



DIREITO PENAL I

3.º ANO – TURMA B – DIA – 2023-2024

Regência: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Prof. Doutor Alaor Leite, Mestres João Matos Viana e David Silva Ramalho e Lic.ª Inês Vieira Santos

Exame: Recurso – 14 de fevereiro de 2024

Duração: 1 hora e 30 minutos

Administrador Infiel

D, administrador de uma sociedade por ações alemã sediada em Portugal, de modo a cumprir sua meta anual e conquistar o seu bónus, viola uma série de deveres de transparência e de informação que lhe incumbiam antes de realizar vultosos e arriscados investimentos financeiros em nome da sociedade. Os investimentos malogram e a sociedade sofre importantes prejuízos patrimoniais. A investigação revela, contudo, que tais prejuízos não resultaram diretamente das violações de deveres de **D**, mas de outros fatores.

Ciente das transgressões que cometera e da existência de uma investigação interna em curso, **D** resolve entrar no gabinete do responsável pelo cumprimento normativo da empresa, **Z**, para subtrair documentação que eventualmente comprovasse a sua atuação. À entrada, seguindo o plano que formulara, **D** apresenta-se como sendo **T**, assistente direto de **Z**. Para o efeito, naquela manhã, **D** tinha produzido um documento de identificação falso em que constava a “assinatura” de **T**. O que **D** desconhecia era a presença de **U**, segurança que vigiava, discretamente e desfardado, o gabinete de **Z**. Firme na sua intenção, **D** mata **U** com dois disparos, entra no gabinete – cuja porta estava, excepcionalmente, destrancada – e subtrai os documentos.

Responda de forma fundamentada:

1. Ao interpretar o artigo 224.º do Código Penal, o Tribunal procede a uma verdadeira alteração jurisprudencial: contrariamente ao que a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça afirmava até ao momento, em conhecido Acórdão de Fixação de Jurisprudência, o Tribunal passa a entender que o elemento “com grave violação dos deveres que lhe incumbem” deve abranger toda e qualquer grave violação de deveres de natureza societária, sem que seja necessária a demonstração de que o dever possuía conotação patrimonial e, portanto, de que havia uma conexão funcional direta entre o dever violado e o prejuízo patrimonial causado. A defesa de **D** alega que, neste caso, a procedência deste entendimento jurisprudencial viola

a proibição de retroatividade (artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal e artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República). Aprecie a defesa apresentada. **(4,5 valores)**

2. O Governo, preocupado com o aumento de condutas temerárias de gestores de sociedades comerciais e com o objetivo de estimular a adoção de uma cultura de integridade nas empresas portuguesas, decide aprovar à pressa o seguinte tipo penal: “Quem gerir de forma antiética sociedade comercial, contrariamente às melhores práticas existentes no mercado, é punido com pena de prisão até 5 anos”. O n.º 2 da nova disposição estabelece ainda o seguinte: “As melhores práticas do mercado são as que constam dos códigos de conduta publicados pela Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”. Analise a conformidade constitucional da nova disposição. **(4,5 valores)**
3. Imagine que, no momento da prática do facto por **D**, a redação do artigo 224.º do Código Penal restringia a sua aplicação apenas aos prejuízos causados a cidadãos de nacionalidade portuguesa ou empresas portuguesas – uma alteração que entrara em vigor 9 meses antes da prática do facto, alterando a norma anterior que não continha tal restrição. Antes do julgamento de **D**, o Tribunal Constitucional declara a restrição da norma inconstitucional, por configurar uma discriminação injustificada (sem fundamento para a desproteção do património de acionistas estrangeiros quando é aplicável lei portuguesa) em violação do princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 1 e n.º 2, da Constituição da República Portuguesa). A defesa de **D** alega ser aplicável a lei penal entretanto declarada inconstitucional, por estar em vigor no momento da prática do facto e por ser mais favorável ao agente (artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal e artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), na medida em que os acionistas da sociedade e a própria sociedade eram alemães. Avalie a pertinência da alegação da defesa. **(4,5 valores)**
4. O Ministério Público deduz acusação contra **D**, imputando-lhe a prática de três crimes, em concurso efetivo, todos descritos no Código Penal: falsificação de documentos, previsto no artigo 256.º, n.º 1, alínea *a*); furto qualificado, previsto no artigo 204.º, n.º 1, alínea *f*) (dos documentos da investigação interna na posse de **Z**) e homicídio qualificado, artigo 132.º, n.º 1, alínea *g*) (do segurança **U**). Avalie a justeza da imputação em concurso efetivo de crimes. **(4,5 valores)**

Apreciação Global (sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese, clareza de ideias e correção da linguagem): **2 valores**.

Nota: as respostas com grafia ilegível não serão avaliadas.

