



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

Colaboração: Prof.^{as} Doutoras Helena Morão e Teresa Quintela de Brito, Mestres João Matos Viana e António Brito Neves

Exame 1.º Semestre – 7 de Janeiro de 2015

Duração: 120 minutos

Artur, empresário brasileiro residente em Portugal, pede a **Bernard** – francês, residente na Serra Leoa e conhecido angariador de mão-de-obra miserável – que, neste país, lhe arranje duas centenas de trabalhadores para os empregar em vários dos seus negócios.

Conforme explica a **Bernard**, **Artur** pretende utilizar, intensivamente e a muito baixo custo, na colheita da azeitona nas suas propriedades alentejanas, cento e cinquenta desses trabalhadores, que sejam homens e jovens robustos. Os restantes 50 trabalhadores, incluindo jovens mulheres e crianças, **Artur** tenciona empregá-las/os nos bares e clubes nocturnos de que é proprietário em Amesterdão.

Bernard, mediante a promessa de bons empregos na Europa, de habitação e alimentação gratuitas, consegue convencer 200 nacionais da Serra Leoa, vítimas da guerra, da fome e da seca, a embarcar rumo a Portugal num barco de pesca com bandeira turca. O barco é propriedade de **Rashid**, cidadão indiano residente no Panamá, que recebe em troca avultada quantia.

Quando se encontravam a escassos 15 Km da costa portuguesa, **Artur** avisa, por telemóvel e a partir de Portugal, os tripulantes do barco (**quatro cidadãos turcos**) de que a polícia marítima portuguesa se prepara para os abordar. De imediato, os tripulantes colocam o motor do barco na velocidade máxima, direccionam-no à costa portuguesa e abandonam os 200 imigrantes à sua sorte, fugindo numa lancha, mas, pouco depois, acabaram por ser detidos pela polícia marítima.

Os imigrantes, que viajavam em péssimas condições, à fome e à sede, só não morreram todos numa eventual colisão com outro navio graças à pronta intervenção das autoridades portuguesas. Ainda assim, duas crianças encontraram a morte durante a perigosa viagem.

Questões

1. a) **Artur**, **Bernard**, **Rashid** e os **quatro tripulantes** do barco cometeram algum ou alguns dos crimes previstos nos artigos 131º, 137º, 138º e 160º Código Penal português? Quais, quantos e porquê? (4 vls.)
b) Além dos crimes previstos no Código Penal, os mesmos agentes realizaram *ainda* os crimes de auxílio à imigração ilegal¹ e de angariação de mão-de-obra ilegal²? (3 vls.)

¹ Artigo 183º, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho:

1 – “Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional é punido com pena de prisão até três anos.

2 - Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, a permanência ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

3 - Se os factos forem praticados mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 - A tentativa é punível”.

2. A lei penal portuguesa pode ser-lhes aplicada? Com que fundamento? (2 vls.)
3. Como deve ser decidido o pedido, se a Turquia solicitar a Portugal a extradição de **Artur** e dos **quatro tripulantes** do barco para os julgar pelos crimes cometidos, supondo que esse País comina para um deles a pena de prisão perpétua? (2 vls.)
4. Independentemente da resposta à questão anterior, se fosse juíza/juiz do caso como decidiria se os quatro tripulantes do barco, acusados da prática em coautoria do crime previsto no art. 138º do Código Penal, contestassem a acusação negando a realização desse tipo de crime por terem confiado que a iminente intervenção da polícia marítima portuguesa sempre obstará – como obistou – ao perigo para a vida dos imigrantes? (3 vls.)
5. Depois da prática do facto mas antes do julgamento, o Governo altera, mediante Decreto-Lei, o n.º 8 do art. 160º do Código Penal, que passa a dispor: “O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores exclui a ilicitude do facto”. Aprecie a nova norma à luz do conceito material de crime, dos princípios constitucionais do Direito Penal e das regras de aplicação da lei penal no tempo (4 vls.).

Correcção da linguagem, clareza de raciocínio, capacidade de síntese e profundidade de análise: 2 vls.

