

Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

Colaboração: Prof.^{as} Doutoradas Teresa Quintela de Brito e Inês Ferreira Leite, e Mestres João Viana, Sónia Moreira Reis e António Neves

Exame – 1.ª Época – 16.01.2017

Duração: 120 minutos

Viagem de Natal

No dia 15 de dezembro de 2016, ARTUR, português, e BHARA, sua mulher, nacional de um país africano, ambos residentes em Portugal, viajaram para o país da nacionalidade de BHARA, a pretexto de passarem o natal com a família daquela. Na verdade, a viagem teve também como finalidade a sujeição de CHIARA, portuguesa de 13 anos de idade e filha de ambos, à mutilação genital feminina. A excisão genital realizou-se no país africano em causa, a 21 de dezembro, onde tal prática não é crime, e foi executada por DHAMAD, nacional do país africano em causa, contratado no local por ERNI, a avó africana de Chiara.

Também no referido país africano, no dia 25 de dezembro, ARTUR e BHARA consumiram e cederam a vários amigos e familiares grandes quantidades de certa droga, que aí não era considerada substância proibida e que em Portugal passou a integrar o elenco das drogas proibidas por regulamento do Ministério da Saúde, que entrou em vigor no dia 23 de dezembro de 2016.

Ainda no país africano, BHARA veio a interromper voluntariamente a gravidez às 12 semanas, no dia 01 de janeiro de 2017. Em Portugal, uma nova lei que estendia a descriminalização do aborto até às 12 semanas tinha entrado em vigor a 15 de agosto de 2016. Porém, tal lei veio a ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral, por violação do princípio da proporcionalidade, no dia 15 de janeiro de 2017.

Entretanto, no dia 5 de janeiro de 2017, BHARA refugiou-se em Portugal, fugindo dos maus tratos de ARTUR. O país africano pediu a extradição de BHARA, para a julgar pelo crime de aborto, punível nesse país com a pena de esterilização forçada.

Responda justificadamente às seguintes questões:

1. Aos factos praticados por ARTUR, BHARA e ERNI, relativos à mutilação genital forçada de Chiara, aplica-se a lei penal portuguesa? Na resposta a esta questão comece por considerar o artigo 144.ºA/1 à luz dos princípios da interpretação em Direito Penal (6 valores).
2. Aos factos praticados por ARTUR e BHARA, relativos ao consumo e tráfico de estupefacientes, aplica-se a lei penal portuguesa? Na resposta a esta questão deverá avaliar (também) a validade da norma incriminadora respetiva à luz dos princípios gerais do Direito Penal (4 valores).
3. Será aplicável a lei portuguesa à interrupção da gravidez realizada por BHARA? Na resposta a esta questão deverá ponderar (também) a aplicabilidade da lei declarada inconstitucional e a possibilidade de extradição de BHARA e (5 valores).
4. Considerando que BHARA fora vítima de guerras tribais no seu país de origem, de onde fugira para Portugal; ela própria tinha sido excisada pelos pais; chegara recentemente a Portugal; vivia subjugada por ARTUR um desempregado de longa duração, vítima de violência doméstica e de abusos sexuais durante a infância e adolescência, em guerra consigo e com o mundo, e que a sujeitava a todo o tipo de sevícias; como deveria o Direito Penal encarar e tratar BHARA e ARTUR? Na sua resposta considere a pertinência de alguma(s) da(s) orientações da Criminologia que estudou na explicação dos comportamentos criminosos de A e B (3 valores).

Clareza das ideias, correção da linguagem e capacidade de síntese: 2 vls.

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

1. Nenhum dos três agentes realizou a conduta descrita no art. 144º-A/1, pois nenhum mutilou genitalmente Chiara. Artur e Bhara limitaram-se a transportar a vítima até ao país da realização do facto, sem, aparentemente, terem sequer contactado com Dhamad (o autor material). O contacto foi estabelecido apenas por Erni, que contratou os serviços de Dhamad, sem executar ela própria a MGF.

A interpretação permitida em Direito Penal, que toma como ponto de partida e limite inultrapassável o sentido comunicacional do texto legal em termos de linguagem comum, obsta à integração dos comportamentos de A, B e E no tipo incriminador do art. 144º-A, sob pena de analogia proibida (arts. 29º/1 e 3 CRP, 1º/1 e 3 CP) e conseqüente violação do princípio da legalidade [art. 165º/1, c) CRP].

