



### **Direito Penal I**

**3.º Ano – Dia – Turmas A e B**

**Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma**

**Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciados Nuno Igreja Matos e Inês Vieira Santos**

**Exame – 7 de janeiro de 2022**

**Duração: 120 minutos**

1 – O caso coloca um problema de interpretação da lei penal, que convoca necessariamente o 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 (CRP)], e, bem assim, num segundo momento, o tema da legitimidade material da incriminação no lenocínio, na redação atualmente em vigor.

Principiando pela questão interpretativa, e acompanhando a tese de Maria Fernanda Palma, a interpretação permitida em Direito Penal, para salvaguardar a segurança jurídica e a conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP) deve estribar-se 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 das teses de cunho vincadamente valorativo, que negam qualquer limitação interpretativa decorrente do texto legal, como a que é 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, dogmática e jurisprudencial.

O lenocínio é punido nos termos do artigo 169.º, n.º 1, do CP. A conduta de Ada suscita dúvidas interpretativas particularmente no que respeita à existência (ou não) de um comportamento de fomentação, favorecimento ou facilitação à prostituição das mulheres estrangeiras, e, bem assim, se existe um nexo entre esse comportamento e a verificação de uma intenção lucrativa, uma vez que os rendimentos auferidos provinham das rendas que eram pagas a Ada, e não da prostituição.

Focando na conceção interpretativa primeiramente enunciada, constata-se que existe a correspondência entre a conduta de Ada e a facilitação à prostituição. Com efeito, a disponibilização, ainda que não gratuita, de um espaço para livremente desenvolver a atividade de prostituição, é um comportamento enquadrável no sentido possível e comunicacional, pelo menos, da palavra “facilitar”. Acresce que esta disponibilização, por solucionar uma previsível dificuldade em encontrar um espaço para arrendamento no qual o proprietário não se opusesse à prática de comportamentos de prostituição, contribui para a instalação e o desenvolvimento da atividade, dando causa ao perigo abstrato para os bens tutelados pela norma do artigo 169.º, n.º 1, do CP. Mais discutível será a verificação de uma intenção lucrativa associada à facilitação da prostituição. O enunciado não é claro na concretização da razão motivadora do arrendamento do apartamento, em particular se a A privilegiava que aí se desenrolassem atividades de prostituição por razões de maior benefício

económico, ou se, ao invés, A estaria disposta a arrendar o imóvel para esse ou qualquer outro fim (cenário em que faltaria o nexo intencional).

Sucedê, porém, que Ada estava convicta, em consequência de uma informação do seu advogado baseada em Acórdão do Tribunal Constitucional (“TC”), que o seu comportamento não seria criminoso.

A inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, do CP pode ser sustentada com base numa hipotética ausência de dignidade punitiva e no constrangimento excessivo face ao princípio constitucional da proporcionalidade, a partir das teorias em torno do bem jurídico, ofensividade e necessidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Na senda do que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 134/2020, coloca-se, logo a montante, uma dúvida sobre a existência, ou, pelo menos, a elevada abstração de um bem jurídico protegido, em face da inexistente exigência de qualquer tipo de comportamento ofensivo ou perigoso (em particular, de um perigo de exploração de uma situação de carência, que deixou de ser tipicamente exigido) e da restrição da dignidade e liberdade da pessoa que se prostitui. Mesmo enquadrando o ilícito como um crime de perigo abstrato, subsistem, ainda na ótica do TC, dúvidas relevantes sobre a sua legitimidade, uma vez que não será sequer inferível qual o nexo de perigosidade (e sua intensidade) justificadora da antecipação da intervenção penal. Por fim, pode ainda referir-se 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 CRP).

