



**Direito Penal I**

**3.º Ano – Dia – Turmas A e B**

**Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma**

**Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciados Nuno Igreja Matos e Inês Vieira Santos**

**Exame de Época Especial de Finalistas - 9 de setembro de 2022**

**Duração: 90 minutos**

**1** – Surpreendida com um estudo que indica que as redes sociais são a principal causa da crescente impopularidade dos deputados, a Assembleia da República, no intuito de proteger os seus membros e defender a ordem democrática, decide aprovar um novo “crime de difusão digital de ofensa à reputação de deputados”. De acordo com a nova Lei, “*quem difundir, por meio digital, texto que atinja a reputação de um deputado da Assembleia da República é punido com pena de prisão até 3 anos*”.

Analise a constitucionalidade do crime (**4 vls.**).

**2** – Dias após a entrada em vigor deste crime, Amélia, aspirante a cartoonista, divulgou na página de uma rede social um desenho, sem qualquer legenda, no qual surgia retratado um deputado nacional a olhar para o ecrã de um computador com um lápis azul na mão. O deputado, sentindo-se visado na sua honra e dedicação à democracia, informou as autoridades da publicação. Foi então iniciado um procedimento criminal no qual Amélia veio a ser acusada pela prática de crime de difusão digital de ofensa à reputação de deputados.

Independentemente da resposta à questão anterior, a interpretação do crime em causa no sentido de punir Amélia violaria algum princípio de Direito Penal? (**5 vls.**).

**3** – Admitindo que a resposta à questão anterior é positiva, suponha que, no dia após a leitura da sentença condenatória, a Assembleia da República converte o crime em causa numa contraordenação, passando apenas a ser punível com coima até € 15.000,00.

Que consequências teria esta alteração no que respeita à responsabilidade de Amélia? (**4 vls.**).

**4** – Entretanto, chega, vindo da Alemanha, um pedido de entrega de Amélia, portuguesa residente em Portugal, para cumprir pena de prisão perpétua por crime de homicídio.

A lei portuguesa é aplicável? Como deve ser decidido o pedido? (**5 vls.**).

Ponderação global: **2 vls.**

## Tópicos de correção

**1** - Suscita-se um problema em torno da aferição do conceito material de crime, havendo que examinar a dignidade e necessidade punitiva do comportamento criminalizado, chamando à resposta o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Conforme é referido no enunciado, o crime em causa visa proteger direitos e interesses com ressonância constitucional, como o sejam, por um lado, a integridade da ordem democrática (entre o mais, afirmada no art. 2.º da CRP), e, por outro lado, a honra, bom nome e reputação dos deputados (entre o mais, prevista como direito pessoal no art. 26.º da CRP). Do seu enquadramento constitucional e do seu valor para a comunidade decorre, pois, a dignidade jurídico-penal destes bens jurídicos.

O principal problema da questão coloca-se, porém, no plano da proporcionalidade do recurso ao Direito Penal para tutela dos referidos bens através da criminalização da difusão digital de textos que atinjam a reputação dos deputados. Na discussão sobre a necessidade da pena deveriam, pelo menos, ser levadas a cabo três análises. Em primeiro lugar, a circunstância de o crime em causa, no intuito de proteger os acima referidos bens jurídicos, ser também apto a restringir outros direitos fundamentais, principalmente o direito à liberdade de expressão, e, por essa via, também os direitos relacionados com a participação democrática. Em segundo lugar, deveria ainda ser debatida a necessidade e adequação do crime face ao princípio da ofensividade e ao risco de a incriminação se revelar excessivamente ampla, dado o potencial para atingir comportamentos legítimos de expressão política. Finalmente, deveria ainda ser cogitada a carência de tutela penal, havendo a este propósito que ponderar a eventual suficiência dos crimes contra a honra já previstos no Código Penal e, até, da suficiência do recurso a outros meios alternativos de proteção, por exemplo no contexto do direito contraordenacional ou do direito civil.

Feita esta análise, deveria concluir-se pela ilegitimidade material do crime e conseqüente inconstitucionalidade da norma, por desnecessidade de intervenção penal e violação do ar. 18.º, n.º 2, da CRP. Uma tomada de posição diferenciada, no sentido da legitimidade material do crime, também seria admitida, desde que capaz de justificar argumentativamente a superação das referidas críticas.

