



Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professor Doutor Augusto Silva Dias

Colaboração: Professor Doutor Rui Soares Pereira, Mestre António Brito Neves e Drs. Tiago Geraldo e Mafalda Moura Melim

Época Normal – 15 de Janeiro de 2018

Duração: 90 minutos

Grelha de correcção

1. Numa concepção metodológica mais tradicional, o sentido possível das palavras é entendido como limite da interpretação permitida em Direito Penal. Neste sentido, alguns autores defendem que as possibilidades semânticas oferecidas pelo texto funcionarão como barreira intransponível ao labor da interpretação, sob pena de violação da proibição de analogia consagrada no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP). Importa aqui particularmente o segmento da disposição em causa que refere a importunação à prática perante o importunado de "actos de carácter exibicionista".

Atendendo à mera polissemia abstracta das palavras, é possível enquadrar o caso presente no texto da disposição referida. Com efeito, Bianca "exibe" perante Alberto o seu peito, mostrando nua uma parte do corpo por norma associada (mesmo que não exclusivamente) à sexualidade. Ainda neste plano, pode-se afirmar que Alberto se sentiu "importunado", dada a perturbação sentida, que inclusive o levou a abandonar a praia. O significado das palavras não pode ser encontrado, todavia, sem atender ao uso social quotidiano que delas é feito. Se pensarmos no modo como o termo "exibicionismo" é utilizado nos diversos jogos de linguagem em que é utilizado, ele não tem correspondência no caso presente. A expressão parece mais adequada para casos em que a nudez seja utilizada como meio de avanço na interacção com outra pessoa, impondo-se assim um contacto de natureza sexual (ou, pelo menos, uma ameaça do mesmo). Não é o que ocorre nesta situação.

Mesmo optando por uma perspectiva metodológica que prescindia da delimitação por referência ao sentido possível das palavras como momento prévio à interpretação, a resposta final seria a mesma, pelas razões seguintes.

Sancionando-se os comportamentos referidos no artigo 170.º do CP 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 –, e que a parcela em análise, no plano abstracto, se mostra adequada desse ponto de vista, sempre é necessária a confirmação de que o comportamento concreto se mostra ofensivo para o bem jurídico, mostrando-se por isso merecedor de pena.

O juízo de ofensividade não pode resumir-se a uma resposta positiva à questão sobre se o bem jurídico foi afectado. As circunstâncias concretas dessa afectação e a medida da mesma devem ser tidas em conta. Ora, no caso presente, há várias coordenadas que apontam no sentido de rejeitar a decisão de punir o comportamento de Bianca.

Em primeiro lugar, o acto de exhibir o peito nu, em particular quando praticado na praia, não é, por norma, proibido – constituindo, pelo contrário, uma prática com alguma normalidade. Corresponde a uma forma de exercício socialmente aceitável da liberdade da pessoa. Na praia, de resto, é aceite

sem surpresa quando praticado.

Em segundo lugar, a atitude de Bianca não se mostra de nenhum modo dirigida a Alberto. O facto de ter ocorrido muito perto dele é puramente fortuito, como se comprova nos momentos posteriores (Bianca não procurou interagir directamente com Alberto). Assim, resulta forçada a leitura de um significado sexual no seu comportamento, ou de uma ameaça séria à liberdade sexual de outrem.

Sendo verdade que Alberto se viu obrigado a condicionar a sua liberdade em função dos actos de Bianca, atendendo ao que acabou de se dizer, parece que esse condicionamento se deveu mais à sua extrema sensibilidade do que propriamente a uma interferência imprópria de Bianca na sua esfera de liberdade.

Por último, mesmo admitindo que a exibição do peito nu feminino é mais facilmente (ou frequentemente) associável a um significado sexual do que o masculino, o princípio da igualdade sempre obrigaria a descortinar na atitude da agente algum tipo de indício de que há efectivamente um propósito sexual no gesto. Como se viu, não é o caso.

Em suma, independentemente da perspectiva metodológica adoptada, deve concluir-se que Bianca não deveria ser punida. Atendendo aos motivos invocados, não é sequer decisivo discutir, por exemplo, se a infracção em discussão constitui um crime de perigo ou de dano.

2. A questão coloca um problema de concurso – perguntando-se em que termos deve ser punido Alberto, atendendo aos crimes identificados. A resposta deve ser obtida tomando por referência, por um lado, o propósito de garantir que a valoração de toda a ilicitude é reflectida na solução final, e, por outro, a proibição de valorar mais que uma vez o mesmo conteúdo de ilícito, atendendo ao disposto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição.

