



## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma A

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim, Rita do Rosário e Nuno Igreja Matos

Exame de coincidências – Recurso - 23 de fevereiro de 2024

Duração: 120 minutos

### *Complexo de Napoleão*

**André**, cidadão português, aficionado de História e muito em particular de Napoleão Bonaparte, decide dar uso ao seu entusiasmo e fundar um culto para apologia dos feitos napoleónicos. Para o efeito, abre um espaço na Avenida de Paris dedicado à celebração da figura histórica, no qual apresenta, todos os domingos, um sermão aberto ao público de louvor a Napoleão.

**Berto**, também português e também historiador, indigna-se com o sucesso do local. Assim, desloca-se à Avenida de Paris e, durante o sermão de domingo de **André**, distribui panfletos nos quais censura o culto, apelidando os entusiastas de Napoleão de terrorismo e de merecerem desprezo por terem o sangue das vítimas das guerras oitocentistas nas suas mãos.

Uma semana depois, **André** desloca-se a Waterloo, na Bélgica, para participar numa reencenação da batalha de Waterloo. Determinado a corrigir a derrota de Napoleão, em vez de uma réplica não letal das armas, decide levar um sabre verdadeiro. Iniciada a reencenação, **André** atinge **Berto**, que também se havia deslocado a Waterloo para interpretar o papel de Duque de Wellington, causando-lhe uma lesão irreversível num dos braços. Assustado com as possíveis consequências do seu ato, **André** foge imediatamente do local e viaja de carro até Portugal.

#### Questões:

1 – Pode **Berto** ser punido pela prática de um crime de impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto (artigo 252.º, alínea *b*), do Código Penal), em face dos panfletos que distribuiu? (4 valores)

2 – Supondo que este crime poderia ser aplicado no presente caso, imagine que, no dia seguinte à ocorrência descrita no enunciado, entra em vigor uma Lei que reduz as penas previstas no artigo 252.º do Código Penal para metade. Imagine, ainda, que um mês mais tarde, uma nova alteração legislativa vem prever uma pena de prisão máxima de 3 anos para o mesmo crime. Qual seria a lei aplicável a **Berto** caso fosse julgado durante a vigência desta última Lei? (4 valores)

3 – Imagine que o Tribunal Constitucional julga inconstitucional a norma incriminatória prevista no artigo 252.º, alínea *b*), do Código Penal, com fundamento numa restrição insuportável ao direito à liberdade de expressão. Que argumentos poderiam ser aduzidos para contestar tal decisão e defender a legitimidade da incriminação? (4 valores)

4 – Dias depois dos factos narrados no enunciado, chega a Portugal um mandado de detenção provindo da Bélgica, com vista à entrega de **André** para efeitos de procedimento penal pela prática de um crime idêntico ao que se encontra previsto no artigo 145.º do Código Penal português. Como devem as autoridades portuguesas decidir tal pedido? (3 valores)

5 – Admita que Portugal entregava **André** às autoridades belgas e que o mesmo era condenado a uma pena de prisão de 4 anos pelos Tribunais belgas. Suponha, ainda, que **André**, após a leitura da decisão, foge novamente para Portugal, subtraindo-se ao cumprimento da pena por temer os estabelecimentos prisionais da Bélgica. Pode ainda ser aplicada a lei penal portuguesa e **André** julgado por um tribunal nacional pela ofensa à integridade física que vitimou **Berto**? (3 valores)

**Ponderação global:** 2 valores.

## Tópicos de correção

1 – Está em causa um problema de interpretação da lei penal, o que impõe que seja convocado o princípio da legalidade, especificamente o seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* [artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por “CRP”)] e a correspondente regra que proíbe a analogia do artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (doravante designado por “CP”).

Em concreto, suscita-se a dúvida sobre se a conduta de Berto, ao distribuir os panfletos insurgindo-se contra o culto napoleónico, configura uma ofensa a um “*ato de culto de religião*” à luz do artigo 252.º, alínea *b*), do CP.

De acordo com Maria Fernanda Palma, é no sentido possível das palavras que se vai encontrar a delimitação da interpretação permitida em Direito Penal, seguindo o seu sentido comunicativo comum, no contexto significativo do texto da norma, e desde que esse sentido possível encontre amparo na essência do proibido subjacente à norma criminal. Esta abordagem diferencia-se, por exemplo, da construção avançada por Castanheira Neves, que propõe uma teoria da construção normativa da norma no momento decisório que conjuga a articulação de diversas condições, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial.

