

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, Mestres João Viana, Sónia Moreira Reis e António Brito Neves

Época de Coincidências – 26 de Janeiro de 2017 Duração: 90 minutos

"A proposta"

1. Adérito, português residente em Portugal, conheceu Bianca, portuguesa, num café em Lisboa, no dia 1 de Setembro de 2016, e sentiu-se imediatamente atraído.

Tendo descoberto onde Bianca morava, tocou à sua campainha no dia 2 e entregou-lhe, depois de a ler em voz alta, uma folha assinada por si. A folha tinha o seguinte conteúdo: *“O declarante vem por este meio manifestar a vontade de praticar com Bianca todos os actos sexuais que sejam do agrado desta. A assinatura deste documento implica a manifestação de igual vontade por parte de Bianca em relação ao declarante, assegurando também a disponibilidade para agendar uma data para darem cumprimento às referidas vontades.”*

Indignada com a conduta de Adérito, Bianca denunciou o caso às autoridades.

Sendo Adérito julgado no dia 30 de Setembro, deveria ele ser condenado por crime de importunação sexual, previsto e punido no artigo 170.º do Código Penal? **(4 valores)**

2. Admitindo que a resposta à questão anterior é positiva, suponha que no dia 20 de Setembro de 2016 entrou em vigor uma lei que revogou o artigo 170.º

A mesma lei incluía um artigo com o seguinte teor: *“Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com coima de €50 a €500.”*

Que decisão deveria ser tomada no julgamento de Adérito? **(3,5 valores)**

3. Inconformado com a recusa de Bianca, no dia 2 de Outubro de 2016, Adérito deslocou-se novamente a sua casa. Depois de Bianca o deixar entrar, Adérito forçou-a a ter relações sexuais consigo.

Adérito foi condenado pela prática destes factos no dia 24 de Janeiro de 2017.

Aprecie criticamente os seguintes trechos da sentença condenatória:

a) *“Tendo sido dado como provado que antes da cópula o arguido, recorrendo a violência, acariciou por sete vezes zonas íntimas do corpo da vítima, deve ser condenado por sete crimes de coacção sexual – previsto e punido no artigo 163.º, n.º 1, do Código Penal – em concurso com um crime de violação – previsto e punido no artigo 164.º, n.º 1, al. a), do mesmo diploma.”* **(3,5 valores)**

b) *“O arguido deve ser condenado na pena máxima prevista, vincando-se assim a necessidade de combater o machismo e a misoginia, e promovendo-se a igualdade de género e o respeito pela liberdade e intimidade das mulheres.”* **(3,5 valores)**

4. No dia 25 de Janeiro chegou, vindo de Espanha, um pedido de entrega de Adérito para ali cumprir pena de prisão de 8 meses por crime de coacção sexual (também previsto e punido no artigo 163.º, n.º 1, do Código Penal português) praticado em Barcelona contra Clementina, espanhola, quando Adérito lá esteve em férias, e punível em Espanha com pena de prisão de um a cinco anos.

Como deveria ser decidido o pedido de entrega? A lei portuguesa seria aplicável a esta situação? **(3,5 valores)**

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

Tópicos de Correção

1. Numa perspectiva metodológica mais tradicional, o sentido possível das palavras é entendido como limite da interpretação permitida em Direito Penal. Nesta medida, alguns autores defendem que as possibilidades semânticas que o texto oferece funcionarão como barreira intransponível à tarefa de interpretação, sob pena de violação da proibição de analogia consagrada no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP).

Independentemente de aquele limite dever ser encontrado com recurso à mera polissemia abstracta das palavras ou atendendo também ao uso social quotidiano que a expressão em causa adquire, não há dúvida de que Adérito dirigiu a Bianca uma "proposta de teor sexual". Tal não basta, porém, para considerar que ele deve ser punido.

Sancionando-se os comportamentos referidos no artigo 170.º do CP – importando aqui particularmente o segmento "formulando propostas de teor sexual" – com a aplicação de uma pena, esta norma assume um carácter restritivo de direitos fundamentais, pelo que tem de se mostrar necessária para a protecção de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição (CRP). Esta verificação será orientada pela procura de um bem jurídico com dignidade penal que a norma se destine a proteger.

Mesmo aceitando que a norma em questão visa a protecção de um bem jurídico com dignidade penal – podendo identificar-se a liberdade em geral e, em particular, a liberdade sexual –, parece claro que a formulação em análise é demasiado abrangente na sua literalidade, correndo o risco de atingir comportamentos que não lesam nem criam perigo para qualquer bem jurídico. O que só não sucederá se se tiver na devida conta que a conduta típica no art. 170º consiste na *importunação de outrem através da formulação de propostas de teor sexual*. Importunação que, atendendo ao bem jurídico protegido, só existirá em certas situações, como, por exemplo, quando o conteúdo da proposta e/ou o contexto em que é formulada implicarem um perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual ofensivo da liberdade de autodeterminação sexual de outrem.

