



**Direito Penal I**  
**3.º Ano – Noite**

**Regência:** Professora Doutora Maria Fernanda Palma

**Colaboração:** Professor Doutor Ricardo Tavares da Silva, Mestre António Brito Neves e Dr. Tiago Geraldo

**Exame** – 17 de janeiro de 2023

**Duração:** 120 minutos

**Negacionismo por YouTube**

Adolf, alemão, professor de História na Alemanha e militante nazi, defendeu em 2022 numa conferência transmitida no YouTube e visualizada em Portugal, mas realizada num país asiático, que as câmaras de gás para extermínio nos campos de concentração nazis nunca existiram, sustentando que não existiam provas.

Na mesma conferência, Adolf criticou os tribunais alemães por terem condenado uma antiga guarda de um campo de concentração nazi, Helga, por cumplicidade em crimes contra a humanidade. Adolf veio a Portugal visitar Helga em 2022.

**Questões:**

1. O primeiro comportamento de Adolf relativo à conferência preenche efetivamente alguma norma incriminadora? Responda tendo em atenção o artigo 240.º do Código Penal, e considerando os princípios relacionados com a interpretação da lei penal. **(3 v.)**
2. Supondo que o comportamento de Adolf seria punível, poderia aplicar-se a lei penal portuguesa a Adolf? Responda considerando todos os princípios sobre a aplicação da lei penal no espaço e sobre a interpretação da lei penal. **(2 v.)**
3. Se o advogado de Adolf viesse, entretanto, sustentar a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 240.º, n.º 2, do Código Penal, segundo a qual este abrangeria o comportamento de Adolf, quais os argumentos que poderia invocar? Analise a validade de tais argumentos em face dos princípios do Direito Penal, e analise ainda quais as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade no caso concreto. **(4 v.)**
4. Se a Alemanha viesse a emitir um mandado de detenção europeu relativamente a Helga pelo crime de genocídio, Portugal teria de o executar, na medida em que o crime estaria prescrito em 2003 segundo o Código Penal e antes de a Lei da violação do Direito Penal humanitário ter entrado em vigor? Na resposta, além do Código Penal, tenha aquela lei em consideração<sup>1</sup> **(2 v.)**

---

<sup>1</sup> Lei n.º 31/2004, de 22 de julho:

**Artigo 5.º**

**Aplicação no espaço: factos praticados fora do território português**

1 - As disposições da presente lei são também aplicáveis a factos praticados fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou seja decidida a sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional.

5. Se a idosa alemã a que Adolf se referia residisse em Portugal, num lar, sendo avó do embaixador, poderia ser aplicada a lei penal portuguesa por crimes contra a humanidade praticados durante a Segunda Guerra Mundial, tendo em conta que a Lei da violação do Direito Penal humanitário entrou em vigor em 2004? Considere os problemas de aplicação da lei penal no tempo e de constitucionalidade relevantes. Considere ainda a questão da aplicação da lei penal quanto às pessoas. **(4 v.)**
6. Considerando o artigo 40.º do Código Penal, em que termos se justificaria a punição da mulher alemã de 98 anos? **(3 v.)**

**Ponderação Global:** 2 v.

---

2 - Não é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 6.º do Código Penal.

#### **Artigo 7.º**

##### **Imprescritibilidade**

O procedimento criminal e as penas impostas pelos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão são imprescritíveis.

#### **Artigo 8.º**

##### **Crime de genocídio**

1 - Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal, praticar:

- a) Homicídio de membros do grupo;
  - b) Ofensa à integridade física grave de membros do grupo;
  - c) Sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial;
  - d) Transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;
  - e) Imposição de medidas destinadas a impedir a procriação ou os nascimentos no grupo;
- é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos.