Aplicando a tese primeiramente enunciada, afigura-se que uma organização destinada a glorificar os feitos de Napoleão Bonaparte não tem cabimento no sentido possível das palavras “ato de culto de religião”. O conceito de religião pressupõe um sistema social caracterizado por certas crenças e práticas, geralmente difundidas por um corpo doutrinário que lhe serve de base e que visa servir de orientação à vida individual e/ou coletiva. É também comum que a religião apele a elementos transcendentais ou espirituais, que, usualmente, vão até além da mera explicação natural ou histórica de factos e práticas. Partindo deste sentido possível do vocábulo, nítido se torna que uma organização glorificadora dos feitos de uma figura histórica não se enquadra no âmbito típico do crime agora em causa. O culto a Napoleão Bonaparte não contém em si os elementos comuns de uma religião, na medida em que o mesmo se esgota no elogio histórico, não abrangendo crenças e convicções que sirvam para moldar a vida individual espiritual, nem a organização espiritual da comunidade.

A somar a este argumento, deve ainda notar-se que a essência da proibição subjacente a este crime — a tutela da liberdade de religião e dos sentimentos religiosos, em face da íntima ligação dos mesmos à liberdade de consciência e até ao bem-estar psíquico dos cidadãos crentes — está vocacionada para a tutela de atos de culto relacionados com as religiões mais divulgadas no contexto cultural nacional e europeu, por se ter uma perceção de que o culto religioso é por vezes atacado como um meio de atingir os membros dessas comunidades, que são, muitas vezes, comunidades minoritárias ou historicamente vulneráveis. Destarte, a essência da proibição não é aqui conciliável com um culto criado *ad hoc*, sem tradição histórica, sem corpo doutrinário espiritual, e orientado apenas à veneração da vida de uma determinada pessoa já falecida.

Em face do exposto, redundaria em analogia proibida a punição de Berto pelo crime de impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto.

2 – Supondo que o crime previsto no artigo 252.º, alínea *b*), do CP pode ser aplicado neste caso, é preciso determinar a lei aplicável à luz do corolário da lei prévia do princípio da legalidade (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP e 2.º, n.º 1, do CP). De acordo estes preceitos, a regra geral é a da aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto, definido de acordo com o critério unilateral da conduta (artigo 3.º, do CP). Nestes termos, será aplicável a pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, nos termos do artigo 252.º, alínea *b*), do CP, salvaguardando-se, deste modo, as garantias face ao arbítrio legislativo e judicial e o princípio da culpa.

Em momento posterior ao da prática do facto (no dia seguinte), entra em vigor uma lei que reduz as penas previstas, pelo que Berto deve ser julgado à luz desta lei, que terá aplicação retroativa (artigos 29.º, n.º 4, da CRP, e 2.º, n.º 4.º, do CP), por força dos princípios da necessidade da pena e da igualdade (artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da CRP, respetivamente).

A referida Lei assume carácter intermédio, uma vez que entra em vigor após o momento da prática do facto, mas termina a sua vigência antes do julgamento. Com efeito, há uma posterior alteração legislativa, ocorrendo o julgamento na vigência de uma terceira lei, que agrava a moldura penal para o crime em causa. Embora esta pena corresponda ao atual juízo de necessidade realizado pelo legislador, este regime não se pode aplicar no julgamento de Berto, já que é concretamente menos favorável ao agente que os anteriores, estando proibida a retroatividade *in pejus* (artigos 18.º, n.º 3, 29.º, n.ºs 1, 2 e 4, 1.ª parte, da CRP, e 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, do CP), por força dos princípios da segurança jurídica e da culpa. Assim sendo, mantém-se a aplicação da lei intermédia mais favorável.

3 – Com o intuito de contestar o posicionamento do Tribunal Constitucional, segundo o qual a norma incriminatória prevista no artigo 252.º, alínea *b*), do CP padeceria de inconstitucionalidade, haveria que demonstrar a observância das condições de validade material da incriminação, com recurso à teoria do bem jurídico.

Nesse contexto, argumentar-se-ia que o bem jurídico protegido se reconduz à liberdade religiosa (artigo 41.º, da CRP), mais concretamente na vertente de liberdade de culto. Trata-se, como se compreende, de uma condição essencial de liberdade da pessoa e de funcionamento do Estado de direito democrático, que conhece expressa consagração constitucional e que se relaciona com a paz pública, na medida em que se pretende salvar, por esta via, as condições necessárias ao exercício externo dessa liberdade, concretizada no ato de culto.

No que concerne à carência de tutela penal, apelar-se-ia ao princípio da necessidade da pena, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Neste ponto, haveria que explicar que a incriminação se mostra proporcional, adequada e necessária. Em primeiro lugar, a restrição imposta não se revela desproporcional, já que a conduta incriminada afeta não apenas o exercício da liberdade religiosa e de culto, mas também outras dimensões essenciais da dignidade da pessoa humana, como o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação religiosa. Neste sentido, cumpre-se a parte final do artigo 18.º, n.º 2. Acresce ainda que, historicamente, os motivos religiosos têm justificado reiteradas perseguições a grupos tendencialmente vulneráveis, o que representa uma necessidade adicional de tutela à luz do princípio da igualdade (artigo 13.º, da CRP). Para além disso, a modalidade típica prevista na alínea *b*) reporta-se a condutas praticadas publicamente, o que constitui uma ameaça para a paz pública e a segurança dos cidadãos. Desta perspectiva, o recurso ao direito penal mostra-se adequado a prevenir as ameaças a estes bens jurídicos,

mais a mais considerando que já no passado uma tutela menos intensa destes direitos e interesses não foi suficiente para prevenir ataques à liberdade de culto e de religião.