Esta posição deveria ser apresentada lado a lado com a ponderação dos principais contra-argumentos, também já avançados noutros arestos constitucionais, e, mais recentemente, no Acórdão n.º 72/2021, que decidiu pela não inconstitucionalidade, recuperando a jurisprudência constitucional anterior, com destaque para o Acórdão do TC n.º 144/2004. Em síntese, argumenta-se pela existência de um bem jurídico suficientemente definido — a autonomia e liberdade sexual da pessoa que se prostitui. Este bem jurídico é sustentado com base na constatação empírica de que estas pessoas são tendencialmente visadas na sua liberdade de autodeterminação por parte da pessoa que fomenta a atividade de prostituição, dando origem e perpetuando-se, deste modo, uma situação de exploração de vulnerabilidade da vítima, passível ainda de se associar a fenómenos de estigmatização. Por aqui se torna viável a legitimação do crime na forma de perigo abstrato, uma vez que se demonstra evidente que a conduta típica acarreta um risco socialmente inaceitável, que fundamenta a dispensa de prova da exploração no caso concreto, respeitando-se, ainda, o princípio da necessidade. Isto sem prejuízo de se poder, em paralelo, defender a admissibilidade da contraprova do perigo, como sustentado por Maria Fernanda Palma.

Tornando ao caso vertente, e uma vez afirmada a correspondência da conduta de Ada com o tipo incriminador, deveria, ainda, ser relevado que a inconstitucionalidade, não tendo sido declarada com força obrigatória geral, não eximiria Ada de responsabilização, pela forma como facilitou a atividade de prostituição, sem prejuízo da posição adotada quanto à legitimidade material do crime.

**2 –** A subsunção dos atos praticados por Beatriz a uma conduta típica legal prevista traduz um problema de interpretação da lei penal associada ao princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP e artigo 1.º do CP), em concreto na vertente da lei penal estrita (só é típica

a conduta que se encontre descrita na norma, como exigência do princípio da segurança jurídica (e, no caso das penas, também do princípio da culpa).

Recupera-se o que se expôs no primeiro parágrafo dos tópicos à primeira questão quanto à interpretação da lei penal e critérios fornecidos pela doutrina quanto aos limites que se lhe erigem.

Relativamente à suposta propagação da Covid-19, a consumação do crime de propagação de doença contagiosa (artigo 283.º, n.º 1, alínea *a*) do CP) implica a verificação de contágio com o vírus, por um lado (visto tratar-se de um crime de resultado), e, por outro, a criação de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem (considerando que se trata de um crime de perigo concreto). Assim, para que a conduta seja típica, não basta que se verifique o perigo de contágio, nem sequer o contágio sem que se comprove a criação de perigo para os referidos bens jurídicos.

No caso concreto, e considerando que o enunciado é omissivo, se se provasse que, com os atos que pratica, Beatriz contagia as pessoas com quem mantém relações sexuais e que desse contágio, para as referidas, resulta perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física, Beatriz cometeria o crime de propagação de doença contagiosa.

Não se provando o referido contágio, ou, provando-se o contágio, mas não o perigo para a vida ou integridade física (grave), não há consumação do crime, por não caber no sentido possível e previsível das palavras considerando o texto no seu sentido comunicacional, nem traduz a essência do proibido. A intencionalidade normativa não conduziria a resultado diferente, na medida em que a conduta da agente não perigues os bens jurídicos em causa. Outra solução implicaria a aplicação do crime como de perigo abstrato, em violação da proibição de analogia incriminadora (artigo 1.º, n.º 3 CP e 29.º, n.ºs 1 e 3 CRP).

Quanto à violação do dever de isolamento, a hipótese afirma que Beatriz continuou a prostituir-se no apartamento que arrendava, logo manteve o contacto físico evitável com outras pessoas e a partilha de objetos/utensílios pessoais com as mesmas, violando o dever de isolamento (afastamento social). Sucede que a referida desobediência por violação de dever de isolamento não decorre de lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado, comprometendo a exigência de lei escrita, também corolário do princípio da legalidade (artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP), segundo o qual, somente a lei em sentido formal é fonte de criminalização. *In casu*, a descrição de parte essencial do comportamento proibido – violação de dever de isolamento e a sua cominação com crime de desobediência - surge em decreto governamental não autorizado, pelo que o ilícito está ferido de inconstitucionalidade orgânica. Apesar de não ser obrigatório o surgimento no mesmo diploma da previsão típica do comportamento e da cominação da sanção, ambas (e a conexão entre si) têm de constar de lei na aceção formal. Embora o crime de desobediência, tipificado no artigo 348.º do CP, inclua a remissão para disposição legal nos termos da alínea *a*) do n.º 1, entre as hipóteses de realização do crime, esta, por sua vez, deve ser entendida em sentido formal, sendo necessário constar também de lei ou decreto-lei autorizado, tanto a atuação proibida como a cominação da pena, o que no caso não se verifica, pois a disposição que comina a violação de obrigação de confinamento como crime de desobediência decorre do decreto governamental não autorizado.

