

Abel e **Bárbara** casaram em 1980. No final de 2014, **Bárbara** decidiu colocar fim ao casamento e, a 22 de fevereiro de 2015, abandonou definitivamente o lar conjugal.

Abel não aceitou a separação e, desde então, passou a contactar telefonicamente **Bárbara**, a horas diversas, perturbando quer o seu desempenho profissional, quer o seu descanso. Como esta ignorava as suas chamadas, passou a deslocar-se ao restaurante em que **Bárbara** era empregada de mesa, para conversar com a mesma. **Bárbara** rejeitou sempre o contacto com **Abel**, o que o motivou a passar a entregar quase diariamente à segurança-porteira do restaurante cartas e sacas de papel com embrulhos dentro. Desde o final do ano de 2015, **Abel** passou também a deslocar-se, com frequência, à nova residência de **Bárbara**, ora aguardando a sua chegada, quer à porta da entrada do prédio, quer à porta da garagem, ora, então, rondando-a, para controlar a sua rotina diária. Mesmo quando foi obrigado a passar dois meses no estrangeiro em trabalho, enviou cerca de cento e cinquenta cartas para a residência de **Bárbara** e outro tanto para o restaurante.

Abel acabou por ser condenado como autor material de um crime de perseguição, p. e p. pelo art.154.º-A, nº 1 do CP, na pena efetiva de 2 anos de prisão, cujo cumprimento iniciou no dia 1 de junho de 2017.

Responda, fundamentadamente, às seguintes questões:

1. Poderia Abel ser punido pela prática do crime de violência doméstica, p. e p. pelo art.152º, nºs 1, al. a), 2 e 4 do Código Penal?
2. A 1 de janeiro de 2018 entra em vigor a Lei X/2018, a qual altera o art. 154.º-A do CP, que passa a ter a seguinte redação:

«1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

(...) 3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 8 meses a 2 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição. (...)».

A nova lei pode ser aplicada a Abel?

3. Independentemente da resposta à questão anterior, imagine que, a 1 de Março de 2017, entra em vigor a Lei Y/2017, a qual altera o art. 154.º-A do CP, que passa a ter a seguinte redação:

«1. Quem, por mais de sete meses, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 10 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. (...)».

A nova lei pode ser aplicada a Abel?

Na resposta, pondere também a conformidade desta lei à Constituição.

4. Em razão do envio das cartas por Abel para Bárbara, o Estado para o qual aquele havia viajado em trabalho vem requerer a entrega do mesmo para que seja julgado pela prática do crime de perseguição, punido naquele país com pena até 1 ano. De acordo com as regras de aplicação de lei no espaço e de cooperação judiciária internacional, o que deve fazer Portugal, no caso de:

a) O Estado X ser a Alemanha;

b) O Estado X ser o Japão.

5. Considere a fundamentação apresentada pelo tribunal na graduação da pena aplicada a Abel pelo crime de perseguição:

“O arguido formou a sua personalidade num contexto familiar disfuncional, em que o pai foi sempre uma figura ausente e desvinculada das suas responsabilidades parentais e a mãe, pelo quadro de doença mental que a afetava, colocou os filhos perante situações de maus tratos físicos e psicológicos. Manteve-se isolado, no período que se seguiu à separação conjugal, não estabelecendo qualquer interação com os vizinhos; mais recentemente, já é visto no exterior da habitação, ocupando-se com o arranjo e manutenção do jardim da casa e começa a comunicar ajustadamente com os mais próximos, quando o abordam; no entanto, o arguido menciona um vasto leque de pessoas conhecidas, que considera terem um papel social de relevo para fundamentar a estima que merece por parte de pessoas socialmente reconhecidas. O arguido demonstra através do seu discurso estar preso a um passado no qual reunia as condições que sabe serem ajustadas a um padrão de vida estável e socialmente reconhecido, não transportando para o presente a necessidade de reorganizar o seu estilo de vida. Ainda assim, o alarme social que motivou a introdução do crime de perseguição no Código Penal justifica a pena efetiva de 2 anos de prisão”.

Respeitou o tribunal o artigo 40.º do Código Penal?

E, na mesma hipótese, o tribunal poderia invocar alguma análise criminológica?