O que não sucede na hipótese em análise. A conduta de Adérito pode ser enquadrada no circuito normal de interacção entre pessoas, já que a vida social faz-se também de abordagens a pessoas desconhecidas. Este tipo de contactos pode ser feito de um modo que justifica a intervenção penal, mas não parece ser esse o caso presente, uma vez que não se verificam circunstâncias que indiciem o contrário – como seriam, por exemplo, a reiteração ou insistência de Adérito (que aqui ainda não ocorrera), o tom utilizado (que poderia denunciar um tratamento da vítima como objecto à disposição do deleite do agente), sinais de ameaça em caso de recusa (também não referidos nesta fase) ou quaisquer outras circunstâncias que permitissem inferir um ambiente de insegurança para Bianca.

Em suma, uma vez que a sua conduta não é suficientemente agressiva, intrusiva ou intimidatória para constituir um assédio sexual de que a vítima deva estar protegida, Adérito não deveria ser punido.

2. Tendo o facto sido praticado no dia 2 de Setembro de 2016 – de acordo com o critério do artigo 3.º do CP, segundo o qual releva o momento da conduta –, seria em princípio aplicável a lei vigente nessa data, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CP. Adérito seria punido com a aplicação de pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Após o momento da prática do facto, porém, entra em vigor um novo diploma, que torna o comportamento uma contra-ordenação.

Deixando o facto de ser punido como crime, nunca poderá ser aplicada a Adérito a pena cominada na lei em vigor no dia 2, visto que a disposição respectiva já não está em vigor na data do julgamento, aplicando-se os artigos 29.º, n.º 4, da CRP, e 2.º, n.º 2, do CP. Resta saber se Adérito poderá ser punido com a coima introduzida com a nova lei.

Uma vez que, de acordo com o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, a punição das contra-ordenações se determina pela lei em vigor no momento da prática do facto, é proibida, por princípio, a aplicação retroactiva da norma contra-ordenacional. Em virtude disto, alguma doutrina nega a possibilidade de aplicação da coima num caso como o presente, pelo que Adérito deveria ser absolvido.

Outros autores concordam no essencial com o acabado de expor, ressalvando, todavia, a eventualidade de o legislador prever expressamente um regime transitório de punição para casos deste tipo – seja na lei que introduz a alteração no caso concreto, seja no próprio Regime Geral das contra-ordenações. Na falta desse regime transitório, a solução seria de novo a de absolvição. Esta posição é também assumida com frequência pela jurisprudência.

Pode ainda defender-se, todavia, que o cumprimento das exigências do princípio da legalidade deve ser verificado com referência ao carácter punitivo das sanções em comparação, sem que seja conferida relevância decisiva ao carácter administrativo ou penal das normas respectivas. Assim, pode dizer-se que a aplicação retroactiva da norma contra-ordenacional não coloca em causa os princípios que explicam a proibição da retroactividade penal e contra-ordenacional desfavorável. Com efeito, constituindo o facto um crime na altura em que o agente o praticou, não se descortina naquela aplicação retroactiva qualquer violação dos princípios da segurança jurídica ou da culpa, visto que a retroactividade implica apenas, no caso presente, a imposição de uma sanção menos gravosa do que a cominada em momento anterior. Também os princípios da necessidade e da igualdade – que fundamentam a retroactividade penal e contra-ordenacional favorável – se mostram respeitados por esta solução, dado que é aplicada uma sanção que o legislador tem como necessária no momento do julgamento, e a impunidade de Adérito seria difícil de explicar por comparação com os agentes julgados antes de dia 20 e os que praticaram o mesmo facto depois desta data – além de que é a única solução que o legislador nunca pretendeu ver aplicada. Em conclusão, a concordar-se com esta posição, Gustavo seria punido nos termos da lei nova, aplicando-se a coima.

3.

a) No que respeita à punição por coacção sexual, coloca-se a alternativa de punir Adérito por um ou sete crimes em concurso efectivo.

Pode aventar-se a solução da punição por vários crimes com base no facto de que Adérito repete diversas vezes carícias que, isoladamente consideradas, poderiam constituir crime de coacção sexual. Contra isto deve afirmar-se, contudo, que tendo esses gestos ocorrido no espaço de breves segundos e incidido sobre a mesma vítima, a conduta revela um sentido lesivo uno. Com efeito, pode dizer-se que a criminalização de actos isolados de coacção sexual não prejudica a noção de que esses actos podem aparecer – como sucede efectivamente com grande frequência – repetidos diversas vezes na mesma ocasião e lugar, sem que por isso fique prejudicada a unidade típica da conduta, e podendo, de todo o modo, ser levada em linha de conta a pluralidade de carícias na análise da ilicitude da conduta e consequente determinação da medida concreta da pena.