**2** - O caso suscita a dúvida sobre a correspondência entre a disposição legal que prevê o crime e a conduta de Amélia de difusão de um desenho (*cartoon*) sem qualquer legenda textual. A esta luz, caberia determinar se a punição não violaria o princípio da legalidade (art. 29.º, n.º 1, da CRP), em particular na vertente conexa com a proibição de analogia incriminadora consagrada no art. 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP).

Acompanhando a tese de Maria Fernanda Palma, a interpretação permitida em Direito Penal, para salvaguardar a segurança jurídica e a conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do CP, deve ser suportada no sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum no contexto significativo do texto da norma), alicerçando-se ainda na articulação desse sentido com a essência do proibido subjacente à norma criminal.

Esta conceção diferencia-se das teses interpretativas valorativas, que admitem um afastamento do sentido das palavras para extrair a ideia do proibido de outras proveniências, como o sejam — seguindo, por exemplo, Castanheira Neves — as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial.

Focando na primeira conceção interpretativa enunciada, constata-se que não existe correspondência entre a conduta de Amélia e o enunciado linguístico que conforma normativamente o crime aqui em causa. Assim é porque a conduta não difundiu um “texto”, dado que Amélia se limitou a difundir um desenho, sem qualquer complemento textual. Poderia ainda discutir-se se a difusão de um *cartoon* crítico de um deputado (em que o mesmo surge equiparado aos agentes da censura do Estado Novo) é ou não é, ainda assim, um comportamento passível de atingir a sua reputação — e, por esta via, vir defender-se que a conduta encontra respaldo no sentido da proibição (tutela dos bens jurídicos ordem democrática e bom nome do deputado). Mas, ainda que se pudesse dar por verificado esta correspondência com a essência da proibição, tal não bastaria para admitir a punição de Amélia à luz da tese de Maria Fernanda Palma que se vem aplicando. Com efeito, os significados sociais e comunicacionais da palavra “texto” não abrangem descrições ou mensagem não-textuais. Consequentemente, a punição de Amélia, por ir além do que poderia razoavelmente retirar-se do enunciado legal, redundaria numa frustração da segurança jurídica e confiança dos cidadãos, que distinguem na sua linguagem social “texto” e representações não-textuais. Assim, a conduta de Amélia não seria subsumível ao crime em causa, sob pena de se incorrer numa interpretação proibida, vedada pelo artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 1.º, n.º 3, do CP.

Poderiam ser admitidas respostas diferentes, baseadas em distintas teorias interpretativas (nomeadamente teorias de cunho valorativo), desde que enfrentado e resolvido o problema do confronto entre a proibição da analogia e o tratamento do elemento literal como mera expressão imperfeita do pensamento do legislador.

**3** – Em matéria de aplicação da lei penal no tempo, vigora a regra geral da aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto, segundo os arts. 29.º, n.º 1, da CRP e 2.º, n.º 1, conjugado com o art. 3.º, do CP. No caso, trata-se da disposição legal que previa o crime de difusão digital de ofensa à reputação de deputado.

No entanto, a L2, posterior à prática do facto e à condenação de Amélia, vem descriminalizar a conduta, na medida em que deixa de integrar qualquer previsão típica jurídico-penal, passando a constituir um ilícito de mera ordenação social.

Na medida em que a L2 é descriminalizadora, revela-se mais favorável. Mas haveria que ponderar o tratamento a dar ao contexto desta descriminalização, em particular face à sucessão de leis penais e contraordenacionais.