Grelha de correção

1. A resposta à questão implica, num primeiro momento, a identificação da lei penal vigente no momento da prática do facto (artigo 3.º do Código Penal) e a constatação de que não houve uma alteração da lei penal, não havendo uma lei penal posterior, mas tão somente uma nova interpretação de um elemento do tipo legal de crime (“com grave violação dos deveres que lhe incumbem”), que permaneceu, no entanto, inalterado.

1.1. A literalidade das normas de referência em matéria de aplicação de lei penal no tempo (artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal e artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República) sugere que a proibição de retroatividade – um corolário do princípio da legalidade – procede apenas para situações de alteração da lei penal. Contudo, tal limitação à alteração legal motiva uma situação de injustiça material, atenta a imprevisibilidade da alteração da interpretação jurisprudencial e a solidez do entendimento durante décadas, que geram uma legítima expectativa de confiança no agente. Perante o que se expõe, são duas as soluções possíveis:

1.1.1. A primeira assenta na premissa metodológica de que a nova interpretação é, em rigor, a descoberta tardia do sentido que melhor corresponde à formulação linguística do tipo legal de crime. Como o intérprete se limita a mover dentro dos inalterados limites semânticos das palavras – sob pena de analogia –, a nova interpretação pode ser aplicada ao caso, ainda que desfavorável ao arguido. A alteração jurisprudencial não é de per si proibida, nem tão-pouco são vinculativos os Acórdãos de Fixação de Jurisprudência, ainda que exibam uma relevante força persuasiva de orientação. De todo o modo, sempre seria possível corrigir a situação de injustiça material, através da aplicação da norma do artigo 17.º do Código Penal que confere efeitos excludentes da culpa aos erros sobre a ilicitude não censuráveis. Afinal, o cidadão diligente, que tivesse procurado informação, teria encontrado a antiga posição jurisprudencial, em que poderia ter confiado.

1.1.2. A segunda solução, com base na consideração de que algumas alterações jurisprudenciais, pela sua natureza e efeitos, se assemelham a verdadeiras alterações legislativas, admite que algumas inflexões jurisprudenciais devam estar submetidas à proibição de retroatividade, através da aplicação analógica das normas de referência, com base na premissa metodológica de que a jurisprudência pode assumir, por vezes, uma função criativa da norma penal – não apenas descobrir, mas inovar ou constituir espaço de proibição. Neste caso, é defensável a extensão da proibição de retroatividade a algumas situações de alterações jurisprudenciais. Assim, a aplicar-se este entendimento, neste caso a jurisprudência poderia naturalmente ser alterada, mas não poderia ser aplicada ao caso que deu lugar à alteração. O novo entendimento teria efeitos *ex nunc*.

1.2. As duas soluções, desde que fundamentadas, são defensáveis. É fundamental que o aluno reconheça e exponha a divergência existente.

2. A resposta à questão implica enfrentar dois problemas jurídicos distintos, a saber: a discussão sobre os limites do conceito material de crime e a problemática das normas penais em branco.

2.1. Quanto à problemática das normas penais em branco, refira-se o seguinte: a remissão constante do n.º 2 da nova disposição legal suscita problemas de constitucionalidade formal e orgânica:

2.1.1. Em primeiro lugar, o aluno deve colocar em dúvida a constitucionalidade formal da norma por vício de competência (reserva relativa), na medida em que não há informação no enunciado de que tenha havido autorização da Assembleia da República (artigos 29.º, n.º 1 e 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição da República).

2.1.2. Em segundo lugar, cabe problematizar a redação do tipo legal à luz do princípio da legalidade, sobretudo em razão da conspícua indeterminação do elemento “antiética” e da remissão para as “melhores práticas do mercado”, cuja

definição ficará a cargo de uma empresa privada, o que originará, por sua vez, um vício orgânico. A norma penal, além de atribuir competência às empresas privadas para densificarem o normativo, não define com precisão e previamente os contornos da proibição, com a consequência de que o complemento dessa norma penal em branco terá, quase que necessariamente, um caráter inovador da ilicitude, ou seja, do conteúdo do ilícito. Estamos assim perante uma violação da exigência de determinação da lei penal – corolário da lei certa – que decorre do princípio da legalidade, mas também dos princípios da tipicidade e da culpa. Há, por isso, inconstitucionalidade material da norma incriminadora.

2.2. É também problemática, da perspectiva do conceito material de crime, em concreto do merecimento de pena, a ausência de uma qualquer referência a um resultado a ser evitado, seja em forma de lesão, seja em forma de perigo a um bem ou valor reconhecido pela ordem jurídica. O desvalor de ilícito esgota-se na conduta “antiética”, já considerada demasiado débil.

2.3. A esta altura, o aluno poderá recorrer – e para ficar apenas com três das teorias a respeito do conceito material de crime – à teoria do bem jurídico, à teoria democrática mitigada pelo princípio da proporcionalidade ou à teoria do modesto moralismo para substanciar a sua resposta.

2.4. Por fim, é possível considerar a pena de prisão até 5 anos demasiado desproporcionada para um crime que, em rigor, se esgota na desobediência a cânones de boas práticas.

