



Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Doutor Ricardo Tavares da Silva, Mestre António Brito Neves e

Dr. Tiago Geraldo

Exame de Recurso – 16 de fevereiro de 2023

Duração: 120 minutos

Discriminações

A, Deputada do Partido “X”, afirmou que **B**, Deputado do Partido “Y”, era racista, relativamente a certos imigrantes, após um discurso em que este último Deputado, num comício, afirmou que estes imigrantes eram maioritariamente criminosos.

C, membro do mesmo Partido “Y”, por seu lado, numa entrevista num país asiático a que se tinha deslocado, afirmou que os direitos das mulheres na Europa eram causa da decadência dos valores familiares e que deviam ser combatidos.

Questões:

- 1** – Comete a Deputada **A** o crime de difamação previsto no artigo 180.º do Código Penal, de acordo com os princípios da interpretação em Direito Penal? No caso afirmativo, pode ser levantada a imunidade parlamentar (responda a esta questão independentemente da resposta à primeira parte da pergunta)? **(4 vls.)**
- 2** – Pode, de acordo com os critérios legais e constitucionais relevantes, **B**, Deputado do Partido “Y”, ser considerado autor do crime previsto no artigo 240.º, n.º 2, do Código Penal? **(3 vls.)**
- 3** – Supondo que uma nova lei viria a incriminar os comportamentos de ódio contra as mulheres, **C** poderia ser punido pela nova lei, assumindo que a pena seria menos grave do que a atualmente prevista no artigo 240.º do Código Penal? **(3 vls.)**
- 4** – Poderia a norma imaginária considerada na pergunta anterior ser considerada inconstitucional por não contemplar o discurso de ódio contra os homens? E, se fosse declarada inconstitucional, poderia **C**, na hipótese de já ter sido condenado, não ser punido? **(3 vls.)**
- 5** – Se, no país em que **C** deu a entrevista, não existisse uma incriminação semelhante, poderia ser aplicada a lei penal portuguesa a **C**? **(2 vls.)**
- 6** – Em face do artigo 40.º do Código Penal, à luz das finalidades da punição, como é que justificaria uma eventual punição de **A**, **B** e **C**? **(3 vls.)**

Ponderação global: 2 v.

Tópicos de correção

1 –

A questão coloca, primeiro, um problema de interpretação da norma penal constante do artigo 180.º do CP, tendo de se identificar se a afirmação de **A** se reconduz à previsão daquela tendo em consideração os limites da interpretação permitida em Direito Penal, para lá da qual se entra no domínio da analogia proibida (artigos 1.º, n.º 3, do CP, e 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP). Mais especificamente, pretende-se saber se foi formulado, sobre **B**, um juízo ofensivo da sua honra ou consideração ao ser qualificado de racista. Ainda que, em função da essência da proibição contida no art. 180.º, possa ter sentido que a conduta de **A** seja incriminada, dada a sensibilidade social atual relativamente a situações de discriminação e tendo em conta a imagem social projetada pela afirmação de **A**, resta saber, ainda socorrendo-nos do critério avançado por MARIA FERNANDA PALMA, se é ultrapassado o limite do texto legal, isto é, se ‘qualificar como racista’ ainda é abrangido por algum dos sentidos possíveis da expressão ‘juízo ofensivo da honra ou consideração’ tal como esta é entendida na comunicação social comum. Como não é ultrapassado esse limite, **A** podia ser punido pela sua afirmação, sem qualquer violação da proibição de analogia em Direito Penal, respeitando-se o princípio da legalidade no seu corolário ‘lei estrita’. Para quem seguisse orientação diversa, não vindo no sentido possível das palavras um limite prévio à interpretação, a resposta seria semelhante, dada a correspondência material entre a intencionalidade do critério normativo e o problema apresentado pelo caso. Efetivamente, os pontos essenciais para aferir a pertinência da norma estão presentes.