Quanto ao âmbito de aplicação espacial da lei penal portuguesa:

Uma vez que a mutilação não foi realizada em território português, não é possível atribuir competência aos tribunais portugueses nos termos do arts. 4.º e 7.º Resta apenas a hipótese de atribuição de competência através de alguns dos critérios complementares do art. 5.º

Se o comportamento de A fosse típico, aplicar-se-lhe-ia o art. 5º/1 b) CP, pois residiria habitualmente em Portugal ao tempo da prática do facto e a vítima seria portuguesa. Simplesmente como A não se encontra em Portugal, este não teria competência para o julgar.

Relativamente a B, se o seu comportamento fosse típico, aplicar-se-ia o art. 5º/1 c) CP (princípio da universalidade). Como B (cidadã de um país africano) se encontra em Portugal desde 5.01.2017 e não poderia ser extraditada ou entregue, desde logo porque a sua extradição ou entrega não foram solicitadas pela prática deste crime, poderia ser-lhe aplicada a lei penal portuguesa ao abrigo do art. 5º/1 c) CP.

Mesmo que o comportamento de B fosse típico face ao art. 144º-A/1, a conjugação do disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 6.º levaria a que a lei portuguesa não fosse aplicável, dado que, no país onde o facto praticado, este não constitui crime - o que frustra a lógica de universalidade subjacente à al. c) do art. 5.º, n.º 1. Todavia, o n.º 3 do art. 6º/2 opera como uma norma penal positiva, porque fundamentadora da pretensão punitiva do Estado português [arts. 29º/1 e 3 e 165º/1 c) CRP; 1º/1 e 3 CP].

Para E (cidadã estrangeira não residente em Portugal) valeria a mesma solução que para B, com a única diferença de que E não se encontra em Portugal. Logo, nunca seria solicitada a Portugal a sua extradição ou entrega pela prática deste crime, ainda que o seu comportamento fosse típico face à lei penal portuguesa.

De valorizar na resposta a esta questão, ao abrigo da ponderação global, a referência à eventual possibilidade de punir A, B e E pela prática de actos preparatórios da MGF (art. 144º-A/2 CP).

Como os actos preparatórios realizados por A e B o foram ao menos parcialmente em Portugal (art. 7º/1 CP), a lei penal portuguesa ser-lhes-ia aplicável por força do princípio da territorialidade. Caso fosse pedida a sua extradição ou entrega, importaria considerar os arts. 33º/ 3 ou 5 CRP (quanto a A), 12º/1, al. h) i), 13/1 b) Lei n.º 65/2003; e 32º/1 a) e b) Lei 144/99.

Relativamente a E, apenas seria de considerar o art. 5º/1 c) CP, nos termos já referidos, já que os seus actos preparatórios ocorreram no país africano. Recorde-se que E não se encontra e dificilmente se encontraria em Portugal.

2. O consumo e tráfico de estupefacientes foram inteiramente realizados no país africano, onde nenhum desses factos constituiria crime, já que a substância em causa não é aí legalmente proibida.

Em Portugal, discute-se a qualificação jurídica da detenção de droga para consumo em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante 10 dias: contraordenação (art. 2º/1 Lei 30/2000); crime de consumo (art. 40º/2 DL 15/93, apesar do disposto no art. 28º Lei 30/2000); ou crime de (perigo) de tráfico [não legalmente previsto - arts. 29º/1 e 3, e 165º/1 c) CRP], apesar da eventual cominação penal implícita vertida no art. 2º/2 Lei 30/2000?

A lei portuguesa só poderia ser aplicada a A ao abrigo do princípio da nacionalidade activa, mas não se verificam logo as condições i) e ii) do art. 5º/1 e) CP (não se encontra em Portugal e o facto não é punível no país africano em causa).

Quanto ao consumo, a lei portuguesa só poderia ser aplicada a B por força do princípio da administração supletiva da justiça portuguesa [art. 5º/1 f) CP], mas não foi pedida (nem o seria pelo país da prática do facto) a extradição de B por esse facto, como exige esta alínea.

No que respeita ao tráfico de droga, a norma portuguesa relativa ao tráfico deste produto estupefaciente configura uma norma penal em branco (quanto à previsão), que é material e organicamente inconstitucional, por violação do art. 112º/5 (o regulamento não é acto legislativo face ao art. 112º/1, mas é chamado a integrar a norma incriminadora do tráfico de estupefacientes, definindo um elemento constitutivo do ilícito típico de tráfico: a proibição legal da substância em causa); dos princípios da legalidade, tipicidade e reserva de lei (arts. 165º/1 c), 29º/1 e 3 CRP, e 1º/1 CP); da culpa por ausência de prévia proibição penal válida da conduta (arts. 1º, 25º/1 e 27º/1 CRP); e da função de determinação de condutas da norma penal.