Em suma, a conduta de Beatriz a legitimar punição, apenas consubstanciaria, na hipótese de se comprovar contágio e perigo para a vida ou integridade física, o crime de propagação de doença contagiosa nos termos suprarreferidos.

**3 –** A questão suscita um problema de aplicação da lei no tempo, relacionado com o corolário da lei prévia do princípio da legalidade penal. De acordo com este corolário, aplica-se a lei em vigor no momento da prática do facto (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 2.º, n.ºs 1 e 3.º do CP). Deste modo, a lei aplicável seria a lei antiga, que não previa a necessidade de exploração de uma situação de carência da pessoa prostituída.

A nova lei altera a previsão típica da norma criminalizadora, transformando-a num crime de perigo concreto através da adição de um novo elemento (“exploração de uma situação de carência da pessoa prostituída”). Não seria aqui aplicável, em princípio, porque, como se viu, não estava em vigor no momento da prática do facto.

Todavia, constata-se que a atuação tanto é crime à luz da lei antiga como da lei nova, já que, segundo o enunciado, Ada sabia que Beatriz era explorada por um proxeneta. No entanto, é omissa quanto à existência de prova desse perigo. Levanta-se, todavia, a questão de saber se há verdadeira sucessão de leis penais no tempo, ou, diferentemente, descriminalização da ação de Ada. No primeiro caso, terá depois de se aferir qual o regime concretamente mais favorável, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 4, do CP. Caso a lei nova consagre um regime mais favorável, impõe-se a respetiva aplicação, em obediência aos princípios da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, do CP) e da igualdade. No segundo, o agente não deve ser punido por nenhuma das leis, nos termos previstos pelo n.º 2 do mesmo preceito, por imposição dos mesmos princípios.

Adotando o pensamento de Taipa de Carvalho sobre o problema da aplicação da lei penal no tempo, dir-se-á que ocorre, aqui, uma verdadeira descriminalização. Com efeito, a nova lei vem restringir o âmbito típico da previsão da norma, introduzindo-lhe novo elemento, pelo que é lei especializadora em relação à lei antiga. Uma vez que a punibilidade é agora limitada aos casos em que se demonstre a exploração de uma situação de carência da pessoa prostituída, a punição de Ada implicaria valoração retroativa desta circunstância como típica, pois ela não o era aquando da prática do facto. Além disto, a solução da punição implicaria violação do princípio da culpa (na medida em que se ficciona o dolo do agente em relação ao novo elemento típico), do princípio da igualdade (já que o destino do arguido fica também dependente do acaso de se ter ou não dado como provado o elemento típico inexistente como tal na altura do julgamento) e desvirtuamento da função de orientação que cabe às normas penais (pois o agente poderia ter orientado a conduta diferentemente se a circunstância fosse já tida como típica no momento em que atuou).

Contudo, na 3.ª edição da sua monografia, Taipa de Carvalho admite que alguns casos podemos estar verdadeiramente perante uma sucessão de leis penais no tempo. Desta forma, quando tal for possível, será aplicada a lei mais favorável ao agente, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP, se também tiver havido alteração da pena.

Pode também tentar defender-se, pela teoria do facto concreto, a primeira solução apresentada – a de que há verdadeira sucessão de leis penais. Neste sentido, dir-se-á que não há descriminalização, já que o legislador restringiu o âmbito típico, mas a ação (concreta) mantém-se punível.

