



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Doutor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Sónia Moreira Reis, António Brito Neves, Catarina Abegão Alves e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Época de recurso - 8 de abril de 2021

Duração: 90 minutos

Lenocínio em pandemia

António, português residente em território nacional, incitou a namorada, **Beatrice**, não portuguesa, a prostituir-se, para obterem um melhor rendimento. Com essa finalidade, deslocaram-se a Paris, onde **Beatrice** se prostituiu durante o mês de fevereiro de 2020, tendo mantido relações com **Carlos**, português residente temporariamente em França.

De regresso a Portugal, **António** tomou conhecimento de um Acórdão do Tribunal Constitucional de 3 de março de 2020, que julgou inconstitucional o artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, num processo de fiscalização concreta de constitucionalidade. **António** ficou convencido de que o seu comportamento estaria descriminalizado e passou a utilizar na prostituição outras pessoas, oriundas do país de **Beatrice**.

Posteriormente, por Acórdão de 27 de janeiro de 2021, proferido por haver contradição entre decisões anteriores, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional o artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, partindo da argumentação consagrada no Acórdão n.º 144/2004 («verdadeiramente a decisão matriz desta problemática na jurisprudência constitucional»), considerando que o lenocínio «quase invariavelmente, corresponde à perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto que, as mais das vezes, escapa a qualquer controlo, visto que se exerce fora de relações formalizadas ou declaradas, as quais, uma vez iniciadas, são difíceis de quebrar ou interromper, tendendo a perpetuar-se enquanto se mantiver a respetiva “utilidade comercial”, pelo que se «gera um risco socialmente inaceitável, que não exorbita o âmbito de proteção da norma, nem dele é sequer periférico, porque se trata de um risco conatural ao proxenetismo, cujo empresário (...) tende a organizar-se de modo a potenciar o lucro (...), objetivo ao qual, mais tarde ou mais cedo, dificilmente escapará (o dano d)a vontade e (d)a liberdade das pessoas que se prostituem».

Entretanto, **Beatrice**, que regressou a Portugal com **António**, prostituiu-se no seu apartamento durante o período do confinamento, a partir de abril de 2020. Veio a apurar-se que contraiu Covid-19, mas não se provou que tivesse contagiado algum cliente.

Em face destes factos, responda às seguintes questões:

1 - Os comportamentos de **Antônio** podem ser qualificados como lenocínio à luz dos princípios constitucionais relativos à interpretação da lei penal? (3 valores)

2 - **Beatrice** pode ter cometido um crime de propagação de doença contagiosa? E o crime de desobediência? Responda considerando as descrições legais dos crimes, os problemas analisados sobre as leis relativas ao estado de emergência e os princípios constitucionais relevantes. (4 valores)

3 - Quais os argumentos a favor e contra a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal? Responda apresentando os argumentos em função dos princípios constitucionais invocáveis. (4 valores)

4 - Sendo o consumo de prostituição incriminado em França, este país pode requerer a execução de mandado de detenção europeu para que **Carlos** seja julgado pelo crime cometido nesse país? (2 valores)

5 - A criminalização do consumo de prostituição poderia ser aprovada em Portugal sem ofensa de nenhum princípio constitucional? (3 valores)

6 - Quais os argumentos criminológicos a considerar na questão da incriminação do lenocínio? (2 valores)

Ponderação global: 2 valores.

Tópicos de correção

1

Suscita-se um problema de interpretação da lei penal que irradia do princípio da legalidade, em particular do corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (cf. artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa).

O lenocínio é punido nos termos do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal. A conduta de António suscita dúvidas interpretativas particularmente no que respeita, por um lado, à sua intenção lucrativa em relação à prostituição de Beatrice, uma vez que esta era sua namorada e os rendimentos da atividade seriam comuns, e, por outro lado, à fomentação, favorecimento ou facilitação ao exercício de prostituição por Beatrice. No que se refere a outras pessoas, que António também “passou a utilizar na prostituição”, não se parecem colocar semelhantes dúvidas.

Acompanhando a conceção de interpretação sustentada por Maria Fernanda Palma, baseada em raciocínios analógicos, a delimitação da interpretação permitida em Direito Penal que potencia a segurança jurídica e a conformidade com o artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal deve partir do sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum no contexto significativo do texto da norma), alicerçando-se ainda na articulação desse sentido com a essência do proibido subjacente à norma criminal. Esta conceção diferencia-se da tese sustentada, por exemplo, por Castanheira Neves, que vê nas palavras apenas uma exteriorização possível da norma, cuja ideia do proibido pode, por isso, ser encontrada noutras proveniências, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática e jurisprudencial.