Quanto ao âmbito de aplicação espacial da lei portuguesa ao crime de tráfico de droga:

- (i) A A só poderia aplicar-se o princípio da nacionalidade activa [art. 5º/1 e) CP], mas não se verificam logo as condições i) e ii), já para não referir a inexistência de incriminação válida em Portugal para a conduta em causa [art. 31º/2 Lei n.º 144/99, por confronto com o art. 2º/2 e) Lei 65/2003].
- (ii) Face a B valeria nesta sede o que se disse quanto à aplicação do art. 5º/1 f) CP ao consumo de estupefacientes.

3. A IVG foi praticada no país africano, logo a lei penal portuguesa só poderia ser aplicada a B ao abrigo do art. 5º CP.

À data da prática do facto (1.01.2017) vigorava em Portugal uma cláusula de não punibilidade da IVG realizada por livre opção da mulher até às 12 semanas de gestação. Logo B beneficiaria da aplicação desta norma (arts. 3º e 2º/1 CP).

Posteriormente, esta norma vem a ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral. O que, nos termos do art. 282º/1 CRP, tem como consequência a repriminção do actual art. 142º/1 e) CP e a punibilidade da IVG realizada por B às 12 semanas de gestação. Tudo se passa como se a norma inconstitucional (nula) nunca tivesse entrado em vigor, de modo que não pode falar-se de uma sucessão de normas penais, em que L1 seria a mais favorável (arts. 29º/4, 1.ª parte, CRP, e 2º/4 CP).

Também não pode invocar-se a ressalva do art. 282º/3, 1.ª parte, CRP, porque B nem sequer tinha sido julgada aquando da declaração de inconstitucionalidade.

Neste quadro, são possíveis duas soluções:

- (i) Aplicar a norma inconstitucional mais favorável em vigor no momento da prática do facto, mediante aplicação analógica dos arts. 29º/4, 1.ª parte, e 282º/3, 2.ª parte, CRP, por força dos princípios da máxima restrição das penas e medidas de segurança (art. 18º/2); da igualdade face aos agentes que beneficiaram da aplicação da norma inconstitucional mais favorável (art. 13º); da confiança jurídica geral na validade das normas estatais e da auto-vinculação do Estado ao seu próprio Direito, ínsitos no princípio do Estado de Direito democrático (art. 2º CRP).
- (ii) Aplicar a norma repriminada, por se entender que a questão da validade das normas precede logicamente a da aplicação da lei mais favorável (art. 3º/3 CRP) e que os tribunais estão impedidos de aplicar normais inconstitucionais (art. 204º CRP), admitindo que as legítimas expectativas do agente quanto à não punibilidade do facto sejam tuteladas por via do regime do erro (não censurável) sobre a proibição (art. 17º/1 CP).

No que concerne ao âmbito de aplicação espacial da lei penal portuguesa, não pode sujeitar-se B ao princípio da nacionalidade passiva [art. 5º/1 e) CP], porque o feto não tem nacionalidade portuguesa (só a adquire com o nascimento) e é proibida a aplicação analógica deste preceito, que opera como uma norma penal positiva (fundamentadora da pretensão punitiva do Estado português) – arts. 29º/1 e 3 CRP e 1º/1 e 3 CP.

Só poderia aplicar-se a B a lei penal portuguesa ao abrigo do art. 5º/1 f) CP: B encontra-se em Portugal; a sua extradição foi requerida pelo país da nacionalidade, mas esta não pode ser concedida por duas razões fundamentais:

(i) Não se verifica a exigência da dupla incriminação (art. 31º/2 Lei n.º 144/99), para quem sustente a aplicação da lei inconstitucional mais favorável;

(ii) O facto é punível pelo país africano em causa com uma pena de que pode resultar uma lesão irreversível da integridade física de B [art. 144º b) CP português] – arts. 33º/6 CRP e 6º/1 e) Lei n.º 144/99. Portugal só poderia extraditar B, caso o país africano, por acto irrevogável e juridicamente vinculativo das autoridades internas, tivesse previamente comutado a pena de esterilização forçada [art. 6º/2 a) Lei n.º 144/99].

Mas, mesmo que assim sucedesse, Portugal continuaria a não poder extraditar B por ausência de dupla incriminação da IVG em Portugal, certamente quando antes se sustentou a aplicação da norma inconstitucional mais favorável, menos claramente se se defendeu a aplicação do regime do erro não censurável sobre a proibição, já que o art. 31º/2 Lei 144/99 parece referir-se à pena em abstracto e não à punição (ou não punição) em concreto.