2 - Quem, pública e directamente, incitar a genocídio é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

3 - O acordo com vista à prática de genocídio é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

## Tópicos de correção

### 1.

A questão coloca um problema de interpretação da norma penal constante do artigo 240.º do CP, cabendo apurar se a conduta de Adolf pode reconduzir-se à previsão da referida norma com respeito pelos limites da interpretação permitida em Direito Penal, para lá da qual se entra no domínio, proibido, da analogia (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e artigo 1.º, n.º 3, do CP).

Em abstrato, só tem cabimento analisar se a conduta de Adolf se reconduz à modalidade típica prevista no n.º 2 do referido artigo 240.º do CP, por manifesta falta de contacto das condutas típicas previstas no n.º 1 com o caso em análise.

Tendo em consideração o n.º 2 do artigo 240.º do CP, conclui-se que uma das formas enunciadas de execução típica do crime em causa se verifica no caso concreto: ao contestar a existência das câmaras de gás para extermínio nos campos de concentração, Adolf, publicamente, nega a existência de um crime contra a humanidade (como o genocídio).

Contudo, além dessa forma de execução típica, o crime do artigo 240.º, n.º 2, do CP exige tipicamente, em acréscimo, um efeito/significado/resultado da conduta que não se verifica no caso concreto, por não resultar do comportamento de Adolf nenhum dos efeitos/significados/resultados previstos nas als. *a), b), c) e d)* do referido preceito.

É certo que, ao negar a existência de um óbvio crime contra a humanidade, como o genocídio nazi, Adolf exprime um juízo desprimoroso e necessariamente ofensivo da dignidade das vítimas desse crime; não sendo esse, contudo, o sentido primeiro e direto, ou sequer explícito, das suas afirmações, não é possível reconhecer na sua conduta o *plus* de ofensividade que é exigido pelas als. do n.º 2 do artigo 240.º do CP.

Como tal, a punição de Adolf pelo crime do artigo 240.º, n.º 2, do CP, qualquer que seja o critério metodológico adotado (sentido possível das palavras; sentido global do texto jurídico; juridicidade do facto), implicaria necessariamente recorrer à analogia, proibida em Direito Penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP) por força da exigência de lei estrita que deriva do princípio da legalidade (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP).

### 2.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do CP, o lugar da prática do facto tanto é aquele em que a conduta é praticada como o lugar em que o resultado é produzido.

No caso em análise, Adolf pratica a conduta relevante enquanto se encontra fisicamente num país asiático, em que é realizada a conferência em que o mesmo é orador.

Na medida, porém, em que a conferência é transmitida numa plataforma de difusão de vídeos, através da Internet, sendo o vídeo da sua conferência visualizado em Portugal, poderia entender-se que o dano associado à conduta em causa se repercutiria também em Portugal, sendo esse dano elemento de conexão relevante com a Ordem Jurídica portuguesa. Assumido esse pressuposto, Portugal seria competente para apreciar a conduta de Adolf ao abrigo do artigo 4.º, al. *a)*, do CP.

A transmissão por YouTube tem um potencial de difusão marcadamente indeterminado e genérico: a conferência pode ser visualizada, em princípio, onde haja Internet, de maneira que, no limite, o facto pode considerar-se praticado no mundo todo. Por outro lado, sem a identificação das pessoas mais diretamente atingidas pelas declarações de Adolf, é difícil situar os efeitos em Portugal. Assim, dificilmente se aplicariam os artigos 4.º, al. *a)*, e 7.º, n.º 1, sem violar a proibição de analogia.

Supondo, no entanto e como a questão indica, que o comportamento de Adolf é punível, tal parece significar que devemos assumir que foram difamadas pessoas (em contraposição ao indicado na resposta à questão 1). Se esse pressuposto estiver correto, e se essas pessoas estivessem em Portugal, então a lei penal portuguesa seria competente nos termos do artigo 4.º, al. a).

### 3.

Como fundamento de possível inconstitucionalidade material da interpretação normativa que levaria a punir Adolf pelo crime previsto no artigo 240.º, n.º 2, do CP, poderia invocar-se, desde logo, o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP), na sua dimensão de lei estrita, na medida em que uma tal interpretação, ultrapassando o limite possível das palavras usadas na norma em apreço, teria por base necessária uma analogia proibida, em si mesma violadora daquele princípio.

