



Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Mestres Sónia Moreira Reis e António Brito Neves

Prova escrita – 22 de Janeiro de 2016

Duração: 90 minutos

I

Penélope, luso-espanhola residente em Évora, deslocou-se a Alicante para passar o Natal de 2015. Aí, na sequência de uma discussão com a sua sobrinha de 15 anos, matou-a, disparando sobre ela com uma arma cuja detenção é proibida face às leis portuguesa¹ e espanhola.

Suponha que o Código Penal espanhol em vigor nessa altura prevê dois crimes com o seguinte teor:

“Artigo 140.º

1. O homicídio será punido com pena de prisão permanente sujeita a revisão sempre que se verifique uma das seguintes circunstâncias:

a) Que a vítima seja menor de dezasseis anos de idade, ou se trate de uma pessoa especialmente vulnerável em razão da sua idade, enfermidade ou incapacidade. [...].

“Artigo 230.º

Quem, fora das condições legais, detiver, transportar ou adquirir arma de fogo automática, é punido com pena de prisão de 3 a 9 anos.”

1 – Em Janeiro de 2016, um tribunal espanhol pede a Portugal a entrega de Penélope para a julgar pela prática dos crimes referidos. Como deve ser decidido este pedido?

2 – Admitindo que a entrega é recusada e Penélope é julgada em Portugal à luz da lei portuguesa pelos crimes correspondentes previstos nesta lei, como deverá ser punida?

¹ **Artigo 86.º do Regime Jurídico das Armas e Munições:**

“Detenção de arma proibida [...]

1 - Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, importar, transferir, guardar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio ou obtiver por fabrico, transformação, importação, transferência ou exportação, usar ou trazer consigo:

a) Equipamentos, meios militares e material de guerra, arma biológica, arma química, arma radioativa ou suscetível de explosão nuclear, arma de fogo automática, arma longa semiautomática com a configuração de arma automática para uso militar ou das forças e serviços de segurança, explosivo civil, engenho explosivo civil, engenho explosivo ou incendiário improvisado, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos; [...].”

II

A 20 de Dezembro de 2015, entra em vigor uma alteração ao Código Penal português, que passa a prever o seguinte crime: “Quem praticar actos sexuais de relevo com o seu ou seus irmãos, pais ou filhos é punido com pena de prisão até 6 meses ou multa até 240 dias”.

1 - Aprecie a constitucionalidade desta criminalização.

2 - Admita que Albertino e Zélia são condenados pelo referido crime, vindo a sentença a transitar em julgado em Abril de 2016. Em Junho, o Tribunal Constitucional declara a norma criminalizadora inconstitucional, com força obrigatória geral. Que consequências tem esta decisão para Albertino e Zélia?

Cotações: I (1 - 4,5 vls.; 2 - 4,5 vls.); II (1 - 4,5 vls.; 2 - 4,5 vls.); **Ponderação global:** 2 vls.

I

1 - Sendo o pedido de entrega de Penélope motivado pela prática de dois crimes, a análise deve ser feita em separado, por referência a cada um deles. Uma vez que Espanha é um Estado membro da União Europeia (tal como Portugal), a decisão sobre a entrega, no que respeita a ambas as infrações, deve ser tomada à luz do regime da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, como resulta do art. 1.º, n.º 1, deste diploma².

No que respeita ao crime de homicídio, atendendo ao critério da ubiquidade previsto no art. 7.º, n.º 1, do Código Penal, o facto considera-se praticado em Espanha, visto que tanto a conduta como o resultado tiveram lugar em Alicante.

Por estar em causa um homicídio voluntário punível em Espanha com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, o cumprimento do requisito da dupla incriminação é dispensado, visto que o crime está previsto no art. 2.º, n.º 2, al. o).

Não se verifica nenhuma das causas de recusa dos arts. 11.º, 12.º e 12.º-A. Estão também satisfeitos os termos do condicionamento da entrega por crime punível com pena de prisão perpétua, visto que esta pena, segundo a lei espanhola, está sujeita a revisão (admitindo também que essa revisão acontece a pedido ou, o mais tardar, em 20 anos), como é exigido no art. 13.º, n.º 1, al. a).

Visto que, por um lado, Penélope é portuguesa e reside em Portugal, e, por outro, a finalidade do pedido é a de sujeição a procedimento penal, a entrega pode ficar sujeita à condição de que ela seja devolvida a Portugal para aqui cumprir a pena ou medida de segurança a que eventualmente seja condenada em Espanha, nos termos do art. 13.º, n.º 1, al. b). Este condicionamento não é, no entanto, imperativo, pois a norma refere-o como facultativo e Penélope parece até ter família em Espanha, pelo que o cumprimento da pena neste país poderia, eventualmente, servir melhor a finalidade de reintegração social que a execução deve cumprir (como disposto no art. 42.º, n.º 1, do Código Penal). Se se defender, porém, que Penélope tem de ser devolvida a Portugal para aqui cumprir a pena, sempre se deverá explicar que a pena de prisão perpétua não poderia ser executada, uma vez que é constitucionalmente proibida (art. 30.º, n.º 1, da Constituição), devendo respeitar-se o limite máximo de 25 anos do art. 41.º, n.º 2, do Código Penal.