² Artigo 185º, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho:

1 – “Quem, com intenção lucrativa, para si ou para terceiro, aliciar ou angariar com o objetivo de introduzir no mercado de trabalho cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite ao exercício de uma atividade profissional é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Quem, de forma reiterada, praticar os atos previstos no número anterior, é punido com pena de prisão de dois a seis anos.

3 - A tentativa é punível”.

Tópicos de correcção

1. a)

A. Os **quatro tripulantes** do barco cometeram os seguintes crimes:

I - Tráfico de pessoas, mediante um comportamento activo (criação de risco para o bem jurídico): art. 160º/1, pelo menos al. *d*), uma vez que mesmo as *pessoas adultas* transportadas eram “vítimas da guerra, da fome e da seca” e os agentes aproveitaram-se dessa situação de especial vulnerabilidade para as transportar com fins de exploração laboral (os 150 homens e jovens que seriam usados na apanha da azeitona em Portugal) e de exploração sexual (as/os trabalhadoras/es destinadas/os a ser utilizados nos bares e clubes nocturnos de Amesterdão).

O crime de tráfico de pessoas é agravado nos termos o art. 160º/4, al. *a*), por o transporte ter colocado em perigo a vida das vítimas, já que “viajavam em péssimas condições, à fome e à sede”.

Os tripulantes cometeram tantos crimes de tráfico agravado de pessoas quantas a vítimas adultas transportadas nestas circunstâncias e com estes fins de exploração, em concurso efectivo, ideal (uma só conduta “naturalística”) e homogéneo de crimes (art. 30º/1, 2.ª parte), punível nos termos do art. 77º/1 e 2, que devem ser explicados pelos alunos.

Relativamente aos *menores* transportados, os tripulantes praticaram o crime de tráfico previsto no art. 160º/2 CP, com os mesmos fins de exploração. Este tipo distingue-se do previsto no n.º anterior por não ser de forma/execução vinculada, bastando a menoridade das vítimas para assegurar a dignidade e carência de tutela penal da conduta em causa.

Também este crime de tráfico é agravado segundo o art. 160º/4, al. *a*), e deverá ser punido em regime de concurso efectivo, ideal e homogéneo de acordo com os arts. 30/1, 2.ª parte e 77º/1 e 2 CP: existem tantos crimes de tráfico quanto os menores transportados com as referidas finalidades e colocando o transporte a sua vida em perigo.

Mesmo que se verificassem os pressupostos do crime continuado (art. 30º/2 CP) – o que não sucede –, o n.º 3 do mesmo preceito sempre obstará à aplicação desse regime de punição mais favorável (art. 79º CP).

II – Dois crimes de homicídio por acção das crianças que morreram durante a “perigosa viagem”, em concurso efectivo, ideal e homogéneo, embora heterogéneo e real (várias condutas “naturalísticas”) relativamente ao crime de tráfico de menores.

Poderia discutir-se se estes homicídios foram praticados com dolo eventual (art. 14º/3 CP) ou negligência consciente (art. 15º/*a*) CP). Mas esse não era o objectivo da pergunta, e sim o de saber se entre o homicídio doloso e o negligente há uma relação de alternatividade (ou mútua exclusão) ou, antes, uma relação de “concurso de normas”/um problema de “unidade de norma” (subsidiariedade?) e porquê.

III – Crime de exposição dos imigrantes ilegais, por os terem exposto (comportamento activo de criação de uma nova fonte de perigo) em lugar (o mar, num barco sem tripulação, dirigido à costa portuguesa e circulando à velocidade máxima) que os sujeitou a uma situação de perigo para a vida (em virtude do risco de colisão com outros navios) de que eles só por si não podiam defender-se – art. 138º/1, al. *a*) CP.

Os tripulantes realizaram tantos crimes de exposição quantos os imigrantes vivos que seguiam a bordo. Uma vez mais deverão ser punidos pelo crime de exposição em regime de concurso efectivo, ideal e homogéneo, embora heterogéneo e real com os crimes anteriormente referidos (arts. 30º/1 e 77º/1 e 2 CP).

