



Direito Penal I

3.º Ano – Noite

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professores Doutores Ricardo Tavares da Silva e António Brito Neves e Dr. Tiago Geraldo

Exame época especial - 7 de Setembro de 2023

Duração: 90 minutos

Beijos proibidos

No dia 20 de Agosto, Eufrásio, luso-espanhol residente em Espanha e a passar férias em Portugal, deslocou-se a um café em Tavira para ver a final do campeonato do mundo de futebol feminino. Alguns dos colegas de trabalho com quem lá se encontrou levaram outras pessoas amigas, entre elas Gabriela, espanhola, que Eufrásio não conhecia, mas por quem, segundo afirmaria, se sentiu logo atraído.

Durante os festejos no fim do jogo, Eufrásio abraçou e deu um beijo rápido na face de Gabriela, que o repeliu de imediato. Frustrado, Eufrásio, minutos depois, convenceu Gabriela a acompanhá-lo ao carro, garantindo que tinha algo importante para lhe entregar. Quando lá chegaram, Eufrásio trancou-a na viatura e arrancou em direcção a Espanha por volta das 23h30. Em Aiamonte, já depois da meia-noite, Eufrásio teve de parar para reabastecer o veículo, momento que Gabriela aproveitou para escapar e se dirigir ao primeiro transeunte que encontrou para lhe pedir ajuda.

Eufrásio fugiu, mas foi perseguido por alguns populares que acudiram Gabriela, e que finalmente o detiveram já em Portugal.

1 – Considerando os princípios e regras que regem a interpretação em Direito Penal, pode Eufrásio ser punido por importunação sexual, nos termos do artigo 170.º do Código Penal, pelo beijo dado a Gabriela?

2 – Suponha que Eufrásio é condenado por importunação sexual, constando da fundamentação da decisão o seguinte trecho:

“Independentemente da censura que mereça o arguido ou de as necessidades de ressocialização serem baixas ou altas, a necessidade de pacificar a comunidade, demasiado alarmada com a proliferação de comportamentos agressivos de teor sexual, e a premência de assinalar com veemência a reprovação destas atitudes aconselham aplicar a pena máxima”.

Comente a passagem transcrita tendo em conta os fins das penas.

3 – Imagine que no dia 21 de Agosto entra em vigor uma alteração ao artigo 158.º, n.º 2, do Código Penal, acrescentando-se a seguinte al. h):

“Envolver o transporte da vítima para país estrangeiro”.

Analise a responsabilidade de Eufrásio por crime de sequestro.

4 – Chega, vindo de Espanha, um pedido de entrega de Eufrásio para ser julgado por crime de sequestro simples, ali punido com pena de quatro a seis anos de prisão, motivado pelos factos relatados no enunciado.

Como deve ser decidido o pedido pelo tribunal português?

Cotações 1 – 4 vs.; 2 – 5 vs.; 3 – 5 vs.; 4 – 4 vs.; p. g. – 2 vs.

Tópicos de correcção

1.

Valendo em Direito Penal uma proibição de analogia desfavorável ao arguido, por força do princípio da legalidade, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, e, mais concretamente, do artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal, impõe-se começar por examinar se a situação em análise encontra correspondência no sentido possível das palavras (inseridas no conjunto do texto legal). Ora, fora de situações corriqueiras de cumprimento ou saudação, o beijo constitui uma demonstração de afecto que, em maior ou menor medida, implica uma aproximação na direcção da intimidade, e tanto pode assumir pendor mais carinhoso ou ternurento como mais sexual. No caso, tratando-se de desconhecidos, e pela dimensão intrusiva e inesperada, o beijo dado por Eufrásio, ainda que na face, reconduz-se à segunda variante, admitindo-se, por isso, que está em causa um acto pelo qual ele forçou Gabriela (dado que esta não deu o seu acordo) a contacto de natureza sexual, o que constitui uma das hipóteses de importunação formuladas em abstracto no artigo 170.º do Código Penal.

É ainda preciso ver se o comportamento concretiza a essência do proibido no tipo criminal em causa. Este visa proteger a liberdade sexual da vítima, e, com efeito, pela explicação aduzida, a acção de Eufrásio implica já interferência na liberdade sexual. Para lá da natureza do gesto e da ausência de assentimento, o acto traduz a assunção pelo agente de que a vítima (mormente quando, como no caso, é mulher) é um objecto à disposição dos ímpetos afectivos ou sexuais do homem, o que encontra eco na criminalização da importunação por meio de proposta de teor sexual noutra segmento do mesmo artigo. Por fim, Eufrásio e Gabriela nem se conheciam antes do evento, o que agrava, ou confirma, a dimensão invasiva do acto (embora, naturalmente, o prévio conhecimento entre os intervenientes não afaste, por si só, a tipicidade penal da conduta, sobretudo nos casos em que o gesto assumia uma conotação sexual ainda mais marcada – como seria o caso de um beijo na boca – que extravase o que possa considerar-se inserido numa ideia de normalidade social de cortesia e cumprimento).

Os factores identificados apontam a solução da responsabilização de Eufrásio, mas sempre caberia atentar nos dados do caso em maior pormenor, pois a fraca intensidade do beijo (dado, repete-se, na face), saber se ele foi acompanhado de outros gestos ou apareceu isoladamente, ou se Eufrásio e Gabriela haviam interagido previamente de tal modo que ele seria menos surpreendente, por exemplo, poderiam levar a concluir não pela sua permissão, mas pela verificação do enfraquecimento da sua ofensividade, o que, de acordo com o princípio da insignificância, no limite, poderia até conduzir à não punição de Eufrásio.