Complementarmente, poderia sustentar-se que uma tal interpretação normativa redundaria, em termos práticos, na criminalização do *delito de opinião*, violando o direito fundamental à liberdade de expressão (artigo 37.º da CRP), do qual se extrai uma proibição de censura. Poder-se-ia sustentar, na mesma linha, que uma ingerência do Direito Penal com um tal alcance seria inadmissível à luz do conceito material de crime, porque contrária ao seu cariz liberal e pluralista, que por definição impõe que se excluam do âmbito das ofensas penalmente tuteláveis quaisquer formas de expressão, privada ou pública, de valores morais ou ideológicos, crenças ou opiniões (mesmo se contrárias ao conhecimento histórico existente). Seria assim violado o artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

A ser reconhecida a inconstitucionalidade da referida interpretação normativa, a norma em causa seria “desaplicada”, nos termos do artigo 204.º da CRP, pelo que Adolf não poderia ser punido.

Havendo uma declaração de inconstitucionalidade, aplica-se o artigo 282.º, n.º 1, da CRP: a norma em causa não produz efeitos desde a entrada em vigor, de maneira que o artigo 240.º, n.º 2, não poderia ser aplicado no caso concreto. Não se dando conhecimento de norma incriminatória que esta disposição houvesse revogado, nem havendo caso julgado, não é necessário convocar outras disposições.

### 4.

A decisão sobre a execução do mandado de detenção europeu é tomada à luz da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto.

De acordo com o artigo 2.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 65/2003, a entrega da pessoa só é concedida se o facto que motiva o pedido constitui crime tanto no Estado-membro de emissão como em Portugal. O requisito da dupla incriminação é dispensado, porém, quando estejam em causa crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, al. gg), desde que a pena cominada seja superior 3 anos de prisão. Era o que acontecia.

De acordo com o artigo 5.º da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, as disposições desta lei abrangem os factos praticados fora do território nacional. Note-se, porém, que isto não equivale a dar por praticados em Portugal os factos ocorridos noutro país, de maneira que não vale aqui a causa de recusa facultativa do artigo 12.º, n.º 1, al. h), i), da Lei n.º 65/2003.

Também não se aplica a causa de recusa facultativa do artigo 12.º, n.º 1, al. e), pois a decorrência dos prazos de prescrição só pode obstar à entrega quando os tribunais portugueses tenham competência para o conhecimento dos factos em causa, o que não se verifica no caso, pois não é possível atribuir competência aos tribunais portugueses pelo critério da territorialidade (artigo 4.º do CP) ou por outro critério complementar (artigo

5.º do CP). Já o artigo 5.º da Lei n.º 31/2004 permitia essa atribuição de competência, mas sendo posterior ao momento da prática do facto e proibindo-se o alargamento retroativo da competência dos tribunais penais, não tem aplicação no caso.

Em conclusão, Portugal devia executar o mandado emitido pela Alemanha.

Caso não se identificasse o referido artigo 2.º, n.º 2, al. *gg*), da Lei n.º 65/2003, que fundamenta a conclusão acima apresentada, a resolução devia ser feita nos seguintes termos.

A Lei n.º 31/2004 entrou em vigor somente após a prática do facto. Nessa data, o genocídio era criminalizado nos termos do artigo 239.º do CP. Não se identificando esta disposição, a única norma em análise seria o artigo 8.º da Lei n.º 31/2004, pelo que se levantava a questão de saber se a dupla incriminação se aferia atendendo ao momento da prática do facto ou ao da decisão sobre a entrega.

Pode sustentar-se que tratando-se de possibilitar a sujeição da agente a procedimento criminal ou a execução de pena, ainda que noutro Ordenamento, devem valer as exigências de legalidade e as razões de ser da proibição da retroatividade desfavorável (princípios da segurança e da culpa), de modo que se daria por não cumprido o requisito em análise.

