limite atual de um ano de prisão para quatro anos — o que representaria um aumento da pena máxima em 75%), por comparação com o agravamento dos crimes mais severamente punidos (por exemplo, a pena aplicável ao crime de contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento previsto no artigo 3.º-A, inserido na Lei do Cibercrime pela Lei n.º 79/2021, passaria do limite atual de 12 anos de prisão para 15 anos — o que representaria um aumento da pena máxima de apenas 20%).

Logo, e concluindo, ao violar de forma sensível o princípio da proporcionalidade que se extrai do citado artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, na aludida vertente relativa, uma lei que procedesse a um agravamento de penas nos termos descritos deveria, para todos os efeitos, considerar-se materialmente inconstitucional.