Não parece haver dúvida de que, pelo menos num plano abstracto e considerando isoladamente cada um dos tipos de crime em análise, Alberto poderia ser punido por todos, já que os seus actos realizaram o comportamento típico previsto nas várias disposições indicadas. A única questão a colocar neste ponto prende-se com o tipo de ofensa à integridade física, já que Alberto deu dois estalos a Bianca e bastaria um só para haver ofensa. Não obstante, todos os critérios convocáveis parecem apontar no sentido de que há apenas uma ofensa à integridade física, não duas: os estalos foram dados no mesmo lugar e praticamente no mesmo momento, há só uma resolução por parte de Alberto, apenas uma vítima atingida – e, portanto, apenas um bem jurídico lesado –, e, por fim, um sequência de dois estalos deste género parece constituir um exemplo de pluralidade de actos inserível na normalidade social pressuposta no quadro fáctico para o qual o tipo está pensado – podendo falar-se, assim, face a esta unidade social normativa, numa unidade típica de acção. O mesmo raciocínio e a mesma conclusão valem para os dois actos sexuais a que Alberto constrangeu Bianca (coito oral e cópula): ainda que cada um deles, autonomamente, seja por si só apto a preencher o tipo de crime de violação, o facto de serem praticados no mesmo contexto temporal e espacial, e contra a mesma vítima, para além de valer também aqui o referido quanto à unidade social normativa, leva a reconduzi-los a uma mesma unidade típica de acção. Resta agora discutir se Alberto será efectivamente punido por todos os crimes referidos em concurso efectivo ou se, pelo contrário, há alguma ou algumas relações de concurso aparente que contrariem tal resposta.

Podemos, desde já, afastar a punição por ameaça e coacção na sua forma simples, uma vez que, verificando-se os pressupostos da agravação (pois Bianca foi ameaçada de morte e o homicídio, previsto no artigo 131.º, é punido com pena de prisão superior a três), há uma relação de especialidade entre as formas agravada e simples.

Embora a ameaça tenha sido praticada (na sua forma agravada), ela constituiu um meio para realizar a coacção. Meio tipicamente previsto no artigo 154.º, n.º 1 (como "ameaça com mal importante"), como modo possível, mas não único, de realização do crime de coacção agravada, pelo que há uma relação de subsidiariedade que leva a concluir pelo afastamento da punição do crime de ameaça.

Também uma relação de subsidiariedade se verifica entre as normas de punição dos crimes de coacção e de coacção sexual, levando ao afastamento da punição por aquela. Com efeito, a coacção (prevista no artigo 154.º) constitui um modo possível – também tipicamente previsto (no artigo

163.º, n.º 1) e utilizado neste caso – de realização da coacção sexual. Pelo ataque grave à liberdade sexual que esta envolve, ela reveste-se de uma maior gravidade que a coacção, reflectida na diferença entre as molduras penais.

Em relação à previsão típica do crime de coacção sexual, no tipo de crime de violação encontramos uma identificação mais específica dos actos sexuais que a vítima é obrigada a sofrer ou praticar, seleccionando-se alguns em relação aos quais a ofensa ao bem jurídico é mais grave e a pena respectiva, por esse motivo, também. Não se podendo repetir a punição por um só ataque à liberdade sexual de Bianca, a aplicação da norma que pune o crime de violação implica, neste caso, o afastamento da norma que pune o crime de coacção sexual, por aquela se tratar de norma especial face a esta última.

Por fim, verifica-se uma relação de subsidiariedade entre as normas que punem a ofensa à integridade física e a violação, já que a ofensa foi praticada apenas para forçar a vítima à prática de actos sexuais, estando este meio previsto tipicamente (no artigo 164.º, n.º 1) como forma possível, mas não exclusiva, de realização da violação. Assim, a punição por este crime implica, neste caso, o afastamento da norma que pune aquele. Desde que devidamente fundamentadas, são igualmente admitidas respostas no sentido do afastamento do crime de ofensa à integridade física por consunção no crime de violação, dada a relação de conexão instrumental entre as ofensas corporais e a subsequente execução de actos sexuais por Alberto.

Em suma, Alberto seria punido apenas pela prática de um crime de violação. Deveria, de todo o modo, o juiz levar em conta todos os actos referidos na determinação concreta da medida da pena.

3. Em princípio, deve ser aplicada a lei penal em vigor no momento da prática do facto, dado o disposto nos artigos 29.º, n.ºs 1, 3 e 4 (primeira parte), da CRP, e 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, do CP, respeitando-se assim os princípios da segurança jurídica e da culpa. No caso presente, atendendo ao critério do artigo 3.º, o *tempus delicti* pode ser situado no dia 2 de Outubro de 2017, já que foi nesse dia que se deu a acção de Alberto. Pelo que se aplicaria a lei penal na versão anterior à modificação referida no enunciado.