B. Artur cometeu os seguintes crimes:

I. Instigação (art. 26º/4.ª proposição CP) **dos crimes de tráfico de pessoas realizados pelos tripulantes do barco** (art. 160º/1 e 2). Como ignoramos se ele conhecia as

condições de transporte dos emigrantes, não podemos considerá-lo instigador do crime agravado previsto no n.º 4, al. a) desse preceito. Note-se que não foi a sua conduta que colocou em perigo a vida dos emigrantes ilegais.

II. Não é claro se foi ele que disse aos tripulantes para “abandonarem” o barco e os imigrantes. Se assim aconteceu, será também **instigador dos crimes de exposição por aqueles praticados** [arts. 26º/4.ª proposição, 138º/1, al. a), 31º/1 e 77º/ 1 e 2].

III. **Artur** só terá responsabilidade pelos **homicídios das duas crianças** que morreram durante a viagem, se se entender e provar que foi também instigador desses crimes a título de dolo eventual (arts. 26º/4.ª proposição, 131º e 14º/3 CP).

Se **Artur** tiver actuado com negligência quanto à vida das crianças, ficará impune, pois a instigação só está prevista na forma dolosa (art. 26º/4.ª proposição) e relativamente a crimes dolosos (arts. 13º CP, 29º/1 e 3 CRP, e 1º/1 e 3 CP). [A resposta apresentada neste ponto III será valorada apenas na ponderação global, por se tratar de matéria não desenvolvida no 1.º semestre.](#)

C. I. Bernard é autor material do crime de tráfico de pessoas, por ter recrutado, aliciado e entregado os nacionais da Serra Leoa aos tripulantes do barco (art. 26º/1.ª proposição).

Relativamente aos emigrantes de idade adulta, **Bernard** usou de ardil ou manobra fraudulenta (a “promessa de bons empregos na Europa, de habitação e alimentação gratuitas”) e ainda se aproveitou da sua situação de especial debilidade enquanto vítimas da guerra, da fome e da seca [art. 160º/1, als. b) e d) CP].

Quanto aos menores, **Bernard** praticou o crime (de forma livre) previsto no art. 160º/2 CP.

Já é discutível se, em ambos os casos, lhe pode ser imputado *a título de autoria material* o crime agravado descrito no art. 160º/4, al. a), já que não foi o seu comportamento de aliciamento e angariação que colocou em perigo a vida dos emigrantes, mas sim as condições em que foram transportados pelos tripulantes do barco.

Contudo, se **Bernard** sabia dessas condições (considerando que foi ele, um reputado “angariador de mão-de-obra miserável” – certamente com as ligações e conhecimentos necessários para o efeito – que convenceu os emigrantes a embarcar naquele barco), então, poderá responder como instigador desse crime agravado de tráfico de pessoas.

Nesta hipótese, a punição como instigador do crime de tráfico de pessoas nos termos do art. 160º/4, al. a) deverá prevalecer e afastar a punição (“non bis in idem” – art. 29º/5 CRP) como simples autor material dos crimes previstos no art. 160º/1 e 2: consunção “impura” da mais grave modalidade de intervenção no facto (autoria material) pela menos grave (instigação) mas mais gravemente punida; ou, menos correctamente, subsidiariedade da forma de intervenção no facto criminoso menos gravemente punida face à mais gravemente sancionada. [A resposta apresentada neste último parágrafo será valorada apenas na ponderação global, por se tratar de matéria não desenvolvida no 1.º semestre.](#)

Bernard será sempre punido por tantos crimes agravados de tráfico de pessoas quantas aquelas que convenceu a embarcar no barco turco: concurso efectivo, real e homogéneo (arts. 30º/1 e 77º/1 e 2).

II. A **Bernard** só poderá atribuir-se responsabilidade pelo homicídio das duas crianças enquanto instigador e a título de dolo eventual (arts. 26º/4.ª proposição, 131º e 14º/3). Então, estes crimes entrarão em concurso efectivo, real e heterogéneo com os de tráfico de pessoas (arts. 30º/1 e 77º/1 e 2).