Tornando à conceção primeiramente enunciada, a discussão que o caso suscita é, por um lado, a de saber se a incitação à prostituição de António a Beatrice “para obterem um melhor rendimento” corresponde à “intenção lucrativa” inscrita no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal. A este propósito, facilmente se constata que existe a sobredita correspondência, uma vez que o facto de António ter incitado Beatriz com vista a um rendimento que beneficiaria ambos inclui uma intenção lucrativa do próprio António, reconduzível, por essa razão, ao núcleo interpretativo da expressão textual “intenção lucrativa [do agente]”. Intenção que, diga-se, se relaciona também com a essência da proibição, pois que é justamente este tipo de motivação económica de terceiro que é vista pelo legislador como integrante de um comportamento que é criador de perigo para os bens jurídicos protegidos, desde logo, a liberdade sexual da pessoa que exerce a atividade de prostituição.

No que concerne à fomentação, favorecimento ou facilitação do exercício de prostituição por Beatrice, e manuseando os critérios interpretativos mencionados, conclusão semelhante pode ser formulada. Isto porque a incitação de António a Beatrice é um comportamento enquadrável no sentido possível da palavra “fomentar”

(podendo até ser visto como um sinónimo) e debilita também os bens tutelados pela norma do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal.

Embora essa discussão também pudesse ser desenvolvida, os dados da hipótese não sugerem a existência de indícios de abuso de autoridade resultante da relação de namoro, nem um aproveitamento de incapacidade ou especial vulnerabilidade de Beatrice por parte de António, concretamente para efeitos de aplicação do artigo 169.º, n.º 2, alíneas *c*) e *d*), do Código Penal.

Em síntese, uma interpretação que reconduza os comportamentos de António ao artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal constitui uma interpretação permitida e alinhada com o princípio da legalidade, no seu corolário lei estrita, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição e, reflexamente, também com a exigência de lei em sentido formal (cf. artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição).

2.

Quanto ao crime de propagação de doença contagiosa [artigo 283.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal], a sua consumação implica a criação de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem, não sendo suficiente o risco de propagação. Sendo discutível se a existência desses perigos se basta com o contágio (não se exigindo o aparecimento de sintomas), não se provando o contágio, impõe-se concluir que o crime não se consumou. A solução contrária não poderia sequer valer-se da intencionalidade normativa, visto não se ter comprovado na situação particular que o comportamento da agente se tenha mostrado ofensivo para os bens em questão. Tal solução passaria, por isto, por aplicar como de perigo abstrato um crime de perigo concreto, violando-se a proibição de analogia incriminadora consagrada nos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, e 1.º, n.º 3, do Código Penal.

Quanto ao crime de desobediência, é duvidoso que Beatrice haja praticado algum ato ao qual a lei associe a punição por desobediência; no que respeita, nomeadamente, à violação do dever de recolhimento domiciliário, nos termos do decreto que regulamenta o estado de emergência, é força notar que, em Portugal, Beatrice se prostituiu em casa.

Ainda que assim não fora, ou reportando-nos a outros factos, de todo o modo, está em causa a exigência de lei escrita, de acordo com o princípio da legalidade: como se retira do artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição, somente a lei em sentido formal pode ser fonte de criminalização. Ainda que não seja obrigatório surgirem no mesmo diploma a previsão típica do comportamento e a cominação da sanção, ambas (bem como a conexão entre elas) têm de constar de lei na aceção prejacente. Todavia, tal não parece suceder nesta situação, pois a descrição (de parte essencial) do comportamento proibido surge em decreto governamental. O artigo 348.º do Código Penal, que tipifica o crime de desobediência, inclui a remissão para disposição legal [n.º 1, alínea *a*)] entre as hipóteses de realização do crime. A disposição, contudo, atendendo ao referido, deve ser entendida em sentido formal,

sendo necessário constarem de lei ou decreto-lei autorizado tanto a atuação proibida como a cominação da pena. Em suma, Beatrice não podia ser punida por este crime.

3.

A inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal pode ser sustentada no princípio constitucional da proporcionalidade, concretizado, aqui, nas ideias de bem jurídico, ofensividade e necessidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). Com efeito, e na linha do que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional (TC) no seu Acórdão n.º 134/2020, coloca-se, desde logo, um problema no que respeita ao bem jurídico tutelado, cuja ausência fere o princípio da proporcionalidade: afastando-se a dignidade da pessoa humana de quem se prostitui, salvaguardando-a da «necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência» (Acórdão do TC n.º 144/2004), para efeito de identificação do bem jurídico com dignidade penal pela sua vasta amplitude e abstração, as quais conduzem a um esvaziamento ou indefinição, não se encontra qualquer bem jurídico protegido através da tipificação do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal. Esta conclusão não poderá ser rejeitada pela consideração dos bens jurídicos da liberdade e da «autonomia para a dignidade» das pessoas que se prostituem» (considerados pelo TC no Acórdão n.º 144/2004), uma vez que a incriminação envolve casos em que estes não são colocados, sequer, em perigo, por não se realizar a exploração da carência económica e social de quem se prostitui.

Por outro lado, mesmo que se aceite – com dificuldade acrescida pelo facto de ser suscetível de acordo e de livre disposição por parte do seu titular – a liberdade sexual como o bem jurídico aqui protegido, sempre se terá de interpretar o atual artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal como um crime de perigo abstrato, o que se afigura inconstitucional, por não estar consolidada a verificação de um «autêntico nexos causal de perigosidade» entre as condutas denominadas como lenocínio e a exploração (violadora da liberdade sexual), exigível para a configuração deste crime de perigo abstrato (Acórdão do TC n.º 134/2020).

Por fim, refira-se, ainda, a violação do princípio da subsidiariedade causada pelo reconhecimento da existência de medidas alternativas de proteção daquele bem jurídico, não violadoras, de forma desproporcional do direito à liberdade (artigos 1.º e 27.º da Constituição).

Esta argumentação foi, no entanto, ultrapassada no Acórdão do TC n.º 72/2021, julgando o artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal não inconstitucional, e recuperando a jurisprudência constitucional anterior, com destaque para o Acórdão do TC n.º 144/2004, para reafirmar, como bem jurídico suficientemente definido, a autonomia e liberdade sexual da pessoa que se prostitui, quase invariavelmente afetada na realidade social envolvida nas situações descritas no tipo, caracterizadas pela «diminuição da liberdade e [pela] sujeição a um poder de facto que, as mais das vezes, escapa a qualquer controlo», a que se associa a profunda estigmatização da prostituição, conclusão

amparada em dados empíricos (cuja análise se remete para a resposta à questão 6).

Esta constatação afasta, neste caso, a problemática referida sobre o perigo abstrato, uma vez que se demonstra evidente que a conduta típica acarreta um «risco socialmente inaceitável, (...) *conatural* ao *proxenetismo*», que fundamenta a dispensa de prova da exploração no caso concreto, respeitando-se, ainda assim, o princípio da necessidade. Ademais, sempre será de se admitir a realização da contraprova do perigo, como tem defendido Maria Fernanda Palma.

A proteção da dignidade da pessoa humana, concretizada na contestação de casos de utilização da sexualidade para ultrapassar situações de carência económica e social, justifica, deste modo, a restrição de direitos fundamentais envolvida na aplicação do Direito Penal: estão em causa a liberdade e autonomia, frente à exploração e aproveitamento por terceiros.

4.

Na hipótese de o consumo de prostituição ser incriminado em França, este país poderia requerer a execução de mandado de detenção europeu com vista à entrega de Carlos para efeitos de procedimento criminal (artigos 1.º, n.º 1, 1.ª parte, 36.º e 37.º, da Lei n.º 65/2003), na medida em que à luz do princípio da territorialidade, a conduta de Carlos foi praticada em território francês [ao abrigo das normas correspondentes aos artigos 4.º, alínea *a*), e 7.º, n.º 1, do Código Penal português no Código Penal francês]. Não obstante, estaríamos perante uma causa de recusa obrigatória do mandado, prevista na alínea *f*) do artigo 11.º da Lei n.º 65/2003, porquanto não se encontra verificado o requisito da dupla incriminação (artigo 2.º, n.º 3, da referida lei), e não nos encontramos perante uma infração incluída nas alíneas do n.º 2 do artigo 2.º da mesma lei.

5.