1. Poderia Abel ser punido pela prática do crime de violência doméstica, p. e p. pelo art.152º, nºs 1, al. a), 2 e 4 do Código Penal?

Interpretação em Direito Penal:

O problema da interpretação e da proibição da analogia desfavorável em direito penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP) decorre do princípio da legalidade, em particular da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea c), da Constituição). O intérprete deve actuar condicionado pela definição do crime realizada pela Assembleia da República (ou pelo Governo, com autorização legislativa), não podendo redefinir os critérios do ilícito estabelecidos pelo legislador (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP e do artigo 1.º do CP).

A maioria da doutrina define como limite da interpretação o *sentido possível e previsível das palavras do texto da lei*, o qual se opera atendendo ao sentido comunicacional perceptível do texto. Respeitado este limite, ter-se-á, depois, que analisar o caso na perspectiva do *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.

No caso concreto, coloca-se a questão de saber se a actuação de Abel pode ser enquadrada, de acordo com o sentido possível e previsível das palavras, na conduta de «(...) infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais». Parece que a limitação imposta pelo legislador com a noção de «maus tratos» veda aquela interpretação.

Adicionalmente, refira-se que se pretende proteger, com o crime em causa, a saúde (física/psíquica/mental), compreendendo os maus tratos psíquicos, designadamente, as humilhações, provocações, ameaças, ou curtas privações de liberdade de movimentos. Sendo embora extensa a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o bem jurídico aqui tutelado, podem identifica-se a integridade pessoal (art. 25.º CRP) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRP), ligados à defesa da dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões, em particular no âmbito de uma determinada relação interpessoal. O crime de violência doméstica exige que o comportamento assuma uma dimensão manifestamente ofensiva da dignidade pessoal da vítima. A delimitação dos casos de violência doméstica daqueles em que a acção apenas preenche a previsão de outros tipos de crime deve fazer-se com recurso ao conceito de «maus tratos», sejam eles físicos ou psíquicos. Há «maus tratos» quando, em face do comportamento demonstrado, for possível formular o juízo de que o agente manifestou desprezo, desejo de humilhar, ou especial desconsideração pela vítima. A conduta de António não assume esta dimensão, enquadrando-se “apenas” numa actuação violadora da liberdade pessoal, mas não atingindo esta ofensividade da integridade pessoal.

Não se coloca, neste caso, a hipótese de uma solução diferente no caso de adopção de orientações como a de Castanheira Neves, que rejeita o limite do sentido possível das palavras.

2. A 1 de janeiro de 2018 entra em vigor a Lei X/2018, a qual altera o art. 154.º-A do CP, que passa a ter a seguinte redação:

«1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

(...) 3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 8 meses a 2 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição. (...)».

A nova lei pode ser aplicada a Abel?

A questão enquadra-se na problemática da aplicação da lei penal no tempo (artigos 29.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, e 2.º, n.ºs 1, 2 e 4 do CP).

Regra geral, a lei aplicável ao crime é a lei vigente no momento da prática do facto – arts. 29.º, n.º 1 da CRP e 2.º, n.º 1, do CP. A lei penal vigente no momento da prática do facto – determinado de acordo com o critério unilateral da conduta (art. 3.º CP) – a qual foi aplicada no caso, previa uma «pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal» e a possibilidade de aplicação de penas acessórias «de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição».

Já durante o cumprimento da pena (Abel está preso há cerca de 6 meses), entra em vigor a Lei X/2018, a qual, mantendo embora idêntica tipicidade, vem prever uma pena principal menos grave: a pena máxima passa de 3 a 2 anos de prisão. Assim sendo, verifica-se a entrada em vigor, em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, de uma lei concretamente mais favorável ao agente (arts. 29º/4 CRP e 2.º, n.º 4, CP), a qual deve ser aplicada retroactivamente, apesar do já existente trânsito em julgado, por força dos princípios da necessidade e da igualdade.

Aplicar-se-á, neste caso, o art. 371.º-A do CPP, devendo Abel requerer a reabertura da audiência de julgamento para efeitos de aplicação da lei posterior mais favorável.