Em reforço desta argumentação, note-se que a solução contrária não implicaria somente a retroatividade desfavorável mencionada, mas também a aplicação de um regime de imprescritibilidade que não só é excepcional no nosso Ordenamento como não estava em vigor no momento da prática do facto. Com efeito, aplicando-se o regime normal de prescrição (consagrado nos artigos 118.º e ss. do CP) ao crime em causa (supondo que ele já era tipificado no momento da prática do facto), a prescrição teria ocorrido em 2003 (segundo indicado no enunciado). Acontece, contudo, que esse regime não seria aplicável, em face do artigo 7.º da Lei n.º 31/2004. Mais força ganha então a invocação dos princípios da segurança e da culpa no caso presente.

Em conclusão, no pressuposto de não se ter aplicado os artigos 2.º, n.º 2, al. *gg*), da Lei n.º 65/2003, e 239.º do CP, nos termos mencionados, a entrega devia ser recusada.

## 5.

Sendo a agente avó do embaixador da Alemanha em Portugal, deve aplicar-se o Decreto-Lei n.º 48295.

No artigo 29.º consagra-se a inviolabilidade da pessoa do agente diplomático, que não pode ser detido ou preso, gozando, de acordo com o artigo 31.º, de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditador. Ora, uma vez que o artigo 37.º estende estes privilégios à família do agente diplomático, assumindo que a avó do embaixador não era portuguesa, ela gozaria de imunidade. Residindo Helga num lar, contudo, a extensão não opera, visto estar dependente de que a família resida com o agente diplomático. Assim, não havia óbice à aplicação da lei penal portuguesa.

Em regra, aplica-se a lei em vigor no momento da prática do facto, de acordo com os artigos 29.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, e 2.º, n.º 1, conjugado com o artigo 3.º do CP. Esta regra mantém-se no caso, pois a aplicação da lei que entrou em vigor em 2004 a crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial envolveria a criminalização retroativa do comportamento, proibida à luz dos artigos referidos e dos princípios da segurança e da culpa.

Em conclusão, a lei não podia ser aplicada.

## 6.

Admitindo que a lei penal portuguesa era aplicável e que o juízo de censura relativo à prática dos factos estava estabelecido, a pena sempre teria de respeitar o limite da culpa, como resulta do artigo 40.º, n.º 2, do CP.

Mesmo aceitando, todavia, que a culpa da agente fosse elevada, tal não basta para sustentar a aplicação de pena, que há-de mostrar-se necessária para atingir os fins referidos no artigo 40.º, n.º 1. Ora, atendendo à avançada idade da agente e antecipando-se que não lhe restaria muito tempo de vida, perde sentido a prossecução de finalidades de reinserção social, sendo de duvidar que a punição contribuísse para modificar de modo relevante algum projeto de vida.

Neste cenário, a aplicação de uma pena de prisão apenas poderia sustentar-se em necessidades de prevenção geral. Embora elas esmoreçam em geral com a passagem do tempo sobre a prática do facto, neste caso, a solução de imprescritibilidade do artigo 7.º da Lei n.º 31/2004 consagra a intencionalidade normativa de contrariar tal juízo. Ainda assim, atendendo às baixas ou nulas razões de prevenção especial positiva, a punição traduziria, no caso, a instrumentalização simbólica da agente para envio de uma mensagem à comunidade, sendo este um caso em que ganham força as críticas que a Prof.<sup>a</sup> Fernanda Palma desenvolve contra a prossecução preferencial de lógicas de prevenção geral (mormente, positiva) na decisão sobre a aplicação da pena e na determinação da sua medida (como sejam as de deixar o juiz na posição de representante das ansiedades coletivas sem estar democraticamente legitimado para tal, ou a ofensa à dignidade do agente que é utilizado apenas como meio).

Nesta linha, não se justificaria a aplicação de uma pena de prisão (pelo menos, efetiva) à agente.