A criminalização de um comportamento implica restrição de direitos fundamentais, pelo que deve observar o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, sempre que a norma não se mostrar adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico com dignidade penal. À luz de critérios como o da ofensividade ou o da necessidade da pena, pode argumentar-se, porém, que a punição em análise não parece respeitar o referido comando constitucional, pois os comportamentos visados não implicam lesão ou perigo para bens alheios – nomeadamente, a liberdade ou autodeterminação sexuais. No entanto, numa outra linha de argumentação poder-se-ia entender que estes comportamentos fomentariam o tráfico e a exploração sexual de pessoas, justificando-se em termos de política criminal, isto é, de prevenção desta criminalidade.

A afirmação da lesividade do consumo de prostituição pode, por outro lado, pressupor a referência a critérios de moralidade sexual ou bons costumes, não admissíveis como base de criminalizações à luz da

Constituição. Configurando-se a República Portuguesa como Estado de Direito democrático, baseado no pluralismo de expressão e na organização política democrática (artigo 2.º da Constituição), a punição deste tipo de práticas traduziria a imposição de uma mera conceção (dominante ou não) sobre probidade e decoro, sem nenhum efeito imediato de proteção de bens jurídicos ou direitos individuais contra ameaças provindas de outrem. O juízo é reforçado pela consideração da liberdade sexual (artigo 27.º, n.º 1, da Constituição) do próprio incriminado, que assim se veria restringida sem o propósito de prevenir a provocação de um perigo ou dano para os demais.

No confronto destas duas argumentações, a legitimidade da pura incriminação do consumo de prostituição estaria dependente de dados empíricos sobre o potencial diretamente lesivo deste tipo de comportamentos para a exploração sexual de pessoas, o que não resultará claramente da mera proibição do consumo da prostituição sem indícios, tipicamente referidos, de outras conexões.

6.

Argumento contra a incriminação: de acordo com a *ratio* argumentativa presente no Acórdão do TC n.º 134/2020 de 3 de março, a possibilidade de que quem se prostitui para aproveitamento económico por terceiros esteja a exercer a sua própria liberdade sexual, ao ser parte de um acordo com aquele mesmo fim, é de tal modo plausível que impede qualquer presunção de perigo de prejuízo da mesma. Como é referido no Acórdão, o comportamento descrito no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal não comporta necessariamente uma restrição desproporcional da liberdade sexual de quem se prostitui; pelo contrário, a própria proibição da conduta levará à restrição de um tal direito.

A este argumento poder-se-á juntar a consideração de que a estigmatização social do lenocínio, decorrente da sua “etiquetagem” como comportamento criminoso por via da lei (perspetiva da *labeling approach*), é desnecessária ou, no mínimo, desproporcional quando não se restrinja aos casos nos quais se prova que há efetiva violação do direito à liberdade sexual. Já uma perspetiva interacionista sugerir-nos-á que a aprendizagem de um comportamento potencialmente restritivo da liberdade sexual far-se-á por contacto com comportamentos do mesmo tipo e que o Direito Penal, enquanto instrumento de garantia do direito à liberdade sexual, deverá incidir apenas sobre esse tipo de comportamento.

Argumento a favor da incriminação: o Acórdão do TC n.º 72/2021 de 27 de janeiro recupera a argumentação constante no Acórdão n.º 144/2020 de 19 de abril (e no Acórdão n.º 641/2016 de 29 de Junho), no qual se associa o lenocínio a práticas tradicionais de proxenetismo, pois, histórica e culturalmente, corresponde a uma matriz de exploração de uma situação de carência e desproteção social da pessoa prostituída, sendo que o aproveitamento económico por terceiros exprime, já, uma interferência na liberdade de quem se prostitui, colocando tal pessoa em perigo, o que constitui um risco socialmente

inaceitável. Como é dito no enunciado, o lenocínio corresponde, quase invariavelmente, à perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto.

A este argumento poder-se-á juntar a consideração de que a “etiquetagem” social do lenocínio, em geral, como comportamento criminoso é já um facto, com as respetivas repercussões ao nível do conceito jurídico de crime. Numa perspetiva interacionista, dir-se-á que a prevenção da aprendizagem de um comportamento potencialmente restritivo da liberdade sexual passa pela incriminação de todo o lenocínio.

Além destas considerações, serão valoradas, ainda, respostas que relacionem, fundamentadamente, esta problemática com outras correntes da Criminologia, designadamente correntes psicológicas e sociológicas que expliquem o contexto em que se desenvolve a prática do lenocínio, sustentando a fragilização que este causa na vida de quem se prostitui.