5. As três principais orientações da Criminologia completam-se na explicação do comportamento criminoso de A e B.

(i) Dentro da visão do crime como acontecimento individual assume especial destaque no caso concreto a psicologia cognitiva-comportamental, que permite compreender a quase normalidade com que A certamente encara os maus-tratos a B e a C, e com que B se relaciona com a MGF da própria filha.

Dentro desta linha relevam, no caso de A, as teorias da falta de autocontrolo, que associam o crime à impulsividade e à incapacidade de diferir a gratificação (GOTTFREDSON/HIRSCHI) e aquelas que atendem ao processamento da informação pelo indivíduo. O passado de A parece tê-lo transformado num indivíduo agressivo, com uma percepção limitada das situações e das soluções (alternativas à violência) para os conflitos interpessoais, podendo, inclusive incorrer em distorções cognitivas quanto à sua autoria e responsabilidade pelos maus-tratos a B e C.

Relativamente a B, a sua história pessoal de subjugação aos pais, o contexto de guerra e insegurança em que viveu e a situação de dependência emocional face a A, certamente influem no seu processo cognitivo quanto à existência de alternativas ao respectivo comportamento perante a filha e à relação com A, explicam a sua (cega) submissão a este e o desespero (e receio pelo nascituro) certamente suscitados pela nova gravidez, fruto de uma relação tão violenta.

Todas estas teorias apontam para uma intervenção penal orientada para uma prevenção especial positiva, alicerçada na compreensão de si mesmo, na gestão das emoções e na proposta de alteração de modelos de raciocínio, de avaliação e de decisão de conflitos.

(ii) Do quadrante da sociologia criminal, na linha do interaccionismo, a teoria da associação diferencial (SUTHERLAND) ajuda a compreender os comportamentos de A no que respeita aos maus tratos a B e C, e de B relativamente à MGF da filha e, porventura, também quanto à IVG (fragilidade da vida humana e sua pouca importância em certos contextos).

Com efeito, segundo SUTHERLAND, o comportamento criminoso aprende-se em interacção dentro de grupos íntimos, através de contactos pessoais e em função da intensidade, frequência e precocidade de certos contactos. Mais: essa aprendizagem inclui técnicas, motivos e atitudes. Ora, se o crime se aprende em interacção, também pode desaprender-se em interacção, de modo que a primazia volta a caber a uma intervenção penal orientada para a prevenção especial positiva.

No caso de B relevaria igualmente a ideia de conflitos de cultura, especialmente a teoria de SELLIN dos conflitos entre culturas externamente diversas, que são conflitos de normas de conduta afectando pessoas como B, que se encontram em situações de transição de culturas. O que apontaria para a possibilidade de uma exclusão ou pelo menos atenuação da culpa de B relativamente à MGF.

Na linha da Sociologia Criminal inaugurada por DURKHEIM, a visão de MERTON pode ajudar a compreender o consumo e tráfico de estupefacientes, sobretudo por parte de A, bem como a sua opção pela MGF da filha. Para MERTON, o crime é o produto de uma certa estrutura sociocultural, caracterizada pelo desfasamento entre objectivos culturais de riqueza e bem-estar para todos e a escassez dos meios institucionais para os alcançar. O que geraria indiferença aos valores (anomia) e mecanismos de adaptação individual, com especial destaque no caso de A (desempregado de longa duração) para a rebelião (rejeição das metas da cultura ocidental e dos seus meios institucionais).

Para esta perspectiva, o crime constitui um produto da estrutura social; como tal pode ser evitado, actuando sobre essa estrutura através de políticas públicas.

- (iii) Do quadrante do *labeling approach* (concepção do crime e do criminoso como uma construção social por instâncias formais e informais de controlo) e do interaccionismo simbólico destaca-se, no caso concreto, os contributos de ERVING GOFFMAN e PAUL ROCK, que relacionam o comportamento criminoso com a construção de si mesmo em interacção social, vendo tal construção como um acontecimento dramático, no qual as pessoas assumem papéis e identidades diferentes conforme as expectativas, os contextos ou as reacções dos outros. Tanto A como B foram forçados a assumir perante os pais o papel de vítimas durante a infância e adolescência, desenvolvendo uma baixíssima autoestima e, no caso de A, uma enorme necessidade de afirmação intersubjectiva (agravada pela situação de desempregado de longa duração) que explicam de forma especialmente clara a sua posterior assunção do papel de agressor de B e C e de “rebelde” face à cultura ocidental. Esta corrente aponta para uma prevenção do crime (em especial da deviance secundária) através da reorientação da narrativa sobre si e sobre a sua própria vida (BRAITHWAITE).

Lisboa, 19 de Janeiro de 2017.