A coacção sexual aparece também como um momento prévio tipicamente acompanhante da violação. O ataque perpetrado pelo violador envolve, pelo menos na esmagadora maioria dos casos, a sujeição da vítima a carícias em zonas íntimas, sendo estas muitas vezes, de resto, instrumentais da violação. Ora, deve ter-se em conta que o juízo de punição do crime de violação inclui já uma valoração destes actos normalmente nela implicados.

Em suma, sob pena de violação da proibição de dupla valoração do mesmo conteúdo de ilícito (decorrente do artigo 29.º, n.º 5, da CRP), Adérito deveria ser punido por um crime de violação, devendo atender-se, no momento da determinação da medida concreta da pena, aos actos que, isolados, constituiriam coacção sexual.

b) A fundamentação transcrita pode ser enquadrada numa certa lógica de prevenção geral positiva e negativa. É claro o propósito de utilizar a condenação, por um lado, como veículo para afirmar perante a comunidade a vigência da norma violada e a necessidade de a cumprir, bem como, por outro, como meio de conformação do tipo de comportamentos e atitudes em questão, podendo mesmo descortinar-se a prossecução de um efeito intimidatório.

Este tipo de fundamentação, sobretudo quando viciada por uma racionalidade excludente de outras considerações, como no caso presente, não é aceitável, visto que instrumentaliza o indivíduo a uma psicologia das multidões e é tributária de um direito penal simbólico. Neste sentido, ela parece incompatível com um entendimento da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) que lhe associe a proibição de instrumentalização do agente com o fim exclusivo de enviar mensagens ideológicas a públicos-alvo.

Tendo em conta o exposto, a sentença parece também não se basear em quaisquer critérios de censura referidos à gravidade da conduta do agente. Deste modo, ela não respeita o princípio da culpa – que proíbe que a pena seja fixada além da medida da culpa –, decorrente dos artigos 1.º e 27.º da CRP.

Por último, também não se descortina qualquer preocupação com a possibilidade ou necessidade de reintegração do agente na sociedade. A omissão de critérios de prevenção especial positiva permite afirmar a violação do artigo 40.º, n.º 1, parte final, do CP.

4. Sendo referido no enunciado que o facto foi praticado em Barcelona, o critério da territorialidade (artigo 4.º do CP) não permite atribuir competência aos tribunais portugueses. Deste modo, tal atribuição de competência só poderia ser feita com base em algum dos critérios complementares do artigo 5.º

Visto que nenhuma das alíneas anteriores é aplicável ao caso, só pela alínea *e)* do artigo 5.º, n.º 1, poderíamos afirmar a competência dos tribunais portugueses. Ora, verificando os requisitos de aplicação desta disposição, começamos por confirmar que Adérito se encontra em Portugal e que o facto é também punível em Espanha. Resta saber se seria decidida a não entrega em execução do mandado de detenção europeu emitido pela autoridade judiciária espanhola, o que terá de ser considerado atendendo à Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto (Mandado de Detenção Europeu – MDE).

Dado que o facto é punido em Portugal e em Espanha, e a entrega é pedida para efeitos de cumprimento de pena não inferior a 4 meses, o requisito da dupla incriminação está satisfeito, cumprindo-se o disposto no artigo 2.º, n.ºs 1 e 3. Não se verifica, por outro lado, nenhuma das causas de recusa obrigatórias previstas no artigo 11.º O facto de Adérito ser português e residir em Portugal, porém, constitui uma causa de recusa facultativa, prevista no artigo 12.º, n.º 1, alínea *g)*, importando aqui mais uma vez notar que a entrega é pedida para efeitos de cumprimento de pena.

A favor da decisão de entrega, poderia realçar-se que o facto foi praticado em Espanha, pelo que é lá que as necessidades de prevenção geral se farão verdadeiramente sentir, além de que a vítima é espanhola. Contra isto deve salientar-se, todavia, que não só Adérito é português como reside habitualmente em Portugal e nada se diz sobre qualquer ligação vivencial com Espanha. Deste modo, no que respeita às finalidades de prevenção especial, parece preferível a opção de recusar a entrega, pois a ressocialização do agente, à partida, poderá ser conseguida com maior sucesso mantendo-o em Portugal – podendo ser importante também, na averiguação destes factores, levar em linha de conta o que o próprio Adérito dissesse sobre o assunto.

Confirmando-se a recusa, os tribunais portugueses seriam competentes por aplicação do artigo 5.º, n.º 1, al. *e)*, do CP. Já tendo sido julgado em Espanha, Adérito não poderia ser submetido a novo julgamento em Portugal, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*. Assim, embora a aplicabilidade da lei portuguesa não fique prejudicada (por aplicação do

artigo 6.º, n.º 1, parte final), deve entender-se que os tribunais portugueses se limitarão a confirmar a pena de 8 meses que Adérito tem por cumprir – até porque ela foi determinada segundo a lei espanhola, que não apenas é a lei do lugar da prática do facto como é também mais favorável que a portuguesa, atendendo à medida da pena (artigo 6.º, n.º 2).