

Bela Adormecida

No dia 5 de janeiro de 2019, pela 1 da manhã, **AMARO**, português, de 20 anos, constrangeu a sua recente namorada, **BELA**, luso-marroquina de 19 anos, a manter com ele relações sexuais, enquanto esta se encontrava semi-inconsciente no sofá da casa de **AMARO**, aproveitando que esta tinha ingerido uma quantidade elevada de álcool. Nesse mesmo dia, tendo-se apercebido do sucedido, **BELA** apresentou queixa-crime contra **AMARO**.

No dia 10 de janeiro de 2019 entrou em vigor uma alteração ao art. 164.º do Código Penal nos seguintes termos: «**Artigo 164.º [...] 1 – Quem constranger outra pessoa: a) [...]; b) [...]; é punido com pena de prisão de dois a oito anos. 2 - Se as condutas previstas no número anterior forem praticadas por meio de violência ou ameaça grave a pena é de prisão de três a quinze anos.**». A nova lei acrescentou também uma circunstância agravante nas seguintes situações: «**Artigo 177.º [...] 1 - As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 165.º, 167.º, 168.º, 170.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima: a) [...]; b) For cônjuge ou ex-cônjuge ou pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha, ou tenha mantido, uma relação de namoro ou uma relação análoga às dos cônjuges, ainda que sem coabitação**». Por fim, a nova lei alterou ainda o disposto no art. 178.º: «**Artigo 178.º [...] 1 - O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou for exercida, após a prática do crime e por qualquer meio, coação sobre a vítima**».

No dia 15 de janeiro, **CARLOS**, português, irmão de **AMARO**, tendo tomado conhecimento da queixa de **BELA**, envia-lhe 3 mensagens SMS e um email com o seguinte teor (mais ou menos repetido): «*Vaca, porca! Keres lixar o manu com as tuas mentiras. Pára já com esquemas ou vais ver!*». **CARLOS** é imigrante em França, onde reside habitualmente há 2 anos, e onde se encontrava aquando do envio das mensagens. Em França, a injúria não constitui crime.

Tendo em conta os factos descritos, responda, fundamentadamente, às seguintes questões:

1. Ponderando o disposto nos arts. 164.º e 165.º do Código Penal, e as alterações de 10 de janeiro, por que crime deveria ser punido, e à luz do que lei, **AMARO**? (4 v.)
 - No que respeita ao momento da prática do facto, seguindo-se o critério unilateral da conduta (art. 3.º CP), localiza-se o dia 5 de janeiro de 2019, pela 1 da manhã;
 - «**AMARO** (20 anos) constrangeu a sua recente namorada, **BELA** (19 anos), a manter com ele relações sexuais, enquanto esta se encontrava semi-inconsciente no sofá da casa de **AMARO**, aproveitando que esta tinha ingerido uma quantidade elevada de álcool»
 - Praticou Amaro o crime de violação (art. 164.º/2 CP), isto é, *constrangeu* Bela «*por meio não compreendido no número anterior*», pois não se indica a prática de atos de violência física (coação física, uma vez que se aproveitou do estado de semi-inconsciência da namorada), nem qualquer ameaça grave, nem foi o próprio que colocou a namorada numa situação de semi-inconsciência. Uma vez que também não é referida qualquer manifestação de vontade de B, e que o enunciado indica um “aproveitamento da situação de semi-inconsciência”, está preenchida a exigência de “constrangimento” do n.º 2 do art. 164.º, já que esta deve entender-se estar preenchida sempre que os atos sexuais forem praticados na ausência de vontade da vítima, sendo esta ausência de vontade (ou dissentimento expresso) superados por outros meios que não os referidos no n.º 1.

- A lei nova prevê uma pena mais elevada para este crime (que passou, entretanto, para o n.º 1), de 2-8 anos, pelo que, por via dos arts. 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP, deverá aplicar-se a lei vigente no momento da prática do facto, que prevê uma pena de 1-6 anos.
- Porém, Amaro praticou também o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º CP), que não sofreu qualquer alteração. Amaro praticou relações sexuais (por *relações sexuais* pode interpretar-se a prática de *cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos*) com Bela; encontrando-se semi-inconsciente devido ao consumo de uma elevada quantidade de álcool, estava *incapaz de opor resistência*, tendo-se aproveitado desta situação.
- Uma vez que o art. 165.º é lei especial face ao n.º 2 do art. 164.º, oferecendo um juízo de maior ilicitude e gravidade aos casos em que existe aproveitamento de situação de semi-inconsciência, deve prevalecer a aplicação do art. 165.º - e apenas do art. 165.º, havendo concurso aparente – e sendo A punido nestes termos, com pena de 6 meses a 8 anos, de acordo com a lei vigente no momento da prática do facto.
- A agravação prevista no art. 177.º CP, de acordo com a lei nova, em função de uma relação de namoro, não é aplicável pelas razões já enunciadas, em virtude da proibição de retroatividade (arts. 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP).

