



## **Direito Penal I**

3.º Ano – Noite

*Regência:* Professora Doutora Helena Morão

*Colaboração:* Mestres António Brito Neves e Catarina Abegão Alves e Dr. Tiago Geraldo

*Prova escrita* – 11 de Janeiro de 2017

*Duração:* 90 minutos

### **Tópicos de Correção**

1 – A disposição em análise consagra a criminalização da violação de uma regra de atendimento prioritário de certas pessoas no âmbito do atendimento presencial ao público. Sancionando-se tal comportamento 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.

O propósito que orientou o legislador terá sido o de garantir que pessoas com deficiência ou algum tipo de incapacidade ou dificuldade resultantes de uma situação de especial vulnerabilidade possam usufruir dos seus direitos em condições de igualdade com os restantes cidadãos e cidadãs. Precisamente em virtude das dificuldades particulares que registam, justifica-se a garantia de condições especiais para o exercício dos seus direitos.

O princípio da igualdade e a conseqüente proibição de discriminação estão consagrados no artigo 13.º da CRP. Todavia, não parece que a ofensa a este princípio implicada na conduta criminalizada assumam uma gravidade que justifique a sua penalização. Mesmo que essa dimensão possa eventualmente ser reconhecida em alguns casos – como, por exemplo, nos casos de atendimento em estabelecimentos de saúde –, a norma resulta demasiado abrangente no seu âmbito de aplicação, cominando a aplicação de uma pena em situações – como a do enunciado – sem a dimensão lesiva que o possa justificar. Por estas razões, não se mostrando adequada a, na medida do estritamente necessário, proteger um bem jurídico com dignidade penal – visto que atinge condutas sem dignidade punitiva –, a norma em causa é inconstitucional.

Mesmo admitindo que a norma se mostra adequada nos termos referidos, sempre se poderia dizer que o legislador dispõe de outros meios que provavelmente garantiriam já, com o mesmo grau de eficácia, o fim pretendido. Assim, deveriam ser privilegiadas alternativas como, por exemplo, a punição com coima.

Por fim, em função do que foi referido, o princípio da proibição do excesso, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, mostra-se também violado na vertente da proporcionalidade, uma vez que, como se referiu, tendo em conta a pouca gravidade da ofensa ao valor constitucional protegido, a sanção cominada mostra-se desproporcional face ao fim de protecção visado.

2 – A questão coloca o problema de saber se a norma deve ser interpretada no sentido de se punir o comportamento de Gustavo, por ter negado o atendimento prioritário a Penélope, ou se tal interpretação se deve considerar proibida.

Pode considerar-se Penélope uma mulher grávida para efeitos da alínea c) do artigo 3.º transcrito e, em virtude disso, merecedora de prioridade no atendimento? Ou tal posição contraria a proibição de analogia desfavorável ao arguido consagrada no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP)?

Numa perspectiva metodológica mais tradicional, o sentido possível das palavras é entendido como um limite prévio à interpretação. Nesta medida, alguns autores defendem que as possibilidades

semânticas que o texto oferece funcionarão como barreira intransponível à tarefa posterior de interpretação propriamente dita. Ora, o sentido rigoroso do termo "grávida" não comporta as situações de gravidez psicológica, ou pseudociese, como a de Penélope, visto que a mulher grávida encontra-se em período de gestação, podendo até o termo "grávida" adquirir um significado figurativo de "carregado" ou "cheio", o que não corresponde à situação de Penélope. Nesta perspectiva, a punição de Gustavo com base neste critério normativo só poderia ser feita através de uma aplicação analógica proibida do mesmo.

Poderá entender-se, porém, na linha da Professora Fernanda Palma, que o sentido possível das palavras não deve ser obtido atendendo às mesmas isoladamente, mas situando-as no conjunto do texto legal. Tendo em conta a inserção da referência à gravidez entre diversas situações de incapacidade ou maior vulnerabilidade, poderá defender-se que aquela referência abrange, por igualdade de razão, situações como a de Penélope, na medida em que se pretende garantir condições especiais a pessoas debilitadas em função da gravidez que apresentam; pelo que a gravidez, para este efeito, deverá ser verificada não apenas atendendo à gestação propriamente dita, mas também, ou sobretudo, aos sintomas debilitantes da mesma. Assim, admitindo-se que Penélope realmente se encontra debilitada em função dos sintomas que apresenta, poderá defender-se que não apenas a situação em análise corresponde ao sentido possível das palavras como a solução punitiva para este caso concretiza a intencionalidade normativa do critério legal.

Estas mesmas razões levariam, por maioria de razão, a propor a solução de punição todos aqueles que, como Castanheira Neves, defendam que o sentido do texto normativo é sempre um sentido jurídico, a fixar através da própria interpretação. Ora, pelos motivos invocados, pode afirmar-se que este caso coloca precisamente o problema para o qual o critério normativo está pensado – atendendo tanto aos interesses e valores que se quer proteger, como ao tipo de vítima e ao tipo de comportamento infractor –, pelo que a solução punitiva seria igualmente defensável nesta perspectiva.

3 – Tendo o facto sido praticado no dia 2 de Janeiro de 2017 – de acordo com o critério do artigo 3.º do CP –, seria em princípio aplicável a Lei que entrou em vigor no dia anterior, visto ser a Lei em vigor no dia 2, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CP. Assim, Gustavo seria punido com a aplicação de multa.