Se **Bernard** tiver actuado com negligência quanto à vida das crianças, ficará impune, pois a instigação só está prevista na forma dolosa (art. 26º/4.ª proposição) e relativamente a crimes dolosos (arts. 13º, 29º/1 e 3 CRP, e 1º/1 e 3 CP). [A resposta apresentada neste ponto II será valorada apenas na ponderação global, por se tratar de matéria não desenvolvida no 1.º semestre.](#)

D. I. Rashid limitou-se a fornecer o barco de que é proprietário para o transporte de emigrantes ilegais. Os sentidos possíveis das palavras do texto legal, tendo em conta a linguagem comum, não permitem integrar, inequivocamente, a sua conduta na “aceitação” de pessoa para fins de exploração (art. 160º/1). **Rashid** não “aceitou” pessoalmente os emigrantes ilegais, apenas disponibilizou o seu barco para os transportar. Logo, qualificar a sua conduta como autoria material do crime de tráfico de pessoas seria recorrer a uma aplicação analógica proibida (arts. 29º/1 e 3 CRP, e 1º/1 e 3 CP) do referido segmento do art. 160º/1 CP.

Contudo, **Rashid** já poderá ser punido como cúmplice material do tráfico de pessoas realizado pelos tripulantes do seu barco, se actuar com dolo e, ademais, conhecer os fins de exploração laboral e sexual a que se destinavam as pessoas transportadas (arts. 27º, 14º e 160º/1 e 2). O mesmo se diga relativamente ao crime agravado de tráfico (art. 160º/4, al. a)], pois **Rashid**, enquanto proprietário do barco, certamente sabia em que condições seriam transportadas as 200 vítimas.

Também **Rashid** responderia em concurso efectivo, ideal e homogéneo como cúmplice de tantos crimes de tráfico de pessoas quantos os emigrantes ilegais transportados (arts. 30º/1 e 77º/1 e 2).

II - A **Rashid** só poderá ser atribuída responsabilidade pelo homicídio das duas crianças enquanto cúmplice e a título de dolo eventual (arts. 27º, 131º e 14º/3). Então, estes crimes entrarão em concurso efectivo, real e heterogéneo com os de tráfico de pessoas (arts. 30º/1 e 77º/1 e 2).

Se **Rashid** tiver actuado com negligência quanto à vida das crianças, ficará impune, pois a cumplicidade só está inequivocamente prevista na forma dolosa e relativamente a crimes dolosos (arts. 1º/1, 27º e 13º CP, 29º/1 CRP). **A resposta apresentada neste ponto II será valorada apenas na ponderação global, por se tratar de matéria não desenvolvida no 1.º semestre.**

1.b) Artur, Bernard e Rashid realizaram o tipo do art. 183º/2 da Lei n.º 23/2007: favoreceram ou facilitaram, por qualquer forma e todos com intenção lucrativa, a efectiva entrada (ilegal) no território nacional dos imigrantes vindos da Serra Leoa. Este facto é punível com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Os **quatro tripulantes** do barco praticaram o crime previsto no art. 183º/3 do mesmo diploma, sujeitando-se a uma pena de prisão de 2 a 8 anos.

Bernard cometeu, ainda, o crime de angariação de mão-de-obra ilegal (art. 185º/1 da Lei n.º 23/2007): com intenção lucrativa, para si e para terceiro (**Artur**), aliciou e angariou os 150 nacionais da Serra Leoa destinados à apanha da azeitona no Alentejo, com o objectivo de os introduzir no mercado de trabalho português, sem serem titulares de autorização de residência ou visto que os habilitasse ao exercício de uma actividade profissional. Como tal, poderia ser punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Apesar de **Bernard** ter efectivamente realizado os tipos dos arts. 183º/2 e 185º/1, da Lei n.º 23/2007, apenas deveria ser responsabilizado pelo mais gravemente punido: o de angariação de mão-de-obra ilegal, apesar de esta ser, no caso concreto, meramente instrumental do crime-fim de auxílio à imigração ilegal (“consumção impura” do “crime-fim” pelo “crime-meio”). Contudo, este último crime deverá ser valorado na determinação da pena concreta do crime de angariação de mão-de-obra ilegal.

