

## Tópicos de correção

### 1.

Em obediência ao princípio da legalidade e à proibição de analogia incriminadora consagrados nos artigos 29.º, n.º 1, da CRP, e 1.º, n.ºs 1 e 3, do Código Penal, a punição do agente, de acordo com o entendimento mais corrente na doutrina, não é possível se o seu comportamento não corresponde a um sentido possível das palavras da lei.

No caso, embora o conteúdo das mensagens enviadas por Manuel permita inferir a “intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa” sem dificuldade, é mais duvidoso se este ato pode ser incluído nos sentidos possíveis de “telefonar”. Com efeito, em sentido rigoroso, o termo não comporta a possibilidade de envio de SMS. Pode sustentar-se, sem embargo, que, no uso social dos termos em questão (aventado por FERNANDA PALMA para a fixação do sentido possível das palavras), o envio de mensagens é estabelecido como equivalente funcionalmente admissível da ligação telefónica em diversos contextos para efeitos de estabelecimento de comunicação. Atendendo, por outro lado, à essência da proibição, pode admitir-se que o comportamento de Manuel implica uma perturbação da paz domiciliária de Nídia que não difere em nada de essencial das intromissões punidas à luz do artigo 190.º, n.º 2, do CP.

A aplicação desta norma ao caso é mais clara para quem, em alternativa, opte por seguir uma via interpretativa na linha de CASTANHEIRA NEVES, uma vez que o texto não funciona, nesta óptica, como imposição de um limite fixado previamente à interpretação, antes sendo a expressão possível, necessariamente imperfeita, da intencionalidade normativa do legislador e da configuração do tipo de situação a reclamar solução. Ora, o dito anteriormente permite comprovar que, independentemente de o envio de SMS caber ou não no sentido formal de telefonar, é inegável que a situação apresenta o tipo de problema que a norma visa resolver, tanto no que respeita aos bens atingidos como ao modelo de ofensa pressuposto pela norma (a perturbação do sossego do lar por via de telecomunicações). Seria então de concluir pela punição de Manuel por este crime.

### 2.

No que respeita à constitucionalidade, pode admitir-se que haja problemas no caso de se entender que a criminalização em causa não tem pendor moralista, antes se mostrando a adequada a salvaguardar um bem jurídico de valor reconhecido numa sociedade democrática liberal como a portuguesa, onde os cidadãos gozam, em princípio, de uma esfera de resguardo que merece ser protegida. Esta proteção encontra expressão, entre outros, no artigo 34.º, n.º 1, da CRP. À luz do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, e, mais concretamente, do princípio da necessidade da pena, todavia, esta linha de análise só poderia levar a concluir por haver inconstitucionalidade por omissão no caso de se comprovar a necessidade de recorrer ao Direito Penal para prevenir os comportamentos ofensivos em causa, sempre devendo admitir-se neste âmbito uma presunção de que o legislador tomou a melhor decisão na proteção do bem jurídico, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Assumindo que Manuel ainda não foi julgado, a descriminalização teria o efeito de implicar a sua absolvição. Em princípio, aplica-se a lei em vigor no momento da prática do facto – de acordo com os artigos 29.º, n.º 1, da CRP e 2.º, n.º 1, e 3.º do CP –, que no caso seria a lei vigente no dia 15 de junho. Por aplicação do artigo 2.º, n.º 2, do CP, porém, o comportamento de Manuel não deve ser punido, visto haver uma lei posterior que o descriminaliza.

No caso de se assumir que a lei descriminalizadora é declarada inconstitucional com força obrigatória geral, é preciso notar que ela, à luz do artigo 282.º, n.º 1, da CRP, não produz efeitos, devendo por isto repriminarse a norma revogada (a que vigorava no dia 15 de junho). Não há aqui motivo para falar em erro sobre a ilicitude do comportamento por parte de Manuel, dado que a descriminalização é posterior à prática do facto.