Acresce ainda que, em relação ao princípio da igualdade, a tese de que este seria violado pela decisão de punição implica pressupor que o arguido goza de posição merecedora do favor da sorte. O legislador não recuou na ideia de que a ação do agente deve ser punida (independentemente de passar a sê-lo menos gravemente), pelo que não está tanto em causa a condenação injusta daquele que tem o azar de ter sido provado o elemento posteriormente

tornado típico, mas sim a felicidade do agente que praticou facto semelhante sem que a mesma prova tivesse sido realizada. Em relação à função de orientação das normas penais, pode dizer-se que a alteração legal não invalida o juízo de que o agente decidiu (em liberdade) agir contra a norma na versão antiga (que incluía igualmente comportamentos como o livremente assumido por Ada). Este fator, conjugado com a impossibilidade de comprovação empírica a este ponto da força de motivação das normas, por um lado, e com a ideia de que o critério de censurabilidade da atuação do agente passa mais pela medição da retitude do seu agir (por referência aos valores promovidos pelo sistema normativo) do que pela aferição da impossibilidade em que o agente estava de conhecer o critério normativo da censura (na linha do pensamento de autores como Figueiredo Dias), por outro, permitem refutar aquele argumento.

Outro entendimento é sufragado por Maria Fernanda Palma, que assinala que haverá continuidade normativa desde que pelo menos parte da previsão se mantenha: se parte da lei antiga continua punível na lei nova, então há continuidade normativa. Isso acontece na passagem de crime de perigo abstrato para crime de perigo concreto. Nas palavras da Professora “se na lei antiga se dispensava esta prova, abrangendo-se mais factos, na lei nova há uma restrição que abrange ainda assim os factos causadores de perigo”<sup>(1)</sup>. Por essa razão, seria viável afirmar uma sucessão de leis penais e determinar o regime concretamente mais favorável ao agente (artigo 2.º, n.º 4 do CP). Assim, parece não haver violação da proibição de retroatividade – observando-se, em rigor, uma verdadeira imposição de aplicação retroativa, caso a lei nova se revele concretamente mais favorável, sendo que, na ausência de informação quanto à verificação, no caso, do perigo exigido pela nova incriminação, não é possível concluir pelo carácter mais ou menos favorável da lei nova.

4 – Partindo do princípio de que o objeto do decreto-lei é o tipo de facto previsto e punido no artigo 169.º, n.º 1 do CP, embora restrito aos casos de arrendamento ou hospedagem destinado à prática de prostituição, coloca-se a questão de saber se Ada, em função de realizar um facto enquadrável no objeto normativo atrás referido, será punida pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP, ou se não será punida de todo, tanto pela prática de um crime como pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 2 do CP (imposição de aplicação retroativa da lei descriminalizadora) e do artigo 3.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-ordenações (proibição de retroatividade da lei que institui uma contra-ordenação).

Tradicionalmente, faz-se depender a opção por um dos regimes pela posição adotada relativamente à natureza do ilícito de mera ordenação social e respetiva relação com o ilícito penal. Deste modo, para quem defenda uma mera diferença quantitativa entre o Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social (ambos tutelam bens jurídicos, mera diferença ao nível da sanção), considerar-se-á que há, no caso concreto, uma continuidade normativa (mesmo facto, mesma valoração) e, consequentemente, será de aplicar o artigo 2.º, n.º 4 do CP, sendo Ada punida pela prática de uma contra-ordenação. Já para quem defenda a existência de uma diferença qualitativa (o Direito Penal tutela bens jurídicos e o Direito de

---

<sup>(1)</sup> PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, Lisboa: AAFDL, 4.ª edição (reimpressão atualizada), 2021, p. 177 e ss..

Mera Ordenação é valorativamente neutro), como é o caso de Eduardo Correia e Américo Taipa de Carvalho, considerar-se-á que há, no caso concreto, uma interrupção normativa e, consequentemente, que Ada não poderá ser punida de todo, aplicando-se o artigo 2.º, n.º 2 do CP e o artigo 3.º, n.º 1 do regime Geral das Contra-ordenações.

Maria Fernanda Palma critica esta abordagem, defendendo que, para resolver o problema em apreço, é essencial recorrer aos princípios que norteiam a sucessão de leis no tempo. Ora, por um lado, a aplicação do regime contra-ordenacional, posterior, não viola o princípio da legalidade (em termos de previsibilidade da punição ou de não-frustração das expectativas criadas), já que o agente já contava com algum tipo de sanção (aliás, mais grave, a penal). E, por outro lado, não há violação do princípio da igualdade, já que Ada irá ser punida do mesmo modo que os “novos” agentes o serão (aliás, haveria desigualdade, sim, se o comportamento de Ada não fosse sancionado de todo, pois os “novos” agentes irão ser sancionados pela prática de uma contra-ordenação).