Não é aplicável a parte final do art. 2.º/4 CP, uma vez que a pena já cumprida não preenche a medida da pena abstractamente prevista na nova lei.

No que respeita à alteração da sanção acessória realizada pela Lei X/2018, e uma vez que o caso não refere a sua aplicação aquando da condenação, exige-se apenas que o Aluno considere as diferenças consoante à possibilidade da sua aplicação, consoante a adopção da teoria da aplicação diferenciada da lei ou da teoria da aplicação unitária da lei.

3. Independentemente da resposta à questão anterior, imagine que, a 1 de Março de 2017, entra em vigor a Lei Y/2017, a qual altera o art. 154.º-A do CP, que passa a ter a seguinte redação:

«1. Quem, por mais de sete meses, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 10 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. (...)».

A nova lei pode ser aplicada a Abel?

Na resposta, pondere também a conformidade desta lei à Constituição.

A primeira questão enquadra-se na problemática da aplicação da lei penal no tempo (artigos 29.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, e 2.º, n.ºs 1, 2 e 4 do CP).

A lei nova introduz um novo elemento ao tipo em causa, exigindo que a perseguição dure *por mais de sete meses* – reduz o âmbito típico da previsão da norma. Altera também a moldura penal do crime, passando a pena máxima a ser de 10 anos de prisão (por oposição aos 3 anos previstos na LA).

Coloca-se então a questão de saber se a LN opera uma descriminalização ou se estamos perante uma verdadeira sucessão de leis penais no tempo.

A conduta de Abel seria apenas crime à luz da LA, uma vez que, embora tenha perseguido Bárbara por mais de dois anos, o período entre a vigência da LN e o julgamento (o caso parece indicar que Abel terá perseguido Bárbara até esta altura) não chega a sete meses. Outra solução pressuporia que se tivesse em conta todo o período em que Abel perseguiu Bárbara antes da vigência da LN, o que implicaria uma violação do princípio da culpa, pois estaríamos a ficcionar um dolo do agente em relação a um elemento típico que não existia no momento da prática do facto.

Relativamente à questão da conformidade da lei à Constituição, coloca-se a questão de saber se, à luz dos princípios que conformam o conceito material de crime, era admissível a nova conformação do crime feita pelo legislador.

Embora não se verifiquem problemas no que se refere à questão da existência de um bem jurídico com dignidade penal, uma vez que o crime em causa tutela a liberdade de determinação, poderão colocar-se algumas reservas no que respeita ao princípio da necessidade (art. 18.º/2 CRP), dada a nova moldura legal, que admite como máxima uma pena tão severa como é a de 10 anos de prisão: é violada a vertente da proporcionalidade, uma vez que, tendo embora gravidade a ofensa do bem jurídico, a sanção cominada é excessiva.

4. Em razão do envio das cartas por Abel para Bárbara, o Estado para o qual aquele havia viajado em trabalho vem requerer a entrega do mesmo para que seja julgado pela prática do crime de perseguição, punido naquele país com pena até 1 ano. De acordo com as regras de aplicação de lei no espaço e de cooperação judiciária internacional, o que deve fazer Portugal, no caso de:

a) O Estado X ser a Alemanha

Segundo o artigo 7.º do CP, o lugar da prática do facto tanto se verifica no local onde o agente total ou parcialmente actuou, como naquele em que se verificou o resultado (critério da ubiquidade, misto ou plurilateral alternativo). O crime de perseguição consagrado no art. 154.º-A do CP é um crime de mera actividade (basta-se, para a sua consumação, com a realização de condutas reiteradas de assédio ou perseguição adequadas, nas circunstâncias concretas, a provocar medo ou inquietação ou a prejudicar a liberdade de determinação da vítima). Assim sendo, deve considerar-se como lugar da prática do facto, relativamente às cartas enviadas por Abel a Bárbara do estrangeiro, a Alemanha.

Por conseguinte, está excluída a competência portuguesa pelo princípio da territorialidade (art. 4.º CP).

Portugal era, no entanto, competente, por força do princípio da nacionalidade vertido no art. 5.º/1 b) do CP, uma vez que estará em causa a fidelidade do agente ao ordenamento jurídico a que pertence.