Segundo FERNANDA PALMA, em tal cenário, deve, ainda assim, aplicar-se a norma inconstitucional descriminalizadora, dada a vinculação do Estado de Direito democrático às normas que cria, que, num contexto de segurança e igualdade (configure-se a hipótese de alguém ser entretanto julgado e absolvido com trânsito em julgado antes da declaração de inconstitucionalidade), impõe concluir que não devem correr por conta do cidadão os inconvenientes da deficiente produção legislativa.

### 3.

Em geral, a previsão de elementos típicos de uma norma incriminadora através de ato normativo infra-penal é suscetível de colocar problemas de compatibilidade com os princípios da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, da CRP) e, mais concretamente, da reserva de lei em matéria penal (artigo 165.º, alínea c), da CRP).

De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, a remissão operada numa norma penal (por essa razão usualmente designada de norma penal em branco) não implica, porém, sempre e necessariamente, violação daqueles princípios, contanto que da norma penal isoladamente considerada – que contém a ameaça da pena e opera a remissão normativa – se possa extrair, com segurança razoável, o respetivo referente de ilicitude nas suas três vertentes essenciais: bem jurídico protegido, desvalor da ação e desvalor do resultado.

Revertendo ao caso em análise, verifica-se que o novo segmento introduzido no artigo 190.º, n.º 2, do CP assume natureza meramente especificadora, delimitando negativamente a relevância da conduta típica em função de determinado período horário, definido por portaria. Exige-se, pois, conhecimento da norma complementadora (constante de portaria) para alcançar a integralidade do comportamento típico e, em especial, os seus precisos limites; todavia, o conteúdo dessa norma complementadora não se assume – nem poderá vir a assumir-se – como materialmente criador, inovador, expansivo ou “imprevisto” no confronto com o conteúdo de ilicitude originariamente contido na norma penal remissiva. Com efeito, com a nova redação do artigo 190.º, n.º 2, do CP continua a ser possível ao intérprete compreender de forma clara qual é o bem jurídico protegido (reserva da vida privada, incluindo a paz e o sossego de outra pessoa), o desvalor da ação (telefonar para a habitação ou para o telemóvel de outra pessoa de modo a perturbar a reserva da vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa) e o desvalor do resultado (perturbação da vida privada, da paz e do sossego de outra pessoa) apenas com base no respetivo enunciado normativo, sem recurso à norma complementadora fixada em portaria.

Como tal, a norma constante da nova redação do artigo 190.º, n.º 2, do CP – permitindo com segurança a compreensão pelo intérprete dos limites da ação desvaliosa que se visa prevenir e do desvalor do resultado associado que se pretende evitar – deve ter-se por compatível com os citados princípios da legalidade e da reserva de lei em matéria penal, não merecendo, nessa perspetiva, censura constitucional.

### 4.

É aplicável o regime do mandado de detenção europeu, aprovado pela Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, por estar em causa pedido de entrega dirigido a Portugal que é proveniente de (outro) Estado-membro da União Europeia.

O requisito previsto no artigo 2.º, n.º 1, do referido diploma está verificado: o pedido de entrega é apresentado para efeitos de procedimento criminal, sendo de assumir que o crime fundamento (nos termos do enunciado, equivalente ao previsto no artigo 190.º, n.º 2, do CP) é punível com pena privativa da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses (no caso do crime previsto no artigo 190.º, n.º 2, do CP, a pena máxima é exatamente de 1 ano de prisão, como resulta da conjugação com o respetivo n.º 1).

Não estando o crime fundamento contemplado no catálogo do artigo 2.º, n.º 2, da mesma lei, que isenta do controlo de dupla incriminação, a entrega só é viável (artigo 2.º, n.º 3) se a conduta

em causa for qualificada como crime simultaneamente no Estado de execução – Portugal, no caso –, como efetivamente sucede na hipótese em análise.