Relativamente à imunidade parlamentar, o problema consiste em saber se **A** ainda pode beneficiar da imunidade conferida pelo art. 157.º, n.º 1, da CRP. Assumindo que não é necessário nem suficiente que a declaração seja proferida no Hemiciclo, resta saber se foi proferida no exercício das funções parlamentares e tendo em consideração a justificação das imunidades parlamentares. Considerando que a liberdade de proferir uma tal declaração ainda faz parte do núcleo necessário ao exercício da função de Deputado, integrando-se no debate ideológico e não constituindo, já, um juízo sobre a pessoa, não poderá ser levantada a imunidade parlamentar a **A**.

2 –

A questão coloca o problema de saber se afirmação de **B** é subsumível na previsão da norma penal constante do artigo 240.º, n.º 2, do CP, cabendo apurar se, com essa subsunção, são violados ou não princípios estruturantes do Direito Penal, nomeadamente, o princípio da legalidade, e se são ou não respeitados os critérios fornecidos pelos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 1.º, n.º 3, do CP. Supondo que a declaração de **A** foi pública, tendo-se dado por qualquer meio destinado a divulgação, resta saber se, em acréscimo, houve algum dos efeitos/significados/resultados da conduta previstos nas als. *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do referido preceito. Mais especificamente, está em causa a al. *b)*: há que saber se, com a sua afirmação, **B** difamou algum grupo de pessoas por causa da sua origem nacional, tendo em atenção o disposto no art. 180.º do CP. Olhando para este artigo, surgem dois obstáculos a considerá-lo aplicável sem violação da proibição de analogia em Direito Penal, e seguindo o critério do limite colocado pelo sentido possível comunicacional das palavras: refere-se, aí, uma só pessoa e não um grupo de pessoas como objeto da imputação; tem de haver imputação de um facto, não se referindo a qualificação genérica como autor de crimes. Como tal, **B** não praticou qualquer ação punível por força do art. 240.º, n.º 2.. Novamente, para quem considere que determinante é a correspondência entre a razão de ser da norma e o problema apresentado pelo caso, teria havido difamação por parte de **B** ao afirmar que certos imigrantes eram maioritariamente criminosos.

3 –

Em regra, deve aplicar-se a lei vigente no momento da prática do facto, como resulta dos artigos 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, primeira parte, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP. Neste caso, se a nova lei havia entrado em vigor depois de **C** dar a sua entrevista, a lei aplicável era a anterior.

Assumindo que, ao dizer que os direitos das mulheres deviam ser combatidos, C, se bem que promovendo a discriminação contra estas pessoas, não incitou concretamente ao ódio ou à violência, como exigido na al. d) do n.º 2 do artigo 240.º do CP, nem chegou a difamar para efeitos da al. b) do mesmo artigo (sobretudo atendendo ao cariz genérico das afirmações, e à necessária compatibilização do âmbito típico com a liberdade de expressão e de pensamento que deve ser reconhecida aos cidadãos em geral), o seu comportamento não era punível no momento em que foi praticado.

Nesta pressuposição, a nova lei, tipificando as manifestações de ódio contra as mulheres (independentemente do incitamento), representaria uma criminalização posterior da atuação. À luz das disposições acima referidas, ela não podia ser aplicada retroativamente, sob pena de violação dos princípios da segurança e da culpa.

Se a assunção (devidamente fundamentada) fosse antes a de que ao comportamento de C era aplicável a al. d) do n.º 2 do artigo 240.º, a sua atuação tanto era punível, em abstrato, à luz da lei em vigor no momento em que foi praticada como à luz da lei posterior. Nesta situação, a lei nova não continha tanto uma inovação típica nos critérios de punição como uma mudança na concepção do legislador sobre a necessidade de punir, passando a entender-se que para o específico conjunto de comportamentos em questão se devia cominar pena menos gravosa. Nesta linha, haveria uma verdadeira sucessão de leis penais, e, de acordo com os artigos 29.º, n.º 4, segunda parte, da CRP, e 2.º, n.º 4, do CP, C devia ser punido por aplicação retroativa da lei nova, por ser mais favorável, respeitando-se os princípios da igualdade e da necessidade da pena.

