

DIREITO PENAL I . ÉPOCA ESPECIAL DE FINALISTAS
3.º Ano – Dia Turmas A e B

Coordenação e Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma
Colaboração: Prof.ª Doutoradas Teresa Quintela de Brito e Inês Ferreira Leite, Mestres
João Matos Viana, Sónia Moreira Reis e António Brito Neves

7.09.2017 / Duração: 120 minutos

Num país asiático, o legislador aprovou uma lei que descriminalizava a violência doméstica, sempre que as agressões físicas ou psíquicas em causa fossem ocasionais e não afetassem de forma grave e irreversível a integridade física e psíquica da vítima, nem conduzissem à sua morte.

António, nacional português, em viagem nesse país asiático com a sua esposa **Berta**, portuguesa, discutiu com esta e agrediu-a com um estalo. Imediatamente, **Berta** terminou a relação e pediu ao hotel em que estavam hospedados um quarto separado, o que lhe foi concedido. Inconformado e despeitado com a decisão da mulher, **António** enviou a **Berta**, nessa noite e na noite seguinte (em que Berta permaneceu no seu quarto à espera de voo antecipado para Portugal), 932 mensagens de texto (*sms's*), simplesmente com a frase “*não penses que isto termina aqui*”.

Na última noite antes de regressar a Portugal, cada vez mais revoltado com a situação, **António** embriagou-se, criou uma alteração no Hotel e partiu uma garrafa de vinho, que se encontrava em exposição na garrafeira do restaurante, na cabeça de um hóspede, **James**.

No voo de regresso a Portugal, em avião comercial da TAP, **António**, ainda alterado, entrou em discussão com a hospedeira, começando aos pontapés ao banco. O comandante ordenou a António que parasse, tendo este desobedecido, continuando a pontapear o banco do avião.

O país asiático pede a extradição de **António** por todos os crimes que este cometeu, aquando do incidente com **James**.

A garrafa de vinho que António partiu era um *Monte Velho Reserva*, no valor de 30€, e **James** ficou com um golpe na cabeça e uma enorme mancha visível e não removível no seu fato *Desmond Merrion* de 50.000 dólares.

Responda fundamentadamente às seguintes perguntas:

1. Se uma lei idêntica à que foi aprovada no Estado asiático fosse aprovada em Portugal, a propósito da violência doméstica, como avaliaria a respetiva constitucionalidade (3,5 v.)?

A questão está relacionada, em geral, com a temática do conceito material de crime e, em especial, com a temática da eventual existência de obrigações constitucionais implícitas de criminalização.

Ou seja, pergunta-se se existem limites constitucionais (materiais) à atividade legislativa de criminalização e descriminalização de um comportamento (neste caso, aquilo que estava em causa era um lei descriminalizadora) ou se, pelo contrário, tal atividade legislativa depende apenas das maiorias que, em cada momento, se formem na Assembleia da República.

Os dois grandes critérios (e simultaneamente limites) da atividade legiferante do Estado em matéria penal são os seguintes: por um lado, o princípio da dignidade penal, que determina que o Estado só deva proteger penalmente os bens jurídico-penais, ou seja, aqueles interesses que sejam essenciais para a existência e pleno desenvolvimento do indivíduo e/ou da comunidade. Por outro lado, o princípio da necessidade penal, que determina que o Estado apenas possa fazer intervir o direito penal quando não existirem meios de tutela alternativos menos gravosos.

Perguntava-se aqui se o Estado poderia descriminalizar, naqueles casos, a violência doméstica.

A questão não pode ser respondida no plano abstrato pois, nesse plano, é entendimento da maioria da doutrina que não existem obrigações constitucionais implícitas de criminalizar, desde logo, porque o requisito da necessidade deve ser visto, em cada caso, e em cada momento, pelo legislador ordinário.

Descendo para o plano concreto, parece que estão verificados os requisitos da dignidade e necessidade penal: existe um bem essencial para o desenvolvimento pleno do indivíduo (a sua integridade física e moral) e não parece haver meio alternativo menos gravoso que tutele esse interesse.

Nessa medida, no caso concreto, uma lei desta natureza poderia ser considerada inconstitucional por implicar uma desproteção ilegítima de um bem jurídico constitucionalmente consagrado que não encontra tutela adequada nos outros meios jurídicos disponibilizados pelo direito.