A maioria da doutrina converge na solução de punição pela contraordenação, concluindo que é incorreto defender a extinção em absoluto da responsabilidade quando não exista uma explícita e coerente vontade legislativa de extinção de toda a responsabilidade pelos factos passados. Acresce que a criação de contraordenações integra-se ainda no programa de Política Criminal, podendo ser vista como uma norma de sanção mais favorável para efeitos do artigo 2.º, n.º 4, do CP. Assim, pode sustentar-se que a aplicação do artigo 2.º, n.º 4, do CP, nestas situações cabe ainda no sentido possível mínimo das palavras, de acordo com o sentido do

sistema, dado que, nestes casos, a aplicação do ilícito contraordenacional não afeta a confiança dos destinatários (que no momento da prática do facto já podiam esperar ser sancionados). Destarte, tendo Amélia já sido condenada, teria a condenação que ser alterada para aplicação de uma coima (o que no caso parece ainda ser possível, por não ter ainda ocorrido o trânsito em julgado) ou, caso se entendesse ter já ocorrido o trânsito em julgado, teria que se proceder à reabertura do processo para aplicação da sanção mais favorável, nos termos do art. 371.º-A do Código de Processo Penal.

Seriam admitidas outras orientações, nomeadamente a que considera estar vedada, nestas situações, a aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional, em face do disposto nos arts. 2.º e 3.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS), que consagram o princípio da irretroatividade da lei. Nesta linha de orientação, estaríamos perante a manifestação, no caso, de uma lacuna sancionatória que não poderia ser preenchida: em primeiro lugar, porque não seria aplicável uma norma penal expressamente revogada em face do artigo 2.º, n.º 2, do CP; em segundo lugar, porque as leis contraordenacionais estão sujeitas ao aludido princípio da proibição retroativa das leis, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do RGIMOS. Por esta via, a condenação da Amélia teria que ser revogada ou, caso se entendesse ter já transitado em julgado, cessar os seus efeitos, sem qualquer outra consequência jurídico-contraordenacional.

**4** – A aplicação da lei portuguesa estaria, primeiramente, dependente da verificação do critério territorial, de acordo com os arts. 4.º e 7.º, n.º 1, do CP. O enunciado não refere o local da ocorrência do homicídio, pelo que haveria que ponderar também os critérios supletivos de competência.

De entre os critérios supletivos do art. 5.º do CP, caberia examinar a aplicabilidade da al. *e*) do n.º 1. Sendo Amélia portuguesa, encontrando-se em Portugal, e sendo o facto punido na Alemanha, seria necessário perceber como se haveria de decidir o pedido de entrega.

Sendo a Alemanha membro da União Europeia, estaríamos no quadro de aplicação do regime do mandado de detenção europeu (Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto). Uma vez que o crime em causa se encontra na al. *o*) do art. 2.º, n.º 2, estaria dispensada a aferição da dupla incriminação. Visto que o mandado foi emitido para cumprimento de pena, tanto a nacionalidade portuguesa de Amélia, como a residência em Portugal, constituiriam motivos de recusa facultativa de entrega, de acordo com o art. 12.º, n.º 1, al. *g*). Neste âmbito, caberia ao juiz ponderar se a nacionalidade e a residência se traduziam numa ligação efetiva à comunidade portuguesa (se Amélia tinha aqui a vida instalada, se exercia profissão em Portugal, etc.), por atenção aos seus direitos fundamentais e à melhor prossecução dos fins das penas (mais concretamente, o de ressocialização). O acionamento desta causa de recusa geraria a aplicação da lei portuguesa, em consequência de uma decisão de não entrega de Amélia, por ficar integralmente preenchido o regime do artigo 5.º, n.º 1, al. *e*, do CP.

Quanto à pena de prisão perpétua, a decisão de entrega dependeria da previsão, no sistema jurídico alemão, de um regime de revisão da pena nos termos do art. 13.º, n.º 1, al. *a*), ou da aplicação das medidas de clemência referidas na mesma alínea.

Seria ainda de referir que o art. 33.º, n.º 5, da CRP, exceciona regimes como o daquele 13.º dos limites do art. 33.º, n.º 4, para casos de prisão perpétua. No entanto, pode defender-se, na linha

de Maria Fernanda Palma, que, sob pena de violação dos limites materiais à revisão constitucional – art. 288.º, al. *d*) da CRP –, o art. 13.º, n.º 1, al. *a*), deve ser interpretado restritivamente, na senda do regime do que vigora para casos de extradição, nos termos do art. 6.º, n.ºs 1, al. *f*), 2 e 3. Assim, só se fossem prestadas as garantias apontadas nestes artigos é que Amélia poderia ser entregue, caso em que a lei portuguesa não seria aplicável.