A outra questão suscitada por esta alínea é a de saber se há concurso efectivo ou apenas aparente entre os crimes de tráfico de pessoas [art. 160º/4, al. a) CP], angariação de mão-de-obra ilegal e auxílio à imigração ilegal (arts. 183º e 185º da Lei n.º 23/2007).

A diversidade de bens jurídicos tutelados (respectivamente, a liberdade e a soberania sobre as fronteiras nacionais e sobre as condições de acesso de cidadãos estrangeiros ao mercado de trabalho português) não basta para afirmar o concurso efectivo de infracções. Importa antes saber se o comportamento global dos agentes é, numa perspectiva social, reconduzível a um

preponderante (e, assim, essencialmente unitário) sentido de ilicitude ou se, ao invés, é necessário autonomizar os diversos sentidos de ilicitude típica.

Nesta óptica poderá sustentar-se que o significado social do ilícito global é esgotantemente contemplado pelo crime agravado de tráfico de pessoas [art. 160º/4, al. *a*)], que, aliás, corresponde ao sentido preponderante e, nessa medida essencialmente unitário, desse comportamento. Tanto mais que, se assim se não procedesse, estaria a valorar-se e a punir-se duas vezes as condutas em causa: violação do princípio “ne bis in idem” – art. 29º/5 CRP. Todavia, os crimes de auxílio à imigração ilegal e de angariação de mão-de-obra ilegal (no caso de **Bernard**) deverão ser considerados na determinação da pena concreta do crime agravado de tráfico de pessoas, aproximando-a do limite máximo da pena legal.

2. A competência da lei penal portuguesa está regulada nos artigos 4.º e ss. do Código Penal.

De acordo com o artigo 4.º, alínea *a*), os tribunais portugueses têm competência para aplicar a lei penal portuguesa quando os factos sejam praticados “em território português, seja qual for a nacionalidade do agente”.

O artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 33/77, de 28 de Maio, dispõe que “a largura do mar territorial português é de 12 milhas marítimas”, medida correspondente a aproximadamente 22 quilómetros.

O transporte dos passageiros com o fim referido no artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal, foi feito até à distância de 15 quilómetros da costa (operando assim a entrada dos cidadãos estrangeiros no território nacional: artigo 183.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007) e é também a uma distância não superior a 15 quilómetros que ocorrem o abandono do barco (artigo 138.º do Código Penal) e as mortes das vítimas (artigos 131.º e 137.º do Código). Tendo-se o facto como praticado no lugar da actuação, pelo menos parcial, do agente ou da verificação do resultado (segundo o artigo 7.º, n.º 1, do Código), conclui-se que todos os factos passíveis de realizar os tipos de crime invocados na questão 1 (exceptuando os factos respeitantes ao crime de angariação de mão-de-obra ilegal, praticados exclusivamente em território estrangeiro) consideram-se praticados em território português para efeitos de atribuição de competência à lei penal portuguesa, não obstante a execução dos mesmos não ter ocorrido apenas em território português.

Assim, em conclusão, a lei penal portuguesa é competente em nome do princípio da territorialidade. Deve ser aplicada esta lei e não a lei penal estrangeira, visto que a convocação desta só se daria nos termos do artigo 6.º e a aplicação deste artigo pressupõe a aplicação do artigo 5.º, pressuposto não cumprido no caso presente.

O que foi dito não se aplica, porém, a **Bernard** e a **Rashid**, já que a sua actuação não teve lugar em território português. Em relação a estes agentes, coloca-se então separadamente a questão de saber se deve ser aplicada a lei penal portuguesa aos factos por si praticados, passíveis de constituir os crimes de tráfico de pessoas, homicídio, auxílio à imigração ilegal e ainda, no caso de Bernard, angariação de mão-de-obra ilegal.

