

DIREITO PENAL I - Turma da Noite

Exame de Frequência

7 / Janeiro / 2015

Correcção

I

A questão aqui colocada respeita a uma proposta de legislação em matéria penal. E o que está em causa é a razão de ser da alteração legislativa, do ponto de vista da finalidade do Direito Penal. Esta é vista, pela generalidade da doutrina portuguesa, como a protecção de bens jurídicos fundamentais. A questão coloca-se pois em termos de saber se a alteração legislativa em causa vai servir aquela finalidade ou não.

Aqui poderia ser discutido o problema de saber se a identidade territorial é um bem jurídico fundamental. O tema é polémico, mas dificilmente poderia ser discutido de forma útil no âmbito deste exame. Interessa mais discutir se as medidas legislativas propostas vão servir a finalidade preventiva referida. E aqui se coloca o problema. A alteração da moldura penal pressupõe que a pena actualmente existente não é adequada para proteger o bem jurídico titulado. Mas não é essa a razão da proposta de alteração. Esta surge antes de se poder verificar a eficácia das penas existentes. A proposta de alteração surge assim como uma tomada de posição, uma manifestação pública de atitude perante determinado evento (a declaração de intenções do grupo separatista). Não surge, assim, como forma de tutelar por via penal o bem jurídico em causa.

A nível jurídico-formal a validade da medida proposta coloca-se em termos de compatibilidade com o nº 2 do artigo 18º da Constituição. Este preceito consagra o princípio da intervenção mínima: o Direito Penal só deve existir na medida do estritamente indispensável para os objectivos que lhe são atribuídos, a protecção de bens jurídicos. Isto funciona a dois níveis: intervenção penal apenas nos casos em que tal seja indispensável, e apenas nos limites do indispensável. Este segundo nível impõe que as penas sejam mantidas no mínimo indispensável para a consecução daqueles objectivos. Mas é precisamente a inobservância deste princípio o que acontece aqui. Quando a medida das penas legalmente previstas é alterada por razões que têm mais a ver com a impressão causada na opinião pública do que a eficácia das penas aplicadas o

princípio da intervenção mínima do Direito Penal está a ser ignorado e o Direito Penal está a ser utilizado para fins estranhos àqueles para os quais existe.

II

Albertina (A) poderá beneficiar da alteração legislativa dentro de duas condições. Por um lado é necessário que a aplicação da nova lei conduza a uma situação mais favorável, mormente do ponto de vista da pena que deve cumprir (uma vez que a nova situação legal não se traduziu na descriminalização da conduta em causa). Por outro lado, é necessário que a nova lei lhe possa ser aplicada – ou que exista um regime jurídico específico para a situação de transição, o que veremos ser o que acontece.

De acordo com a lei em vigor no momento da prática do facto, A foi condenada a uma pena de 4 anos de prisão. A nova lei não conduz necessariamente à aplicação de uma pena diferente, mas tendencialmente é o que acontece. Ao decidir a pena concretamente aplicável o tribunal tomará em consideração uma moldura penal em que o máximo da pena a aplicar é inferior; mantendo-se idênticos os outros factores, a pena concreta deverá assim ser também inferior. Em última análise, só a repetição da parte do julgamento relativa à escolha da pena permitirá responder a esta questão.

Quanto a saber se é admissível a aplicação da nova moldura penal: o artigo 2º, nº 1, do Código Penal consagra o princípio da aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto. Mas logo o nº 2 e o nº 4 consagram excepções se o novo regime legal for mais favorável do que aquele. No que nos interessa o nº 4 consagra regimes diferentes consoante tenha já havido ou não condenação pelo facto. Tendo havido, como acontece aqui, o condenado beneficia do novo regime na medida em que não poderá cumprir pena superior ao máximo previsto na nova lei: quando a extensão temporal da pena cumprida alcançar aquele limite o preso deve ser libertado.

Mas este regime não esgota o possível benefício da aplicação no caso da nova lei mais favorável. Supondo que o novo quadro legal leva à aplicação de uma pena de duração menor, o condenado não beneficiará desta alteração caso a pena não exceda o máximo previsto na nova lei. Esta diferença não é tomada em consideração pela norma do artigo 2º, nº 4, do Código Penal, e por isso se afirma que aquele preceito é inconstitucional, por violação do disposto na Constituição, no artigo 29º, nº 4.

A uma conclusão diferente parece conduzir o artigo 37º1-A do Código de Processo Penal. Este determina que, em caso de surgimento de uma nova lei penal deve ser reaberta a audiência de julgamento para aplicação da nova pena. Este preceito tem sido interpretado no sentido de vir

permitir o que o nº 2 do artigo 4º do C.P. parece negar: a revisão da pena, com aplicação do novo regime. Albertina poderia, neste caso, pedir a reabertura do processo no âmbito do qual foi condenada.

Mas esta leitura do artigo 371º-A do C.P.P. é discutível. Operar-se-ia por esta forma uma derrogação parcial de uma norma substantiva por outra adjectiva, sem que a lei indique a qualquer passo ter havido a intenção de proceder a tal operação; a técnica legislativa empregada seria, no mínimo, discutível. Há outra interpretação possível: a lei processual permite a reabertura da audiência para aplicação da nova lei apenas nos casos em que a lei material o permite; o campo de aplicação do artigo 371º-A estaria, à partida, delimitado pelo nº 4 do artigo 2º do C.P. A questão está em aberto.

III

Encontramo-nos perante uma situação de concurso. O acto praticado por Alberto (A) cabe nos dois tipos de crime referidos. Por um lado, as palavras dirigidas ao proprietário constituem ameaça de mal importante e destinam-se a constrangê-lo a uma omissão (de perturbar a ocupação); por outro, a ocupação em causa traduzir-se-á na usurpação do direito de propriedade sobre o imóvel em causa. O problema, agora, está em verificar de que género de concurso se trata.

Estamos perante um concurso aparente. Um dos tipos de crime presentes contém, manifestamente, o outro. O acto previsto no artigo 215º inclui em si (num dos vários modos possíveis de prática) o do artigo 154º -- a ameaça). Os bens jurídicos protegidos são parcialmente coincidentes: em qualquer caso, é protegida a liberdade pessoal de actuação; acresce, no artigo 215º, a protecção da propriedade. Não há qualquer razão para uma dupla protecção, aplicando ao agente mais do que uma punição. A questão a resolver agora é saber qual a forma de concurso aparente em causa, para apurar por qual dos tipos de crime deve A ser punido.

No presente caso verifica-se uma situação de consunção. Os dois tipos de crime são autónomos, havendo simplesmente uma coincidência parcial. A protecção da liberdade no crime do artigo 215, nº 1, é apenas instrumental no quadro da protecção da propriedade de imóveis, e o crime pode ser praticado por outros modos. Dir-se-ia, à primeira vista, que seria aplicável a pena prevista no artigo 215º, pois é este que tem o campo de aplicação mais lato; deveria, pois, consumir o outro. Mas a verdade é que o artigo 154º concede uma protecção mais intensa, com uma pena mais pesada. Verifica-se assim uma situação de consunção impura: há uma inversão da consunção, aplicando-se o tipo de crime que deveria consumir o outro. A será assim punido nos termos do artigo 154º, nº 1, do Código Penal.

Esta é também a solução que resulta, desde logo, da ressalva contida na última frase do artigo 215º, nº 1.