

DIREITO PENAL I – 3º ANO – NOITE

11 de Fevereiro de 2015

I

Suponha a seguinte sucessão de eventos:

- Em 1 de Agosto de 2015 entra em vigor a Lei 30/2015, que dispõe o seguinte:

«Dada a situação de seca verificada na generalidade do país, as condutas seguintes:

- a) Lavagem de automóveis;
- b) Rega de jardins privados;
- c) Enchimento de piscinas particulares;
- (...)

Serão punidas com pena de prisão até 3 anos.»

- Em 30 de Agosto de 2015 **A** enche a piscina da sua vivenda.

- Em 15 de Setembro de 2015, entra em vigor a Lei 50/2015, que dispõe:

«Encontrando-se normalizado o abastecimento de água, é revogada a Lei 30/2015.»

- Em 1 de Outubro de 2015 **A** é acusado de prática do crime previsto na Lei 30/2015.

Quid iuris?

II

A, membro de um grupo de traficantes de droga, paga a **B**, funcionário de uma penitenciária, para que este possibilite a sua evasão daquele estabelecimento. **A** vem efectivamente a evadir-se, com o auxílio de **B**.

Aprecie a responsabilidade de **B**, tendo em conta os artigos 350º e 374º do Código Penal.

III

Josefina publicou numa rede social da Internet onde texto em que apresenta métodos de praticar o suicídio e expõe as vantagens e desvantagens de cada. Acusada de prática do facto do artigo 139º do Código Penal, defendendo-se afirmando que o referido preceito incrimatório

é incompatível com a Constituição.

Indique que argumentos pode o acusado apresentar em sua defesa e qual a sua opinião sobre a sua viabilidade.

Tempo para a realização da prova: 90 minutos.

Cotação das perguntas:

I – 6 valores

II – 6 valores

III – 6 valores

Redacção e ponderação global – 2 valores

Correcção

I

A primeira questão suscita um problema de aplicação da lei penal no tempo. Surge uma lei penal que incrimina um conjunto de comportamentos anteriormente sem relevo penal, e posteriormente essa incriminação é revogada.

Verifica-se além disso, que se trata de uma lei temporária, ou de emergência: o surgimento do diploma é motivado pela verificação de uma circunstância anómala, a seca prolongada; quando a seca desaparece a lei deixa de existir. Consequência: em lugar de se aplicar ao caso a regra normal do julgamento segundo a lei mais favorável é aplicada a regra especial do artigo 2º, nº 3, do Código Penal. Este indica que a lei temporária, apesar de revogada, continua a ser aplicada aos casos ocorridos enquanto esteve em vigor. De acordo com esta regra **B** deve ser julgado e punido nos termos da lei temporária.

É discutível, e discutida, a eventual inconstitucionalidade deste regime. A constituição consagra a retroactividade da lei mais favorável sem qualquer ressalva. A dar razão a este ponto de vista, devia ser aplicado o nº 2 do referido artigo 2º, pelo que **B** não poderia ser punido. Afinal a lei antiga não continha um prazo de vigência e foi uma lei nova que veio dispor que o comportamento punível deixou de o ser, exprimindo uma outra valoração.

A resolução do problema pode ser encontrada na afirmação de que não se trata de uma verdadeira situação de sucessão de leis no tempo. A lei temporária não veio alterar a situação anterior, mas meramente suspendê-la – ainda que a situação anterior fosse a da impunidade. A lei temporária aplica-se, não tanto a um período específico de tempo, como a uma situação específica. Nesta medida, pode ser entendida como dizendo: «enquanto se verificar uma situação de seca como a presente...», com o que a característica de temporalidade da lei passa para segundo plano.

II

O comportamento de **B** cabe em dois tipos de crime: por um lado porque, na sua qualidade de funcionário público, recebe uma compensação monetária para violar os seus deveres; por outro, porque, na sua qualidade de guarda prisional, auxilia um prisioneiro a evadir-se. Verifica-se assim uma situação de concurso, e é necessário esclarecer por qual ou quais das leis vai ser punido.