Em momento posterior ao da prática do facto, entra em vigor uma alteração à lei. Esta alteração introduz um elemento típico novo, pois passa a prever-se também a manifestação prévia de oposição por parte da vítima como condição de verificação do tipo. Esta condição está verificada no caso, visto que Bianca manifestou previamente oposição – tendo-o feito, inclusive, de dois modos distintos (debatendo-se e gritando "não!"). Constituindo esta circunstância um elemento especificador (pois o dissentimento já era condição de aplicação do tipo, especificando-se agora que ele tem de ser manifestado), não só o comportamento de Alberto constitui crime à luz de ambas as versões da lei, como a punição pela lei nova, tendo em conta o referido, não envolve valoração retroactiva do comportamento, proibida nos termos das normas e princípios referidos.

Note-se também que o novo elemento é de verificação alternativa, pelo que a alteração tem por efeito o alargamento do tipo, acrescentando-lhe hipóteses de realização sem eliminar quaisquer das anteriores. Significa isto que a solução seria a mesma, ainda que o elemento acrescentado fosse referido como especializador, pois mesmo sem referência a ele o comportamento de Alberto continua a realizar o tipo na versão da lei nova. Assim sendo, não há razões para deixar de punir Alberto.

Por fim, há que considerar a alteração da moldura da pena. Uma vez que os limites estatuídos na nova versão da lei são inferiores aos da versão anterior, deve aplicar-se retroactivamente aquele regime, nos termos dos artigos 29.º, n.º 4 (parte final), da CRP, e 2.º, n.º 4 (primeira parte), do CP, em conformidade com os princípios da igualdade e da necessidade da pena.

Em suma, Alberto deveria ser julgado e punido nos termos da lei nova.

4. Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do CP, o facto considera-se praticado em Portugal, visto que foi aqui que Alberto actuou. Assim, de acordo com o critério previsto no artigo 4.º, al. a), os tribunais portugueses teriam competência e aplicariam a lei penal portuguesa.

Antes de ser confirmada esta solução, no entanto, há que apreciar o pedido vindo de Espanha.

Tratando-se de um Estado-membro da União Europeia, a decisão sobre a entrega de Alberto deve ser tomada à luz do regime do mandado de detenção europeu, que consta da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

Sendo o crime de violação – previsto na al. *ee*) do artigo 2.º, n.º 2, do referido diploma – punido em Espanha com pena superior a 3 anos de prisão, é dispensada a verificação do requisito de dupla incriminação – que, de todo o modo, estaria cumprido, visto que o facto também é crime em Portugal: artigo 2.º, n.º 3.

Tendo o facto sido praticado em território português, verificam-se os pressupostos da causa de recusa facultativa prevista no artigo 12.º, n.º 1, al. *h*), inciso i). Assim, devem ser ponderados os dados do caso concreto para chegar à decisão final.

Tanto o agente como a vítima são espanhóis, o que constitui uma boa razão para admitir a entrega, tendo em conta o princípio da nacionalidade – tanto na sua vertente activa como passiva (respeitando-se, respectivamente, o interesse do Estado espanhol em julgar os seus nacionais, por um lado, e em proteger os bens jurídicos de que os seus nacionais são titulares, por outro). Para além disso, a lógica subjacente ao regime do mandado de detenção europeu é a da cooperação na entrega de pessoas procuradas, pelo que, na falta de razões fortes para contrariar este princípio de acção, a decisão de entrega deve ser preferida.

Podem ser apontados, todavia, alguns motivos para rejeitar o pedido. Uma vez que o facto foi praticado exclusivamente em Portugal, as razões que explicam o critério da territorialidade (para atribuição de competência) valem aqui como forte argumento contra a entrega: o exercício do poder punitivo do Estado português sobre o território nacional, o facto de aqui se fazerem sentir com mais intensidade as necessidades de prevenção, ou a maior facilidade em reunir material probatório que haverá, à partida, se o processo se desenrolar neste país. Além disso, embora Alberto seja espanhol, é-nos dito que reside há várias décadas em Portugal. Ora, podemos presumir que é aqui que tem a sua vida definitivamente instalada, pelo que a sua ressocialização será prosseguida com maior sucesso, em teoria, sendo a pena cumprida em Portugal. Na ponderação deste factor, deveria também atender-se ao que o próprio agente tivesse a dizer.

Em conclusão, parece haver boas razões para rejeitar o pedido de entrega, ou, em alternativa, para condicionar a entrega à devolução do agente para aqui cumprir a pena a que seja condenado em Espanha, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, al. *b*).