Assim, não havendo uma vontade legislativa explícita de extinguir toda a responsabilidade pelos factos passados, Ada será punida pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP (que consagra uma sucessão de normas penais entendidas estas em sentido amplo). É de notar que a solução inversa, a de não sancionar Ada de todo salvo se existir uma norma transitória que imponha a aplicação do regime posterior (proposta por Taipa de Carvalho), é, como observa Maria Fernanda Palma, incoerente face ao recurso ao princípio da legalidade que já havia sido efetuado.

Relativamente ao facto de o decreto-lei não ser autorizado, estamos perante uma inconstitucionalidade orgânico-formal, por violação da reserva relativa de lei da Assembleia da República, não por via do artigo 165.º, n.º 1, alínea *d*) da CRP, pois, aqui, a reserva restringe-se ao regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, não abrangendo a definição das contra-ordenações singulares, mas por via da alínea *c*), considerando que também as descriminalizações estão sujeitas à reserva de lei da Assembleia da República.

No seguimento, levanta-se o problema de, caso venha a ser declarada a inconstitucionalidade desse decreto-lei, nos termos do artigo 281.º da CRP, e dados os efeitos determinados pelo artigo 282.º, n.º 1, “retornar” a aplicação da LA, que criminaliza aquela conduta, e de uma tal situação ser materialmente idêntica à de uma aplicação retroativa *in pejus*. Mais especificamente, teremos uma situação materialmente idêntica à das situações de lei intermédia mais favorável, que, de acordo com a doutrina dominante, deve ser relevada, nos termos das regras do artigo 2.º, nomeadamente, impedindo-se a aplicação retroativa de lei mais desfavorável (artigo 2.º, n.º 1).

Assim, conforme a doutrina de Maria Fernanda Palma, dado que as razões justificativas são as mesmas e atendendo à exigência de o Estado se vincular às suas próprias decisões (princípio do Estado de Direito democrático), no caso em apreço, a aplicação da lei antiga, repristinada, também deverá ser bloqueada, devendo Ada beneficiar do regime contra-ordenacional, mais favorável. Contra a solução preconizada por alguma doutrina, como Rui Pereira, de acordo com a qual deverá ser aplicado o regime do erro sobre a ilicitude (artigos 16.º, n.º 1, parte final, ou 17.º do CP), argumentar-se-á que se trata de uma “ferramenta” adequada para resolver outro tipo de problemas, que não o problema em apreço, e que pode até nem haver erro por parte do agente, mas manter-se a necessidade da tutela das expectativas do agente.

5 – A solução do problema da competência dos tribunais portugueses para julgar Ada pela sua participação numa rede de tráfico de pessoas com sede na Alemanha partirá da determinação do lugar da prática do facto. De acordo com o princípio da ubiquidade previsto do artigo 7.º do CP, o facto terá sido praticado nos vários países em que ocorreu o tráfico. O enunciado sugere que o mesmo terá sido, entre outros Estados, também praticado em Portugal, já que o arrendamento realizado por Ada ocorre neste país, pelo que é aplicável o princípio geral da territorialidade, nos termos do artigo 4.º, alínea *a*), do CP.

Ainda que assim não fosse, Portugal sempre teria competência extraterritorial, cabendo analisá-la à luz da legislação extravagante, bem como do artigo 5.º do CP. Nada nos casos especifica a prática de tráfico de pessoas a bordo de aeronave civil, pelo que se afasta a competência dos termos do Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de outubro, ainda que o crime em causa seja contra a liberdade (artigos 3.º e 4.º, n.º 1, alínea *c*), deste diploma). Também a Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, e a Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, já que o facto não envolve terrorismo nem violação do Direito Internacional, respetivamente.

Regressando ao CP, agora observando o artigo 5.º, verifica-se que a alínea *a*) do n.º 1 não tem aplicação, já que o crime não integra o elenco de infrações contra interesses nacionais aí consagradas; também a alínea *b*) deve ser afastada, uma vez que, embora o enunciado sugira a existência de nacionalidade ativa, o enunciado afasta expressamente a nacionalidade portuguesa da vítima. Tem, contudo, aplicação a alínea *c*), onde se consagra o princípio da universalidade: o tráfico de pessoas está aqui integrado (artigo 160.º do CP) e Ada está em Portugal, restando analisar o requisito da impossibilidade de cooperação judiciária com a Alemanha, a fim de concluir a resposta à primeira questão colocada no enunciado e, no seguimento, responder à segunda.