4 –

A primeira questão, ao situar-se na comparação entre o regime de proteção das mulheres e a ausência de tutela equivalente dos homens, convoca o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) como critério de análise.

Numa primeira leitura, não se justificando diferenças de tratamento meramente em atenção ao sexo ou ao género, a dissonância implicava inconstitucionalidade por violação do princípio referido. Ela podia explicar-se, contudo, se se demonstrasse um contexto problemático em que só os bens das mulheres se encontrassem em perigo, somente para elas se verificando carência de tutela penal (e o conseqüente respeito pelo princípio da necessidade da pena, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Se, nomeadamente, se mostrasse que declarações como a de C eram reflexo de uma tendência generalizada ou frequente para promover a aversão às mulheres, ou a sua discriminação, culpando-as por problemas sociais ou pela degradação de valores apontados como imprescindíveis, esse quadro podia indiciar o perigo de menorização das mulheres, de cortes nos seus direitos, e mesmo de incitamento à violência contra elas. Não se verificando perigo idêntico em relação aos homens, estaria justificada a desigualdade.

Admitindo que a norma fosse declarada inconstitucional com força obrigatória geral, ela não produzia efeitos desde a entrada em vigor, como disposto no artigo 282.º, n.º 1, da CRP. Assim, mesmo já tendo sido condenado, C não cumpriria pena. Caso a sentença houvesse transitado em julgado, a solução manter-se-ia, pois a ressalva do caso julgado prevista no n.º 3 da mesma disposição cede perante decisão do Tribunal Constitucional quando a norma respeite a matéria penal e seja de conteúdo menos favorável ao arguido (como é o caso, pressupondo que, à luz da norma reprimida, o comportamento de C não era punido).

Segundo vêm defendendo autores como MARIA FERNANDA PALMA, a decisão do Tribunal Constitucional é, nestes casos, obrigatória.

5 –

Está em causa um problema de aplicação da lei penal no espaço.

De acordo com o artigo 7.º, n.º 1, do CP, em que se consagra o critério da ubiquidade, o facto considera-se praticado quer no lugar em que a ação é realizada, quer no lugar em que o resultado se verifica.

Sendo a ação típica relevante (tomando aqui por referência seja o crime previsto no artigo 240.º, n.º 2, do CP, seja o referido na questão 3) correspondente à entrevista concedida por C durante a estada deste num país estrangeiro, o facto há-de considerar-se praticado, todo ele, nesse país estrangeiro, com a conseqüente exclusão da aplicação do critério da territorialidade previsto no artigo 4.º, al. a), do CP.

Assumido esse pressuposto, e considerando os critérios de validade espacial da lei penal portuguesa quanto a factos praticados fora do território nacional, só seria possível concluir pela aplicabilidade da lei penal portuguesa ao abrigo da al. *e*) do n.º 1 do artigo 5.º do CP, que exige, no seu segundo inciso, que o facto relevante constitua crime no lugar em que foi praticado. Não se verificando esse pressuposto, como é especificamente questionado, a referida alínea não seria aplicável.

Em sentido diferente, e assumindo-se que a entrevista, embora concedida num país estrangeiro, fora divulgada também em Portugal, poderia entender-se que o dano associado à conduta em causa se repercutiria também no território português, sendo esse dano elemento de conexão relevante com a ordem jurídica portuguesa. Assumido esse pressuposto, poder-se-ia considerar que Portugal seria competente para apreciar a conduta de **C** ao abrigo do artigo 4.º, al. *a*), do CP (pese embora deva ser colocada e enfrentada a questão de saber se, por via da “ampliação” do âmbito normativo do artigo 7.º, n.º 1, do CP, nele passando incluir, além da ação típica e do resultado, também o dano causado pelo crime, não se estará já a entrar no domínio, proibido [artigo 1.º, n.º 3, do CP], da analogia).