Relativamente ao crime de detenção de arma proibida (pelo qual também se pede a entrega para sujeição a procedimento penal), trata-se de um crime permanente, cuja consumação é susceptível de se prolongar no tempo. O enunciado não esclarece, porém, se Penélope também transportou e deteve a arma em Portugal, ou se o fez apenas em Espanha, pelo que devemos distinguir consoante isso tenha acontecido ou não.

No caso de Penélope ter trazido a arma para Portugal, o facto considera-se praticado em território nacional, dado que parte da conduta teve lugar neste país (aplicando-se, de novo, o art. 7.º, n.º 1, do Código Penal).

Está cumprido o requisito da dupla incriminação, visto que o facto é punível em Espanha com pena de prisão não inferior a 12 meses e é também crime em Portugal (art. 2.º, n.º 1 e n.º 3). Não se verifica nenhuma das causas de recusa dos arts. 11.º e 12.º-A. A prática do facto em Portugal constitui, porém, a causa de recusa facultativa do art. 12.º, n.º 1, al. h), inciso i). Deve ser ponderada, portanto, a entrega de Penélope. Para isso, é importante ter em atenção que o facto também foi praticado em Espanha, o que significa que também aí se farão sentir as necessidades de prevenção geral, agravadas pelo facto de que foi lá cometido também um outro crime (homicídio) ligado à prática deste. Por outro lado, confirmando-se que haveria entrega pelo crime de homicídio, haveria provavelmente vantagem em concentrar os processos. Se, pelo contrário, se defender que não deve haver

² Salvo indicação em contrário, as disposições legais referidas nos tópicos de resposta a esta questão pertencem à Lei n.º 65/2003.

entrega, neste caso, pelo crime de detenção de arma proibida, por aplicação desta causa de recusa facultativa, só poderia haver entrega pelo crime de homicídio. Aplicar-se-ia então a regra da especialidade (art. 7.º, n.º 1), o que significa que os tribunais espanhóis não poderiam julgar por crime diverso do homicídio.

Por último, no que respeita ao art. 13.º, n.º 1, al. b), vale o mesmo que foi dito a propósito do crime de homicídio.

Se se considerar que Penélope se livrou da arma antes de voltar a Portugal, o facto considera-se praticado apenas em Espanha, visto que a conduta se desenrolou somente aí. Nesta hipótese, deixa de se verificar a causa de recusa facultativa do art. 12.º, n.º 1, al. h), inciso i). No restante, a resolução mantém-se.

O aluno não teria de desenvolver todas as sub-hipóteses que se elencou, pedindo-se apenas que resolvesse a hipótese em coerência com a leitura que fizesse do enunciado.

2 - A questão coloca um problema de concurso, estando em discussão saber de que modo há-de ser punida Penélope, uma vez comprovada a prática de um homicídio voluntário (art. 131.º do Código Penal) e de um crime de detenção de arma proibida (art. 86.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro).

Entre as normas em análise não se verifica nenhuma relação de especialidade ou subsidiariedade, independentemente dos critérios doutrinários e/ou jurisprudenciais a que se recorra para aferir essas relações.

Alguns factores, no entanto, parecem indiciar a existência de um concurso aparente entre os crimes referidos. A detenção de arma proibida é um crime de perigo abstracto. Entre os bens jurídicos que se pretende proteger com esta criminalização está a vida – precisamente o bem lesado com o crime de homicídio doloso. Assim, neste caso, há uma identidade de bens jurídicos a proteger pelas normas incriminadoras, podendo afirmar-se que o crime de dano (homicídio) traduz uma forma mais avançada de ataque ao bem jurídico em relação àquilo que seria o correspondente crime de perigo (a detenção de arma proibida). Deste modo, a valoração feita na punição por homicídio já absorveria, por assim dizer, a valoração que se faria na punição autónoma do crime de detenção. Reforçando isto, poderia dizer-se também que a detenção de arma proibida constituiu apenas um crime-meio para atingir o crime-fim (homicídio), neste esgotando o seu sentido lesivo.