Diferentemente, uma orientação na linha do Professor Taipa de Carvalho defenderia a não aplicação da al. b), uma vez que não estamos perante uma situação de fraude à lei, a qual aquele Autor entende ser fundamento e cláusula implícita desta alínea. De acordo com este entendimento, a alínea b) não se aplicaria, sendo de analisar a verificação dos requisitos da al. e): neste caso, poderia apenas estar em causa a verificação do requisito presente no inciso iii), dependendo este da análise *infra* realizada a propósito da cooperação internacional.

Além das diferenças quanto aos fundamentos subjacentes, esta divergência resultaria, neste caso, não só ao nível dos requisitos de aplicação explanados, mas também em termos de consequências, uma vez que, de acordo com a primeira posição, seria sempre aplicável a lei portuguesa (art. 6.º/3 CP), enquanto a adopção da segunda orientação poderia resultar, caso se aplicasse a al. e) e tivesse Portugal competência, uma restrição à aplicação da lei portuguesa, por força do art. 6.º/2 CP, uma vez que a lei estrangeira era aparentemente mais favorável.

No que diz respeito ao pedido de entrega de Abel para que seja julgado naquele país, refira-se, em primeiro lugar, que, sendo a Alemanha um Estado-Membro da União Europeia, deve a resposta à questão passar pela análise da Lei n.º 65/2003, relativa ao Mandado de Detenção Europeu (MDE). O crime em causa seria punido na Alemanha com pena de prisão até 1 ano (art. 2.º/1 da mesma Lei), estando preenchido o requisito da dupla incriminação (art. 2.º/3).

Ainda assim, Portugal sempre poderia condicionar a entrega, uma vez que Abel é português e residente habitualmente em Portugal (art. 13º/1 b) Lei n.º 65/2003).

b) O Estado X ser o Japão.

Caso o Estado X fosse o Japão, estava excluída a aplicação do MDE, pelo que seria necessário recorrer à Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n.º 144/99), na qual se encontra requisitos menos flexíveis quer quanto à dupla incriminação, quer quanto à nacionalidade.

No que respeita à dupla incriminação (art. 31.º/2 daquela Lei), estava verificada.

Relativamente à nacionalidade (art. 33.º/3 CRP), Abel poderia ser extraditado, desde que cumpridas as exigências do art. 32.º/3 e 4 da Lei 144/99.

5. Considere a fundamentação apresentada pelo tribunal na graduação da pena aplicada a Abel pelo crime de perseguição:

“O arguido formou a sua personalidade num contexto familiar disfuncional, em que o pai foi sempre uma figura ausente e desvinculada das suas responsabilidades parentais e a mãe, pelo quadro de doença mental que a afectava, colocou os filhos perante situações de maus tratos físicos e psicológicos. Manteve-se isolado, no período que se seguiu à separação conjugal, não estabelecendo qualquer interacção com os vizinhos; mais recentemente, já é visto no exterior da habitação, ocupando-se com o arranjo e manutenção do jardim da casa e começa a comunicar ajustadamente com os mais próximos, quando o abordam; no entanto, o arguido menciona um vasto leque de pessoas conhecidas, que considera terem um papel social de relevo para fundamentar a estima que merece por parte de pessoas socialmente reconhecidas. O arguido demonstra através do seu discurso estar preso a um passado no qual reunia as condições que sabe serem ajustadas a um padrão de vida estável e socialmente reconhecido, não transportando para o presente a necessidade de reorganizar o seu estilo de vida. Ainda assim, o alarme social que motivou a introdução do crime de perseguição no Código Penal justifica a pena efectiva de 2 anos de prisão”.

Respeitou o tribunal o artigo 40.º do Código Penal?

E, na mesma hipótese, o tribunal poderia invocar alguma análise criminológica?

Discussão dos fins das penas, em particular da prevenção especial positiva e a prevenção geral, a qual prevaleceu na decisão do tribunal.

Reflexão sobre as teorias criminológicas centradas na formação da personalidade e na sociologia, dado o contexto em que o agente cresceu. Especial atenção quanto às teorias da falta de autocontrolo, que associam o crime à impulsividade e à incapacidade de diferir a gratificação (GOTTFRIDSON/HIRSCHI) e da associação diferencial (SUTHERLAND).