2.5. Haveria, assim, múltiplas razões para sustentar a conclusão de que a nova incriminação é inconstitucional.

3. A resposta à questão implica a identificação da lei penal em vigor no momento da prática do facto e suscita a problemática da relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao agente.

3.1. O momento em que o agente atua, nos termos do artigo 3.º do Código Penal, corresponde, neste caso, ao momento em que estava em vigor a lei penal que restringia a sua aplicação apenas aos prejuízos causados a cidadãos de nacionalidade portuguesa ou empresas portuguesas.

3.2. A declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Tribunal Constitucional implica automaticamente a reprivatização da norma em vigor antes da referida alteração, ou seja, a reprivatização da norma que não restringia a incriminação a empresas portuguesas, mas abrangia e incriminava a conduta por referência também a empresas estrangeiras, em concreto, a conduta de **D**. A referida reprivatização seria necessariamente mais desfavorável para o agente, pois implicaria que a sua conduta fosse punida.

3.3. Ora, estando em causa uma situação em que a lei em vigor quando o agente atuou, mais favorável porque resultaria na impunidade de **D**, é considerada inconstitucional com a consequente reprivatização da lei que resultaria na sua condenação, impõe-se a discussão do problema da relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao agente, sendo possível adotar, uma de duas perspetivas:

3.3.1. A primeira resulta de uma exegese mais rigorosa dos artigos 204.º e 282.º da Constituição da República Portuguesa e permite concluir que a lei aplicável é aquela anterior à alteração restritiva, cujo efeito é reprivatizado em face da ulterior declaração de inconstitucionalidade. Afinal, a lei nova – a que restringe a incriminação à empresa portuguesa – nunca teria produzido quaisquer efeitos jurídicos, e teria sido sempre inválida. Como solução para eventualmente aplacar o sentimento de injustiça que dessa situação decorre – afinal, uma lei penal mais favorável esteve em vigor, produzindo uma presunção de validade que não pode ser de todo desconsiderada –, poder-se-ia ponderar a aplicação do artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal, que consagra o erro não censurável sobre a ilicitude, dado que da lei vigente no momento da prática do facto resultaria, aparentemente, a impunidade da conduta de **D**.

3.3.2. A segunda perspetiva promove uma leitura menos rígida e isolacionista das normas constitucionais acima mencionadas

e atribui preponderância à ideia subjacente à retroatividade da lei penal posterior mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa). Este entendimento defende a eventual aplicação da norma inconstitucional, em vigor ao momento da prática do facto e mais favorável (artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal), com base sobretudo na ideia de que essa norma gerou, por um determinado período, uma posição jurídica favorável ao agente que não pode ser desconsiderada à luz dos princípios do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa). As expectativas da comunidade, com base no Direito que o Estado cria, carecem de tutela jurídica.

3.4. O aluno terá, em todo o caso, de identificar a divergência de opiniões e tomar uma posição fundamentada.

4. Estamos no âmbito do confronto entre o concurso aparente (ou de normas) e o concurso efetivo (ou de crimes).

4.1. No ordenamento jurídico português vigora o princípio do *non bis in idem*, que estabelece que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

4.2. O aluno deverá identificar que, entre o crime de falsificação do artigo 256.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal e o furto qualificado do artigo 204.º, n.º 1, alínea *f*), do Código Penal há uma relação de concurso aparente, a ser resolvida, na hipótese, pelo critério (mais valorativo e menos lógico) da consunção: há uma relação de regularidade entre a subtração subsequente e a falsificação anterior destinada a facilitá-la e é possível afirmar que a norma proibitiva (bem como o marco penal respetivo) do furto qualificado contém o desvalor existente na falsificação, por **D**, do documento em que constava a “assinatura” de **T**, que se deu apenas para possibilitar a subtração dos documentos de investigação interna.

4.3. Em relação ao homicídio do segurança **U**, há, ao invés, concurso efetivo, com a conseqüente aplicação do artigo 30.º, n.º 1, e do artigo 77.º do Código

Penal. O aluno deverá constatar que não basta, para a afirmação de uma relação de consunção, a verificação de uma relação entre crime-meio e crime-fim, sendo imperiosa uma comparação de desvalores identificados. No caso, a norma que proíbe o homicídio não está, de nenhuma forma, contida na proibição do furto qualificado, e contém um desvalor autónomo que deve ser destacado.

4.4. A acusação deveria imputar a **D**, em concurso efetivo de crimes, os crimes de furto qualificado, previsto no artigo 204.º, n.º 1, alínea *f*) (dos documentos da investigação interna na posse de **Z**) e homicídio qualificado, artigo 132.º, n.º 1, alínea *g*) (do segurança **U**), do Código Penal. Não há entre esses crimes relação de continuidade, seja porque os bens jurídicos são diferentes, seja pela restrição do n.º 3 do artigo 30.º do Código Penal.