6 –

À luz das finalidades das penas constitucional e legalmente relevantes (artigo 40.º do CP), a punição de **A** não parece justificar-se, a nenhum título. A crítica feita por **A**, além de respaldada no exercício de um direito fundamental (a liberdade de expressão prevista no artigo 37.º da CRP), encontra no espaço de discussão pública e política uma (ainda maior) amplitude (como é jurisprudência constante do TEDH), não sendo reconhecível no comentário crítico de **A** sobre **B** — mais a mais objetivamente fundado — uma perceção comunitária consensual ou quase consensual de lesividade ou desvalor ético que reclame uma punição (não se trata, em suma, de uma conduta ofensiva para um bem jurídico-penal), circunstância que é determinante logo no quadro das exigências de prevenção geral e também no plano da retribuição da culpa como finalidade da pena (artigo 40.º, n.º 2, do CP): além de limite, a culpa é (sempre, por definição, até de um ponto de vista lógico) um pressuposto da pena, não estando esse pressuposto verificado nas situações, como a relativa à conduta de **A**, em que não é possível dirigir contra o agente um juízo de censura.

Quanto a **B** e a **C**, a situação é algo diferente, embora se possa começar por dar como assente que ambos, nas afirmações que proferem, o fazem a coberto da mesma liberdade de expressão que suporta e legitima a conduta de **A**.

No caso particular de **B**, porém, o exercício dessa liberdade pode considerar-se já abusivo, porque objetivamente discriminatório, em termos que concitam um juízo de reprovação ética que caracteriza a culpa em direito penal. Não havendo indicações no enunciado sobre as exigências de prevenção especial relativamente a **B**, é de assumir que elas não são elevadas, pelo que, sendo a pena legítima, de acordo com a orientação avançada por MARIA FERNANDA PALMA, a pena de culpa (mas apenas na medida em que seja) preventivamente necessária, a pena concreta haveria de situar-se no mais baixo dos limites para que apontasse um dos dois critérios referidos (culpa e prevenção especial positiva).

De acordo com uma outra orientação, que entende que as razões de prevenção geral, além da cominação legal da pena, também devem ser sopesadas no momento da sua determinação judicial em concreto (com os riscos sinalizados por MARIA FERNANDA PALMA quanto à possibilidade de se franquear espaço amplo para interpretações políticas da pena que só ao legislador compete fazer), haveria de reconhecer-se que a gravidade das afirmações feitas por **B**, até pelo seu possível efeito polarizador e de tensão social, intensificaria, no caso vertente, as exigências de prevenção geral, quer na vertente positiva (de reafirmação da validade e proteção dos bens jurídicos afetados pelo crime), quer na vertente negativa (de dissuasão geral de comportamentos idênticos por via da imposição da pena).

Valendo para o caso de **C** grande parte do que foi dito quanto a **B**, é de assinalar uma diferença, ainda assim, relevante: a afirmação de **C** tem por base uma visão programática e ideológica da história da civilização que é objetivamente (e também *prospectivamente*) discriminatória em razão do género, mas não é, em si mesma, difamatória das pessoas (as mulheres, no caso) que são abrangidas pela afirmação de **C**. É aliás duvidoso que possa dizer-se que a afirmação em causa é *dirigida* às mulheres ou que as tem como *visadas*; trata-se, ao invés, de uma afirmação geral de carácter político, tributária de uma certa conceção histórico-política, que pode ser

legitimamente contestada no campo da discussão pública e política sem que se justifique, à luz das finalidades da punição relevantes, convocar o Direito Penal, que é originariamente, mas também no momento da sua aplicação aos casos da vida, de *ultima ratio* (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).