Sendo a Alemanha um Estado-Membro (EM) da União Europeia, estará em causa um mandado de detenção europeu (MDE), sendo de se analisar o regime constante da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (LMDE), observando o princípio do reconhecimento mútuo (artigo 1.º da LMDE). Sendo a Alemanha o EM de emissão, e partindo do pressuposto de que o MDE teria sido requerido para efeitos de procedimento criminal, como sugere a questão colocada, a pena prevista naquele país para o crime de tráfico de pessoas teria de ter uma duração máxima não inferior a 12 meses, o que, presumindo que a legislação alemã prevê um crime e moldura penal semelhante ao do sistema português, estará verificado (artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da LMDE). A infração em causa está elencada na alínea *c*) do artigo 2.º, n.º 2, da LMDE, pelo que, presumindo que a pena (privativa de liberdade) prevista na lei alemã tem uma duração máxima não inferior a 3 anos, não será necessária a verificação da dupla incriminação. Contudo, mesmo que tal não suceda e se imponha a averiguação da mesma, esta encontra-se observada, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da LMDE e do artigo 160.º do CP.

Os dados do enunciado não permitem identificar qualquer motivo de recusa obrigatória de execução do mandado (artigos 11.º e 13.º alínea *a*), da LMDE, cabendo indagar sobre a existência de algum motivo de recusa facultativa. Note-se que a não verificação de qualquer motivo de recusa obrigatória implica, desde logo, a não aplicabilidade – no que respeita à questão sobre a competência dos tribunais portugueses – da alínea *c*) do artigo 5.º, n.º 1, do CP. Por conseguinte, Portugal apenas teria competência em duas situações cogitáveis: caso se assumisse a nacionalidade portuguesa de Ada, através do n.º 1, alínea *e*), do CP, verificando-se o pressuposto da nacionalidade (ativa, neste caso), bem como os

requisitos de que o agente seja encontrado em Portugal e (presume-se) da dupla incriminação, ficando apenas por esclarecer a aplicação de algum motivo de recusa facultativa de execução do MDE para se verifique, também, o requisito que consta do inciso *iii*) desta, questão que se analisará de seguida; por outro lado, se Ada não fosse portuguesa (e situando-nos, ainda, na hipótese de que o crime teria sido praticado fora de Portugal), nos termos da alínea *f*) do mesmo artigo, tendo a entrega sido requerida pela Alemanha e restando, por isso, analisar o mesmo problema da recusa facultativa.

Embora seja omissa, o caso parece indicar a nacionalidade portuguesa de Ada, caso em que cabe dizer o seguinte: não tem aplicação o artigo 12.º, n.º 1, alínea *g*), da LMDE, pois o MDE foi emitido para efeitos de procedimento criminal – e não para cumprimento de pena, caso em que se aplicava, em conjunto com o n.º 3 do mesmo artigo –, sendo, antes, aplicável o artigo 13.º, n.º 1, alínea *b*), da LMDE no que respeita ao problema de nacionalidade portuguesa, pelo que as autoridades portuguesas poderiam sujeitar a execução do MDE à condição de que a Alemanha devolvesse Ada para cumprir a pena em Portugal. Este regime, no qual se flexibiliza a cooperação em respeito pelo princípio do reconhecimento mútuo, tem aval constitucional no artigo 33.º, n.º 5, da CRP.

Independentemente da questão da nacionalidade, se o crime tivesse sido praticado em território nacional (artigos 4.º, alínea *a*), e 7.º do CP), haveria, ainda, o motivo de recusa facultativa assente no princípio da territorialidade (artigo 12.º, n.º 1, alínea *b*), *i*), da LMDE).