Desproteção que, além do mais, seria contrária ao princípio da igualdade (tratamento igual de situações substancialmente idênticas) na medida em que apenas operaria no contexto da violência doméstica, i.e., de um relacionamento afectivo-existencial entre agente e vítima, pois, fora deste

contexto, a integridade física e moral das pessoas continuaria a ser tutelada nos termos gerais. Ora, porque a especial proximidade afectiva-existencial entre agente e vítima até agrava o conteúdo de ilicitude e de culpa das ofensas (físicas ou psíquicas) simples em contexto de violência doméstica, tal descriminalização seria ainda violadora do princípio da proporcionalidade.

Além disso, passaria implicitamente uma mensagem de admissão/normalização da violência física e psíquica (desde que sem consequências graves ou mortais) dentro do casal. O que se traduziria numa ofensa à dignidade humana das pessoas envolvidas num relacionamento conjugal ou afim.

2. Os Tribunais portugueses são competentes para julgar **António** pelo estalo dado a **Berta** (3 v.)?

Neste caso, o facto foi praticado fora do território português (artigo 7.º do Código Penal, adiante CP). Por regra, Portugal tem competência para aplicar a lei penal a factos praticados no seu território (artigo 4.º do CP).

Excepcionalmente, Portugal tem competência internacional, podendo julgar factos praticados no estrangeiro (artigo 5.º do CP).

Neste caso concreto, pelo menos literalmente, o facto em causa cabe no artigo 5.º alínea b), do CP.

Contudo, o Prof. Taipa de Carvalho entende que tal alínea tem uma cláusula implícita de fraude à lei, pelo que apenas se aplica quando o agente se desloca propositadamente ao estrangeiro para praticar o crime. Adotando essa perspetiva, a alínea b) não se aplicaria, não estando também verificado o inciso ii) da alínea e) do artigo 5.º do CP. Portugal não poderia julgar o caso.

Outros autores recusam tal cláusula implícita de fraude à lei entendendo que o fundamento da norma em causa é a fidelidade do agente ao ordenamento jurídico a que pertence, pelo que se poderia aplicar ao caso concreto o artigo 5.º, alínea b), do CP. Nesse caso, Portugal poderia julgar o facto de acordo com a lei portuguesa, e não de acordo com a lei estrangeira mais favorável, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, do CP.

3. De acordo com os princípios que orientam a interpretação em direito penal, avalie se o comportamento de **António**, ao enviar as 932 *sms*'s, preencheu o crime previsto no artigo 190.º, n.º 2, do CP (3,5 v.).

Neste caso, discute-se se o comportamento do agente pode integrar o conceito de “telefonar” constante do artigo 190.º, n.º 2, do CP. Enviar *sms*'s pode ser integrada na expressão telefonar?

Tal questão convoca os critérios e os limites da interpretação em direito penal.

Na medida em que vigora o princípio da legalidade em direito penal, na sua vertente de lei estrita, o qual determina que o crime apenas pode ser criado pelo poder legislativo (Assembleia da República ou Governo com autorização), o poder judicial não tem poder criativo no que diz respeito à definição do crime. Tal circunstância implica necessariamente a proibição da analogia incriminadora.

Tendo em conta esta conclusão, o limite inultrapassável da interpretação em direito penal consiste no sentido possível e previsível que as palavras utilizadas pelo legislador, devidamente contextualizadas no seu texto legal, podem assumir numa comunicação entre intervenientes razoavelmente diligentes.

Não quer dizer que todos os sentidos que não ultrapassem esse limite sejam interpretações permitidas. Respeitando o referido limite, depois, é necessário encontrar o sentido do ilícito (o sentido do proibido), de acordo com critérios teleológicos, sistemáticos e até históricos, sendo certo que é esse sentido do ilícito que corresponde à interpretação válida.

Neste caso concreto, admitia-se respostas alternativas, desde que devidamente fundamentadas.

A jurisprudência entende que, na medida em que o envio de *sms*'s atualmente corresponde a uma função típica e inerente ao próprio telefone (telemóvel), o sentido da palavra telefonar já inclui, de forma previsível, o envio de mensagens. Respeitado esse limite, a mesma jurisprudência entende que o envio das mensagens corresponde ao sentido do proibido por, teleologicamente, corresponder àquela finalidade legalmente censurada de perturbar a privacidade e o sossego alheio.

Admite-se no entanto interpretações mais conservadoras (desde que devidamente fundamentadas) no sentido de explicar que o sentido da palavra telefonar, ainda que hoje os telefones contenham outras funcionalidades, continua a ser o de realizar chamadas de voz, pelo que o comportamento não estaria legalmente previsto.