Não se atribuindo competência aos tribunais portugueses por via do artigo 4.º do Código Penal, resta a hipótese de o fazer por aplicação de alguma das alíneas do artigo 5.º

O crime de tráfico de pessoas inclui-se no elenco de crimes referidos na alínea *c*) do artigo 5.º, n.º 1. Um dos pressupostos da aplicação desta alínea, porém, é de o agente ser encontrado em Portugal, o que não ocorre no caso. A mesma circunstância impede a atribuição de competência à lei penal portuguesa para efeitos de apreciação dos restantes crimes nos termos da alínea *f*). As restantes alíneas do mesmo número não estão também preenchidas, visto que os crimes não fazem parte dos catálogos das alíneas *a*) e *d*) e não foram praticados por portugueses ou pessoas colectivas nem contra portugueses ou pessoas colectivas.

Assim, a lei penal portuguesa não é competente no que respeita aos factos praticados por **Bernard** e **Rashid**.

3. A verificação da admissibilidade da extradição dos cinco agentes pelos crimes referidos deve ser feita à luz do disposto na Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea *f*), o pedido de extradição é recusado quando “respeitar a infracção a que corresponda pena de prisão (...) com carácter perpétuo”. Esta recusa só não terá lugar quando o Estado requerente preste as garantias referidas no artigo 6.º, n.º 2, alínea *b*), ou verificando-se os pressupostos das alíneas *c*) e *d*) do mesmo número. Nada se dizendo no enunciado em nenhum destes sentidos, o pedido de extradição pelo crime a que corresponde a pena de prisão perpétua na Turquia deve ser rejeitado. Esta rejeição não obsta, porém, à extradição pelos outros crimes, nos termos do artigo 16.º

Na falta de informação suficiente, pressupõe-se cumprido o requisito da dupla incriminação, nos termos do artigo 31.º, n.º 2 – no que respeita, nomeadamente, ao limite mínimo de um ano aí referido.

Uma vez que os factos praticados por **Artur** e pelos **tripulantes** se consideram realizados em território português, porém, o pedido de extradição deve ser recusado em relação a estes agentes, de acordo com o disposto no artigo 32.º, n.º 1, alínea *a*).

4. O tipo de argumentação invocado pelos **tripulantes** parece querer reconduzir-se à lógica da contraprova do perigo no âmbito dos crimes de perigo abstracto. De acordo com uma certa orientação interpretativa dos crimes de perigo abstracto, não obstante o perigo se configurar, nestes tipos incriminadores, como mero motivo da incriminação, não sendo necessário verificar, para o seu preenchimento, a perigosidade *in concreto* do comportamento, a demonstração negativa do perigo importaria, no entanto, uma redução tipológica. Efectivamente, a técnica do crime de perigo abstracto não seria constitucionalmente compatível com presunções inilidíveis de perigo, pelo que, concluindo-se, no caso, que o comportamento não se revela *ex ante* perigoso para bens jurídicos, tendo em conta as condições concretas em que é realizado, não poderia o agente ser punido, sob pena de violação do princípio da necessidade da pena.

Não só não parece ser o que sucede nesta situação, – uma vez que abandonar um barco à velocidade máxima em direcção à costa, com imigrantes já em estado de extrema vulnerabilidade, representa, de uma perspectiva *ex ante*, um risco de embate com embarcações e rochedos –, como o crime de exposição ou abandono não consubstancia um crime de perigo abstracto, mas um crime de perigo concreto, em que o perigo assume a natureza de elemento típico (“quem colocar em perigo a vida de outra pessoa”). Desta forma, configurando o comportamento dos agentes a acção descrita no tipo (alínea *a*) do n.º 1 do art. 138.º) e verificando-se, positivamente e *ex post*, o resultado de perigo para a vida como consequência dessa acção, ou seja, um risco concreto de colisão (“só não morreram todos numa eventual colisão com outro navio graças à pronta intervenção das autoridades portuguesas”), em que a probabilidade de lesão dos bens jurídicos não aparenta ser inferior à probabilidade do seu salvamento, nada obsta à punição dos agentes à luz do princípio constitucional da ofensividade, sendo o argumento improcedente.