O enunciado não esclarece, porém, um elemento que seria decisivo para confirmar a existência de um concurso aparente nos termos acabados de expor: não nos é dito se Penélope já detinha a arma antes sequer de pensar em praticar o homicídio (e se continuou a detê-la depois disso), ou se, pelo contrário, a comprou apenas para matar a sobrinha, tendo-se livrado dela logo a seguir.

Nesta última hipótese, a solução do concurso aparente ganha sentido e pode concluir-se, nas palavras de Figueiredo Dias, que o sentido de ilicitude correspondente ao crime de homicídio é predominante, pelo que a moldura legal relevante para a punição de Penélope seria somente a de 8 a 16 anos de prisão – podendo levar-se em conta o crime de detenção de arma proibida apenas no momento da determinação da medida concreta da pena.

Se, ao invés, se partir da hipótese inversa, então a detenção de arma proibida ganha autonomia e há concurso efectivo entre os dois crimes, que deverão ser punidos nos termos do art. 77.º, n.º 1 e n.º 2.

Tal como na resposta anterior, apenas se exigia ao aluno que resolvesse a questão em coerência com a leitura que fizesse do enunciado, não sendo obrigado a abrir todas as sub-hipóteses referidas.

1 - Qualquer norma cuja estatuição consista na cominação de uma pena assume um carácter restritivo de direitos fundamentais. Por isso, deve respeitar o art. 18.º, n.º 2, da Constituição. Tem sido maioritariamente defendido (tanto pela doutrina como pela jurisprudência do Tribunal Constitucional) que daí resulta (também) que as normas penais têm de mostrar-se adequadas e necessárias à tutela de um ou mais bens jurídicos com dignidade penal.

A norma criminalizadora apresentada está, assim, viciada de inconstitucionalidade material, uma vez que não serve a tutela de nenhum bem jurídico-penal.

Poderia argumentar-se, contra isto – e como já fez, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão –, que a criminalização de actos sexuais incestuosos é adequada a proteger certos bens jurídicos, nomeadamente, a saúde dos filhos que possam vir a nascer da relação, a autodeterminação sexual ou a instituição da família. Tal argumentação, porém, não procede.

Relativamente à saúde dos filhos que possam vir a nascer, a norma mostra-se demasiado abrangente, uma vez que deveria limitar a criminalização à cópula entre pessoas capazes de procriar. Ainda que o fizesse, porém, continuaria a ser inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, dado que em nenhuma outra situação se pune relações sexuais que possam resultar em transmissão de doenças ou malformações genéticas – nem mesmo em situações em que essa probabilidade é maior.

A norma também não é adequada a proteger a autodeterminação sexual, mostrando-se de novo demasiado abrangente: mesmo admitindo que em muitos casos de relações incestuosas este bem jurídico poderá estar afectado, o tipo legal em análise não inclui qualquer elemento (como seriam, por exemplo, o abuso da inexperiência ou um limite máximo para a idade da vítima) que restrinja o âmbito de aplicação a tais casos. E ainda que isso acontecesse, não parece que tal criminalização acrescentasse algo de novo às normas penais, já existentes no nosso Ordenamento, que tutelam o bem referido.

Por último, em relação à instituição da família, mesmo admitindo que se trata de um bem com dignidade penal, sempre se há-de observar que estaria em causa, não tanto a tutela da instituição em si, mas de uma certa concepção (mesmo que dominante) de família. Esta não é, porém, uma finalidade que possa ser legitimamente tutelada através de normas penais, pelo mesmo motivo pelo qual o Direito Penal não pode servir a tutela de meras orientações morais. Consagrando a Constituição, no seu art. 2.º, um “Estado de direito democrático, baseado (...) no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”, nunca uma norma penal pode traduzir a imposição de uma concepção moral dominante na sociedade. Ora, é precisamente uma tal imposição que parece estar em causa com esta previsão normativa.

2 - A norma declarada inconstitucional, por princípio, não produz efeitos, conforme o disposto no art. 282.º, n.º 1, da Constituição.

O n.º 3 do art. 282.º ressalva os casos julgados. Uma vez que a sentença que condenou Albertino e Zélia já transitou em julgado, parece que a declaração de inconstitucionalidade não afectaria em nada a sua situação. Como também dispõe o n.º 3, porém, a ressalva do caso julgado cede em casos como o presente, uma vez que se trata de norma penal de conteúdo menos favorável ao arguido.

Embora se refira simplesmente a “decisão em contrário do Tribunal Constitucional”, autores como Maria Fernanda Palma ou Jorge Miranda vêm defendendo que a decisão é obrigatória, o que se justifica por princípios constitucionais como o da igualdade ou da necessidade das penas, entre outros.

Albertino e Zélia poderiam, assim, interpor o recurso extraordinário de revisão previsto no art. 449.º, n.º 1, al. f), do Código de Processo Penal.