É preciso, num primeiro momento, verificar se **B** realizou um ou dois tipos de crime, isto é, se o concurso é aparente ou efectivo. Os dois tipos de crime em causa (auxílio de funcionário à evasão e corrupção activa) protegem bens jurídicos diferentes (respectivamente, realização de justiça e bom funcionamento da administração pública), mas próximos: o asseguramento de que as funções do Estado são cumpridas normalmente e com lisura. Neste caso os dois bens são atingidos simultaneamente pelo mesmo acto, na medida em que o ataque a um constitui simultaneamente o ataque a outro: ao libertar um prisioneiro contra uma quantia de dinheiro o funcionário está simultaneamente a violar o seu dever de lealdade. Pode discutir-se se o facto de a libertação ser feita a troco de dinheiro não constitui um acréscimo em relação à violação do dever de guarda, a punir de forma autónoma. Em sentido contrário dir-se-á que a aplicação do artigo 373º não pressupõe a violação de um dever específico, pelo que a aceitação do dinheiro ocupa neste crime o mesmo papel que no outro a violação do dever profissional. De qualquer modo: a punição por um dos crimes parece ocupar todo o espaço de desvalor do facto do agente, pelo que não se justifica puni-lo por dois crimes. Nesta medida pode dizer-se que se trata de um concurso aparente.

Em segundo lugar, que forma de concurso aparente? Os dois crimes, como referido, são autónomos, pois cada um deles contém elementos que o outro não tem, como referido: o pagamento de uma contrapartida, num dos tipos, a natureza específica do dever desrespeitado pelo agente, por outro. Nesta medida, a relação que parece existir é de consunção: embora os dois tipos contenham elementos autónomos, a punição por um deles absorve o desvalor do outro. Uma vez que a pena prevista é

idêntica, é indiferente saber por qual dos crimes deve o agente ser condenado, embora a especificidade da posição do funcionário e do dever por si violado pareça apontar para a condenação pelo artigo 350º. Também se aceita uma resposta baseada na regra da subsidiariedade na medida em que se considere que a libertação do preso é simultaneamente o acto do cargo que constitui a contrapartida do suborno, verificando-se assim uma zona de intersecção entre os dois tipos de crime.

III

Coloca-se aqui o problema do bem jurídico protegido e dos termos da sua protecção. À primeira vista, trata-se de protecção da vida, uma vez que está em causa o facilitar do acto pelo qual alguém tira vida a si próprio. Isto levanta dificuldades. O perigo de alguém decidir suicidar-se e de o fazer efectivamente utilizando o meio propagandeado é um perigo tão remoto, a ligação entre o facto de propagandear o meio e o resultado é tão distante, que não se pode falar de um risco normal da vida. De resto, o conhecimento do meio a utilizar não é, em si, o motivo do suicídio, cujo desejo terá que já existir na mente do suicida (ninguém se mata só por saber como é que isso se faz). A divulgação de meios de se tirar a vida é algo tão afastado do acto que não se pode dizer que a incriminação é uma forma efectiva e necessária de protecção da vida.

A alternativa é verificar que o que está aqui em causa é antes o choque causado na opinião pública pela notícia de que alguém está – publicamente – a noticiar meios de se suicidar. Esta expressão de apoio ao suicídio é considerada chocante em sociedades onde este é considerado como uma forma de desastre, um modo de morte muitas vezes mais deplorado do que a morte accidental. Mas aqui já não é a protecção da vida que está em causa, mas a protecção dos «bons costumes», dos sentimentos sociais. Agora este não é, seguramente, um bem a proteger juridicamente. Assim, o artigo 139º do Código Penal deve ser considerado inconstitucional por desrespeitar o nº 2 do artigo 18º da Constituição – princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade.

Acresce que a forma vaga como é descrita a propaganda ao suicídio no artigo 139º permite que nele possam caber casos que constituem o normal exercício da liberdade de expressão, um direito fundamental constitucionalmente consagrado.