5. Por um lado, temos um problema de aplicação de lei penal no tempo. No momento da prática do facto, a lei vigente (L1) não previa que o consentimento pudesse justificar o facto. Contudo, uma lei posterior (L2) veio consagrar tal causa de exclusão de ilicitude.

A L2 é mais favorável que a L1 (uma vez que *sem ilicitude não há crime*). Numa primeira análise, os fundamentos da aplicação retroactiva de lei penal mais favorável também são invocáveis a propósito da criação (posterior) de uma causa de exclusão de ilicitude.

De facto, se o legislador entendeu, em L2, que **não era necessário punir** o agente quando se verificassem os pressupostos da causa de exclusão da ilicitude (quando o conflito de interesses em causa tivesse sido resolvido de uma forma que a lei, a partir daquele momento, não considera desvaliosa), então, seria o próprio **princípio da necessidade da pena** a impedir que, a partir da entrada em vigor de L2, qualquer outro facto que preenchesse a referida causa de exclusão da ilicitude pudesse ser punido, aplicando-se retroactivamente aos factos praticados antes da sua entrada em vigor, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do CP (uma vez que o *facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções*).

Assim, numa primeira análise, pareceria que se poderia aplicar a L2 retroactivamente.

Contudo, em L2 temos um problema de violação do princípio da legalidade, na vertente de reserva de lei. Nos termos do artigo 165.º, alínea *c*), da Constituição, a *definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos* cabe à Assembleia da República ou ao Governo

mediante autorização da Assembleia da República. No presente caso, o Governo legislou sem autorização da Assembleia da República.

É controverso se a reserva de lei se aplica às causas de exclusão da ilicitude, na medida em que estas, em certas circunstâncias, admitem aplicação analógica (analogia favorável). Sendo assim, perguntar-se-ia qual o sentido de proibir o Governo de criar uma eximente de responsabilidade, quando o intérprete o poderia fazer por via analógica.

Em geral, entende-se que a aplicação analógica de causas de justificação (e a consequente permissão de criação pelo Governo) apenas seria possível naqueles casos em que a causa de exclusão de ilicitude resulta de uma ideia geral de liberdade.

Ora, na presente hipótese, não parece ser esse o caso.

Tendo a AR entendido que a “liberdade pessoal” (*rectius*: a dignidade pessoal) constitui um bem jurídico carente de tutela penal nos casos tipificados como de tráfico de pessoas, a opção do Governo de excluir a punição nos casos de consentimento da pessoa traficada traduz uma ofensa manifesta de qualquer princípio geral de liberdade (sendo atentatório *inclusive* de qualquer conceito material de crime minimamente operante, ainda que, em geral, se entenda que não existem obrigações implícitas de criminalização).

Sendo assim, admitindo a inconstitucionalidade de L2, ter-se-ia de verificar se, a final, a mesma poderia ser retroactivamente aplicada no presente caso (conforme anteriormente ficou sugerido)

De acordo com uma das perspectivas possíveis deste problema, poderia ser aplicada retroactivamente a lei penal inconstitucional concretamente mais favorável, considerando os princípios da confiança (objectiva) da comunidade no direito produzido pelo Estado e da segurança jurídica.

Contudo, no presente caso, esta perspectiva poderia ficar prejudicada na medida em que se poderia tratar, também, de uma inconstitucionalidade material.

De acordo com uma orientação distinta, a lei penal inconstitucional é nula, não tendo realmente “entrado em vigor” nem revogado validamente a lei anterior, e não pode ser aplicada (art. 204.º da Constituição), uma vez que a determinação da lei válida é algo que antecede, lógica e valorativamente, a colocação do problema da sucessão de regimes jurídicos no tempo. Por outro lado, sendo o facto praticado anterior à aparência de vigência desta norma inconstitucional que, como tal, não pode ter orientado o comportamento do agente, não deve sequer ser invocada qualquer expectativa legítima a tutelar de acordo com o regime da falta de consciência da ilicitude, que conduziria a uma exclusão da culpa por erro não censurável induzido pelo próprio legislador (artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal).

Lisboa, 15 de Janeiro de 2015.