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 Gustavo a pena cominada na Lei de 1 de Janeiro, 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 Gustavo poderá ser punido com a coima introduzida com a alteração de 10 de Janeiro.

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 Gustavo deveria ser absolvido.

Outros autores concordam no essencial com o acabado de expor, ressaltando, 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.

Pode ainda defender-se, como faz Helena Morão, 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, visto que é aplicada uma sanção que o legislador tem como necessária no momento do julgamento, e a impunidade de Gustavo seria difícil de explicar por comparação com os agentes julgados antes de dia 10 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.

**4** – Admitindo que o proferimento das palavras transcritas constitui normalmente crime de injúria, Fernando deveria, à partida, ser punido por este delito, visto que mesmo admitindo que elas foram proferidas no exercício das funções, tal não obsta, em princípio, à responsabilização penal dos titulares de cargos políticos, como resulta do artigo 117.º, n.º 1, da CRP.

Dispõe o artigo 157.º, n.º 1, da CRP, no entanto, que os deputados não respondem criminalmente pelas opiniões emitidas no exercício das suas funções. A aplicar-se esta regra de irresponsabilidade ao comportamento de Fernando, este não seria punido por crime de injúria.

A regra da irresponsabilidade explica-se sobretudo pelo propósito de salvaguardar a independência do Parlamento, garantindo que os deputados poderão exercer as suas funções exprimindo-se livres de quaisquer coacções ou ameaças com represálias, incluindo o recurso aos meios penais como forma de intimidação. Em função disso, a regra da irresponsabilidade deverá abranger os actos implicados no exercício da função de deputado. Quando as declarações proferidas assumam, porém, um tom marcadamente pessoal, deixando de constituir uma participação normal no debate político para assumirem um carácter ofensivo desligado de qualquer orientação funcional e desprovido de propósito argumentativo, como é o caso, não se pode considerá-las como prestadas "no exercício das funções" para este efeito, ainda que tenham tido lugar em sessão parlamentar.

Em conclusão, Fernando poderia ser punido por crime de injúria.

**5** – Aceitando que Fernando seria punido por crime de injúria, coloca-se a alternativa de o punir por um crime ou por vários em concurso efectivo.

A hipótese da pluralidade de crimes de injúria em concurso efectivo pode ser explorada por duas vias.

Em primeiro lugar, pode aventar-se a solução da punição por vários crimes com base no facto de que Fernando utiliza diversas expressões que, isoladamente consideradas, poderiam constituir crime de injúria. Contra isto deve afirmar-se, contudo, que tendo essas expressões surgido no contexto do mesmo discurso, a conduta revela um sentido lesivo uno. Com efeito, pode dizer-se que a criminalização de actos isolados de injúria 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 insultos na análise da ilicitude da conduta e consequente determinação da medida concreta da pena.

Em segundo lugar, a pluralidade de vítimas pode também indiciar a pluralidade de injúrias. Ora, é costume entender-se que este factor, tratando-se de crimes contra bens eminentemente pessoais, é decisivo na averiguação da existência de uma pluralidade de crimes. A injúria é um crime contra a honra, que é um bem eminentemente pessoal. A tutela de bens com este carácter faz-se na pessoa de cada vítima, perdendo sentido a ideia de protecção do bem como valor abstracto desligado dos seus titulares. Assim, pode concluir-se que há pelo menos tantas injúrias quantas as vítimas das mesmas, cujo número não é especificado no enunciado. A punição pelas injúrias em concurso efectivo far-se-á nos termos do artigo 77.º do CP.

**6** – Sendo Espanha um Estado-Membro da União Europeia, a questão de saber como deve ser decidido o pedido de entrega de Penélope deve ser analisada à luz da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

A difamação constitui crime em Portugal e a entrega de Penélope é requerida para efeitos de cumprimento de pena de prisão superior a 4 meses. Estão assim cumpridos os requisitos do artigo 2.º, n.ºs 1 e 3.

Penélope tem nacionalidade portuguesa e o pedido foi feito para efeitos de cumprimento de pena: estão verificados os pressupostos da causa de recusa facultativa prevista no artigo 12.º, n.º 1, al. g).

Uma vez que a recusa não é obrigatória, deve ser ponderada a decisão de entrega.

A favor da decisão de entrega, pode realçar-se que o facto foi praticado em Espanha, pelo que é lá que as necessidades de prevenção geral se farão verdadeiramente sentir. O enunciado não esclarece se Penélope reside habitualmente em Portugal, o que pode, no entanto, ser avançado como hipótese a partir do facto de que ela esteve em Espanha apenas a passar férias. Penélope tem, no entanto, também nacionalidade espanhola, pelo que se pode presumir uma possível ligação vivencial com este país. Este factor pode ser decisivo para perceber se há vantagens, no que respeita às finalidades de prevenção especial positiva que a pena (também) deve cumprir, na entrega da agente.

Admitindo, pelo contrário, que ela residia em território português e não tinha qualquer ligação efectiva com Espanha além da nacionalidade, a ressocialização da agente seria provavelmente prosseguida com mais eficácia em Portugal, podendo ser importante também, na averiguação destes factores, levar em linha de conta o que própria Penélope dissesse sobre o assunto.