2. Poderia BELA desistir da queixa a 16 de janeiro? (3 v.)

- A queixa foi apresentada dia 5 de janeiro, e face à LA, o procedimento criminal dependia de queixa (art. 178.º CP). A queixa apresentada dentro do prazo (art. 113.º/1 e art. 115.º/1 *a contrario* CP), pelo que, a esta luz, Bela poderia desistir da queixa (art. 116.º/2 CP);
- A LN estabelece mais uma exceção à natureza semi-pública dos crimes de violação, caracterizando-os como de natureza pública caso se demonstre ter havido alguma espécie de coação sobre a vítima, ainda que esta tenha ocorrido após a prática do crime.
- Efetivamente, foi exercida coação sobre a vítima, por parte de C. A norma não distingue entre os casos em que a coação é exercida pelo agente do crime ou por terceiro no interesse deste. Pelo que deveria ser analisada a interpretação permitida à luz do sentido possível das palavras quanto à possibilidade de integrar a conduta de C na nova disposição do art. 178.º. A interpretação segundo a qual se poderia incluir a conduta de C nesta nova norma, não sendo a única possível, não se afigura contrária ao sentido possível das palavras, pois a legislador utiliza uma forma neutra do verbo “for exercida” (onde antes se refere a “praticados”, com respeito aos crimes fundamento). Por outro lado, se a *ratio* da norma é a proteção da vítima contra influências abusivas que a coajam a desistir da queixa, então a identidade de quem coage é tendencialmente irrelevante.
- Em qualquer caso, tratando-se de norma materialmente penal – pois, embora diga respeito a um pressuposto processual, exerce influência decisiva sobre a existência de responsabilidade penal do agente – desfavorável ao agente, fica sujeita aos arts. 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP, estando vedada qualquer aplicação retroativa.

3. Admitindo que CARLOS vinha a Portugal na Páscoa, poderia, à luz da lei portuguesa, ser detido e acusado da prática do crime de injúria (art. 181.º) contra BELA? (2 v.)

- Amaro dirigiu palavras ofensivas («*Vaca, porca*») a Bela, tendo praticado o crime de injúria. Nos termos do art. 7.º, o local da prática do facto é, também, Portugal. Consideração de que «o dano nunca é uma lesão

ideal do bem jurídico totalmente desligada de um certo evento contraponível e imputável à acção típica. (...) esse primeiro momento (ou esse momento mínimo) não afasta a conexão com a ordem jurídica portuguesa, quando apenas se relacione com ela a perduração do mesmo resultado. Será isso mesmo que aconteceria no caso da injúria» (cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípio e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação da lei no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 3.ª edição, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 185-186).

- Assim, a lei portuguesa é aplicável por força do princípio da territorialidade (art. 4.º a) CP).

4. **Independentemente da questão espacial, terá CARLOS praticado o crime de perseguição?** (3 v.)

- O crime de perseguição é um crime de mera actividade, de perigo abstracto-concreto para a liberdade de outrem, não se exigindo que Bela efectivamente sinta medo ou inquietação ou seja prejudicada na sua liberdade de determinação;
- Há uma questão de interpretação, para saber se o envio de várias mensagens e emails potencialmente ameaçadores, todos temporalmente localizados num só dia, pode constituir crime de perseguição.
- Referência ao 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), e explicitação dos critérios de interpretação (limite inultrapassável do sentido possível e previsível que as palavras utilizadas pelo legislador, devidamente contextualizadas no seu texto legal, podem assumir numa comunicação entre intervenientes razoavelmente diligentes; e sentido do ilícito de acordo com critérios teleológicos, sistemáticos e históricos, à luz do tipo social).
- Uma vez que o crime de perseguição exige reiteração e pressupõe um contexto de continuidade e permanência da perseguição (perturbação, contactos insistentes, constrangimento à liberdade, etc.) da vítima, não parece estar preenchido neste caso. Uma vez que se trata já de um crime de mera actividade, é duvidoso que se possa ponderar a tentativa.

5. **Independentemente da questão temporal, comente, à luz dos princípios constitucionais penais e das teorias criminológicas, a aplicabilidade a AMARO da nova circunstância agravante introduzida pela lei de 10/01.** (3 v.)