A propósito da necessidade, cumpriria assinalar que a sanção penal prevista traduz uma ponderação equilibrada entre os direitos e interesses em conflito, prevendo uma pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias.

**4** – A presente questão remete para a aplicação do regime do mandado de detenção europeu, previsto na Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (doravante designada abreviadamente por “LMDE”), assente no princípio do reconhecimento mútuo entre Estados-membros da União Europeia, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 da LMDE.

Para este efeito é importante, antes de mais, afirmar que estando em causa a emissão de um pedido de entrega para efeitos de procedimento penal pela prática de um crime idêntico ao que se encontra previsto no artigo 145.º do CP, encontra-se cumprido o requisito consagrado no n.º 1 do artigo 2.º da LMDE, porquanto a pena prevista para este tipo incriminador é superior a 12 meses de prisão [cf. artigo 145.º, n.º 1, alínea c), do CP].

Adicionalmente, estando em causa um crime de ofensas corporais graves, estaria dispensado o requisito da dupla incriminação, nos termos da alínea o) do n.º 2 do artigo 2.º da LMDE, considerando que os factos são puníveis no Estado membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos (*in casu* pena de prisão de 3 a 12 anos).

Uma vez que o mandado não foi emitido para efeitos de cumprimento de pena, Portugal não poderia invocar o motivo de não execução facultativa do mandado de detenção europeu, previsto no artigo 12.º, n.º 1, alínea g) da LMDE.

Com efeito, Portugal deve entregar André, mas com a garantia de que este, após ter sido ouvido, será devolvido ao Estado-Membro de execução para nele cumprir a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade a que foi condenado na Bélgica, nos termos da alínea b) do artigo 13.º da LMDE.

**5** – Uma vez que o local da prática dos factos, à luz do critério plurilateral inscrito no artigo 7.º, do CP (que define esse *locus* de acordo tanto com o local onde decorreu a ação, como com o local onde se verificou o resultado), é apenas a Bélgica, que não integra o território português (artigo 4.º, do CP *a contrario*), a possibilidade de aplicação da lei penal portuguesa estaria antes do mais dependente do preenchimento de uma das situações previstas no artigo 5.º, do CP.

Visto que tanto André como Berto são portugueses e que tudo indica que vivem habitualmente em Portugal, a lei penal portuguesa poderia ser aplicável ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, que consagra o princípio da nacionalidade, dado que André foi, entretanto, encontrado em território nacional.

Seria aqui ainda necessário referir a discussão em torno da existência de um pressuposto implícito nesta disposição legal que faz depender a aplicação da lei portuguesa de uma premeditação do agente em se deslocar propositadamente ao território estrangeiro para praticar o crime. Seguindo a doutrina maioritária, tal pressuposto não deve ser considerado, por não ter sido expressamente mencionado pelo legislador, e, ainda, por o mesmo ser desnecessário ao propósito subjacente a esta alínea b), ou seja, à tutela do princípio da nacionalidade e da íntima ligação da ordem jurídica portuguesa aos agentes e ao facto praticado no estrangeiro. Se, ao invés, fosse seguida a doutrina de Taipa de Carvalho, que

exige a verificação deste pressuposto de intencional fraude à lei, a alínea b) teria, então, que ser afastada do presente caso, por não existir, em face do teor do enunciado, o referido propósito prévio da parte de André. Neste cenário, haveria, ainda assim, que concluir pela possibilidade de aplicação da lei penal portuguesa ao abrigo da alínea e) do mesmo n.º 1 do artigo 5.º do CP, demonstrando-se *in casu* a verificação de cada um dos seus pressupostos.

Após se dar por verificado o artigo 5.º, haveria que ponderar a existência de restrições à aplicação da lei penal portuguesa (artigo 6.º, do CP). No caso, o facto de André já ter sido julgado pelos Tribunais belgas não seria obstáculo à aplicação da lei penal portuguesa, dado que André se subtraiu ao cumprimento da pena — situação que o artigo 6.º, n.º 1, parte final, do CP, prevê como constitutiva de causa legal para a aplicação da lei penal portuguesa, mesmo em casos de prévio julgamento por tribunal estrangeiro.

Assim, André poderia ainda ser julgado pelos tribunais portugueses pelo crime de ofensa à integridade física qualificada.