Perante a suposição da matéria de facto subjacente a estes motivos, a recusa teria de ser ponderada atendendo, designadamente, à circunstância de a rede ter sede na Alemanha, sendo nesse país que se sentem as mais intensas necessidades de prevenção geral. Estas não são, contudo, inexistentes em Portugal, também lugar da prática do fato (e nos vários Estados em que a rede atuava), pelo que, considerando este aspeto e a maior possibilidade de sucesso no que respeita à ressocialização de Ada, já que é portuguesa e reside habitualmente em Portugal, não sendo indicada qualquer conexão outra com o Estado Alemão que não a participação na rede, parecendo, assim, ser o seu país natal aquele em que melhor se poderá alcançar a prevenção especial positiva.

Seguindo esta argumentação, a execução do mandado deveria ser recusada, caso em que os tribunais portugueses teriam competência para julgar, sendo de aplicar a lei portuguesa (artigo 5.º, n.º 1, alínea *e*), do CP), salvo preenchimento dos pressupostos de restrição da mesma nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do CP, isto é, caso a lei alemã fosse concretamente mais favorável, caso em que haveria lugar à conversão da pena prevista no regime alemão para uma correspondente no sistema português.

Caso o crime não tivesse sido praticado em Portugal, não tinha aplicação o artigo 12.º, n.º 1, alínea *b*), *i*), da LMDE, mas a solução seria idêntica, desde que se mantivesse o pressuposto da nacionalidade portuguesa, recusando-se, de acordo com a orientação referida, a execução do mandado e, no que respeita à primeira questão colocada no enunciado, reconhecendo a competência dos tribunais portugueses nos termos da alínea *e*) do artigo 5.º, n.º 1, do CO.

Do mesmo modo, a rejeição da nacionalidade portuguesa de Ada impediria a aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea *b*), da LMDE, mas permitia, ainda, a solução de recusa caso o tráfico tivesse sido praticado em Portugal e a consequente aplicação da lei portuguesa nos termos do artigo 4.º, alínea *a*), do CP).

A resposta apenas seria diferente se Ada não fosse portuguesa e o fato tivesse ocorrido inteiramente fora de Portugal, situação em que a competência dos tribunais portugueses seria

afastada, por não se aplicar, quer o artigo 4.º, alínea *a*), quer o artigo 5.º, n.º 1, alíneas *e*) e *f*), do CP, em razão da não observância do requisito consagrado na parte final destes preceitos, em que se exige a rejeição de cooperação judiciária internacional, que, neste caso, não ocorreria, já que os motivos de recusa analisados não teriam aplicação, deixando de haver razão para rejeitar a cooperação. Neste cenário, Portugal executaria o MDE, dissipando-se a questão da competência dos tribunais portugueses.

**6 –** O regime das imunidades diplomáticas encontra-se consagrado na Convenção sobre Relações Diplomáticas, celebrada em Viena em 18 de abril de 1961, publicada em anexo ao Decreto-Lei n.º 48295.

Ada não é agente diplomática, mas, sendo funcionária de um país estrangeiro, pode ser incluída quer na alínea *f*) (membros do pessoal administrativo e técnico), quer na alínea *g*) (membros do pessoal de serviço) do artigo 1.º da Convenção de Viena. Ainda assim, caso se considere que Ada é um membro do pessoal administrativo e técnico, apesar de não haver indicações de que seria portuguesa, esta teria residência permanente em Portugal, pelo que nos termos do artigo 37.º, n.º 2 da Convenção de Viena esta não poderá gozar dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29.º a 35.º da Convenção de Viena. Nos termos do artigo 29.º da Convenção de Viena, o agente diplomático não pode ser detido ou preso, e, segundo o artigo 31.º, goza de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditador (no caso, Portugal). Em alternativa, admite-se igualmente a resposta no sentido de que Ada seria portuguesa, sendo que nesse caso a consequência seria a mesma, a não aplicação dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29.º a 35.º da Convenção de Viena.

Já se considerarmos que Ada é apenas um membro do pessoal de serviço da missão também não poderemos aplicar-lhe o regime das imunidades porquanto, mesmo que se defendesse a interpretação de que esta não teria nacionalidade portuguesa, seria de supor que, pelo facto de ter um apartamento em Portugal, teria residência permanente no nosso país. A isto acresce que, *in casu*, sempre estaria excluída a sua inviolabilidade e imunidade, porquanto o artigo 37.º, n.º 3 da Convenção de Viena estabelece uma imunidade *ratione materiae* e a conduta praticada por Ada não foi no exercício das suas funções.