Verifica-se, porém, fundamento para recusa facultativa do pedido de entrega ao abrigo do artigo 12.º, alínea *h*), do diploma em análise, já que a conduta relevante (envio de mensagem SMS por Manuel a Nídia) considera-se, à luz da lei penal portuguesa, praticada em território nacional (artigo 3.º do CP).

Sendo Manuel português e residente em Portugal, a recusa parece justificar-se com base em critérios de prevenção geral (o facto, como vimos, considera-se também praticado em território nacional) e especial (a consciência da ilicitude de Manuel é moldada pela ordem jurídica portuguesa, sendo essa ligação um factor relevante no sentido de recomendar que o processo corra em Portugal e que Manuel seja aqui condenado e cumpra pena, se for o caso). Em alternativa, caso Portugal se decidisse nestas circunstâncias pela entrega de Manuel, poderia condicionar a entrega de Manuel às autoridades espanholas à sua devolução para cumprimento de pena em território nacional, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, alínea *b*), da mesma Lei n.º 65/2003.

## 5.

O tipo de fundamento invocado na decisão encontra-se em conformidade com o fim de prevenção geral aludido na 1.ª parte do artigo 40.º, n.º 1, do CP. Mais especificamente, a finalidade da pena invocada é a prevenção geral positiva, consubstanciando-se a dita na necessidade de reforço do sentimento comunitário de confiança no Direito. Nesta perspetiva, a aplicação da pena constitui um ato simbólico pelo qual se envia a mensagem, à comunidade, de que o crime não fica impune. No caso em apreço, visa-se assegurar que o Direito não deixará de punir comportamentos tanto de companheiros como de ex-companheiros de mulheres que evidenciem um sentimento de propriedade relativamente às mesmas. Nota-se também, por isso, a finalidade de prevenção geral negativa, pois visa-se igualmente dissuadir outros agentes de praticarem este tipo de comportamentos.

É de notar que estão ausentes da fundamentação considerações de prevenção especial, violando-se a exigência contida na 2.ª parte do artigo 40.º, n.º 1, do CP, assim como nada se refere relativamente à culpa do agente, violando-se, igualmente, a exigência contida no artigo 40.º, n.º 2, do CP, que impõe, concretizando o princípio da culpa (decorrente dos artigos 1.º, 13.º e 27.º da CRP), a culpa como limite intransponível na fixação da medida da pena, independentemente de a mesma constituir um fundamento (FERNANDA PALMA) ou um mero pressuposto (FIGUEIREDO DIAS).

Como tal, tendo a decisão por fundamento somente a finalidade de prevenção geral, fica vulnerável à objeção, avançada por FERNANDA PALMA, de instrumentalização do agente, em função da desconsideração da sua dignidade na qualidade de pessoa humana (artigo 1.º da CRP). A esta acrescem objeções com base no princípio da separação de poderes, porquanto se deixa no juiz a determinação de medidas próprias de Política Criminal. Nem se vislumbram razões suficientes para a aplicação da pena máxima de 1 ano de prisão.

Para além disso, o fundamento específico apontado até nem tem conexão com os bens jurídicos tutelados por via do artigo 190.º, n.º 2 do CP: este visa proteger a privacidade e o sossego do lar, independentemente de contextos de relações amorosas, atuais ou findas, entre agente e vítima; seguramente que não visa evitar que tanto companheiros como ex-companheiros tratem as mulheres como propriedade sua. Poder-se-á argumentar que o artigo 40.º, n.º 1, 1ª parte, não exige que seja especificamente o crime previsto no artigo 190.º, n.º 2 o crime cuja não-impunidade se pretende comunicar. Mas ficam por apurar, na dita fundamentação, quais sejam esses crimes, até porque não existem tipos incriminadores que visem (pelo menos diretamente) evitar o tipo de relação a que se refere a decisão. Sem essa conexão, resta uma fundamentação assente em juízos morais, que não encontram qualquer lugar nas finalidades consagradas no artigo 40.º do CP.