- Embora Amaro e Bela mantenham uma relação de namoro, o carácter recente do mesmo, a menor “seriedade” que caracteriza estas relações (em comparação, por exemplo, à circunstância agravante da *relação análoga à dos cônjuges*) e a gravidade da pena exigem a ponderação dos princípios constitucionais penais que norteiam a definição/aplicação dos crimes e das respectivas penas, bem como das teorias criminológicas, cuja análise fornece dados importantes sobre a explicação do crime e a relação de causalidade circular entre a definição e prática do mesmo e o seu impacto na sociedade;
- Esta agravação parece ser motivada por puras razões de prevenção geral negativa. Na verdade, é no contexto de relações de namoro e intimidade que mais ocorrem episódios de violação ou abuso sexual de adultos sem recurso à violência física intensa ou ameaças graves. Tal ocorre por força de uma herança histórica de acordo com a qual haveria um dever de consentimento no contexto de intimidade, sendo esperada uma disponibilidade sexual da mulher face ao homem, expectativa que, ainda hoje, é geradora de situações de violação conjugal e paraconjugal. Estes casos, sendo graves, censuráveis e ilícitos, não revestem, porém, do mesmo índice de gravidade da violação ocorrida em contextos de violência ou perante estranhos. O nível de energia criminosa e intencionalidade ilícita de um agente que invade a

intimidade de um/a estranho/a para, assim, o/a constranger a praticar atos sexuais de relevância é sensivelmente superior ao superior ao subjacente à violação (simples, sem violência, coação física, ameaças, colocação em estado de inconsciência) que ocorre na intimidade. Contudo, são também estas formas de violação as mais difíceis de prevenir e aquelas que, estima-se, possuem o maior número de cifras negras (ausência de denúncia ou queixa). Ao prever uma pena mais gravosa para crimes praticados em contexto de menor culpa ou ilicitude, o legislador assume a prevalência de objetivos de política-criminal sobre a adequação entre a pena e a gravidade do facto ou a culpa do agente (sobrevalorização de fins de prevenção geral).

- Referência aos fins das penas (art. 40.º CP) em conexão com a Constituição, em especial, ao confronto das teorias preventivo-gerais e os princípios de culpa e da necessidade da pena (arts. 1.º, 2.º, 18.º, n.º 2 e 27.º da CRP).
- Possível referência às teorias criminológicas relacionadas com a educação para o crime no contexto sociocultural (falha das instâncias primárias de controlo) bem como aos dados fornecidos vitimologia, em especial sobre o impacto das relações de namoro na sociedade actual.

6. Sabendo que Marrocos prevê, para o crime de violação de jovens mulheres não casadas, a pena de prisão perpétua, caso este país viesse a pedir a extradição de AMARO, qual seria, e com que fundamentação, a resposta de Portugal? (3 v.)

- Aplicando-se a LCJIMP, em consonância com a CRP, Portugal responderia negativamente ao pedido de extradição de Amaro, pelas razões seguintes:
- O pedido era realizado tendo em vista um crime para o qual está prevista, na lei do Estado requisitante (Marrocos), a pena de prisão perpétua:
 - A CRP apenas permite a extradição nestes casos quando estejam reunidos os seguintes pressupostos (art. 33.º/4 CRP):
 - se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado;
 - e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada;
 - A LCJIMP prevê, na linha da CRP, garantias (art. 6.º/1 f), 2 b), c), d) e 3) cuja não verificação impede a extradição e motiva a aplicação do mecanismo previsto no art. 32.º/5, *ex vi* art. 6.º/3;
 - Entende alguma doutrina que estas garantias devem ter carácter vinculativo «convencional no plano do Direito Internacional do Estado requisitante», não se bastando com meras garantias diplomáticas, exigindo-se uma vinculação jurídica internacional (cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípio e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação da lei no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 3.ª edição, Lisboa: AAFDL, 2018, p. 204);
- Mesmo que fossem cumpridas as exigências quanto à pena, restava ainda o problema de a extradição visar um cidadão português, uma vez que a extradição de nacionais está, em princípio, vedada (art. 33.º/3, 1.ª p., CRP e art. 32.º/2 LCJIMP) e a excepção (art. 33.º/3, 2.ª p., CRP e art. 32.º/2, 3 e 4 LCJIMP) a este princípio não se verificam no caso concreto, uma vez que não está, desde logo, em causa um caso de terrorismo ou criminalidade internacional organizada (art. 33.º/3, 2.ª p., CRP e art. 32.º/2 b) LCJIMP).