2.

A fundamentação da decisão faz assentar a condenação exclusivamente em razões de prevenção geral, tanto em vertente positiva (no intuito de pacificar a comunidade) como negativa (na reprovação veemente do acto para enviar uma mensagem punitiva aos membros da sociedade).

A esta fundamentação, em primeiro lugar, podem apontar-se as críticas de que a prevenção geral é passível enquanto critério de determinação da pena concreta. Assim, cabe notar, entre outros aspectos, que o juiz não tem legitimidade (democrática) para decidir como representante dos sentimentos colectivos sobre o crime e os seus agentes. A proibição do uso do arguido exclusivamente como meio, decorrente da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), torna outrossim problemático que a decisão sirva unicamente propósitos de instrumentalização da pessoa do condenado para envio de sinais à comunidade.

A desconsideração expressamente assumida do juízo de censura que o agente merece implica violação do princípio da culpa, decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), que proíbe a aplicação de pena para lá da medida da culpa (como decorre, mais

expressamente, do artigo 40.º, n.º 2, do Código Penal). Com efeito, aquela desconsideração traduz-se numa determinação da medida concreta da pena que ignora critérios de censura impostos no artigo 71.º do Código Penal, podendo levar à aplicação de uma pena que ultrapassa os limites da culpa.

Por fim, o tribunal desatende também às necessidades de ressocialização, assim demerecendo preocupações de prevenção especial. Sucede, todavia, que artigos como o 1.º, 2.º, 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, e 30.º, n.º 1, da Constituição permitem inferir que a sistemática constitucional, juntamente com a sua história e a sua aplicação, impõem a promoção do livre desenvolvimento da pessoa, e que daí decorre o dever de procurar a reintegração do criminoso na sociedade. Esta orientação recebe concretização expressa, por exemplo, no artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal. Ela é contrariada pela fundamentação adoptada no caso, permitindo, por isto, concluir que a pena, na medida concreta decidida, corre o risco de se mostrar desnecessária e até contraproducente.

3.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal, é aplicável, à partida, a lei em vigor no momento da prática do facto, que, de acordo com o artigo 3.º, é o momento em que o agente actua.

Constituindo o sequestro um crime permanente, o momento da prática do facto inicia-se às 23h30 do dia 20 de Agosto, e termina no dia 21, quando Gabriela se liberta. Seria assim aplicável a lei que entra em vigor no dia 21 de Agosto, visto que revoga a anterior e está em vigor no momento do delito.

À luz da nova lei, o comportamento de Eufrásio constitui sequestro qualificado, dado que ele transportou a vítima para país estrangeiro, o que, de acordo com a legislação nova, é uma hipótese de qualificação do sequestro. Sabendo-se que o transporte de Gabriela em Espanha ocorreu já depois da meia-noite, conclui-se que todos os pressupostos do sequestro qualificado na versão da nova lei se realizam já na vigência desta. Destarte, a aplicação da lei nova não envolveria violação dos princípios da culpa e da segurança jurídica.

Em suma, Eufrásio devia ser punido por sequestro qualificado, por aplicação da lei que entra em vigor a 21 de Agosto.

No caso de se entender que a nova hipótese de qualificação refere a transposição de fronteiras entre países propriamente dita, e não o transporte em país estrangeiro, admite-se a resposta que sustente aplicar-se a lei antiga (por ser então a lei em vigor no momento da prática do facto e pela proibição de aplicação retroativa da lei nova, menos favorável), desde que se explicita o pressuposto de se assumir que a passagem da fronteira se deu antes da meia-noite.

4.

Havendo um pedido de entrega por parte de um Estado-membro a outro Estado-membro da União Europeia, é aplicável a Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto (artigo 1.º). O mandado de detenção europeu pode ser emitido por Espanha por ser o crime de sequestro aí punido com pena não inferior a 12 meses, sendo o limite máximo pena de prisão de seis anos (artigo 2.º, n.º 1).

Já a entrega por parte de Portugal só é admissível, em princípio, se o facto que motiva o pedido constitui crime tanto no Estado-membro de emissão como em Portugal (artigo 2.º, n.º 3), excepto estando em causa um dos crimes elencados no artigo 2.º, n.º 2, e desde que a pena cominada seja superior a três anos de prisão. Ora, no caso, trata-se de um dos crimes previstos na al. q) do n.º 2, e o requisito respeitante ao limite de três anos é igualmente respeitado.

Havendo a infracção sido parcialmente cometida em território português, devia o tribunal ponderar sobretudo razões de prevenção geral para apurar se em função delas cabia recusar a entrega nos termos do artigo 12.º, n.º 2, al. h), inciso i). É mister notar aqui, de todo o modo, que o remanescente da infracção foi cometido em Espanha, e o princípio da cooperação entre

Estados-membros, que permeia todo o regime do mandado de detenção europeu, aconselha a entrega no caso de não se verificarem razões ponderosas daquele jaez.

Sendo Eufrásio português, de acordo com o artigo 13.º, n.º 1, al. b), da lei referida, a decisão de entrega pode ficar sujeita à condição de que ele, depois de ouvido, seja devolvido a Portugal para aqui cumprir a sanção em que seja condenado. No entanto, uma vez que ele reside em Espanha e se encontra em Portugal somente a passar férias, caso não haja, nesta fase da sua vida, ligação especial ou permanente a Portugal (notando-se que tem igualmente nacionalidade espanhola), e sem prejuízo de o próprio Eufrásio ter oportunidade de ser ouvido sobre a questão, não parece haver finalidades de prevenção especial positiva que imponham o condicionamento da decisão de entrega à referida devolução.