4. Quantos crimes praticou **António** quando partiu a garrafa na cabeça de **James**? Portugal deve julgar **António** por esses crimes ou entregá-lo ao Estado estrangeiro (4 v.)?

António partiu uma garrafa de vinho de €30 na cabeça de James, provocando-lhe um ferimento e sujando-lhe irreversivelmente o fato de €50.000.

Em tese, poderíamos ter aqui três crimes: crime de ofensa à integridade física, crime de dano por destruição da garrafa e crime de dano por destruição do fato.

Esta questão convoca o regime do concurso de normas e de crimes, o qual está subordinado ao princípio *ne bis in idem*, que determina que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo crime (artigo 29.º, n.º 5 da Constituição).

Neste caso, estão excluídas quaisquer relações de especialidade ou subsidiariedade.

Resta portanto saber se estamos perante um concurso efetivo de crimes ou se, pelo contrário, estamos perante um concurso aparente de crimes (aquilo a que a doutrina clássica designa por consunção).

Para esclarecer esta questão é necessário utilizar um critério valorativo que identifique quantos sentidos autónomos de ilicitude existem no comportamento do agente e quantos sentidos de ilicitude dependentes e subordinados aí existem. Apenas os primeiros podem ser autonomamente punidos.

Neste caso concreto, é manifesto que o ferimento na cabeça de James traduz um sentido de ilicitude que tem força própria e que não depende de nenhum outro, pelo que pode ser punido autonomamente.

Quanto à destruição da garrafa parece ser um meio exclusivamente instrumental para provocar o referido ferimento, não assumindo força própria, até porque o valor da garrafa era reduzido. Parece que se trata de um crime consumido.

Já a destruição do fato, pelo valor elevado que apresenta, parece assumir valorativamente um sentido autónomo de ilicitude, também autonomamente punível, embora aqui também se admita outras respostas devidamente fundamentadas.

Portugal poderia julgar estes crimes, pelo artigo 5.º, alínea e), do CP: o corpo e os incisos i) e ii) estão manifestamente preenchidos. O inciso iii) também está preenchido porque, sendo o cidadão português, Portugal não podia extraditar para o país asiático (artigo 32.º, n.ºs 1/b) e 2, da Lei 144/99)

5. Pelos factos praticados dentro da aeronave da TAP, **António** é entretanto condenado em Portugal, por sentença transitada em julgado, no dia 21.08.2017, pelo crime de desobediência em aeronave civil, previsto no artigo 4.º, n.º 3, do DL 254/2003, numa pena de 1 ano de prisão efetiva¹. Quando já se encontra a cumprir pena há três meses, a referida disposição legal é alterada pela Lei x/2017, de 05.09.2017, que passa a prever, para o crime em causa, **uma medida abstrata de prisão de 1 ano**. Acresce no entanto a previsão de uma sanção acessória de inibição até 1 ano de viajar em aeronaves civis. *Quid juris?* (4 v.).

Neste caso, verifica-se a entrada em vigor, em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, de uma lei concretamente mais favorável ao agente (artigo 2.º, n.º 4, CP)

Essa lei mais favorável aplica-se retroativamente ao agente, não obstante o prévio trânsito em julgado, devido aos princípios da necessidade da pena e da igualdade.

Contudo, na medida em que a pena já cumprida não preenche a medida da pena abstratamente prevista na nova lei, não é possível aplicar a parte final do artigo 2.º, n.º 4, do CP.

Nessa medida, o recluso deverá requerer a reabertura da audiência de julgamento, de acordo com o artigo 371-A, do Código de Processo Penal, para efeitos de aplicação da lei posterior mais favorável.

Suscita-se ainda a questão de saber se a sanção acessória, nessa audiência reaberta, pode ser aplicada.

De acordo com a teoria da aplicação diferenciada da lei, sendo uma medida desfavorável posterior ao facto não pode ser aplicada. Segundo a teoria da aplicação unitária da lei, tal medida pode ser aplicada.

Ponderação global: 2 v. - correcção da escrita, clareza das ideias, sistematização das respostas e capacidade de síntese. **Nota:** as respostas ilegíveis por causa da caligrafia não serão avaliadas.

¹ “Quem, a bordo de aeronave civil em voo comercial, desobedecer a ordem ou instrução legítima destinada a garantir a segurança, a boa ordem e a disciplina a bordo, dada pelo comandante da aeronave ou qualquer membro da tripulação em seu nome, é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”.